

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE



Giorgio Marinucci

II/2024

ANNO XXXV – N. 2 – DICEMBRE 2024

POSTE ITALIANE S.p.A. – SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE – AUT. N. 0477/2021 DEL 22.02.2021 – PERIODICO R.O.C.



PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

II/2024

ANNO XXXV – N. 2 – DICEMBRE 2024

Patrocinio del C.O.F.A.

Contributo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Pescara

Editore: FONDAZIONE FORUM ATERNI - *Fondazione dell'Ordine degli Avvocati di Pescara*

Iscr. R.O.C. n. 21214

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

Direzione - Redazione ed Amministrazione di "P.Q.M."

sono presso la sede operativa della Fondazione Forum Aterni

Palazzo di Giustizia di Pescara

Tel. 085/61966

Email Segreteria: info@pqmonline.org

Email Direttore: direttore@pqmonline.org

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 direzione. I testi non pubblicati non saranno restituiti.

P.Q.M

Direttore

Roberto DE ROSA

Responsabile della Redazione

Franco SABATINI

Coordinatori della Redazione

Giulio CERCEO, Pierluigi DE NARDIS, Vincenzo DI GIROLAMO

Direttore Responsabile

Marcello PACIFICO

Segretario di Redazione edizione cartacea

Maria DI TILLIO

Coordinatore e Segretario di Redazione edizione on-line

Stefano GALLO

REDAZIONE

Coordinatore dei gruppi di lavoro della Redazione

Vincenzo DI GIROLAMO

Gruppo di lavoro edizione cartacea

Marco ALESSANDRINI, Claudio ANGELONE, Marco AZZARITI, Salvatore BRACHINI, Guido CAPPUCCILLI, Giulio DE CAROLIS, Ernestina DE MEDIO, Federica DE ROBERTIS, Federica DI BENEDETTO, Dora DI LORETO, Franco DI TEODORO, Gaetano DI TOMMASO, Gregorio EQUIZI, Piera FARINA, Guglielmo FLACCO, Fabrizio FOGLIETTI, Fabiana GUBITOSO, Aldo LA MORGIA, Carla LETTERE, Gennaro LETTIERI, Giuseppe MALCANGI, Francesca MICHETTI, Michele PEZONE, Enrico RAIMONDI, Francesca RAMICONE, Pietro REFERZA, Alessio RITUCCI, Stefano ROSSI, Maria SICHETTI, Goffredo TATOZZI, Gabriella ZUCCARINI

Gruppo di lavoro edizione on-line

Area Civilistica: Valentina BERTÈ, Giacomo CECCHINELLI, Vittorio DI VIRGILIO,

Maria Cristina IEZZI, Barbara LAINÒ, Monica SCUTTI

Area Penalistica: Gianluca CARLONE, Emanuele CIUFFI, Fabiana DESIDERIO, Riccardo DI GIROLAMO,

Erica GIOIOSO, Mario IACOVONE, Pierpaolo PROVENZANO, Simone TROIANO

Area Pubblicistica: Giovanna BRATTI, Pietro CERCEO, Roberto FORNAROLA, Davide TORCELLO

Comitato Scientifico

Lorena AMBROSINI, Federico BRIOLINI, Roberto CARLEO, Alfonso CELOTTO, Massimo CIRULLI,

Rosita DEL COCO, Lorenzo del FEDERICO, Valerio DI GRAVIO, Giampaolo DI MARCO,

Marina D'ORSOGNA, Mercurio GALASSO, Aldo LOIODICE, Silvio MARTUCCELLI,

Roberta MONTINARO, Antonio PALMIERI, Marco PIERDONATI, Marco RIARIO SFORZA, Manuela RINALDI,

Saverio RUPERTO, Valerio SPEZIALE, Michele TAMPONI, Cristiana VALENTINI, Massimo ZACCHEO

Comitato dei Revisori

Coordinatore: Lucio Stenio de BENEDETTIS

Paolo CACCIAGRANO, Maria Cristina CERVALE, Diego DE CAROLIS, Eva LECCESE,

Fabrizio MARINELLI, Fabio MASCI, Salvatore MEZZANOTTE, Michela MICHETTI,

Domenico RUSSO, Sabrina TRANQUILLI, Franco TRUBIANI

Hanno collaborato a questo numero (chiuso in Redazione il 20/11/2024): GIUSEPPE BELLELLI – PIERLUIGI DE NARDIS – GUGLIELMO FLACCO – FABRIZIO MARINELLI – MICHELE PEZONE – MARCO RIARIO SFORZA – ALESSIO RITUCCI – FRANCO SABATINI

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

SOMMARIO

Giorgio Marinucci
Fabrizio Marinelli pag. 9

Parte I - SAGGI

Franco Sabatini
Esposizione ragionata della giurisprudenza sull'art. 420 *bis*
c.p.c. pag. 13

Parte II - GIURISPRUDENZA

Atto amministrativo
Atto amministrativo – Ratifica – *Species* riconducibile nel
genus degli atti di convalida – Potere di autotutela in fun-
zione di conservazione con finalità antitetica rispetto alla
autotutela caducatoria: differenze (*T.A.R. Abruzzo – Se-
zione Staccata di Pescara – Sezione Prima – Sentenza del
04.06.2024 n. 177 – Pres. Passoni – Est. Giardino*) pag. 123

Contratti pubblici
Proroga tecnica – Art. 106, comma 11, D. Lgs. 18.4.2016, n.
50 – Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando –
Art. 158 del D. Lgs. 31.3.2023, n. 36 – Convenzioni Consip
S.p.A. – *Project financing* – Art. 183, comma 10, D. Lgs.
18.4.2016, n. 50 – Azione avverso il silenzio – Omissione
di attività non provvedimentale (*T.A.R. Abruzzo – Sede di
L'Aquila – Sezione Prima – Sentenza del 24.07.2024 n. 351
– Pres. Panzironi – Est. Colagrande*) pag. 128

Crisi di impresa

Accordo di ristrutturazione dei debiti – Società di capitali *in house* – Opposizione dei soci per ragioni diverse dal possibile pregiudizio del valore delle partecipazioni o delle prospettive di redditività dell’investimento – Carezza di interesse – Sussistenza (*Trib. Sulmona – sent. 27/03/2024 n. 8, con nota di A. Ritucci*)

pag. 72

Edilizia e urbanistica

Acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell’area di sedime appartenente a un terzo – Inottemperanza all’ordine di demolizione di struttura prefabbricata (*bungalow*) – Stabile collegamento al suolo – Bene immobile – Acquisto a titolo originario per accessione – Diritto di superficie – Insussistenza – Applicazione della sanzione pecuniaria massima – Mancata verifica delle varie posizioni – Illegittimità (*T.A.R. Abruzzo – Sezione Staccata di Pescara – Sezione Prima – Sentenza 14.10.2024 n. 285 – Pres. Passoni – Est. Balloriani*)

pag. 119

Esecuzioni immobiliari

Mutuo ipotecario – Restituzione somma mutuante – Titolo esecutivo – Atto solenne attestante svincolo somma – Necessità (*Tribunale di Vasto, ordinanza 02/07/2024, Est. David, con nota di G. Flacco*)

pag. 80

Falsità in atti

Falso ideologico in autorizzazioni amministrative commessa mediante induzione in errore dei pp.uu. (artt. 48 e 480 c.p.) – Elementi costitutivi – Falso in certificati e falso in atto pubblico (distinzione) – Legge regionale n. 49/2012 – Falso innocuo (*Tribunale di Pescara, Est. Fortieri, sentenza 1.7.2024, imp. M. + altri*)

pag. 110

Giustizia amministrativa

Azione avverso il silenzio – Termine ordinatorio di conclusione del procedimento – Termine di decadenza – Riproponibilità dell’istanza – Atto meramente sollecitatorio (T.A.R. Abruzzo, Sede di L’Aquila, Sez. I, 24.7.2024, n. 353 – Pres. Panzironi – Est. Perilli)

pag. 135

Contributo pubblico – Ripetizione parziale – Riparto di Giurisdizione (T.A.R. Abruzzo – Sede di L’Aquila – Sezione Prima – Sentenza del 03.09.2024 n. 373 – Pres. Panzironi – Est. Baraldi)

pag. 139

Impugnazioni penali

Art. 581, co. 1 *ter* e co. 1 *quater*, c.p.p. – Elezione di domicilio – Ammissibilità dell’impugnazione (Corte di Appello di L’Aquila, Pres. Manfredi, Est. Canosa, sentenza 14.2.2024, A. + altri – proc. c.d. Rigopiano)

pag. 85

Incendio – Incolumità pubblica (reati)

Incendio boschivo (art. 423 *bis* c.p.) – Disastro innominato (art. 449 c.p.) – Concorso formale. Contestazione – Principio di correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 c.p.p.) – Responsabilità commissiva e omissiva. Posizione di garanzia – Delega di funzione – Ambito applicativo. Regole cautelari – Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro – Concretizzazione del rischio (Tribunale di Teramo, Est. Ursini, sentenza 6.2.2024, imp. Z. + altri)

pag. 102

Obbligazioni e contratti

Project financing – Rischio gestione – Incombe su soggetto concessionario (App. L’Aquila – sent. 01/03/2024 n. 303, con nota di P. De Nardis)

pag. 25

Opere pubbliche

Art. 32, comma 1, D.L. 24.6.2014, n. 90 – Straordinaria e temporanea gestione dell'impresa – Natura preventiva a carattere cautelare e provvisorio – Termine di conclusione del procedimento – Consumazione del potere (*T.A.R. Abruzzo, Sede di L'Aquila – Sezione Prima – Sentenza del 24.09.2024 n. 403 – Pres. Panzironi – Est. Colagrande*) pag. 144

Previdenza sociale

Malattie professionali – Nesso causale tra lavorazione patogena e malattia diagnosticata – Sussiste (*Trib. Chieti – sent. 10/07/2024 n. 298, con nota redazionale*) pag. 47

Proprietà – Immissioni

Immissioni – Rumori superiori al limite della tollerabilità provenienti da area pubblica pedonale in ore notturne (c.d. malamovida) – Danni ai residenti – Responsabilità del comune – Sussiste (*Trib. Pescara – ord. 23/10/2024, con nota redazionale*) pag. 39

Provvedimenti d'urgenza

Livelli essenziali di assistenza – Obbligo di erogazione da parte della ASL – Vincoli di bilancio – Diritto alla salute – Prevalenza (*Trib. Pescara – ord. 05/07/2024, con nota di M. Riario Sforza*) pag. 54

Reato in genere

Reddito di cittadinanza – Sanzioni penali (art. 7 D.L. n. 4/2019) – Abrogazione – Retroattività (*Tribunale di Teramo, Est. Di Valerio, sentenza 3.7.2024, imp. R.*) pag. 91

Reddito di cittadinanza – Sanzioni penali (art. 7 D.L. n. 4/2019) – Abrogazione – Retroattività – Esclusione (*Tribunale di Pescara, Est. Fortieri, sentenza 8.7.2024, imp. G.*) pag. 95

Stupefacenti

Produzione e detenzione di sostanze stupefacenti – Coltivazione – Uso personale – Tipicità della condotta (*Tribunale di Pescara, Est. Sarandrea, sentenza 18.7.2024, imp. D.*)

pag. 99

Parte III - INTERVENTI E RASSEGNE

Michele Pezone

La vicenda giudiziaria dei cervi d’Abruzzo (per ora salvi)

pag. 151

Parte IV - VITA FORENSE

Giuseppe Bellelli

Per gli avvocati insigniti della toga di diamante e della toga di platino. Elogio degli avvocati detto da un magistrato

pag. 159

Laudomia Bonanni

La carriera di ladro

pag. 161

In copertina:
Giorgio Marinucci



Nell'aprile del 2007 mi recai a Milano quale prorettore dell'Università dell'Aquila a portare il saluto non solo dell'Ateneo, ma anche dell'intera città, in occasione della presentazione degli scritti in onore di Giorgio Marinucci, nella sala napoleonica di via Sant'Antonio. L'Autore ne fu lieto e nelle conclusioni ricordò con nostalgia i suoi trascorsi aquilani.

Giorgio Marinucci veniva da una famiglia aquilana di antiche tradizioni forensi. Il padre, l'avv. Gustavo, era un penalista di chiara fama; lo zio, l'avv. Ugo, era avvocato civilista dopo essere stato magistrato; la sorella Elena, anch'essa avvocato, sarebbe stata parlamentare ed europarlamentare del partito socialista negli anni novanta; il fratello Berardino, avvocato penalista, continuerà l'attività dello studio legale del padre dopo la sua scomparsa.

*Giorgio non seguì la professione di famiglia e si dedicò agli studi accademici divenendo ben presto professore ordinario di diritto penale nell'Università statale di Milano, dopo aver insegnato a Sassari, Ferrara ed infine a Pavia. Insieme ad Emilio Dolcini pubblicherà un manuale di diritto penale le cui numerose edizioni lo consacreranno come uno degli strumenti più utilizzati dagli studenti italiani per comprendere in profondità il diritto penale. Altre sue pubblicazioni sono: *Il diritto penale dei marchi* (Milano, 1961), *La colpa per inosservanza delle leggi* (Milano, 1965), *Il reato come azione. Critica di un dogma* (Milano, 1971), *Diritto penale in trasformazione* (Milano, 1985), *Giustizia e politica tra difesa sociale e garanzie* (Milano, 2000), *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009* (Milano, 2009).*

Milanese di adozione (come tanti altri abruzzesi, penso a Oreste Ranelletti, di Celano, ed a Giuseppe Menotti de Francesco, di Atessa, che insegne-

ranno a Milano per lunghi anni; il secondo diverrà rettore della Statale che grazie a lui tornerà nella prestigiosa sede della Ca' Granda già sede dell'Ospedale maggiore) manterrà sempre ottimi rapporti con L'Aquila e con la sua famiglia. Anzi, questo rapporto mi permette una riflessione sulla concezione del diritto penale di Giorgio Marinucci, che discende da quell'illuminismo milanese che aveva trovato in Cesare Beccaria il suo esponente più famoso. L'opera di Beccaria *Dei delitti e delle pene* risente proprio dello spirito dell'epoca dei lumi ed applica al diritto penale i principi della civiltà giuridica che nel Settecento si andavano sviluppando sulla scia del tristemente famoso processo Calas, raccontato da Voltaire come simbolo dell'iniquità del diritto penale di antico regime. Opera che troveremo riproposta anche nel racconto di Manzoni (che di Cesare Beccaria era nipote in quanto figlio di Giulia) sulla *Colonna infame*, espressione del processo agli untori di Milano condannati ingiustamente e quindi giustiziati.

All'illuminismo milanese si affianca l'illuminismo napoletano, popolato da abruzzesi tra cui Giacinto Dragonetti. Costui proseguirà l'opera del Beccaria scrivendo nel 1766 il saggio *Delle virtù e dei premi*, basato sul principio che se è necessario punire i delitti occorrerebbe anche premiare la virtù. E proprio da questa concezione si fa discendere quell'economia civile che si distingue dall'economia politica per una più ampia concezione degli scambi all'interno della società, non limitandosi soltanto al rapporto tra domanda e offerta in un mercato tendenzialmente liberista.

Questa concezione della società, comune all'illuminismo milanese e napoletano, sarà appunto alla base del pensiero scientifico, in ambito penale, di Giorgio Marinucci, convinto assertore non solo della necessità della funzione rieducativa della pena, ma anche della premialità all'interno di un sistema che sia sostanzialmente civile ed umano: penso al perdono giudiziale nel processo minorile, che assicura un'alta percentuale di ravvedimenti, sicuramente superiori a quelli affidati al carcere.

Ma Giorgio Marinucci andava più in là, ipotizzava una società aperta, inclusiva, tollerante, dove le libertà dei singoli richiedevano anche una sicura giustizia sociale ed una democrazia partecipata che garantisse la tutela delle minoranze e dei soggetti deboli. Per la profondità di queste idee, oltre che per il suo fondamentale contributo alla scienza del diritto penale italiano, Giorgio Marinucci venne chiamato a far parte dell'Accademia dei lincei, la più prestigiosa istituzione scientifica italiana. Proprio qui, in una sala di Palazzo Corsini, Giorgio troverà una morte improvvisa il 19 aprile 2013, lasciando orfani della propria intelligenza i suoi allievi e i suoi amici.

Fabrizio Marinelli

I
SAGGI

ESPOSIZIONE RAGIONATA DELLA GIURISPRUDENZA SULL'ART. 420 BIS C.P.C. *

Riassunto. *Il titolo sintetizza il contenuto dell'articolo che ricostruisce, talora criticamente, il quadro della giurisprudenza della Corte di Cassazione sulle varie questioni sollevate dalla introduzione (ex Dlgs 40/06) dell'art. 420 bis c.p.c. sull'accertamento pregiudiziale, da parte della Corte di Cassazione, della efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi.*

Abstract. Reasoned exposition of the jurisprudence on the art. 420 bis c.p.c. *The title summarizes the content of the article which reconstructs, sometimes critically, the framework of the jurisprudence of the Court of Cassation on the various issues raised by the introduction (ex Legislative Decree 40/06) of the art. 420 bis c.p.c. on the preliminary assessment, by the Court of Cassation, of the effectiveness, validity and interpretation of collective agreements.*

Sommario: 1. Introduzione. 2. Nomofilachia rafforzata, nomofilachia, para – nomofilachia: l'istruttoria nel giudizio di merito e la sentenza della Corte di cassazione 3. La necessità di risolvere la questione. 4. Le caratteristiche della questione: a) serietà... b) serialità... c) pregiudizialità. 5. Considerazioni finali.

1. – Introduzione

Il D.lgs. 40/06 con l'art. 2 ha modificato l'art. 360 n. 3 c.p.c. conformandolo al previgente art. 29 D. Lgs 80/88 (oggi art. 63, comma V, D. Lgs 165/01): nelle controversie di lavoro sia pubblico che privato è ammesso il ricorso per cassazione per violazione e falsa applicazione dei contratti ed accordi collettivi di lavoro; con l'art. 18 ha introdotto, nel codice di procedura civile, l'art. 420 bis che ha esteso alle controversie di lavoro privato la procedura di accertamento pregiudiziale già prevista per le controversie di lavoro

* Il presente scritto, già nel volume “*Il diritto fra interpretazione e storia – Liber amicorum per Fabrizio Marinelli*”, Napoli 2023, pag. 379 e segg., viene ripubblicato su questo numero di PQM, per rinnovare i sensi dell'amicizia e dell'affetto di tutta la Redazione della Rivista per l'antico, fertile e dottissimo suo autore.

pubblico privatizzato (art. 30 D. Lgs. 80/1988, oggi art. 64 D. Lgs 165/01), con non insignificanti differenze, ma anche con essenziali tratti comuni.

Comune è la previsione per cui, quando è necessario per la definizione di una controversia di lavoro risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione della clausola di un contratto o accordo collettivo nazionale il giudice decide con sentenza tale questione.

Nelle controversie di lavoro pubblico la sentenza è preceduta da una ordinanza che individua la questione ed assegna un termine per lo svolgimento di un sub – procedimento sindacale con finalità conciliative al cui esito negativo segue la sentenza.

La sentenza sulla questione pregiudiziale, in entrambe le tipologie di controversie, è impugnabile con ricorso immediato per cassazione.

Infine l'art. 19 lett. a) del D. Lgs 40/06 ha introdotto nelle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile l'art. 146 bis che assoggetta il procedimento di cui all'art. 420 bis, ai commi 4, 6, 7 e 8 del citato art. 64 del D. Lgs 165/01.

L'art. 420 bis c.p.c., dunque, definisce l'oggetto dell'accertamento pregiudiziale con riferimento a tre tipologie di questioni: sulla efficacia, validità ed interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale.

La norma, quanto alle questioni sulla efficacia e sulla validità, presenta una rilevanza solo procedurale giacché esse, involgendo la verifica della violazione o falsa applicazione delle norme di legge sul contratto regolative dell'una e dell'altra, si colloca all'interno della funzione istituzionale (e tradizionale) della Corte di Cassazione che, infatti, ha scritto significative e numerose pagine in materia.¹

L'ingresso nel giudizio di legittimità, generalizzato dall'art. 360 n. 3 nuovo stile, delle questioni sulla interpretazione del contratto collettivo, invece, costituisce un "*novum*" che amplia la funzione della Corte di Cassazione e ne pone in discussione la tradizionale funzione.

In passato l'interpretazione del contratto collettivo era considerata questione di fatto estranea al giudizio di legittimità della Corte di Cassazione che, indifferente al risultato interpretativo praticato dal giudice di merito, si limitava a verificarne la logicità e la conformità ai canoni di ermeneutica contrattuale (art. 1362 ss c.c.)²; con la conseguenza che era "*fisiologico che due opposte interpretazioni dei giudici di merito siano entrambe convalidate o censurate dalla S.C., a seconda del superamento o no del controllo limitato alla corret-*

1 Da ult. sulla efficacia v. Cass. 16376/2021 e sulla validità Cass. 20216/2022.

2 *Ex multis*: Cass. 19514/2003.

*tezza della motivazione e del rispetto dei canoni di ermeneutica contrattuale di cui agli articoli 1362 e successivi*³.

Le sopravvenute e mentovate regole legali, invece, attribuiscono alla Corte di Cassazione un sindacato pieno e diretto sul contratto collettivo.

2 – Nomofilachia rafforzata, nomofilachia, para–nomofilachia: l'istruttoria nel giudizio di merito e la sentenza della Corte di cassazione

Il *novum* ha reso la Cassazione giudice del fatto, come si è sostenuto⁴, o, invece, secondo altra ricostruzione, resta ferma la sua funzione di giudice della legittimità⁵?

Ed ancora, oltre la cennata alternativa: non è che nella novella si rispecchia una ben più profonda trasformazione dell'istituto della cassazione che ha finito, nella post – modernità, per rendere labile il confine tra il giudizio di fatto e il giudizio di diritto⁶?

A codesti gravi interrogativi la Corte di Cassazione offre differenti risposte: in alcune decisioni, muovendo dalla considerazione della necessaria serialità delle questioni sottoposte al suo esame ex art. 420 bis (sul che: *infra*), individua una “nuova e più incisiva dimensione ora assunta dalla funzione nomofilattica dei giudici di legittimità”⁷ ovvero un “*dictum di forza vincolante superiore rispetto a quella delle altre pronunzie emesse in materia giuslavoristica dalla Corte di cassazione*”⁸; in altre decisioni, assume che “*nell'enunciare in funzione nomofilattica un principio è tenuta ad operare come se l'oggetto del suo esame fosse una norma giuridica e non, invece, un negozio di natura pri-*

3 Così Cass. 6327/1966; conf. Cass. 7039/2001.

4 Tra tutti: G. Monteleone, *Il nuovo volto della cassazione civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, p. 943 e segg., spec. p. 945-946.

5 Ancora tra tutti, con notevole ampiezza argomentativa, G. F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino 2016, p. 144-150.

6 M. Fornaciari, *Il sindacato della cassazione sui contratti collettivi di lavoro*, in *Riv. Dir. Proc.* 2014, p. 625 e segg. sostiene la tesi che il giudizio della Corte di Cassazione in materia è di diritto, ma incidentalmente rileva: “*Dovendosi stabilire se quello che il Giudice opera in relazione ad una regolamentazione collettiva sia un giudizio di fatto oppure di diritto... il punto è che essa contiene una regola di svolgimento del rapporto. L'operazione che relativamente alla medesima si compie non può dunque essere se non quella che si compie con riferimento a qualunque regola giuridica e qualificare questa operazione in termini di giudizio di fatto non vale a modificare tale dato. Comunque la si voglia qualificare, rimane infatti che l'operazione in discorso non è quella che si compie nell'ambito del giudizio di fatto propriamente inteso*” (ivi p. 627).

7 Cass. 1970/2007.

8 Cass. 1578/2008; 6429/2008.

vaticistica”⁹; in altre ancora, parla di “*funzione para – nomofilattica*”¹⁰ in quanto più adeguata al sindacato sul contratto.

Si è in presenza di affermazioni di principio che, prive di approfondimento, sono finalizzate alla soluzione di problemi pratici: dalla ritenuta funzione nomofilattica (rafforzata o ordinaria che sia) si fa derivare la necessità, che il giudice del merito provveda ad una adeguata istruttoria “*suscettibile di articolarsi in forme diverse (interrogatorio delle parti; acquisizione di prove documentali; acquisizione di contratti o accordi collettivi successivi o antecedenti a quello oggetto da interpretare; richiesta di informazioni e osservazioni sindacali ex art 425 c.p.c.*”; e ciò per soddisfare “*la necessità che la risposta del giudice di merito (e poi quello di legittimità) alla pregiudiziale risulti completa ed esaustiva, capace cioè di far cessare ogni residuo dubbio sull’intera portata della clausola pattizia*”¹¹.

Senonché, ferma la necessità di depositare, unitamente al ricorso per cassazione, il testo integrale del contratto collettivo¹² per consentirne la interpretazione sistematica, il difetto di istruttoria può essere rilevato dalla Corte di cassazione solo se denunciato dalla parte ai sensi dell’art. 360 n. 5 c.p.c.

Inoltre, le questioni sulla validità (accomunate dall’art. 420 bis cpc a quelle sulla validità, efficacia e interpretazione del contratto collettivo, senza alcuna distinzione) non implicano la necessità di istruttoria perché la loro decisione si risolve nello stabilire la conformità o meno di una clausola collettiva ad imperativa norma di legge.

Ed infine: non è che l’interrogatorio delle parti e la richiesta di informazioni alle associazioni sindacali comportino necessariamente l’acquisizione di elementi di fatto necessari ed anche utili alla decisione.

Tanto è da escludere, in linea di massima, per l’interrogatorio reso dalle parti del rapporto individuale di lavoro, estranee alla stipulazione del contratto collettivo; è solo possibile per le informazioni sindacali disposte dal giudice non già d’ufficio, ma su “*istanza di parte*” (art. 425 c.p.c.) che non solo può mancare, ma in quanto intesa a sollecitare l’esercizio di un potere discrezionale, può essere accolta o rigettata, fermo in quest’ultimo caso l’obbligo di motivazione¹³.

In conclusione: sembra più corretto ritenere che “*il principio di diritto*”

9 Cass. 3098/2008; di “*valorizzazione della funzione nomofilattica del processo di cassazione*” parla pure Cort. Cost. 298/2007.

10 Cass. 21080/2008; Cass. 21478/2008.

11 Cass. 1578/2008.

12 *Ex multis*: Cass. Sez. Un. 20075/2010.

13 Cass. 1654/1987.

affermato ex art. 384 c.p.c. “...è comunque condizionato al materiale documentario e probatorio che apparteneva a quella determinata controversia”¹⁴.

Resta solo da aggiungere, su un piano più generale, che la ritenuta funzione di nomofilachia (a maggior ragione se rafforzata) costituisce non solo il portato di un elemento – la serialità della questione – di dubbia esigibilità (sul che: ancora *infra*), ma introduce una singolare e poco giustificabile divaricazione: la Corte, nell'ordinario giudizio di cassazione per violazione e falsa applicazione del contratto collettivo ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c. giudica sulle censure formulate nel motivo di ricorso, mentre, ove sia investita ai sensi dell'art. 420 bis c.p.c. di una delle questioni pregiudiziali sulla validità, efficacia ed interpretazione, pronuncerebbe una decisione del tutto svincolata dal motivo perché informata da una diversa metodica interpretativa intesa ad attribuire alla clausola controversa il significato ultimo e definitivo, indipendentemente dalla postulazione delle parti e da quanto deciso dalla sentenza impugnata¹⁵.

Che “*si giunga ad ipotizzare un doppio e differenziato livello di conoscibilità di una stessa questione, da parte del medesimo organo giudicante, in ragione del tipo di giudizio – ordinario o speciale – in cui esso è chiamato a pronunciarsi è conclusione che desta, se non altro, qualche perplessità*”¹⁶.

3 – La necessità di risolvere la questione.

“*Quando per la definizione di una controversia di cui all'articolo 409 è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, il giudice decide con sentenza tale questione*”.

Così il primo comma dell'art. 420 cpc che, dunque, esige testualmente la necessità di risolvere una questione.

Tale necessità, secondo la Corte di Cassazione, non si ha allorquando le parti convengono sul significato e sulla portata di questa o quella clausola del contratto collettivo ed allorquando la questione interpretativa insorga non già in relazione alla *causa petendi* ed al *petitum* della domanda attrice, ma all'eccezione del convenuto¹⁷.

Codeste soluzioni non convincono.

La prima è ispirata all'idea che il principio dispositivo impedisce al giudi-

14 Cass. 21080/2008.

15 Cass. 17643/2008.

16 Così S. Liebman, *Brevi note in tema di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, p. 1035.

17 Cass. 3098/2008.

ce di discostarsi dalla interpretazione del contratto collettivo che le parti in lite propongono all'unisono, salvo a disputare sulle conseguenze.

Senonché il principio dispositivo riguarda le enunciazioni delle parti in ordine ai fatti dedotti in causa, mentre l'accertamento del significato di una dichiarazione negoziale (a maggior ragione, come nel caso del contratto collettivo, se essa proviene non dalle parti del rapporto individuale di lavoro ma da terzi: i rappresentanti delle organizzazioni sindacali stipulanti) esula dal novero di tali fatti e della prova di essi e si colloca sul piano della interpretazione che impegna il giudice in un'attività affatto diversa da quella della decisione delle altre questioni di fatto sottoposte al suo esame¹⁸.

In assenza di limitazioni evincibili dal testo della norma, non sembra corretto escludere che il giudice ove dissenta dalla comune interpretazione della clausola del contratto collettivo sostenuta dalle parti, possa pronunciare sentenza, dopo aver sottoposto la questione rilevata d'ufficio al contraddittorio delle parti medesime, ai sensi del nuovissimo art. 183 co. 2 c.p.c., ovvero all'interlocuzione della parte costituita.

D'altra parte non sembra neppure che la questione interpretativa debba di necessità essere collegata alla domanda attrice.

Non solo non si rinviene, nella norma, ogni e qualsiasi segno testuale in tal senso, ma la sottesa *ratio* di nomofilachia (pur variamente intesa) induce a concludere che la pregiudiziale e dirimente questione interpretativa ben può essere sollevata dalle eccezioni e difese della parte convenuta.

4. – *Le caratteristiche della questione:*

4.1) *serietà...*

Ma quando si ha questione?

Non a fronte di un dubbio che sia suscettibile di essere risolto “*con una semplice e veloce lettura del mero dato testuale*”¹⁹ ovvero con una piana applicazione delle regole concernenti la validità, l'efficacia o l'interpretazione del contratto collettivo.

Il dubbio, invece, deve essere “*reale*”²⁰ e la questione “*seria*”²¹ ovvero tale da presentare “*apprezzabili margini di opinabilità*”²²: insomma il giudice, pri-

18 In questo senso con ricca e convincente argomentazione, P. Schlesinger, *Principio dispositivo ed interpretazione del contratto*, in Temi, 1963, pp. 1141 – 1143.

19 Cass. 6429/2008.

20 Corte Cost. 233/2002.

21 Corte Cost. 199/2003; 298/2007.

22 Cass. 21080/2008.

ma di imboccare il percorso tracciato dall'art. 420 bis c.p.c., è tenuto a verificare che la clausola da applicare “*sia di contenuto oscuro e possa prestarsi a diversi e contrastanti letture interpretative (oppure sia sospettabile di nullità o inefficacia)*”²³.

Dunque, fermo che il giudice di merito nella sentenza ex art. 420 bis deve motivare sulla serietà della questione in modo di consentire alla Corte di Cassazione il controllo sul presupposto²⁴, si rileva che sin qui la giurisprudenza nel richiedere il requisito della serietà, non fa che rendere esplicito il predicato di ogni questione degna di tale nome: la questione o è seria o non è.

4.2 serialità...

Più problematico, invece, come già innanzi cennato, è il requisito della “*serialità*” della questione che, ancora a pena di inammissibilità, la Corte di Cassazione richiede quando afferma che la sua soluzione deve risultare idonea, in linea tendenziale, a fare stato “*in una pluralità di controversie seriali*”²⁵ sì da determinare “*effetti deflattivi*”²⁶ rispetto ad un massivo filone di contenzioso.

Il requisito della serialità, diversamente da quello della “*serietà*”, non costituisce predicato intrinseco alla questione (che, ancorché grave, ben può essere circoscritto ad un caso determinato e persino raro) né sembra dotato di un fondamento positivo, non rintracciabile nel disposto dell'art. 420 bis c.p.c. e neppure nei commi 6, 7 e 8 dell'art. 64 d.lgs. 165/2001 (cui rinvia la pertinente norma di attuazione: art. 146 bis) che disciplinano non già i presupposti del ricorso per cassazione ma, tra gli altri casi assolutamente estranei all'argomento in discussione, quello in cui, pendente il ricorso dinnanzi la Corte di cassazione, la questione si riproponga dinnanzi ad altro/ i giudici di merito.

Indipendentemente dalle considerazioni che immediatamente precedono resta un problema che non risulta né avvertito né risolto dalla Corte di cassazione.

La serialità è da intendersi in concreto – si da richiedere la sussistenza in atto di un ripetuto ed ampio contenzioso – o come meramente potenziale?

La verifica del requisito, nella prima accezione, scontrerebbe la difficoltà derivante dall'assenza di fonti dalle quali desumerlo; nella seconda impegnerebbe prima il giudice di merito e poi la Corte di Cassazione in un giudizio

23 Cass. 7306/2007.

24 Cass. 2108/2008.

25 Cass. 19570/2007; 1578/2008; 9246/2009.

26 Cass. 2796/2008; 6429/2008.

prognostico privo di basi empiriche²⁷.

Sembra insomma che il requisito della serialità della questione sia non solo privo di fondamento positivo, ma di incertissima applicazione o perché superfluo in quanto intrinseco alla natura normativa della clausola del contratto collettivo funzionale a predisporre le regole di una serie aperta di contratti individuali di lavoro in atto e futuri o perché non verificabile in assenza di adeguati strumenti cognitivi.

4.3 pregiudizialità.

È pregiudiziale, ai sensi dell'art. 420 bis c.p.c., la questione che si presenta come antecedente logico necessario per la decisione²⁸ nell'ambito di un unico rapporto giuridico.

Si tratta di pregiudizialità puramente logica²⁹ ben diversa da quella tecnica, prevista dall'art. 34 c.p.c., che si verifica ove “*vengano in considerazione due o più rapporti giuridici, uno dei quali appartiene alla fattispecie dell'altro che dipende da esso*”³⁰; sono pure irriducibili alla pregiudizialità logica le “*questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali*” suscettibili di decisione immediata o unitamente al merito (art. 187 co. 3 c.p.c.; v. pure art. 420 co. 4 c.p.c.).

Le questioni pregiudiziali di cui parlano le norme testé citate, infatti, attengono al processo e, ove positivamente risolte, lo chiudono davanti al Giudice adito che emana una semplice dichiarazione, insuscettibile di conquistare l'autorità di cosa giudicata, di inesistenza dei presupposti per una pronuncia nel merito³¹, laddove le preliminari di merito traggono origine da un'eccezione in senso proprio con la quale si fa valere l'estinzione ovvero la modifica del diritto azionato³².

Se, dunque, unitamente alla questione logicamente pregiudiziale della efficacia validità o interpretazione, si pone altra pregiudiziale ovvero altra pre-

27 S. Brun – S. Della Bona, L'“*accertamento pregiudiziale*” sull'interpretazione degli accordi collettivi in Francia, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2019, p. 285 e ss., rilevano che a fronte della esplicita previsione della serialità della questione, contenuta nell'art. L. 441- 1 COJ, la dottrina d'oltralpe si interroga sul se la serialità debba essere intesa in astratto o in concreto, restando aperta in quest'ultimo caso “*la questione sulle fonti da cui il Giudice di merito potrebbe ricavarne la reale esistenza*” (ivi p. 293).

28 Cass. 3072/2005; 6113/2005.

29 Cass. 19710/2007; 6429/2008.

30 Cass. 41895/2021.

31 Persino l'esame congiunto di una questione pregiudiziale con il merito non determina giudicato sulla pregiudiziale che può essere riesaminata *ex officio* in sede di impugnazione: Cass. 941/1995.

32 Cass. 3322/1955.

liminare di merito la cui soluzione è idonea a risolvere “*in limine*” la controversia si spezza il nesso di pregiudizialità logica e il giudice, anche in applicazione del principio della ragionevole durata del processo, non può dare corso al procedimento ex art. 420 bis³³.

Ciò non impedisce che “*le questioni pregiudiziali o preliminari*” possano essere sommariamente deliberate al “*solo fine di verificare e motivare la rilevanza della questione*” in applicazione del “*canone processuale che governa l’ordinanza di rimessione da parte del giudice comune alla Corte Costituzionale, della questione di legittimità costituzionale*”³⁴.

5. – Considerazioni finali

Non è frutto di scelta passatista il fatto che la giurisprudenza di cui si è discusso si concentra negli anni immediatamente successivi alla entrata in vigore dell’art. 420 bis c.p.c.

Infatti circoscritte le condizioni di applicabilità della norma e definito il suo ambito di operatività, si è determinato un drastico ridimensionamento del numero delle decisioni in materia³⁵.

Si è dunque dimostrata fallace la previsione di un aumento del volume dei ricorsi tale da ulteriormente compromettere la funzionalità della Corte di cassazione³⁶, come pure è risultato irrealizzato l’auspicio di una generalizzazione e diffusione della procedura di accertamento pregiudiziale tale da introdurre

33 A. Carratta, *Commento all’art. 420 bis c.p.c.*, in S. Chiarloni, *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 559 ss., spec. p. 564.

34 Cass. sez. lav. 14356/2014, in motivazione.

35 Nel trascorso decennio la Corte di cassazione è stata investita di un numero di ricorsi computabili con le dita delle mani.

36 Nell’imminenza della entrata in vigore dell’art. 420 bis c.p.c. la Giunta e l’Assemblea della Sezione Cass. dell’A.N.N. hanno approvato un documento (in *Questione Giustizia – Documenti*, p. 978) in cui, pur dandosi atto della “*esigenza di superare la polverizzazione delle interpretazioni di una medesima norma collettiva*”, si sollevano vivaci critiche nei confronti della novella norma. Nel documento si legge: “*tale innovazione aumenterebbe in modo insostenibile il carico di lavoro della Corte di Cassazione che moltiplicherebbe oltremodo i ricorsi determinando un’alterazione incongrua e impraticabile del giudizio di legittimità. I contratti collettivi di diritto commune, infatti, sono contratti di diritto private, l’interpretazione dei quali implica a norma degli art. 1362 ss. c.c. l’accertamento di un fatto (la commune volontà delle parti stipulanti) e l’accertamento eventualmente di altri fatti secondari ai quali gli art. 1362 ss. c.c., oltre che i principi fondamentali della materia attribuiscono rilevanza ai fini di tale indagine.*”. Ed ancora: “*in mancanza di norme legislative di attuazione delle garanzie di democraticità e rappresentanza stabilite dall’articolo 39 della Costituzione, la tendenziale omologazione delle norme collettive alle norme di legge appare rappresentare un sovvertimento illegittimo del fondamentale principio della gerarchia delle fonti*”.

“un utile deterrente all’aumento del contenzioso determinando una effettività della tutela sostanziale”³⁷.

Non è dato di stabilire se il fenomeno del vistoso ridimensionamento della operatività pratica dell’istituto sia stato determinato dalla sua artificiosità e da intrinseci difetti costruttivi oppure dalla fitta rete di contenimento dei ricorsi elevata dalla Corte di cassazione con le esaminate sentenze.

È certo che il contenzioso sui contratti collettivi dinnanzi i giudici di merito continua a presentarsi come numeroso ed impegnativo.

Né potrebbe essere diversamente: la contrattazione collettiva, infatti, non ha di certo dismesso, negli ultimi anni e nell’attualità, la sua funzione di primaria fonte (formale o informale che sia) di regolamentazione dei rapporti individuali di lavoro.

Franco Sabatini

³⁷ C. Romeo, *Il difficile rapporto tra processo e diritto del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2020, p. 13 ss.

II

GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza civile

App. L'Aquila, sent. 01/03/2024 n. 303 (Est. Dell'Orso)

Obbligazioni e contratti – Project financing – Rischio gestione contratto – Incombe su soggetto concessionario

È possibile ritenere il project financing una particolare modalità di partenariato pubblico privato finalizzato a garantire il finanziamento di un'opera pubblica o di pubblica utilità. Il rischio della gestione del contratto non può che ricadere sul soggetto concessionario e di conseguenza eventuali condizioni praticate a svantaggio della parte pubblica concedente non possono trovare applicazione in quanto nella sostanza comporterebbero uno sviamento della finalità anche pubblicistica sottesa all'adozione di siffatto strumento negoziale.

(omissis)

1.1. Il Tribunale di Pescara ha rigettato, compensando (per le ragioni di cui in seguito meglio si dirà) parzialmente le spese di lite, la domanda proposta da (...) srl e volta ad ottenere la condanna del Comune di (...) al pagamento, in suo favore, della somma complessiva di Euro 2.491.504,04 oltre (...) interessi di mora (secondo la disciplina delle transazioni commerciali) e rivalutazione monetaria, dovuta in forza del contratto di concessione, sottoscritto in data (...) ed avente ad oggetto l'ampliamento del cimitero sito in località (...) con conseguente ulteriore realizzazione di loculi, sepolcreti e cappelle gentilizie.

In estrema sintesi, a fondamento della domanda la società attrice ha indicato l'art. 15 della concessione che pone a carico della parte concedente, al momento della fine del rapporto, di provvedere al pagamento dei manufatti costruiti dalla concessionaria, ma non ancora assegnati. (...) locale, nel costituirsi in giudizio, dopo aver sollevato la questione preliminare sul difetto di giurisdizione, ha dedotto l'infondatezza della pretesa avversaria tanto nell'*anche nel quantum debeatur*, evidenziando, in particolare, di aver disposto, giusta delibera di (...) n. (...) del (...), la proroga del servizio proprio al fine di consentire la vendita dei manufatti realizzati.

1.2. Le principali argomentazioni alla base della decisione del giudice di prime cure possono di seguito essere così sintetizzate: – la questione preliminare sul lamentato difetto di giurisdizione (sulla quale tuttavia le parti non hanno insistito nel presente giudizio) deve essere rigettata; – deve, di contro,

ritenersi fondata l'eccezione di nullità, sollevata invero dal Comune di (...) soltanto e per la prima volta in sede di comparsa conclusionale, dell'art. 15 della concessione trattandosi, perlomeno nella parte in cui prevede l'obbligo per il concedente di provvedere al pagamento dei manufatti costruiti, ma non ancora assegnati, di una disposizione in contrasto con norme imperative (il riferimento è alla disciplina in tema di appalti pubblici e segnatamente all'art. 143 D.Lgs. n. 163 del 2006) e con i principi di diritto comunitario; – una tale previsione che riguarda il tema dell'allocazione del rischio nel modello del project financing non è stata però prevista (e la società attrice non ha offerto alcuna prova in tal senso) né nel bando di gara né tantomeno nel piano economico e finanziario; – in buona sostanza, l'esegesi del corpus normativo (trattasi della L. n. 109 del 1994, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie che ci occupa) deve portare fondatamente a ritenere che il rischio dell'esecuzione del rapporto concessorio deve gravare a carico della parte concessionaria; – per tali ragioni, la proroga invocata dal Comune ai sensi dell'art. 15 del contratto di concessione deve essere dichiarata nulla o comunque inefficace sicché la pretesa avanzata da (...) deve essere rigettata perché infondata anzitutto nell'an e di conseguenza (con valenza assorbente) anche nel *quantum debeat*.

1.3. La pronunzia del tribunale adriatico è stata tempestivamente e ritualmente impugnata da (...) srl in liquidazione attraverso l'articolazione di tre motivi.

La prima doglianza ha riguardato la nullità (invocando, a tale riguardo, la violazione dell'art. 112 c.p.c.) della sentenza in quanto a fondamento della decisione è stato posto un profilo, afferente alla invalidità dell'art. 15 del contratto di concessione, che il Comune di (...) (così stravolgendo radicalmente la propria impostazione difensiva sulla quale si è svolto il contraddittorio in prime cure) ha introdotto soltanto con la comparsa conclusionale, mentre in precedenza l'unico elemento addotto, al fine di paralizzare l'azione di (...) srl, è stata la proroga del contratto per consentire al concessionario il recupero delle somme per le concessioni non ancora rilasciate.

In particolare, l'appellante (che ha corroborato tale asserzione, con il richiamo a plurimi precedenti giurisprudenziali) ha dissertato sui limiti dell'introduzione nel giudizio, allorquando è maturato il regime delle preclusioni per delimitazione del *thema decidendum*, di questioni per le quali sussiste anche il rilievo officioso del giudice.

Con il secondo (e certamente ben più consistente) motivo, l'appellante, dopo aver ricostruito i passaggi salienti dell'iter che ha portato alla sottoscrizione della concessione ed anche alla fine del rapporto (per decorrenza del ter-

mine decennale), ha (cadendo però in contraddizione e senza quindi dichiarare la contrarietà dell'art. 15 della concessione a norme imperative) ritenuto che la possibilità di deroga per essere ammessa deve essere dimostrata e tale prova non è stata fornita mediante il deposito del piano economico finanziario e del bando.

La terza ed ultima doglianza (logicamente da esaminare soltanto nell'ipotesi vaglio positivo delle precedenti) ha riguardato il versante del *quantum debeatur*:

A tale riguardo, l'appellante (che ha rinunciato alla richiesta di rivalutazione del credito reclamato) ha riproposto le considerazioni già svolte in primo grado e comunque riconosciute anche all'esito della CTU espletata in quella sede (le cui conclusioni, perché leggermente divergenti rispetto alla richiesta, sono state mutate benché soltanto in via subordinata).

Il Comune di (...) ha preliminarmente contestato l'ammissibilità del deposito (ritenuto tardivo perché effettuato per la prima volta in appello) sia del bando di gara che del piano economico finanziario, mentre nel merito, prendendo compiuta posizione su ciascuno dei temi affrontati dalla controparte, ha contrastato l'interposto gravame insistendo, in tal modo, per il suo rigetto integrale.

Il giudizio di appello è stato istruito mediante le produzioni documentali offerte dalle parti e del fascicolo d'ufficio del primo grado. All'esito dell'udienza del 7 novembre 2023, (*omissis*) la causa, (*omissis*) è stata trattenuta in decisione (*omissis*)

2. In assenza di questioni preliminari (quelle, infatti, sollevate dal Comune di (...) verranno di seguito esaminate con i motivi), è ben possibile sin da subito procedere alla disamina del merito. (...) proposto da (...) srl in liquidazione è infondato essenzialmente in diritto e pertanto deve essere rigettato per le ragioni di seguito meglio illustrate.

2.1. Anzitutto, occorre ricostruire, ai soli fini che qui ci occupano, la cornice, peraltro di chiara connotazione documentale, al cui interno deve essere inquadrata la vicenda che ci occupa.

In attuazione del programma triennale delle opere pubbliche per il periodo 2004 – 2006, il Comune di (...) ha indetto un bando (secondo il modello del *financial project*) per l'ampliamento del cimitero ubicato in località S. (...) e con conseguente realizzazione, da parte della concessionaria, anche dei loculi, dei sepolcreti e delle cappelle gentilizie.

L'attività di progettazione e di realizzazione dei manufatti funerari unitamente alla gestione del servizio relativo alla loro vendita a privati (fermi alcuni obblighi in capo al concessionario riguardo la riserva di un numero di posti per

le persone meno abbienti) è stata affidata, giusta convenzione del (...) all'(...) all'epoca costituito da (...) spa e (...) e successivamente mutato (a seguito della nuova denominazione) in (...) srl.

I principali termini dell'accordo intercorso tra le parti possono di seguito essere così sintetizzati: la durata della concessione è stata indicata in anni 10 con decorrenza dalla consegna delle aree e dei manufatti esistenti nonché dalla approvazione del progetto definitivo e del primo stralcio del progetto esecutivo; alla scadenza, le opere realizzate e non date in concessione verranno trasferite al Comune; il concessionario ha assunto altresì l'obbligo di pagamento dei suddetti manufatti secondo le tariffe in vigore; ulteriore e diversa modalità è quella che prevede la proroga della concessione al fine di consentire al concessionario di procedere al recupero delle somme impiegate per i manufatti eseguiti, ma non ancora oggetto di concessione. Dalla disamina, poi, del corposo compendio documentale è risultato che: (...) con delibera n. (...) del (...) (in prossimità quindi della scadenza del termine decennale) ha deciso per la proroga della convenzione per cui è causa avvalendosi espressamente dell'art. 15 del contratto di concessione; per il periodo successivo al (...), il Comune ha affidato la gestione dei servizi cimiteriali alla società (...) spa; la riconsegna è avvenuta in data (...) ed il (...); (...) srl ha trasmesso all'ente locale la fattura elettronica per il pagamento della somma di Euro 2.491.504,04 così definita in base al valore dei manufatti realizzati, ma non oggetto di concessione (richiesta espressamente formulata già peraltro nella nota della suddetta società del (...) contenente evidentemente un minor importo in ragione dello stato dei lavori sino a quel momento eseguiti).

2.2. Qualche doveroso cenno, poi, si impone sulle caratteristiche del *project financing* (finanza di progetto) e sull'individuazione del regime normativo applicabile.

Quanto al primo aspetto, facendo opera di sintesi della posizione assunta dalla più autorevole dottrina *in subiecta materia*, è possibile ritenere il *project financing* una particolare modalità di partenariato pubblico privato (...) finalizzato a garantire il finanziamento di un'opera pubblica o di pubblica utilità.

Tale finalità risulta assicurata dalla concatenazione di atti negoziali diversi fra loro sicché è corretto inquadrare tale schema all'interno di una fattispecie atipica.

Con riguardo, invece, al secondo profilo l'assetto normativo è stato inizialmente tratteggiato dagli articoli 37 bis L. n. 109 del 1994 sino a quando è entrato in vigore il codice degli appalti (D. Lgs. n. 163 del 2006) che ha ridisegnato l'assetto dell'istituto all'art. 153.

Non vi è contestazione sull'applicazione, alla fattispecie in esame, del-

la disciplina contenuta nella legge (...) Gli articoli dal 37 bis al quinquies disciplinano le modalità di presentazione della proposta per la realizzazione dell'opera pubblica o per la gestione del servizio pubblico alle amministrazioni aggiudicatrici, la valutazione della stessa, l'indizione della gara e la scelta della società di progetto.

A tale complesso di norme, però, così condividendo quanto sostenuto dall'ente locale appellato, deve aggiungersi l'art. 19 commi 2, 2 bis, 2 ter e 2 quater L. n. 109 del 1994 (recepito all'art. 143 del codice degli appalti) che, nella formulazione vigente all'epoca dei fatti, così statuiva "2. Le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Qualora necessario, il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico – finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara, che comunque non può superare il 50 per cento dell'importo totale dei lavori. Il prezzo può essere corrisposto a collaudo effettuato in un'unica rata o in più rate annuali, costanti o variabili. A titolo di prezzo, i soggetti aggiudicatori possono cedere in proprietà o diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma di cui all'articolo 14, ad esclusione degli immobili ricompresi nel patrimonio da dismettere ai sensi del D.L. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 novembre 2001, n. 410. Qualora il soggetto concedente disponga di progettazione definitiva o esecutiva, l'oggetto della concessione, quanto alle prestazioni progettuali, può essere circoscritto alla revisione della progettazione e al suo completamento da parte del concessionario. 2 – bis. (...) aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata anche superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui al comma 2 sull'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico – finanziario degli investimenti e della

connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino favorevoli al concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a vantaggio del concedente. Nel caso di recesso del concessionario si applicano le disposizioni dell'art. 37 – *septies*, comma 1, lettere a) e b), e comma 2. Il contratto deve contenere il piano economico – finanziario di copertura degli investimenti e deve prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione (8). 2 – ter. Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico – finanziaria della gestione dell'opera (9). 2 – quater. Il concessionario, ovvero la società di progetto di cui all' articolo 37 – quater, partecipano alla conferenza di servizi finalizzata all'esame ed alla approvazione dei progetti di loro competenza; in ogni caso essi non hanno diritto di voto”.

Di non secondario rilievo risulta la disciplina comunitaria (già a partire dalla direttiva 2004/18/CE) che, anche quella successiva alla sottoscrizione della concessione, ha indicato alcuni principi a cui, attesa la sua immediata efficacia all'interno dell'ordinamento, non è possibile derogare.

Tanto vale, in particolare, per i paragrafi 11 e 19 della direttiva 2014/23/UE; il primo prevede infatti che “Le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Essi possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori”, il secon-

do, invece, stabilisce “(...) la regolamentazione settoriale specifica elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l’esecuzione del contratto, il contratto stesso non dovrebbe configurarsi come una concessione ai sensi della presente direttiva”. È quindi di sin troppa chiara evidenza, alla luce della peculiarità del project financing come tratteggiata non solo dalla normativa di diritto interno, ma anche da quella comunitaria, che il rischio della gestione del contratto non può che ricadere sul soggetto concessionario e di conseguenza eventuali condizioni praticate a svantaggio della parte pubblica concedente non possono trovare applicazione in quanto nella sostanza comporterebbero uno sviamento della finalità anche pubblicistica sottesa all’adozione di siffatto strumento negoziale.

Tanto considerato, è quindi possibile passare allo scrutinio dei motivi di appello procedendo, attesa la loro evidente diversità, partitamente.

3.1. La prima censura, come peraltro già anticipato, ha una connotazione marcatamente in rito in quanto l’appellante ha lamentato il vizio di ultrapezzatura della decisione impugnata in quanto la questione della nullità della clausola contenuta all’art. 15 del contratto sull’obbligo in capo al Comune di (...) di procedere al pagamento dei manufatti realizzati, ma non dati in concessione, è stata sollevata per la prima volta e quindi tardivamente in comparsa conclusionale (di primo grado) atteso che le argomentazioni svolte (sin dalla costituzione in giudizio) avevano riguardato la possibilità di proroga.

Tale prospettazione, invero, non coglie nel segno e pertanto non può essere condivisa in quanto: Costituisce, infatti, principio oramai graniticamente accettato in giurisprudenza, che “(...) di nullità del contratto è eccezione in senso lato – attenendo a questione rilevabile d’ufficio dal giudice – pertanto non è soggetta, neppure in grado di appello, alle preclusioni di cui all’art. 345 c.p.c., né al divieto dello jus novorum” (cfr. Corte Appello Salerno, Sez. I, 14.12.2022 n. 1688); Scendendo ancor più nel dettaglio, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che “Gli scritti difensivi successivi alla precisazione delle conclusioni hanno soltanto la funzione di illustrare le domande e le eccezioni già ritualmente proposte e non possono contenerne di nuove, che costituiscano ampliamento del *thema decidendum*, onde il giudice non può e non deve pronunciarsi al riguardo: sempre che, però, non si tratti di questioni rilevabili d’ufficio. È indubbio, in conseguenza, che allorquando venga in discorso una nullità rilevabile d’ufficio, non operino i termini che regolano l’attività assertiva (e quindi, segnatamente, quello di cui all’articolo 183, comma 6, n. 1, del codice civile, richiamato dal giudice a quo nella pronuncia impugnata) e che, in conseguenza, il giudice possa occuparsi della questione

anche se la stessa risulti veicolata da un'eccezione svolta in comparsa conclusionale" (*cf.* Cass. Civ. Sez. I, 19.10.2022 n. (...)).

Trattasi di un percorso interpretativo che ha trovato il suo inizio nella pronuncia delle (...) n. 14828 del 2012 in cui, fra l'altro, è stato stabilito che "(...) luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere – dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti "ex actis". Può, di conseguenza, affermarsi che, laddove sia la parte interessata a sollevare, come accaduto nel caso di specie, la nullità, unico limite al vaglio della questione è rappresentato dalla verifica dell'emergenza della stessa dagli atti di causa.

Nella fattispecie, è indubbio che ricorrono tutti i requisiti per l'ammissibilità della questione di nullità; la stessa afferisce ad una clausola inserita nel contratto di concessione pacificamente prodotto in atti; trattasi, al contempo, di una nullità di ordine generale; alla luce delle considerazioni sin qui svolte, il primo motivo non può che essere rigettato.

3.2. A non diverse conclusioni, seppur attraverso un diverso percorso argomentativo, deve pervenirsi anche per quanto concerne il secondo motivo con il quale l'appellante ha inteso operare una censura del complesso di ragioni che hanno portato il primo giudice a dichiarare la nullità dell'art. 13 del contratto (clausola sulla quale (...) srl ha in effetti ancorato, in termini di causa petendi, la domanda proposta).

In estrema sintesi, le principali argomentazioni da porsi alla base del rigetto dell'interposto gravame possono di seguito essere così sintetizzate: – occorre anzitutto tener conto delle riflessioni già esposte in ordine al tenore del plesso normativo che rappresenta la cornice giuridica al cui interno la fattispecie del project financing deve essere inquadrata e di conseguenza della ratio finalistica dell'istituto; – l'essenza della questione risiede allora nella verifica della possibilità, in simili casi, di un'allocatione del rischio in capo alla parte pubblica concedente; – la normativa, tanto quella di diritto interno (vigente all'epoca dei fatti) che anche (e soprattutto) quella di matrice comunitaria (la cui immanenza nel sistema rappresenta un dato pacifico), va interpretata nel senso di ritenere nulle le clausole negoziali che trasferiscono alla concedente il rischio di gestione; – già in un precedente (trattasi della sentenza n. 528/21 del 3 aprile 2021) questa Corte Territoriale, esaminando una vicenda del tutto speculare a quella in esame, ha concluso per la nullità del contratto per difetto di causa; ipotesi che, come noto, ricorre tanto (come ritenuto dal Collegio in quella occasione) per difetto di causa, quanto perché il negozio si pone (e

questa opzione ermeneutica ben potrebbe attagliarsi al caso di specie) in contrasto con l'ordine pubblico. In altri termini, ammettere una sviamiento dell'allocatione del rischio in capo al concedente equivale a privare l'operazione di project financing della sua ragione giustificativa e comunque determina un modello in contrasto con le finalità pubblicistiche che presiedono l'istituto (e che devono ricercarsi nel rappresentare una modalità nuova di reperimento di risorse per la realizzazione di opere pubbliche o per la gestione di servizi di rilevanza pubblica con contenimento dei costi per la finanza pubblica).

Scendendo ancora di più nel dettaglio, poi, il contenuto dell'art. 15 del contratto (nella parte oggetto di contestazione) si pone in contrasto con altre due clausole: a) l'art. 13 che nella parte dedicata all'elencazione degli oneri a carico del concedente (Comune di (...) non contiene alcuna menzione circa il pagamento di opere o comunque manufatti realizzati, ma non oggetto di concessione a terzi; b) l'art. 41 ha indicato il valore residuo al netto degli ammortamenti della concessione (pari ad Euro 2.680.000) escludendo ogni ulteriore ammortamento economico; – un ulteriore fattore, inoltre, deve cogliersi nel fatto che (così condividendo il ragionamento del primo giudice) un'eventuale previsione di diversa allocatione del rischio doveva essere prevista nel piano economico e finanziario e nel bando di gara (trattandosi di atti predisposti, a differenza della concessione, dal Comune di (...); tuttavia, non è in contestazione che la produzione di tale materiale non è stata effettuata, come di contro avrebbe dovuto essere nel corso del giudizio di primo grado e quindi il suo deposito in appello (per la prima volta) si scontra inevitabilmente con il divieto sancito dall'art. 345 c.p.c. Ove, però, si volesse, per mero scrupolo, opinare in senso contrario (assumendo che la questione della nullità è stata in effetti sollevata soltanto in comparsa conclusionale) non può non rilevarsi che né l'uno (il (...) né l'altro (il bando) prevedono una modalità idonea ad eliminare il rischio in capo alla parte concessionaria; Ed allora, sulla scorta delle considerazioni svolte, anche il secondo motivo deve essere rigettato. 3.3. Il tratto assorbente di quanto sin qui esposto e quindi l'assenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda in punto di an, esonera dall'addentrarsi nella disamina del terzo ed ultimo motivo relativo invece al diverso profilo del *quantum debeatur*. 4. In ultimo, le spese del presente grado seguono la soccombenza e vanno liquidate come di seguito indicato.

(omissis)

NOTA

La sentenza in esame, attesa la particolarità degli argomenti esaminati, offre vari spunti di riflessione.

Preliminarmente si rileva come sia stato abbandonata dalle parti la doglianza palesata in primo grado attinente alla sussistenza o meno del difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 133 c.p.a.

La questione, tuttavia, si sarebbe prestata a spunti interessanti.

Al riguardo deve notarsi che è pacifico tra le parti che si verta nell'ambito di una concessione amministrativa.

Per incardinare, quindi, la causa in oggetto nella giurisdizione ordinaria deve ritenersi che la questione disputata sia stata ritenuta attinente solo l'aspetto economico della vicenda per cui: "Nessuna disapplicazione o annullamento di atti della P.A. è chiesta nel merito, per cui la controversia ha natura meramente patrimoniale" (S.U. 11 giugno 2001 n. 7861) e, quindi se "L'accertamento richiesto è quindi incidentale e di mero fatto e in esso non sono controversi i poteri autoritativi della P.A. espressi nella concessione fonte del rapporto patrimoniale da accertare, della quale si chiede solo la lettura, per chiarire la natura del provvedimento concessorio e non una sentenza che lo modifichi o lo annulli o lo disapplichì." Cass. S.U. n. 14614 / 2010.

Il nodo della questione, qualora la questione di giurisdizione fosse stata ancora in forse, sarebbe stata valutare se una pronuncia di nullità della clausola contrattuale, come avvenuto nel caso di specie, atteso il suo carattere retroattivo e riverberandosi indirettamente su tutta la procedura di gara, possa ritenersi rientrare nell'aspetto "esecutivo" del contratto stesso ovvero se la giurisdizione ordinaria fosse competente a procedere alla declaratoria di nullità dell'atto che si è posto a conclusione di una procedura amministrativa e su di essa fondato.

Altro aspetto che avrebbe potuto essere oggetto di valutazione, ove la procedura amministrativa fosse stata ritenuta rilevante, ai fini del decidere, avrebbe potuto essere costituito dalla necessità o meno di disapplicare atti o provvedimenti amministrativi.

Problema diverso sarebbe stato ove oggetto del giudizio fosse stata la risoluzione del contratto aspetto in cui la giurisprudenza è ferma nel ritenere la giurisdizione dell'A.G.O. "Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sul ricorso contro la risoluzione del contratto avente ad oggetto la progettazione, la realizzazione e la gestione in regime di concessione dell'intervento di ampliamento del cimitero comunale, da realizzarsi in project financing, in quanto le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto con la p.a., successive a quella ad evidenza pubblica per la selezione del contraente privato, sono devolute alla giurisdizione del g.o. Il rapporto tra la società appellante e il comune è inquadrabile, infatti, nello schema della "concessione di lavori" di cui all'art. 3, c. 1, lett. uu), del codice dei contratti pubblici,

definito come quel contratto in virtù del quale a titolo di corrispettivo per l'esecuzione di lavori, eventualmente comprensiva della relativa progettazione esecutiva, le stazioni appaltanti riconoscono "unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere". Nella concessione di lavori è spesso insito l'investimento di ingenti capitali, reso necessario dai costi di realizzazione delle opere, ragione per la quale si pone l'esigenza di reperire le relative fonti di finanziamento. A questo scopo il codice dei contratti pubblici prevede la finanza di progetto (o project financing), ex artt. 182 e 183, contraddistinto dall'"utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti" (art. 183, c. 1, D. Lgs. n. 50 del 2016), come nel caso di specie, dal momento che per le opere di ampliamento del proprio cimitero il comune ha fatto ricorso allo strumento della finanza di progetto. La qualificazione del rapporto tra le parti come concessione di lavori pubblici comporta sul piano processuale il corollario della giurisdizione ordinaria nella presente controversia, relativa all'atto di risoluzione impugnato" Cons. Stato, Sez. V, 17/03/2021, n. 2280

Tuttavia, come detto, non vi è stata necessità di soffermarsi sulla questione di giurisdizione anche perché la Corte non ha ritenuto di avvalersi del disposto dell'art. 37 c.p.c.

Proseguendo nell'esame della decisione si rileva che la Corte di merito, fatta una ricognizione del quadro normativo nazionale e comunitario afferente il c.d. project financing, ha ritenuto risolutivo l'esame del secondo motivo d'appello laddove si è censurato "il complesso di ragioni che hanno portato il primo giudice a dichiarare la nullità dell'articolo 13 del contratto clausola sulla quale l'appellante ha ancorato, in termini di causa petendi la domanda proposta".

Sotto tale aspetto la domanda è stata accolta ritenendosi "nulle le clausole negoziali che trasferiscono alla concedente il rischio di gestione" nella parte in cui, una pattuizione contrattuale, ha previsto che, al termine del periodo di concessione, i loculi rimasti invenduti dovessero essere acquistati dall'Amministrazione concedente, verifica effettuata alla luce proprio della normativa oggetto della premessa della decisione, come sopra ricordato.

Si è giunti, quindi, alla conclusione che la normativa di settore "va interpretata nel senso di ritenere nulle le clausole negoziali che trasferiscono alla concedente il rischio di gestione" poiché, nel caso di specie, deve concludersi "per la nullità del contratto per difetto di causa ipotesi che, come è noto, ricorre tanto per difetto di causa quanto perché il negozio si pone (e questa opzione ermeneutica ben potrebbe attagliarsi al caso di specie) in contrasto

con l'ordine pubblico. In altri termini ammettere uno sviamento dell'allocazione del rischio in capo al concedente equivale a privare l'operazione di project financing della sua ragione giustificativa e comunque determina un modello in contrasto con le finalità pubblicistiche che presiedono l'istituto e che devono ricercarsi nel rappresentare una modalità nuova di reperimento di risorse per la realizzazione di opere pubbliche o per la gestione di servizi di rilevanza pubblica con contenimento dei costi per la finanza pubblica”.

Si aggiunge rilevandosi che: “Un’eventuale previsione di diversa allocazione a rischio doveva essere prevista nel piano economico e finanziario e nel bando di gara tuttavia non è in contestazione che la produzione materiale non è stata effettuata, come di contro avrebbe dovuto essere nel corso di giudizio di primo grado e quindi il suo deposito in appello (per la prima volta) si scontra inevitabilmente con il divieto sancito dall’articolo 345 c.p.”.

Quanto all’allocazione del rischio la giurisprudenza amministrativa è di contrario avviso atteso che si è affermato che:

“Sotto un primo profilo, il Comune sostiene che il rischio di impresa, che mancherebbe nel caso di specie, costituisce elemento essenziale di una procedura di project financing con conseguente illegittimità della operazione che prevedeva, invece, a carico del comune le risorse idonee a coprire l’intero importo dei lavori (il corrispettivo del canone di locazione per trenta anni corrisponde quasi all’importo dei lavori di ristrutturazione e delle opere di urbanizzazione, anche prescindendo dai 15.000 mc concessi alla impresa).

Il motivo è privo di fondamento.

Il project financing comporta la necessaria partecipazione finanziaria del soggetto promotore, cui può aggiungersi l’eventuale contributo pubblico; si tratta, tuttavia, di una procedura caratterizzata da un elevato tasso di elasticità, che consente di adattare il progetto alle specifiche esigenze delle parti.” (Cons. Stato sent. n. 2280/2021)

Con altra decisione si è ritenuto che: “Nel caso di specie, erano stati previsti oneri a carico dell’amministrazione, che si era assunta l’impegno di pagare per trenta anni i canoni di locazione a fronte delle opere di ristrutturazione e di realizzazione dell’urbanizzazione primaria affidate all’impresa; tale struttura dell’operazione non è di per sé incompatibile con l’istituto, che – si ribadisce – consente che l’utilizzo delle risorse dei soggetti proponenti sia solo parziale.

Non si può neanche sostenere che il rischio dell’impresa fosse in concreto azzerato, in quanto i calcoli del comune., oltre a includere anche l’Iva tra i ricavi dell’impresa, non tengono conto del fatto che l’impegno finanziario dell’impresa era immediato (realizzazione delle opere), mentre gli oneri posti

a carico dell'amministrazione erano dilazionati in trenta anni sotto forma di pagamento del canone; tale circostanza impedisce di equiparare il valore dell'importo a carico del comune con quello posto a carico dell'impresa, trattandosi di dati comparabili solo indicizzando gli importi alla data degli esborsi.

Si può sostenere che il rischio a carico dell'impresa era contenuto, ma non certo che era annullato e il fatto che il rischio fosse ridotto non rende illegittima la procedura, che l'amministrazione ha autonomamente valutato come conveniente al momento della sua approvazione.

Né si può sostenere che si era in presenza di una concessione di lavori pubblici, in quanto l'operazione posta in essere era più complessa rispetto alla mera esecuzione dei lavori a fronte della gestione dell'opera.

In sostanza, il rischio ridotto per l'impresa e la sussistenza di oneri a carico del soggetto pubblico sono elementi compatibili con l'istituto del project financing, che non rendono illegittimo l'utilizzo di tale procedura, ma che possono al limite essere rivalutati sotto il profilo dell'opportunità e della convenienza, come in concreto avvenuto alla luce di quanto illustrato in seguito.” (Cons. Stato sent. n. 39 / 2012).

Qualora si fosse aderito a tale indirizzo giurisprudenziale, quindi, non si sarebbe potuti giungere ad una declaratoria di nullità del contratto.

Così non è stato e l'aspetto dirimente che ha indotto la Corte aquilana alla declaratoria di nullità del contratto è stato individuato nella contrarietà all'ordine pubblico della clausola che prevedeva, appunto, l'accollo di costi da parte dell'Amministrazione comunale.

Tuttavia se per ordine pubblico deve intendersi una clausola generale che permette allo stato di proteggere i valori e le norme fondamentali su cui si basa la convivenza civile, limitando o annullando effetti giuridici o azioni che li compromettono diviene difficoltoso ritenere che una variazione ad uno schema contrattuale possa integrare una tale ipotesi.

Riprova (sintomatica) di ciò è data proprio dalle sentenze amministrative sopra ricordate che hanno ritenuto lecito addossare alla P.A. parte dei costi anche in caso di project financing.

Fermo restando che: “La causa concreta del contratto deve essere intesa come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e non solo come sua mera ed astratta funzione economico – sociale. Pertanto, in presenza di un'operazione contrattuale volta ad un fine pratico vietato dall'ordinamento o contrario all'ordine pubblico, può configurarsi la nullità del contratto stesso ex artt. 1418 – 1325, n. 2, cod. civ.” Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 07/02/2024, n. 3451.

Forse un risultato identico ma seguendo un percorso più agevole si sarebbe potuto ottenere valutando, attesa la non rispondenza dello schema contrattuale adottato a quello normativamente previsto per i contratti di project financing, valutando la rispondenza della pattuizione intercorsa tra le parti alla luce dell'art. 1322 che, appunto, pone, come limite all'autonomia contrattuale, la meritevolezza della tutela.

Pierluigi De Nardis

Tribunale di Pescara, ord. 23 ottobre 2024 – (est. Medica)

Immissioni – Rumori superiori al limite della tollerabilità provenienti da area pubblica pedonale in ore notturne (c.d. malamovida) – Danni ai residenti – Responsabilità del Comune – Sussiste

È responsabile dei danni ai residenti cagionati da inquinamento acustico, rilevato con strumentazioni tecniche e derivante da numerose attività commerciali in area pubblica pedonale della città, il comune che non abbia adottato idonei accorgimenti per inibire o diminuire tali immissioni intollerabili di rumore in ore notturne.

(omissis)

1. Con ricorso ex art.702 *bis* cpc, depositato il 22.8.2022, *(omissis)* unitamente ad altri 67 ricorrenti, tutti residenti in Pescara, nella zona compresa tra via Cesare Battisti, Piazza Muzii, via Clemente De Cesaris, via Giuseppe Mazzini, via Piave e via Carlo Poerio – assumendo che, nell’area sopra indicata, nelle ore notturne, venissero sistematicamente superati i limiti di inquinamento acustico previsti ex lege e che il COMUNE DI PESCARA avesse ommesso di adottare provvedimenti idonei ad eliminare tali disagi ed assunto, talvolta, provvedimenti che avevano persino aggravato la situazione – hanno chiesto la condanna del COMUNE DI PESCARA al risarcimento dei danni subiti dal 31.07.2016 al 16.12.2021, quantificati per ciascun ricorrente in € 32.500,00 (€ 500,00 x 5 mesi del 2016=€ 2.500,00 +€ 6.000,00 x 6 anni dal 2017 al 2021=€ 30.000,00) ovvero nella somma maggiore o minore ritenuta di giustizia, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali dal dovuto al saldo.

2. Con comparsa depositata il 27.10.2022 si è costituito il COMUNE DI PESCARA contestando la legittimazione attiva di alcuni ricorrenti che, nel periodo indicato nel ricorso, ovvero dal 31.07.2016 al 16.12.2021, non erano residenti nella zona di Pescara compresa tra via Cesare Battisti, via Clemente De Cesaris, via Giuseppe Mazzini, via Piave e via Carlo Poerio. Ha eccepito l’intervenuta prescrizione quinquennale, in relazione ai fatti contestati prima del 2 dicembre 2016, quindi dal 31 luglio 2016 al 1° dicembre 2016, evidenziando che il ricorso è stato depositato in data 23 agosto 2022 e che la diffida al risarcimento del danno, lamentato dai ricorrenti è stata inoltrata al COMUNE DI PESCARA in data 2 dicembre 2021, termine da cui decorre la prescrizione quinquennale (doc. 21 ricorso). Con riferimento ai ricorrenti *(omissis)*, che non avevano sottoscritto la diffida del 2 dicembre 2021 (*cf.* doc. 24), la do-

manda poteva essere accertata solo in relazione ai fatti accaduti dal 23 agosto 2017 al 23 agosto 2022. I termini di prescrizione risultano invece interrotti dai ricorrenti (*omissis*), che avevano sottoscritto apposita diffida in data 24 luglio 2018. Nel merito ha contestato che, sulla base della documentazione allegata al ricorso, sia stata fornita dai ricorrenti la prova del superamento, nell'area di residenza, dei valori – limite di tollerabilità acustica previsti *ex lege*.

3. Concessi alle parti i termini per il deposito di documentazione e note difensive, la causa è stata più volte rinviata per verificare l'esito delle trattative, tentate dalle parti per la composizione bonaria della lite. Considerato l'esito negativo delle trattative ed il contenuto della domanda, avente ad oggetto eventi avvenuti nel periodo che va dal 31.07.2016 al 16.12.2021, è stata rigettata la CTU richiesta dai ricorrenti, che non avrebbe potuto accertare il superamento dei limiti massimi di immissione sonore, verificatesi in un periodo antecedente a quello della rilevazione, né accertare la correttezza delle relazioni precedentemente effettuate dall'ARTA e da altri tecnici incaricati dalle parti, trattandosi di verifica non delegabile. La causa è stata quindi rinviata, *ex art. 702 ter c.p.c.*, all'udienza del 2.10.2024, con assegnazione alle parti di termine sino alla data del 13.9.2024 per il deposito di note difensive.

A. Sulle modalità di rilevazione delle fonti rumorose e sulla loro utilizzabilità

a.1 A sostegno della domanda formulata i ricorrenti hanno allegato: – il rilevamento e la misurazione dell'inquinamento acustico eseguito, su incarico dei ricorrenti, dal dott. Oliva, in via Cesare Battisti dalle ore 00:10 alle ore 01:10 e dalle ore 01:30 alle ore 02:30 del giorno 31 luglio 2016 (*cf.* doc. 5 e 6); – la Relazione dell'ARTA, effettuata in Piazza Muzii dalle ore 22.00 del 29.4.2017 alle ore 11.20 del 3.5.2017 e dalle ore 22.30 del 5.5.2017 alle ore 9.40 dell'8.5.2017, su richiesta della Procura della Repubblica di Pescara (*cf.* doc. doc. 32); – la Relazione del Centro Sicurezza Lavoratori, eseguita per conto del Comune di Pescara ai fini della "Mappatura Acustica Strategica" in varie zone della città, tra cui via Cesare Battisti 69, II e III piano, nei giorni 6 e 7 luglio 2017, per 24 ore, dalle 18:00 alle 18:00 e via Clemente De Cesaris 20, I piano, nel giorno 8 luglio 2017, per 24 ore, dalle 16:00 alle 16:00 (*cf.* doc. 10); la Relazione dell'ARTA, effettuata in via Clemente De Cesaris nei giorni 9, 10 e 11 luglio 2021, per 24 ore, dalle 06:00 alle 06:00; in via Piave nei giorni 14, 15 e 16 luglio 2021, per 24 ore, dalle 06:00 alle 06:00 ed in via Cesare Battisti nei giorni 24 e 25 luglio 2021, per 24 ore, dalle 06:00 alle 06:00 (*cf.* doc. 21).

a.2 Il COMUNE DI PESCARA ha contestato la validità di tali accertamen-

ti, aventi ad oggetto la misurazione del livello equivalente di rumore, ovvero del livello medio di pressione sonora (o ambientale o di fondo o residua) prodotta nell'unità di tempo, in quanto privi di qualsiasi riferimento alla misurazione del "livello differenziale" e del "livello di rumore di fondo". Ha evidenziato che l'ARTA, nella relazione del 17 agosto 2021 aveva specificato che "i monitoraggi sono stati effettuati con strumentazione automatica non presidiata e, pertanto, non risultano idonei all'accertamento di eventuali specifiche responsabilità in ordine alla situazione di degrado acustico lamentata dagli esponenti" (doc. 21 pag. 2). Nella medesima relazione l'ARTA ha chiarito che "i valori sono da intendersi come globali, ovvero comprensivi dei contributi di tutte le sorgenti sonore della zona ..., senza distinzione tra rumore antropico ..., musica amplificata e sorgenti di altra natura" (*cf.* doc. 21 pag. 5).

a.3 L'eccezione è infondata. Va chiarito che, per accertare l'effettiva portata di una fonte di immissioni sonora, al fine di verificarne la tollerabilità, occorre applicare il c.d. criterio comparativo, fissando quale punto di riferimento il rumore di fondo dell'ambiente circostante, costituito dal complesso dei rumori caratteristici di una certa zona, senza l'apporto della fonte rumorosa che si assume inquinante (*cf.* Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1025 del 2018). Nel caso di specie però, le rilevazioni non sono state effettuate per accertare l'apporto della specifica fonte rumorosa, bensì per verificare l'inquinamento acustico delle strade del perimetro urbano che ruota attorno a Piazza Muzii ed a via Cesare Battisti, determinato dai rumori derivanti da una molteplicità di fonti sonore, costituite da musica amplificata diffusa da alcuni locali, dagli avventori e dalle persone che frequentano l'area urbana sopra indicata.

a.4 Accertata la validità delle rilevazioni effettuate, all'esito delle quali era stato accertato il livello continuo equivalente di pressione sonora, prodotto da tutte le sorgenti rumorose presenti nell'area di rilevamento, nell'arco temporale di monitoraggio, va precisato che nessun rilievo possono avere le misurazioni effettuate in data 31.7.2016 dal dott. Andrea Oliva, tecnico incaricato dal Comitato dei Residenti, denominato "Tranquillamente Battisti", di cui fanno parte gli odierni ricorrenti, trattandosi di accertamenti svolti in assenza di contraddittorio. Ai fini della decisione vanno quindi esaminati gli accertamenti effettuati dall'ARTA in Piazza Muzii dalle ore 22.00 del 29.4.2017 alle ore 11.20 del 3.5.2017 e dalle ore 22.30 del 5.5.2017 alle ore 9.40 dell'8.5.2017, su richiesta della Procura della Repubblica, quelli svolti dal Centro Sicurezza Lavoratori il 6, 7 ed 8 luglio 2017 (doc. 10) su richiesta del Comune di Pescara e quelli svolti dall'ARTA nel mese di luglio 2021, su richiesta del difensore dei ricorrenti (*cf.* doc. 21).

B. Sugli esiti dei rilevamenti

L'area oggetto di esame è quella ricompresa tra Via Cesare Battisti, Piazza Muzii, Via Clemente De Cesaris, Via Giuseppe Mazzini, Via Piave e Via Carlo Poerio. Secondo la classificazione acustica del territorio, approvata dal Comune di Pescara, l'area è collocata in classe IV, i cui valori limite di immissione sonora, applicabili al rumore emesso dalle sorgenti sonore (escluse le dalle infrastrutture di trasporto, per ricettori posti all'interno delle fasce di pertinenza di queste ultime) sono (ai sensi del DPCM 14/11/1997, Tabella C): DIURNO: 65 dBA NOTTURNO: 55 dBA (*cf.* doc. 21). Nell'area compresa tra Via Cesare Battisti, Piazza Muzii e Via Clemente De Cesaris, il contributo di rumore derivante dal traffico urbano è praticamente nullo, in quanto l'area, pedonale, è interdetta al traffico veicolare. Nell'area sopra descritta sono state aperte, negli ultimi anni, numerose attività commerciali di somministrazione di alimenti e bevande alcoliche. Oggi il quartiere si anima nelle ore serali e soprattutto notturne ed è intensamente frequentato soprattutto nel fine settimana fino alle ore 3,30 circa (*cf.* filmati prodotti da parte ricorrente in data 3.5.2023). Nella fascia oraria successiva, l'area è interessata da interventi di pulizia, svolti con automezzi ed idranti che effettuano tale rumorosa attività fino alle 4.30 circa (*cf.* filmati prodotti da parte ricorrente in data 3.5.2023). La Piazza del mercato coperto, che affaccia su Piazza Muzii e le scale della struttura sono spesso occupati da gruppi musicali, che diffondono musica con casse acustiche di rilevanti dimensioni (*cf.* filmati prodotti da parte ricorrente in data 3.5.2023). Dall'esame dei rilievi svolti dal Centro Sicurezza Lavoratori, per conto del Comune di Pescara nel 2017 e dall'ARTA nel 2017, su richiesta della Procura della Repubblica di Pescara e nel 2021 su richiesta del difensore degli imputati, emerge che, nei periodi monitorati, aprile, maggio e luglio 2017 e luglio 2021 il livello sonoro globale, nel periodo notturno, è stato quasi sempre notevolmente superiore al valore limite di immissione fissato dal Piano di Classificazione Acustica approvato dal Comune di Pescara in 55 dBA (*cf.* docc. 10, 21 e 32). Dai filmati allegati dai ricorrenti, dai quali emerge anche la rilevante occupazione di suolo pubblico da parte dei locali presenti nell'area in esame, è verosimile ritenere che tale situazione si sia protratta per l'intero periodo che va dal 29.04.2017 al 16.12.2021, con esclusione dell'intero anno 2020. Con riferimento all'anno 2020, va evidenziato che dal 1.3.2020 al 14.6.2020 e dal 3.11.2020 al 31.5.2021 a causa delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid 19, era stato inizialmente vietato ogni spostamento delle persone e, successivamente, la vendita e la somministrazione, da parte dei locali pubblici, di bevande alcoliche, con divieto sostare nelle aree adiacenti a tali locali. Con DPCM del 14 luglio 2020 erano state prorogate le misure del DPCM 11

giugno 2020 fino al 31 luglio 2020, ivi compreso il divieto di assembramento. Era stata inoltre prevista, dopo le 21,00 la chiusura delle strade o piazze nei centri urbani, dove si potevano creare situazioni di assembramento.

C. Sulle misure adottate dal COMUNE DI PESCARA ai fini del contrasto dell'inquinamento acustico

L'esame dei filmati, registrati dai ricorrenti nel periodo che va dal 2015 al 2021 ed i rilievi effettuati dall'ARTA e dal Centro Sicurezza Lavoratori, per conto del Comune di Pescara ai fini della "Mappatura Acustica Strategica", dimostrano che i provvedimenti adottati dal COMUNE di PESCARA, per la riduzione del rumore intollerabile sono stati del tutto insufficienti. Il limite imposto alla chiusura dei locali, 0,30 da lunedì a giovedì e 1,00/2,00 nei giorni di venerdì e sabato, non tiene conto del fatto che il superamento dei limiti di emissione acustiche si verifica prima dell'orario di chiusura dei locali. Va poi evidenziato che, a seguito dei rilievi fonometrici effettuati dall'ARTA nel mese di luglio 2021, il COMUNE DI PESCARA aveva dato avvio all'iter per l'adozione del Piano di Risanamento Acustico di cui all'art. 6, c. 1, lett. c), della legge n. 447/1995, autorizzando successivamente, con delibera del 14.7.2022, un calendario di eventi, in deroga al Piano di zonizzazione acustica da svolgersi nella zona di piazza Muzii, nella fascia oraria 19.00 23:30 (docc. 26 e 27). Va infine segnalato che, a fronte della situazione di rilevante impatto acustico sopra descritta, il COMUNE di PESCARA era stato in grado di allegare solo 8 verbali, elevati dal 2016 al 2022, per violazioni contestate nei confronti di esercenti attività di ristorazione e vendita di bevande, presenti nell'area che ruota attorno al Mercato coperto di Piazza Muzii.

D. Sui ricorrenti non residenti

Considerato che i ricorrenti hanno formulato il ricorso qualificandosi come soggetti residenti nelle vie indicate in ricorso, va rigettata la domanda formulata dai ricorrenti che, come accertato dal COMUNE di PESCARA, non risiedono nelle aree interessate oggetto di esame, a nulla rilevando che i medesimi, pur risiedendo formalmente altrove, dimorino stabilmente nell'area interessata dal fenomeno acustico oggetto di accertamento. (*omissis*)

E. Sul risarcimento del danno spettante ai ricorrenti residenti

e.1 Considerato che tutti gli accertamenti fonometrici sono stati svolti negli ultimi giorni di aprile e nei primi giorni di maggio 2017, nel mese di luglio 2017 e nel mese di luglio 2021, mancando ogni rilievo valido per l'anno 2016, l'illiceità della condotta, accertata a carico del COMUNE di PESCARA, per

l'omessa attivazione di misure idonee a contenere l'inquinamento acustico nell'area cittadina oggetto di esame, va limitata ai mesi di aprile, maggio, giugno, luglio, agosto e settembre degli anni 2017, 2018, 2019 e 2021, con esclusione dell'intero anno 2020, considerate le misure di contenimento adottate a causa della pandemia da Covid 19. L'inclusione dei mesi di agosto e settembre 2017, 2018 e 2019 e 2021 è conseguente al fatto che, in tali mesi, le condizioni climatiche e l'organizzazione di eventi in Piazza Muzii (alcuni pubblicizzati anche sui social, come Pescara jazz ovvero eventi per celebrare Gabriele d'Annunzio) consente di ritenere che la situazione, accertata nel periodo oggetto di monitoraggio, si sia protratta anche nei mesi di agosto e settembre degli anni sopra indicati. L'esclusione dal risarcimento, per gli altri mesi dell'anno è invece dovuto alla mancanza di rilievi fonometrici svolti in tali mesi nei quali, la presenza di avventori nelle aree esterne ai locali, è verosimilmente inferiore a quella riscontrabile nell'arco del semestre che va da aprile a settembre.

e.2 I ricorrenti non hanno allegato documentazione medica, idonea a dimostrare specifiche conseguenze da loro riportate a causa dell'esposizione ad immissioni sonore intollerabili, né hanno allegato l'esistenza di concrete turbative intervenute nella loro vita quotidiana. Considerato che l'accertata esposizione ad immissioni sonore intollerabili, può determinare una lesione del diritto al riposo notturno e alla vivibilità della propria abitazione, la cui prova può essere fornita dal danneggiato anche mediante presunzioni, sulla base di nozioni di comune esperienza, senza che sia necessario dimostrare un effettivo pregiudizio medico legale o un mutamento delle proprie abitudini di vita (Cassazione civile sez. VI, 13/04/2022, n.11930) tenuto conto del fatto che l'inquinamento acustico si concentra nel fine settimana e nei giorni festivi, si stima equo liquidare il danno, dedotto in giudizio, nella misura pari al 20% dell'importo previsto dalle tabelle di Milano per la liquidazione del danno da invalidità temporanea. Per tale danno le Tabelle di Milano prevedono una forbice che va da un minimo di € 115,00 ad un massimo di € 173,00. Determinato in € 120,00, il valore base di riferimento, va quantificato in € 24,00 l'importo giornaliero come sopra liquidato (pari al 20% di € 120,00) da ridurre di 1/3 in relazione al numero di ore giornaliere coinvolte nel fenomeno. L'importo, spettante ai ricorrenti residenti nell'area interessata dal fenomeno della malamovida, è quindi pari ad € 8,00 per ogni giorno, da moltiplicare per 183, pari ai giorni di ciascun semestre interessato dal fenomeno (da aprile a settembre). Il totale annuale è pari ad € 1.464,00 (8x183) che, moltiplicato per i 4 anni decorrenti dal 2017 al 2021 con esclusione del 2020, è pari ad € 5.856,00. Su tale importo, liquidato all'attualità, spettano ai ricorrenti gli interessi legali

dal deposito della presente ordinanza al saldo. Tale somma va liquidata ai ricorrenti, in ragione della loro effettiva permanenza nell'area interessata dal fenomeno della movida.

e.3 Il COMUNE di PESCARA ha tempestivamente eccepito l'intervenuta prescrizione quinquennale in relazione ai fatti contestati prima del 2 dicembre 2016, quindi dal 31 luglio 2016 al 1° dicembre 2016, evidenziando che il ricorso è stato depositato in data 23 agosto 2022. Tale eccezione non assume rilievo ai fini della decisione, considerato che l'accertamento della condotta illecita è stato limitato ai mesi di aprile, maggio, giugno, luglio, agosto e settembre degli anni 2017, 2018, 2019 e 2021. Risultano invece validamente interrotti dai ricorrenti, i termini di prescrizione con riferimento ai fatti accertati dal mese di aprile 2017. Pertanto, ad ognuno dei seguenti ricorrenti, tutti residenti dal 2017 al 2021 nell'area interessata dall'inquinamento acustico, conseguente al fenomeno della c.d. malamovida, spetta l'importo di € 5.856,00 (1464,00 x 4) che, liquidato all'attualità, va maggiorato di interessi legali dovuti dal deposito della presente ordinanza al saldo: (*omissis*)

F. Sulla regolamentazione delle spese di lite

Le spese di lite, compensate nella misura del 50%, atteso l'accoglimento del ricorso per un importo pari a circa 1/6 della somma richiesta, si liquidano come in dispositivo, tenuto conto del valore della domanda come accertato all'esito del giudizio (scaglione da € 260.001,00 a € 520.000,00 aumentato del 470 % per presenza di più parti aventi stessa posizione processuale ex art. 4, comma 2 del Decreto n. 55 del 2014 con un aumento del 30% oltre il primo soggetto e fino ad un massimo di dieci e del 10% per ogni soggetto oltre i dieci, fino ad un massimo di venti), con obbligo a carico del COMUNE di PESCARA di rimborsare ai ricorrenti la quota residua (*omissis*)

NOTA REDAZIONALE

La pronuncia in rassegna, emessa con ordinanza ai sensi del soppresso art. 702 – bis c.p.c., si segnala per l'attualità del caso concreto, che ha suscitato un certo clamore nell'ambiente cittadino e si inserisce nel solco della nascente giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui l'ente pubblico è responsabile dei danni conseguenti alla lesione dei diritti soggettivi dei privati, cagionata da immissioni rumorose provenienti da aree pubbliche (cfr: Cass. ord. 9.7.2024, n. 18676, in cui si afferma espressamente che: "anche un ente pubblico è soggetto all'obbligo di non provocare immissioni rumorose...");

conf. Cass. Ord. 23.5.2023, n. 14209).

Di tale decisione è stata data tempestiva notizia sui media locali ed anche nella rivista “Il Sole 24 ore” del 13.II.2024 (“Movida rumorosa, il Comune inerte è responsabile dei danni ai residenti – Il caso Pescara”, di Luca Bridi e Annarita D’Ambrosio), in cui si evidenzia l’interesse attuale del problema, comune a molte città italiane, costituito dalla concentrazione in determinate zone del centro di numerose attività ristorative e commerciali, che attirano nelle ore serali e soprattutto nella stagione estiva masse di clienti, spesso rumorosi e schiamazzanti (c.d. “malamovida”).

Nel caso di specie il Tribunale di Pescara ha accolto la domanda, avanzata da un nutrito gruppo di residenti, di risarcimento del danno non patrimoniale – accertato per presunzioni, in difetto di prova concreta circa il danno biologico e liquidato equitativamente secondo le Tabelle di Milano – conseguente alla protratta e dimostrata (mediante rilevamenti fonografici) esposizione in orari notturni a immissioni rumorose superiori alla normale tollerabilità.

Più precisamente, l’ordinanza emarginata, constatata anche la localizzazione in tale zona di alcuni eventi musicali organizzati proprio dal comune, afferma che, comunque: “...i provvedimenti adottati dal COMUNE di PESCARA, per la riduzione del rumore intollerabile sono stati del tutto insufficienti. Il limite imposto alla chiusura dei locali, 0.30 da lunedì a giovedì e 1,00/2.00 nei giorni di venerdì e sabato, non tiene conto del fatto che il superamento dei limiti di emissione acustiche si verifica prima dell’orario di chiusura dei locali...”; ed ancora che: “a fronte della situazione di rilevante impatto acustico sopra descritta, il COMUNE di PESCARA era stato in grado di allegare solo 8 verbali, elevati dal 2016 al 2022, per violazioni contestate nei confronti di esercenti attività di ristorazione e vendita di bevande, presenti nell’area.”.

Se ne fa derivare dal Tribunale di Pescara la conseguente responsabilità risarcitoria in capo al comune medesimo secondo i criteri sopra richiamati.

La decisione alla data della presente pubblicazione non è passata in giudicato e, successivamente alla stessa, l’amministrazione comunale ha già adottato misure più restrittive in ordine agli orari di chiusura e alla regolamentazione dello svolgimento delle attività ricreative della zona.

Trib. Chieti sent. n. 10/07/2024 n. 298 (Est. Prozzo)

Malattie professionali – Malattia professionale non tabellata – Onere prova

La parte che agisce per ottenere l'indennizzo da malattia professionale non tabellata è tenuto a provare non solo l'esistenza della patologia lamentata ma anche le caratteristiche morbigene del lavoro svolto e del rapporto causale la malattia stessa e l'attività lavorativa in relazione all'entità e all'esposizione dei fattori di rischio.

(omissis)

La domanda è fondata e deve essere accolta per le ragioni di seguito esposte.

2.1. Il ricorrente ha lavorato (*omissis*) alle dipendenze della # con mansioni di assistente tecnico ed assegnazione, a partire dal 2015, di responsabilità delle procedure relative ad adempimenti tecnico – amministrativi del settore vitivinicolo.

Dal 2015 al 31/12/2019 il ricorrente ha prestato la sua attività lavorativa presso l'Ufficio (*omissis*) di #.

2.2. Il ricorrente ha dedotto di aver contratto una sindrome depressiva reattiva a causa delle condizioni di lavoro e, più in particolare, a causa dell'eccessivo carico di lavoro determinato da una grave carenza di personale (*omissis*).

La patologia denunciata non è riconducibile al novero delle malattie tabellate, sicché incombe sul ricorrente l'onere di provarne l'origine professionale, vale a dire non solo l'esistenza della patologia lamentata, ma anche le caratteristiche morbigene del lavoro svolto ed il rapporto causale tra la malattia stessa e l'attività lavorativa, in relazione all'entità e all'esposizione ai fattori di rischio.

2.3. Sul punto si è, in particolare, affermato il seguente condivisibile principio: *“In tema di malattie ad eziologia plurifattoriale, la prova della causa di lavoro o della speciale nocività dell'ambiente di lavoro, che grava sul lavoratore, deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la mera possibilità dell'origine professionale, questa può essere invece ravvisata in presenza di un rilevante grado di probabilità”* (Cass. civ., sez. lavoro, sent. n. 10818/2013; n. 21360/2013; n. 18270/2010; n. 14308/2006; n. 12559/2006; n. 111298/2004).

Si è inoltre ritenuto che *“nella materia degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali trova diretta applicazione la regola contenuta nell'art. 41 cod. pen., per cui il rapporto causale tra evento e danno è regolato dal*

principio dell'equivalenza delle condizioni, secondo il quale va riconosciuta efficienza causale ad ogni antecedente che abbia contribuito, anche in maniera indiretta e remota, a determinare l'evento, sicché solo qualora possa ritenersi con certezza che l'intervento di un fattore estraneo all'attività lavorativa sia stato di per sé sufficiente a produrre la infermità deve escludersi l'esistenza del nesso eziologico richiesto dalla legge” (Cass. civ., sez. lavoro, sent. n. 6105/2015; nello stesso senso anche Cass. n. 13361/2011).

Ancora, si è affermato che “nelle controversie in materia di rendita per malattie professionali non tabellate, spetta al lavoratore provare sia l'esposizione a rischio, e quindi le modalità della prestazione lavorativa, il che può costituire oggetto di prova testimoniale, sia il nesso causale tra mansioni e malattie denunciate, che deve essere valutata in termini di ragionevole certezza e può essere ravvisata in presenza di un rilevante grado di probabilità; rispetto a tale accertamento il giudice deve tenere conto non solo dei mezzi di prova dedotti ma altresì delle conclusioni probabilistiche del consulente tecnico” (Cass. civ., sez. lavoro. sent. n. 11663/2003).

Con specifico riferimento alle malattie professionali da c.d. costrittività organizzativa, la Corte di Cassazione ha poi affermato, in un'ipotesi in cui si denunciava quale malattia professionale un disturbo dell'adattamento da stress lavorativo dovuto ad un numero elevatissimo di ore di lavoro straordinario, che *“in tema di malattia professionale, la tutela assicurativa va estesa ad ogni forma di tecnopatia, fisica o psichica, che possa ritenersi conseguenza dell'attività lavorativa, sia che riguardi la lavorazione che l'organizzazione del lavoro e le sue modalità di esplicazione, anche se non compresa tra le malattie tabellate o tra i rischi specificamente indicati in tabella, dovendo il lavoratore dimostrare soltanto il nesso di causalità tra la lavorazione patogena e la malattia diagnosticata” (Cass. civ., sez. lavoro, sent. n. 5066/2018; nello stesso senso Cass. n. 8948/2020).*

2.4. Ebbene, nel caso di specie, deve ritenersi che il ricorrente abbia dato piena prova sia dell'esistenza della patologia che della sua derivazione dall'attività lavorativa svolta alle dipendenze della #.

La testimone #, collega di lavoro del ricorrente, ha confermato che dal 2015 il sig. # è stato l'unica figura tecnica presente presso # e che egli provvedeva anche allo svolgimento delle attività amministrative in assenza di un impiegato amministrativo addetto stabilmente all'ufficio di #. La testimone ha poi confermato che il ricorrente non disponeva di un'auto di servizio per effettuare i sopralluoghi e che doveva provvedere anche alle pulizie dell'ufficio per la mancanza di un addetto alle pulizie. Analoghe dichiarazioni ha reso anche altro collega del ricorrente, # il quale ha riferito che dal 2015 il ricorrente è

rimasto l'unica figura addetta all'ufficio tecnico di # e che egli si occupava sia di adempimenti tecnici che di attività amministrativa, in supporto ad altra impiegata amministrativa che si recava nell'ufficio di # solo due giorni alla settimana.

2.5. Orbene, accertate, attraverso la documentazione prodotta e le dichiarazioni dei testimoni, il tipo di attività svolta dal ricorrente e le condizioni in cui la stessa veniva espletata, il ctu ha evidenziato, con un ragionamento corretto, suffragato da indagini cliniche ed immune da errori logici o tecnici, che “il Signor # è portatore di disturbo dell'adattamento con umore depresso cronico” e che “il danno biologico, con criterio analogico e comparativo con la voce “180” delle tabelle di legge, è quantificabile nel 6% (sei%)”.

Di seguito si riportano le condivisibili valutazioni del ctu: “lo stress è la reazione adattativa generale di un organismo a sollecitazioni esterne (stressors). Questa risposta adattativa è una condizione fisiologica normale degli esseri viventi, ma può arrivare ad essere patologica in situazioni estreme. Quando l'individuo viene sollecitato dagli stressors ha una prima reazione di allarme e si prepara a reagire, indipendentemente dallo specifico fattore di stress; segue una seconda fase di resistenza in cui tenta di adattarsi alla nuova situazione provocata dall'agente stressante; infine, se il tentativo di adattamento si protrae nel tempo in maniera eccessiva, subentra la terza fase, quella dell'esaurimento funzionale, in cui l'individuo non riesce più a mantenere lo stato di adattamento. Se la risposta alle pressioni avviene in breve termine e utilizzando le proprie risorse, lo stress può essere considerato positivo e viene definito eustress, al contrario, quando, per lungo tempo la risposta è poco adattativa e non si hanno le capacità necessarie per affrontare le nuove condizioni, lo stress è negativo e viene definito distress.

Individui diversi rispondono in maniera differente ad uno stesso stimolo facendo supporre che prima della manifestazione dello stress, lo stimolo viene elaborato attraverso processi cognitivi. I sintomi dello stress si manifestano come disturbi a livello fisico (emicrania, disturbi gastrointestinali, variazione della pressione arteriosa, ecc.); a livello comportamentale (abuso di alcool, farmaci, tabacco, droghe, ecc.); a livello psicologico (disagio, ansia, irritabilità, depressione, ecc.). Il rapido cambiamento delle condizioni e delle caratteristiche del lavoro e le richieste sempre più pressanti sulle risorse personali ed emotive dei lavoratori hanno incrementato i fattori di disagio psicosociale. La costrittività organizzativa, la precarietà del posto di lavoro, l'incertezza dei ruoli e degli obiettivi personali e dell'Ente, la mancanza di ricompense e di autonomia decisionale, l'esposizione ad agenti nocivi per la salute, sono caratteristiche che possono indurre allo stress con gravi conseguenze

sulla salute dei lavoratori. Il lavoratore stressato assume un atteggiamento di fuga dal lavoro, di difficoltà nelle relazioni interpersonali e di decremento della performance. Forme di disagio psicologico legate allo stress da lavoro, se protratte nel tempo, diventano delle vere e proprie sindromi, quali la Sindrome Corridoio, caratterizzata dalla mancanza di gestire le competenze lavorative e quelle private e il Burnout, che colpisce soprattutto i lavoratori appartenenti alle professioni <di aiuto>.

Una condizione organizzativa stressogena è il mobbing, un fenomeno di emarginazione e di esclusione di un lavoratore da parte di colleghi o superiori, attraverso comportamenti aggressivi e violenti, per un periodo determinato di tempo con l'intenzionalità di estrometterlo dall'ambiente di lavoro.

Il ricorrente lamenta la scarsità del personale nel proprio ufficio (solo una collega due volte a settimana), la mancanza di auto di servizio (ed anche quando concessa inutilizzabile a causa di una grandinata) la mancanza di formazione e la scarsa igiene degli uffici puliti solo ogni venti giorni. Certamente per la qualifica rivestita e da quanto in atti, si realizza che al # vengono assegnati compiti inerenti al profilo di mansione, in particolare quei compiti insiti e necessitati nella mansione di Assistente tecnico adibito a svolgere il proprio ruolo presso un Ufficio #, ovvero espletamento di adempimenti tecnici ed amministrativi relativi a pratiche agricole, nel contesto delle attività proprie dell'Ente preposto # nonché delle esigenze organizzativo – gestionali dello stesso, ma è altrettanto vero che vi era forte carenza di personale e che la possibilità di espletare al meglio il proprio lavoro era condizionato in senso negativo sia dalla mancanza di aggiornamento professionale che dalla mancanza di mezzi (auto per i sopralluoghi). Certamente in ogni ambito lavorativo esistono e si verificano condizioni di operatività, di rapporti interpersonali con i colleghi e con la direzione, suscettibili di conflittualità e per questo possibili <stressor> ma perché essi assumano carattere patologico è necessaria abnormità dello stimolo e tempo bastante alla cronicizzazione della reattività psichica.... Alla luce di quanto sopra sembra possano configurarsi nei confronti del ricorrente le <costrittività organizzative>. Così come definite in letteratura (vedi indice) ed in giurisprudenza (Cass. civile 8948 – 14.5.2020)”.

D'altro canto, come correttamente evidenziato dal ctu, lo stesso specialista psichiatra che ha visitato il ricorrente presso gli ambulatori ha diagnosticato un disturbo dell'adattamento con umore depresso di grado grave, persistente e ha concluso ritenendo che, “considerata la documentazione prodotta e le indagini cliniche effettuate, è verosimile ipotizzare che l'esordio e il mantenimento del disturbo succitato potrebbero essere stati promossi da stress

lavorativo e da situazione occupazionale avversativa, a prescindere dal fatto che esse siano state o no esercitate volontariamente” (doc. 8 INAIL).

Le considerazioni del ctu, in quanto adeguatamente motivate e logicamente coerenti, sono, pertanto, pienamente condivisibili e vengono integralmente recepite da questo Giudice.

3. In definitiva, le risultanze istruttorie, unitamente alle valutazioni medico – legali, consentono di esprimere un giudizio pienamente favorevole, in termini di ragionevole certezza, in ordine alla origine professionale della malattia da cui è affetto il ricorrente.

Ciò detto, ne deriva che deve essere riconosciuta in questa sede la natura professionale della malattia riscontrata nel ricorrente, con la conseguenza che il convenuto deve essere condannato al pagamento della prestazione spettante per la riduzione dell’integrità psicofisica e della capacità lavorativa conseguente alla predetta malattia.

La domanda, pertanto, deve essere accolta e il # deve essere condannato al pagamento della relativa prestazione nella misura corrispondente al grado di inabilità riscontrato giudizialmente (6%), con decorrenza dalla domanda amministrativa. Sulla somma sono, inoltre, dovuti gli interessi legali dal 121° giorno successivo alla presentazione della domanda amministrativa al saldo, ai sensi dell’art. 16 della legge n. 412/91.
(omissis)

NOTA REDAZIONALE

1. *Un lavoratore lamenta di essere stato sottoposto, nella fase terminale del rapporto, a un eccessivo carico di lavoro a causa della grave carenza di personale dell’ufficio cui era addetto e, avendo contratto, a causa delle condizioni di lavoro, una sindrome depressiva reattiva deduce la natura professionale di tale malattia e chiede che l’INAIL sia condannata a corrispondere l’indennizzo per il danno biologico subito.*

2. *Il Tribunale di Chieti accoglie la domanda dando conto della decisione con una motivazione particolarmente accurata, non sempre riscontrabile nelle sentenze in materia.*

Rileva anzitutto il Tribunale che “la patologia denunciata non è riconducibile al novero delle malattie tabellate, sicché incombe sul ricorrente l’onere di provarne l’origine professionale, vale a dire non solo l’esistenza della patologia lamentata, ma anche le caratteristiche morbigene del lavoro svolto e il rapporto causale tra la malattia stessa e l’attività lavorativa, in relazione all’entità e alla esposizione ai fattori di rischio”.

Codesto enunciato – corredato da puntuali citazioni della giurisprudenza di legittimità – costituisce un acquis del diritto vivente che ha superato un anteriore assetto.

È noto che, un tempo, le malattie professionali indennizzabili erano solo quelle “tabellate” ossia ricomprese in appositi elenchi aventi carattere tassativo e contratte nell’esercizio ed a causa delle specifiche lavorazioni, anch’esse tassativamente indicate.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 18/02/1988 n. 179 ha dichiarato la incostituzionalità delle norme che limitavano la tutela delle malattie professionali a quelle indicate tassativamente nelle tabelle; e ciò modificando il suo ripetuto e precedente orientamento (sentenze 4/07/1974 n. 206; 21/07/1981 n. 140; 04/02/1982 n.24) pur in presenza di un quadro normativo immutato e sotto la spinta della scienza medica che aveva ritenuto non corretta l’idea di individuare singole malattie professionali contraibili soltanto con l’esercizio di una determinata lavorazione, dovendosi, invece, con maggiore adesione alla realtà, ricomprendere nelle malattie professionali tutte le alterazioni psicofisiche che trovano la loro genesi nel lavoro.

Anche le malattie “non tabellate”, dunque, danno luogo alla tutela previdenziale.

Peraltro la distinzione tra malattie “tabellate” e malattie “non tabellate” continua ad avere una rilevanza sul piano dell’onere della prova.

Infatti l’inclusione nella tabella della malattia sia della lavorazione svolta che della malattia professionale sollevano il lavoratore dall’onere di provare che la malattia è stata causata dall’attività lavorativa svolta, essendo al lavoratore “sufficiente dimostrare di esserne affetto e di essere stato addetto alla lavorazione nociva” (da ult. Cass. 09/08/2024 n. 22592).

Invece “nel caso di malattia non tabellata la prova del nesso causale tra la patologia e l’attività lavorativa è ad esclusivo carico del lavoratore” (Cass. 25/05/2024 n. 13546) come ribadisce il Giudice teatino nella sopra trascritta premessa della annotata decisione.

3. Consapevole dell’anzidetto onere l’avvocato del lavoratore lo ha assolto mediante documentazione medica (ivi compresi gli accertamenti diagnostici effettuati dall’INAIL) e prova testimoniale sull’entità delle prestazioni svolte per sopperire a carenze di organico, oltre che con la richiesta di una ammessa CTU percipiente.

A tali costituiti la sentenza in commento fa riferimento, attraverso una motivazione puntuale in relazione ad ognuno di essi sì da pervenire alla conclusione che “le risultanze istruttorie, unitamente alle valutazioni medico – legali consentono di esprimere un giudizio pienamente favorevole, in termini di

ragionevole certezza, in ordine alla origine professionale della malattia da cui è affetto il ricorrente”.

4. Da ultimo sembra opportuno ricordare che la liquidazione del danno biologico da parte dell’INAIL ex art.13 Dlgs 38/2000, operata dalla sentenza in commento, ristora unicamente il danno biologico permanente e non gli altri pregiudizi ricompresi nella categoria del danno non patrimoniale.

Tali ulteriori danni (danno morale e danno biologico temporaneo), denominati differenziali, ove sussistenti, possono essere oggetto di una azione civilistica ex art. 2087 c.c. (concorrente con quella previdenziale) nei confronti del datore di lavoro (da ult. Cass. 07/02/2023 n. 3694).

Trib. Pescara – ord. 05/07/2024 (est. Battista)

Livelli essenziali di assistenza – Obbligo di erogazione da parte della ASL – Vincoli di bilancio – Diritto alla salute – Prevalenza – Tutela cautelare d’urgenza

Il Servizio Sanitario Nazionale è tenuto ad assicurare i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano Sanitario Nazionale nel rispetto della persona umana, del bisogno di salute, dell’equità nell’accesso all’assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze del cittadino.

Va pertanto ordinato in via d’urgenza alla ASL di erogare le cure (setting riabilitativo in regime residenziale) ad un portatore di disturbo d’ansia con sindrome di George, non potendo essere opposti ostacoli derivanti da vincoli di bilancio.

(omissis)

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., ritualmente notificato unitamente a pedissequo decreto di fissazione udienza, # e #, quali esercenti la potestà genitoriale su #, convenivano dinanzi all’instato Tribunale la # di *(omissis)* per ivi sentir accertare e dichiarare il diritto a poter sottoporre la propria figlia a setting riabilitativo semiresidenziale (ambulatorio dedicato per autismo) con due accessi settimanali mediante le metodologie previste dalla scienza medica e, dunque, ordinare alla # di *(omissis)* di prendere in carico la propria figlia #, direttamente avvalendosi di strutture specializzate ove eseguire detti trattamenti per tutto il tempo necessario.

Parte ricorrente rappresentava che alla figlia #, affetta da disturbo dell’umore NAS, disturbo d’ansia misto con sindrome di George, era stato prescritto dall’Unità Valutativa Multidimensionale (UVM) della # di *(omissis)*, che ne aveva curato la diagnosi, di seguire un setting riabilitativo in regime semi-residenziale per due volte a settimana per sei mesi; che, effettuata la richiesta all’unica struttura accreditata sul territorio ovvero la Fondazione Onlus #, la minore non era ancora stata presa in carico a causa della mancanza di fondi, risultando collocata in una lunga lista d’attesa. Lamentava la illegittimità della condotta posta in essere dalla convenuta # non potendo, a suo dire, problematiche legate al tetto di spesa per i trattamenti sanitari giustificare la violazione del primario diritto alla salute quale bene costituzionalmente garantito; che, pertanto, in ragione di ciò, dovevano essere senz’altro somministrate al minore tutte le prestazioni prescritte senza le quali il suo stato di salute avrebbe

potuto subire una irreparabile compromissione.

La #, nonostante la ritualità della notifica, non si costituiva sì che all'udienza del 4/07/2024, fissata per la comparizione delle parti, ne veniva dichiarata la contumacia. Questo giudice, quindi, sentito il legale dei ricorrenti, riservava la decisione.

Il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento per le ragioni che qui di seguito si esporranno.

In punto di *fumus boni iuris* si osserva quanto segue.

Il diritto alla salute è un diritto di primaria importanza, costituzionalmente tutelato dall'art. 32 Cost. il quale espressamente dispone che "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti".

Il Dlgs. N. 502/1992, recante il riordino della Disciplina sanitaria, al suo art. 1 rubricato "Tutela del diritto alla salute, programmazione sanitaria e definizione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza" prevede:

1. La tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività è garantita, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio sanitario nazionale, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti e istituzioni di rilievo nazionale, nell'ambito dei conferimenti previsti dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nonché delle funzioni conservate allo Stato dal medesimo decreto.

2. Il Servizio sanitario nazionale assicura, attraverso le risorse finanziarie pubbliche individuate ai sensi del comma 3 e in coerenza con i principi e gli obiettivi indicati dagli articoli 1 e 2 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse". Il successivo comma 7 stabilisce che: "Sono posti a carico del Servizio sanitario le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate. Sono esclusi dai livelli di assistenza erogati a carico del Servizio sanitario nazionale le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che: a) non rispondono a necessità assistenziali tutelate in base ai principi ispiratori del Servizio sanitario nazionale di cui al comma 2; b) non soddisfano il principio dell'efficacia e dell'appropriatezza, ovvero la cui efficacia non è dimostrabile

in base alle evidenze scientifiche disponibili o sono utilizzati per soggetti le cui condizioni cliniche non corrispondono alle indicazioni raccomandate; c) in presenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze, non soddisfano il principio dell'economicità nell'impiego delle risorse, ovvero non garantiscono un uso efficiente delle risorse quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza".

L'art. 8 bis del medesimo Decreto a sua volta dispone che "1. Le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8 – quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8 – quinquies".

Tale disposizione da ultimo richiamata a sua volta prevede che "Le regioni, entro sessanta giorni dalla data di entrata in Vigore del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, definiscono l'ambito di applicazione degli accordi contrattuali e individuano i soggetti interessati, con specifico riferimento ai seguenti aspetti: a) individuazione delle responsabilità riservate alla regione e di quelle attribuite alle unità sanitarie locali nella definizione degli accordi contrattuali e nella verifica del loro rispetto; b) indirizzi per la formulazione dei programmi di attività delle strutture interessate, con l'indicazione delle funzioni e delle attività da potenziare e da depotenziare, secondo le linee della programmazione regionale e nel rispetto delle priorità indicate dal Piano sanitario nazionale; c) determinazione del piano delle attività relative alle alte specialità e alla rete dei servizi di emergenza; d) criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, tenuto conto del volume complessivo di attività e del concorso allo stesso da parte di ciascuna struttura. 2. In attuazione di quanto previsto dal comma 1, la regione e le unità sanitarie locali, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi, definiscono accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, e stipulano contratti con quelle private e con i professionisti accreditati, anche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale, che indicano: a) gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi; b) il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza; c) i requisiti del servizio da rendere, con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica e organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale; d) il corrispettivo preventivato a

fronte delle attività concordate, globalmente risultante dalla applicazione dei valori tariffari e della remunerazione extra—tariffaria delle funzioni incluse nell'accordo, da verificare a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti e delle attività effettivamente svolte secondo le indicazioni regionali di cui al comma 1, lettera d); e) il debito informativo delle strutture erogatrici per il monitoraggio degli accordi pattuiti e le procedure che dovranno essere seguite per il controllo esterno della appropriatezza e della qualità della assistenza prestata e delle prestazioni rese, secondo quanto previsto dall'articolo 8 – octies. Il successivo art. 8 sexies in punto di remunerazione dispone che “Le strutture che erogano assistenza ospedaliera e ambulatoriale a carico del Servizio sanitario nazionale sono finanziate secondo un ammontare globale predefinito indicato negli accordi contrattuali di cui all'articolo 8 – quinquies e determinato in base alle funzioni assistenziali e alle attività svolte nell'ambito e per conto della rete dei servizi di riferimento. Ai fini della determinazione del finanziamento globale delle singole strutture, le funzioni assistenziali di cui al comma 2 sono remunerate in base al costo standard di produzione del programma di assistenza, mentre le attività di cui al comma 4 sono remunerate in base a tariffe predefinite per prestazione”.

Con particolare riguardo alla cura dell'autismo e all'assistenza sanitaria alle persone affette da questo disturbo, la Legge n. 134/2015 — con la quale tale patologia è stata inserita nei Livelli essenziali di assistenza (LEA) — al suo art. 3 “Politiche regionali in materia di disturbi dello spettro autistico” dispone che:

1. Nel rispetto degli equilibri programmati di finanza pubblica e tenuto conto del nuovo Patto per la salute 2014—2016, con la procedura di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto – legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, si provvede all'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza: con l'inserimento: per quanto attiene ai disturbi dello spettro autistico, delle prestazioni della diagnosi precoce, della cura e del trattamento individualizzato, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche disponibili.

2. Ai fini di cui al comma 1, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano garantiscono il funzionamento dei servizi di assistenza sanitaria alle persone con disturbi dello spettro autistico, possono individuare centri di riferimento con compiti di coordinamento dei servizi stessi nell'ambito della rete sanitaria regionale e delle province autonome, stabiliscono percorsi diagnostici, terapeutici e assistenziali per la presa in carico di minori, adolescenti e adulti con disturbi dello spettro autistico, verificandone l'evoluzione,

e adottano misure idonee al conseguimento dei seguenti obiettivi: a) la qualificazione dei servizi di cui al presente comma costituiti da unità funzionali multidisciplinari per la cura e l'abilitazione delle persone con disturbi dello spettro autistico; b) la formazione degli operatori sanitari di neuropsichiatria infantile, di abilitazione funzionale e di psichiatria sugli strumenti di valutazione e sui percorsi diagnostici, terapeutici e assistenziali basati sulle migliori evidenze scientifiche disponibili; c) la definizione di equipe territoriali dedicate, nell'ambito dei servizi di neuropsichiatria dell'età evolutiva e dei servizi per l'età adulta, che partecipino alla definizione del piano di assistenza, ne valutino l'andamento e svolgano attività di consulenza anche in sinergia con le altre attività dei servizi stessi; d) la promozione dell'informazione e l'introduzione di un coordinatore degli interventi multidisciplinari; e) la promozione del coordinamento degli interventi e dei servizi di cui al presente comma per assicurare la continuità dei percorsi diagnostici, terapeutici e assistenziali nel corso della vita della persona; f) l'incentivazione di progetti dedicati alla formazione e al sostegno delle famiglie che hanno in carico persone con disturbi dello spettro autistico; g) la disponibilità sul territorio di strutture semiresidenziali e residenziali accreditate, pubbliche e private, con competenze specifiche sui disturbi dello spettro autistico in grado di effettuare la presa in carico di soggetti minori, adolescenti e adulti; h) la promozione di progetti finalizzati all'inserimento lavorativo di soggetti adulti con disturbi dello spettro autistico, che ne valorizzino le capacità”.

In linea con dette previsioni normative il D.P.C.M. 12 gennaio 2017 al suo art. 60, con particolare riguardo alle persone affette da disturbi dello spettro autistico, prevede che “1. Ai sensi della legge 18 agosto 2015, n. 134, il Servizio sanitario nazionale garantisce alle persone con disturbi dello spettro autistico, le prestazioni della diagnosi precoce, della cura e del trattamento individualizzato, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche. 2. Ai sensi dell'art. 4 della legge 18 agosto 2015, n. 134, entro centoventi giorni dall'adozione del presente decreto, il Ministero della salute, previa intesa in sede di Conferenza unificata, provvede, in applicazione dei livelli essenziali di assistenza, all'aggiornamento delle linee di indirizzo per la promozione ed il miglioramento della qualità e dell'appropriatezza degli interventi assistenziali nei disturbi pervasivi dello sviluppo (DPS), con particolare riferimento ai disturbi dello spettro autistico, di cui all'accordo sancito in sede di Conferenza unificata il 22 novembre 2012. Le linee di indirizzo sono aggiornate con cadenza almeno triennale”.

Questa la peculiare e corposa legislazione vigente in materia la quale fissa principi chiari e linee guida dalle quali non può prescindere nella risoluzione

del caso sottoposto all'attenzione di questo giudice.

Se, infatti, da un lato può reputarsi legittima l'imposizione di tetti di spesa sanitaria pubblica, date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario, di sostenibilità e di razionalizzazione della spesa, detto tetto non può costituire come l'Azienda pretenderebbe — ragione sufficiente, di per se sola, per negare del tutto prestazioni essenziali per la salute degli assistiti né può incidere sul nucleo irriducibile ed essenziale del diritto alla salute.

Va, infatti, evidenziato che nella stessa certificazione rilasciata dall'Unità Valutativa multidimensionale della # veniva rilevata la necessità di presa in carico della # da apposita struttura sanitaria stante i gravi disturbi della personalità dai quali è affetta (disabilità medio – grave con concomitante funzionamento adattivo gravemente deficitario); elemento questo che già di per sé denota l'urgenza con la quale la stessa debba essere sottoposta a terapie presso una struttura dedicata, dunque la non procrastinabilità ulteriore dei trattamenti. In secondo luogo, non può il Tribunale non osservare che tenuto conto anche del fatto che, come visto, l'autismo è stato inserito nei LEA (livelli essenziali di assistenza) — in un'ottica di comparazione tra diritti costituzionalmente tutelati (il diritto alla salute e il diritto a garantire il pareggio tra entrate e uscite e, dunque, garantire la finanza pubblica), debba, nella specie, prevalere senz'altro il diritto alla salute, dovendo l'equilibrio economico essere considerato in un certo senso “recessivo” e non potendo, pertanto, l'Azienda sanitaria giustificare la propria condotta omissiva con la carenza di fondi stanziati. Va, infatti, osservato che la stessa # — nella lettera dell'11/04/2024 in atti inoltrata al legale degli odierni ricorrenti – ha dichiarato di occuparsi direttamente della sola diagnosi dell'autismo non essendo, invece, in possesso di unità operative finalizzate a erogare ai soggetti affetti da autismo cure e trattamenti, i quali vengono garantiti da strutture terze in regime di convenzione.

In punto di inequivoca necessità di garantire il diritto alla salute al di sopra di altri diritti, pur costituzionalmente tutelati, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che “Vanno anzitutto richiamati i principi enunciati dalle Sezioni Unite, secondo cui la discrezionalità della pubblica amministrazione nel valutare sia le esigenze sanitarie di chi chiedi una prestazione del Servizio Sanitario Nazionale, sia le proprie disponibilità finanziarie, viene meno quando l'assistito chiedi – come nella fattispecie – il riconoscimento del diritto alla erogazione di cure tempestive non ottenibili dal servizio pubblico, facendo valere una pretesa correlata al diritto alla salute, per sua natura non suscettibile di affievolimento. Sotto questo profilo, non può essere quindi condiviso l'assunto dell'azienda ricorrente che, richiamando la normativa regolamen-

tare emanata per la definizione dei livelli essenziali di assistenza e delle prestazioni specialistiche ambulatoriali assicurate dal servizio pubblico, afferma che la valutazione e decisione in ordine alle prestazioni sanitarie erogabili è rimessa unicamente all'Amministrazione Sanitaria. Si deve invece affermare, alla stregua dei principi enunciati dalla giurisprudenza di questa Corte, che data la dimensione di diritto assoluto e primario, costituzionalmente garantito, della situazione soggettiva fatta valere, questa non può essere definitivamente sacrificata o compromessa, sicché allorquando si prospettino motivi di urgenza suscettibili di esporla a pregiudizi gravi ed irreversibili, alla pubblica amministrazione manca qualsiasi potere discrezionale di incidere su tale diritto, non essendo ad essa riservato se non il potere di accertare la carenza di quelle condizioni e di quei presupposti richiesti perchè la pretesa avanzata dal cittadino assuma, per il concreto contesto nel quale viene fatta valere, tale dimensione, suscettibile di assicurarle una tutela rafforzata; si deve conseguentemente negare l'esercizio di poteri discrezionali (compresi quelli autorizzativi) da parte della pubblica amministrazione e, quindi, la configurabilità di atti amministrativi (comunque disapplicabili ai sensi della Legge 20 marzo 18651 n. 2248, articolo 5 all. E), condizionanti il diritto all'assistenza (cfr. per tutte Cass., Sez. Un., 20 agosto 2003 n. 12249; 24 giugno 2005 n. 13548; Cass., Sez. Un., 30 maggio 2005 n. 113341, 1 agosto 2006 n. 17461). Ciò posto, la sussistenza o meno del diritto all'erogazione della prestazione richiesta da parte del Servizio Sanitario Nazionale deve essere accertata in relazione ai presupposti stabiliti dalla disciplina dettata in materia sanitaria dal Decreto Legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, articolo 1 (nel testo modificato dal Decreto Legislativo 19 giugno 1999, n. 229, articolo 1), con cui si stabilisce al comma 2 che "il Servizio sanitario nazionale assicura, attraverso risorse pubbliche e in coerenza con i principi e gli obiettivi indicati dalla Legge 23 dicembre 1978, n. 833, articoli 1 e 2, i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse" (cfr. Cass. civ., Sez. Lav., Sentenza n. 17541 del 23 agosto 2011). In definitiva, la discrezionalità della pubblica amministrazione nel valutare sia le esigenze sanitarie di chi chiedi una prestazione del Servizio Sanitario Nazionale, sia le proprie disponibilità finanziarie, viene meno quando l'assistito chiedi il riconoscimento del diritto all'erogazione di cure tempestive non ottenibili dal servizio pubblico, facendo valere una pretesa correlata al diritto alla salute, per sua natura non suscettibile di affievolimento. In tale ambito, quindi, non può

essere riconosciuto l'esercizio di poteri discrezionali (compresi quelli autorizzativi) da parte della pubblica amministrazione e, quindi, la configurabilità di atti amministrativi (comunque disapplicabili ai sensi della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, art. 5, all. E), condizionanti il diritto all'assistenza. Pertanto, quando si tratti del nucleo essenziale del diritto alla salute e la prestazione in considerazione sia indispensabile e indifferibile per la sua tutela, le esigenze della finanza pubblica e le disposizioni normative debbono subire una deroga in vista del soddisfacimento del diritto alla salute tutelato dalla Costituzione quale ambito inviolabile della dignità umana.

Con particolare riguardo al caso che occupa, valga osservare che, avendo la Fondazione # rappresentato alla # l'impossibilità di erogare prestazioni per carenza dei fondi, quest'ultima si è premurata di inoltrare alla Regione la richiesta del budget originariamente stanziato facendo presente che nella Delibera n. 807/2022 era stato previsto che "nella vigenza dell'accordo negoziale 2022 – 2024, in considerazione di sopravvenute ed ulteriori necessità aziendali per l'assistenza dei pazienti con disturbo dello spettro autistico e dei procedimenti di accreditamento di cui alle DDGCR 360/2019 e 466/2022, potrà essere rideterminata la suddetta previsione massima di spesa attraverso meccanismi che, in ogni caso, preservino l'equilibrio di bilancio garantendo l'invarianza delle somme a carico del FSR". Ad ogni buon conto, chi scrive non può non prendere atto che la Fondazione # è pacificamente l'unica struttura accreditata per prestazioni semiresidenziali sul territorio, dunque l'unica che può prendere in carico nuovi pazienti ai quali — tenuto conto anche delle disposizioni normative sopra richiamate non passibili di altra e diversa interpretazione – non possono in alcun modo essere preclusi trattamenti di assoluta importanza per la loro crescita (già resa difficile dalla patologia che li affligge) (si veda sempre missiva ASL dell'11/04/2024).

D'altronde, è chiaro che il tetto di spesa viene aprioristicamente preventivato ovvero viene determinato sulla scorta dell'entità dei trattamenti e delle prestazioni erogate ai pazienti nel biennio precedente; la peculiarità della patologia in questione (che non rende prevedibile con certezza né l'effettiva durata dei trattamenti e dell'assistenza che dovranno essere garantiti a ciascun paziente né tantomeno della crescita in termini numerici dei pazienti affetti da disturbo dello spettro autistico), però, comporta una estrema variabilità delle situazioni risultando, quindi, altamente verosimile che i fondi stanziati si rivelino poi insufficienti con necessità di una modifica di quanto originariamente previsto (non potendosi negare il diritto a livelli essenziali di assistenza).

In ragione di quanto sin qui rilevato, è, dunque, chiaro che la # sia ne-

cessariamente responsabile dell'erogazione dei trattamenti e delle terapie a tutti quei pazienti — già in carico o da necessariamente prendersi in carico in quanto in lista d'attesa e con una prescrizione rilasciata dalle UU.VV.MM. (che attesta la improcrastinabilità ed urgenza del trattamento) — affetti da disturbo autistico e che la previsione di spesa di cui all'accordo sottoscritto tra le parti deve intendersi quale previsione semplicemente di massima, dunque, variabile (come, peraltro, previsto nella stessa Delibera di GR. n. 807/2022) stante la variabilità delle prestazioni da erogarsi — come visto non a priori preventivabili — e potendo il fabbisogno relativo all'anno in corso essere di fatto stabilmente definito soltanto a fine anno. Di tali elementi la Regione — debitamente sensibilizzata dall'Azienda con le missive sopra richiamate — non potrà che prendere atto trattandosi di garantire servizi essenziali per la tutela di un bene costituzionalmente tutelato quale quello alla salute (non potendosi la ASL dal canto suo esimere dal garantire l'erogazione di trattamenti e terapie che essa è, comunque, tenuta a somministrare).

Valga, inoltre, osservare che una volta che il soggetto ha ricevuto una diagnosi di disturbo dello spettro autistico e conseguentemente gli viene assegnato un piano individuale di cure e terapie da seguire, egli diviene titolare di una posizione di diritto soggettivo alla concreta erogazione delle prestazioni e dei servizi ivi programmati, per il cui espletamento non è richiesto l'esercizio di alcuna potestà autoritativa. La P.A. è, dunque, priva di un potere discrezionale di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa la misura del supporto come individuato dal piano, ma ha il dovere di erogare quelle prestazioni e quei servizi. A tal riguardo, condivisibile giurisprudenza di merito ha affermato che “La discrezionalità della pubblica amministrazione nel valutare sia le esigenze sanitarie di chi chiedi una prestazione del Servizio Sanitario Nazionale, sia le proprie disponibilità finanziarie, viene meno quando l'assistito chiedi il riconoscimento del diritto all'erogazione di cure tempestive non ottenibili dal servizio pubblico, facendo valere una pretesa correlata al diritto alla salute, per sua natura non suscettibile di affievolimento. In tale ambito, quindi, non può essere riconosciuto l'esercizio di poteri discrezionali (compresi quelli autorizzativi) da parte della pubblica amministrazione e, quindi, la configurabilità di atti amministrativi, condizionanti il diritto all'assistenza. Pertanto, quando si tratti del nucleo essenziale del diritto alla salute e la prestazione in considerazione sia indispensabile e indifferibile per la sua tutela, le esigenze della finanza pubblica e le disposizioni normative debbono subire una deroga in vista del soddisfacimento del diritto alla salute tutelato dalla Costituzione quale ambito inviolabile della dignità umana” (vedi Trib. Roma n. 6/07/2020).

Inequivoca, dunque, per tutto quanto sin qui detto, la sussistenza del fu-

mus boni iuris.

In punto di periculum, preme ribadire che le terapie cui # deve sottoporsi sono state ritenute dalla stessa Asl – per mezzo dell’Unità valutativa multidimensionale — necessarie per la tutela della salute della ragazza la quale, ove ne fosse privata o, comunque, ove non fosse presa in carico in via immediata, potrebbe veder ulteriormente compromesso ed in modo irreparabile — il proprio quadro clinico che — stante la rilevata urgenza – andrebbe sicuramente a peggiorare deteriorandone ancor piu le proprie capacità di relazione in uno a quelle funzionali.

Conseguentemente, la # deve essere condannata a prendere in carico direttamente o per mezzo di strutture in regime di convenzione mediante la copertura dei relativi costi, # al fine di consentirgli di fruire di terapie e trattamenti secondo quanto prescritto dall’U.V.M. in data 29/11/2023.

In applicazione del principio della soccombenza, la parte resistente va condannata al pagamento delle spese (*omissis*)

Bilanciamento tra vincoli di bilancio e diritto alla salute

Nella ordinanza del Tribunale di Pescara, emerge in maniera centrale il conflitto tra il diritto alla salute sancito dall’art. 32 della Costituzione italiana e i vincoli di bilancio imposti alle amministrazioni sanitarie, come la ASL di Pescara¹. Questo conflitto si pone al cuore del caso giudiziario, costituendo uno degli aspetti più complessi da bilanciare all’interno del nostro ordinamento giuridico².

1 Utilizzando le efficaci parole della Corte costituzionale, I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale - Relazione predisposta in occasione dell’incontro della delegazione della Corte costituzionale con il tribunale costituzionale della repubblica di Polonia – Varsavia, 30-31 marzo 2006, in cortecostituzionale.it, pp. 45 e ss. «*il bene della salute è tutelato dall’art. 32, primo comma, della Costituzione «non solo come interesse della collettività ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell’individuo»* (sentenza n. 356 del 1991), che impone piena ed esaustiva tutela (sentenze nn. 307 e 455 del 1990), per la sua valenza sociale (sentenza n. 37 del 1991) e di «*diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati»* (sentenze n. 202 del 1991, n. 559 del 1987, n. 184 del 1986, n. 88 del 1979)». La dottrina è veramente sterminata. Si segnalano, comunque, F.G. CUTTAIA, *Il condizionamento finanziario del diritto sociale alla salute: fondamento e prospettive evolutive*, 9/2017, in astrid-online.it, p. 1; M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza*, 2017, in federalismi.it, p. 2; D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell’effettività*, n. 4/2013, in rivistaaic.it, p. 9. T. AJELLO, *Dalla natura programmatica dei diritti sociali alla relativizzazione dei diritti fondamentali tout court?*, n. 1/2013, in gazzettaamministrativa.it, p. 9 e ss.

2 L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in gruppodipisa.it, 2012, p. 38. E. CAVASINO, *Perché costruire il diritto alla salute come “diritto a prestazione” rende le forme normative dell’uguaglianza dipendenti dal limite economico-finanziario?*

La giurisprudenza costituzionale e amministrativa ha costantemente affermato che il diritto alla salute è un diritto fondamentale e, in quanto tale, gode di una protezione costituzionale superiore rispetto ad altri diritti o interessi, come quelli di natura finanziaria³. In particolare, la Corte Costituzionale ha introdotto il concetto di nucleo essenziale del diritto alla salute, affermando che, in presenza di esigenze sanitarie di carattere urgente e indifferibile, non è possibile comprimere il diritto alla salute in favore delle esigenze di bilancio.

L'equilibrio di bilancio non può essere invocato in modo astratto per giustificare la mancata erogazione delle prestazioni sanitarie. L'amministrazione pubblica, infatti, deve dimostrare concretamente che le risorse finanziarie siano realmente insufficienti per coprire le prestazioni richieste.

Pur esistendo vincoli di bilancio a cui le amministrazioni sanitarie devono attenersi, questi vincoli non possono in alcun modo compromettere l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (L.E.A.).

I LEA sono definiti come quelle prestazioni sanitarie fondamentali che il Servizio Sanitario Nazionale è tenuto a garantire a tutti i cittadini, indipendentemente dalla disponibilità finanziaria. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che l'amministrazione pubblica deve organizzarsi per garantire i LEA, anche in situazioni di carenza di fondi, adottando tutte le misure necessarie per reperire risorse finanziarie o alternative organizzative.

In questo contesto, la discrezionalità amministrativa delle ASL e delle Regioni trova un limite invalicabile nel rispetto del diritto alla salute, il quale non può essere sacrificato in nome di vincoli economici. La Corte Costituzionale ha più volte ribadito che il legislatore può introdurre misure di contenimento della spesa sanitaria, ma queste devono essere compatibili con l'erogazione delle prestazioni sanitarie essenziali.

Il rispetto dei vincoli posti al bilancio dello Stato ad opera dei cosiddetti requisiti di Maastricht, necessari per l'ingresso della Lira nel sistema monetario

ziario e ridimensiona l'effetto garantistico del "contenuto minimo essenziale", in *gruppodipisa.it*, 2012, p. 17

3 V. MAPELLI, *Il sistema sanitario italiano*, Bologna, 2012, p. 18 individua tre modelli di sistema sanitario. L'Italia è tra i pochi Paesi ad averli sperimentati tutti. Il passaggio dall'uno all'altro modello è caratterizzato, come afferma autorevolmente G. VICARELLI, *Alle radici della politica sanitaria in Italia*, Bologna, 1997, p. 388, da «*continuità, dunque, e non cesure (...), il che non significa necessariamente un andamento evolutivo e lineare*». La scelta dell'uno o dell'altro modello o la sperimentazione di essi (come nel caso italiano) derivano dalla circostanza che, anche dopo l'emanazione della Carta costituzionale, l'art. 32 Cost. non indica come rileva l'Autore da ultimo citato «*un modello di organizzazione necessariamente fondato sul servizio pubblico, di modo che, almeno teoricamente, potrebbe essere ipotizzato un sistema che affidi ai privati l'organizzazione dei servizi sanitari, con l'unico limite della garanzia delle cure gratuite agli indigenti che inevitabilmente comporterebbe un intervento pubblico*».

unico europeo, impose al Governo l'obbligo, non ulteriormente derogabile, di riformare i settori di maggiore spesa della pubblica amministrazione (pensioni e assistenza sanitaria). In ragione di ciò il SSN fu interessato da una serie di riforme a partire dal decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502, seguito dal decreto legislativo 7 dicembre 1993 n. 517 e infine dal decreto legislativo 19 giugno 1999 n. 299. Le tre riforme del SSN si calano nel più generale processo di riforma della Pubblica amministrazione avviato con la legge 8 giugno 1990 n. 142 "Ordinamento delle Autonomie locali" e dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi". Tra le principali innovazioni introdotte si è avuta la trasformazione delle Unità Sanitarie Locali in Aziende Sanitarie la cui gestione passò dal Comitato di gestione al Direttore generale, la definizione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) da garantire in modo uniforme sul territorio nazionale.

Con i LEA, per la prima volta, si sono delimitati i processi di assistenza che il servizio pubblico è tenuto a garantire. Con la riorganizzazione del vertice aziendale, si sono ricollocate le competenze. Con l'occasione, si sono introdotti concetti quali l'appropriatezza delle prescrizioni e delle erogazioni, l'efficacia delle cure e dei percorsi diagnostici, nonché l'evidenza clinica (*evidence – based medicine*) e, quindi, la valutazione costo – efficacia dei diversi interventi. Si è ridotto il numero delle prestazioni a carico del SSN rispetto alla domanda di salute.

Nel 2001 il legislatore ha introdotto il federalismo modificando il Titolo V parte II della Costituzione trasferendo alle Regioni la competenza in materia di Sanità. Il Ministero ha mantenuto il ruolo di programmazione e controllo nazionale con la predisposizione del Piano Sanitario Nazionale, l'elaborazione dei LEA, la vigilanza sulla loro uniforme erogazione sul territorio nazionale e non ultima la competenza per la determinazione del Fondo Sanitario Nazionale da ripartire in sede di conferenza Stato – Regioni. Alle Regioni, pertanto, è stata lasciata ampia autonomia sulla definizione del modello di Servizio Sanitario Regionale, sulla sua organizzazione e sul governo della spesa sanitaria regionale. Un passo ulteriore verso l'autonomia delle Regioni si è concretizzato con il riconoscimento della capacità impositiva regionale attraverso l'addizionale regionale sui redditi. Dal quadro così disegnato è emerso un modello di Regione dotato di forte relazione tra autonomia di spesa e responsabilità fiscale in virtù: del principio della sussidiarietà verticale e del soddisfacimento migliore possibile dei bisogni della cittadinanza amministrata. Infine, alle aziende sanitarie pubbliche è stato attribuito il dovere di distribuire i mezzi disponibili e limitati fra i diversi bisogni da soddisfare.

L'Azienda Sanitaria Locale nasce con la riforma del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) avvenuta negli anni novanta, per mezzo del decreto legislativo n. 502 del 1992. La disposizione normativa attribuisce all'ASL le seguenti caratteristiche:

- personalità giuridica pubblica. L'azienda è trasformata da strumento operativo del Comune in soggetto istituzionale deputato alla gestione dei servizi sanitari;
- autonomia organizzativa. Si tratta della competenza a definire autonomamente la struttura organizzativa aziendale e gli elementi costituenti e i meccanismi di decentramento dei poteri di gestione, di coordinamento, di comunicazione e di controllo;
- autonomia amministrativa. Si tratta della capacità di adottare autonomamente provvedimenti amministrativi susseguenti l'esercizio della potestà pubblica;
- autonomia patrimoniale. Si tratta della possibilità per l'azienda di disporre di un proprio patrimonio mediante atti di acquisizione, cessione e amministrazione;
- autonomia contabile. Si tratta della capacità di gestire un proprio sistema contabile;
- autonomia gestionale. Si tratta della possibilità di definire gli obiettivi dell'azione sanitaria, l'attribuzione dei poteri e delle responsabilità, l'attuazione del controllo e le modalità di svolgimento delle attività con la conseguente allocazione delle risorse umane, strumentali e finanziarie nell'organizzazione del lavoro;
- autonomia tecnica. Si tratta della discrezionalità nello svolgimento delle procedure e nelle modalità di impiego delle risorse nell'esercizio delle attività tecniche.

Con le modifiche introdotte dal D. Lgs. 517/1993 e dal D. Lgs. 229/1999, la precedente elencazione di autonomie è stata sostituita dall'attribuzione all'ASL della personalità giuridica pubblica e dell'autonomia imprenditoriale. Con l'atto aziendale di diritto privato si formalizza l'autonomia imprenditoriale in quanto con esso il Direttore generale disciplina l'organizzazione e le modalità di funzionamento dell'azienda. La funzione primaria delle ASL è assicurare alla popolazione residente nel territorio di competenza i Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) attraverso i servizi direttamente gestiti e cioè: l'assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e lavoro, l'assistenza distrettuale e l'assistenza ospedaliera. Le ASL hanno il compito di garantire l'erogazione delle seguenti prestazioni specialistiche: • riabilitative; • di diagnostica strumentale e di laboratorio; • ospedaliere. Esse adempiono a tali attività mediante il ri-

corso ai propri presidi ospedalieri, alle aziende ospedaliere e a tutte le altre istituzioni sanitarie pubbliche e/o private (Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico – IRCCS, case di cura private). Con delega degli Enti locali, le ASL possono provvedere a gestire ed erogare le prestazioni dei servizi socio - assistenziali solo dopo l'acquisizione delle risorse finanziarie necessarie dagli enti deleganti. Alle ASL compete l'attività di prevenzione collettiva e di tutela della salute della popolazione mediante interventi mirati a individuare e rimuovere fatti nocivi e possibili malattie di origine animale e/o umana che interessino gli ambiti collettivi. Di tale attività, è responsabile il Dipartimento di prevenzione articolato nei seguenti servizi: igiene e sanità pubblica; prevenzione e sicurezza in ambienti di vita e lavoro; igiene degli ambienti e della nutrizione; veterinari.

I Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) sono istituiti per garantire il diritto alla salute, ma la loro definizione normativa non sempre assicura l'effettiva tutela di tale diritto. Come evidenziato dalla sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016 della Corte Costituzionale, «una volta individuato normativamente il nucleo minimo e invalicabile delle garanzie per rendere effettivo il diritto [alla salute], questo non può essere soggetto a limitazioni finanziarie generali e assolute» in quanto «è la tutela dei diritti incompressibili a influire sul bilancio, e non l'equilibrio di quest'ultimo a condizionare la doverosa erogazione dei diritti stessi».

Inoltre, come ribadito dalla Corte, «se un finanziamento pianificato, corretto e aggiornato costituisce una condizione necessaria per il rispetto dei principi costituzionali, la piena attuazione dei doveri di solidarietà e la salvaguardia della dignità umana devono essere garantite attraverso la qualità e la continuità del servizio, ogniqualvolta una persona presente nel territorio regionale si trovi in condizioni di necessità rispetto alla salute. Questo diritto, infatti, deve essere garantito sia individualmente sia nel contesto della collettività di appartenenza. In certi casi, il servizio sanitario e ospedaliero locale rappresenta l'unico strumento disponibile per garantire il diritto fondamentale alla salute».

In un'ulteriore evoluzione del ragionamento, la Corte Costituzionale ha specificato che la funzione sanitaria pubblica si articola su due livelli di governo: quello statale, che si occupa della definizione dei LEA e del relativo finanziamento, e quello regionale, responsabile dell'organizzazione territoriale del servizio e dell'erogazione delle prestazioni nel rispetto degli standard costituzionali. La Corte ha sottolineato che la presenza di questi due livelli richiede la definizione di un sistema di regole che, nel rispetto delle rispettive competenze, disciplini i rapporti di collaborazione tra Stato e Regioni, «al fine di garantire una gestione efficiente della funzione sanitaria pubblica, respon-

dendo alle esigenze dei cittadini in modo coerente con le regole di bilancio, che prevedono la separazione tra i costi “necessari”, relativi all’erogazione dei LEA, e le altre spese sanitarie, soggette invece al principio della sostenibilità economica».

A un ulteriore sviluppo del paradigma in menzione, la Corte costituzionale ha sottolineato che la trasversalità e la primazia del diritto alla salute impongono una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria che occupa Stato e Regioni, a fortiori se oggetto di confronto è l’erogazione delle prestazioni di cui all’articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione. Atteso quanto precede, il legislatore statale è tenuto a predisporre gli strumenti normativi idonei all’attuazione dei LEA, di modo che il loro riconoscimento costituzionale non sia circoscritto alla previsione programmatica, ma acquisisca i tratti della garanzia. Specularmente, il legislatore regionale è chiamato a individuare metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato alle spese incomprimibili da quello afferente a spese suntuarie⁴

Il ruolo del bilancio regionale nella gestione della sanità

Le Regioni, come responsabili della gestione del sistema sanitario, svolgono un ruolo cruciale nell’allocazione delle risorse destinate ai servizi sanitari. Tuttavia, la sentenza del Consiglio di Stato Sez. III, sent. del 7 dicembre 2021, n. 8161⁵ mette in luce come le amministrazioni regionali e locali siano tenute ad adottare tutte le misure necessarie per garantire la disponibilità delle risorse per le prestazioni sanitarie, specialmente quando si tratta di persone affette da gravi patologie, come nel caso delle disabilità o di disturbi come l’autismo.

Nella gestione del bilancio sanitario, il principio di programmazione finanziaria svolge un ruolo essenziale. Le risorse devono essere allocate in maniera tale da garantire che i servizi fondamentali siano sempre disponibili, anche in presenza di difficoltà economiche. Le amministrazioni devono inoltre mantenere aggiornati i dati relativi al numero di persone assistite, per poter richiedere tempestivamente integrazioni di bilancio qualora le risorse risultassero insufficienti.

L’equilibrio di bilancio, pur essendo un principio costituzionalmente garantito, non può prevalere sul diritto alla salute, specialmente quando questo

4 Vedi, par. 9.3.1, Considerato in diritto, della sentenza della Corte costituzionale 12 luglio 2017, n. 169; par. 4.2, Considerato in diritto, della sentenza della Corte costituzionale 14 novembre 2013, n. 273.

5 Consiglio di Stato Sez. III, sent. del 7 dicembre 2021, n. 8161, in www.ildirittoamministrativo.it: *Tetti di spesa sanitaria e dei premi per prestazioni rese extra budget: determinazione e discrezionalità. Pronuncia del Consiglio di Stato.*

riguarda il diritto a prestazioni sanitarie essenziali⁶. La stessa giurisprudenza ha affermato che la mera dichiarazione di mancanza di risorse non è sufficiente: l'amministrazione deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile per reperire le risorse necessarie e che non vi siano alternative disponibili.

Nel caso specifico esaminato dal Tribunale di Pescara, il giudice avrebbe potuto considerare diverse interpretazioni giuridiche:

– Bilanciamento tra diritti costituzionali: una possibile strada sarebbe stata quella di cercare un bilanciamento tra il diritto alla salute e le esigenze di bilancio, prevedendo una dilazione temporanea dell'obbligo di cura, subordinata a una successiva integrazione dei fondi. Tuttavia, questa soluzione non avrebbe risolto il problema dell'urgenza delle cure necessarie per la minore, il cui diritto alla salute è tutelato in via prioritaria.

– Remunerazione delle prestazioni extra budget: un'altra possibile interpretazione avrebbe riguardato l'applicazione del principio della regressione tariffaria, riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, che consente di remunerare le prestazioni sanitarie eccedenti il tetto di spesa a una tariffa ridotta. Tuttavia, anche in questo caso, tale soluzione avrebbe potuto ritardare l'accesso alle cure, compromettendo ulteriormente la salute della paziente

Il bilanciamento tra vincoli di bilancio e diritto alla salute è una delle questioni più delicate nell'ambito della sanità pubblica⁷. Come emerge dalla ordinanza del Tribunale di Pescara qui annotata la giurisprudenza è chiara nel ribadire che, anche in presenza di difficoltà economiche, il diritto alla salute non può essere sacrificato. Le amministrazioni sanitarie sono tenute a garantire le prestazioni essenziali, adottando tutte le misure necessarie per reperire le

6 A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014, pp. 2 ss., riporta un arrivo dottrinale e giurisprudenziale secondo cui, «con la costituzionalizzazione dei diritti sociali (...) si individuano specifici diritti individuali, propri della persona in quanto tale (...), che attivano una doverosità dello Stato nella realizzazione delle prestazioni di servizio che sono necessarie a soddisfarli»; da detto carattere, derivano conseguenze finanziarie per lo Stato che, non potendo comprimere il livello di soddisfazione del diritto al di sotto del suo «nucleo incompressibile», non può addurre limitazioni organizzative e finanziarie al di sotto, appunto, di detto nucleo. D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *rivistaic.it*, p. 2, chiarisce sul punto come, in relazione ai diritti a prestazione, tra i quali figura il diritto alla salute, «immediato e diretto appare il rapporto tra la disponibilità di risorse e l'effettiva soddisfazione del bisogno presidiato dalla corrispondente posizione giuridica soggettiva», proprio in quanto «tali diritti consistono nella pretesa del soggetto a ricevere determinate prestazioni (...) da parte dello Stato, degli altri enti pubblici territoriali e di quelli non territoriali, e talvolta anche di soggetti privati».

7 E. CAVASINO, *Perché costruire il diritto alla salute come "diritto a prestazione" rende le forme normative dell'uguaglianza dipendenti dal limite economico-finanziario e ridimensiona l'effetto garantistico del "contenuto minimo essenziale"*, in *gruppodipisa.it*, 2012, p. 17

risorse finanziarie o organizzative.

A fronte delle deduzioni che precedono, è evidente che i rapporti tra tutela della salute, erogazione dei LEA ed equilibrio di bilancio si atteggino in termini osmotici. Allo stesso modo, è evidente che il presupposto di quest'osmosi risieda nel decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, recante *“Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421”*. Difatti, in riferimento alla tutela della salute, il comma 1 del decreto citato statuisce che *«[l]a tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività è garantita, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio Sanitario Nazionale, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi Sanitari Regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti dalle e istituzioni di rilievo nazionale»*. Contiguamente, nel porre in essere un parallelismo tra diritto alla salute e garanzia dei LEA, il successivo comma 2, dispone che *«[i]Servizio sanitario nazionale assicura, attraverso risorse pubbliche e in coerenza con i principi e gli obiettivi indicati dagli articoli 1 e 2 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano Sanitario Nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse»*. Infine, nel disciplinare i rapporti tra garanzia dei LEA ed equilibrio di bilancio, il comma 3 chiarisce che *«[l]'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico – finanziaria»*.

Alla luce di tali considerazioni, è evidente che le modalità di redazione dei bilanci pubblici influenzano la tutela dei diritti costituzionali⁸. Allo stesso

8 *«Poiché tutti i diritti “costano”, [...] la decisione di bilancio interseca non soltanto il piano della forma di governo, [...], ma anche quello della forma di Stato, incidendo sui diritti e sui doveri dei cittadini. La decisione di bilancio assicura, pertanto, il controllo [...] della quantità e della qualità della spesa pubblica rivolta al finanziamento dei diritti costituzionali. E la questione [...] è resa più complessa alla luce del pluralismo territoriale dello Stato costituzionale nella dimensione sovranazionale. Dal primo punto di vista, [...] gli Stati regionali hanno valorizzato l'autonomia finanziaria degli enti decentrati e, quindi, la centralità non più soltanto del bilancio dello Stato, ma di tutti i bilanci pubblici, quale strumento di indirizzo politico e di realizzazione di politiche pubbliche. Dal secondo punto di vista, [...] l'Unione europea [...] ha concorso in maniera decisiva a modificare contenuti e procedure della decisione di bilancio e dei controlli sulla finanza pubblica sino alla costituzionalizzazione del precetto*

modo, è chiaro che la decisione di bilancio richiede una duplice legittimazione. Infatti, tale decisione deriva dal confronto tra la discrezionalità politica nell'allocazione delle risorse pubbliche e i vincoli finanziari imposti a livello europeo⁹. In altri termini, la distanza tra il riconoscimento e la garanzia di un diritto dipende proprio da questo equilibrio¹⁰.

Di conseguenza, poiché la tutela della salute passa dal piano del riconoscimento a quello della garanzia effettiva, l'inclusione in bilancio delle risorse destinate al finanziamento dei LEA diventa una condizione essenziale per rendere concreto il principio del personalismo costituzionale¹¹. In questo contesto, la Corte Costituzionale ha spesso ribadito che il legislatore deve dare priorità all'erogazione effettiva dei LEA rispetto all'equilibrio di bilancio¹². Più specificamente, la Corte ha chiarito che l'architettura costituzionale impone di garantire la fornitura delle prestazioni essenziali, richiedendo di individuare in anticipo le risorse necessarie per il loro finanziamento.

Marco Riario Sforza

dell'equilibrio e della sostenibilità delle finanze pubbliche, segnata da clausole di autolimitazione della sovranità nel governo dei conti pubblici in favore del diritto dell'Unione europea» così G. RIVOSACCHI, *Editoriale. Bilancio, democrazia, diritti e autonomie territoriali*, in *Diritto & conti. Bilancio, comunità, persona*, n. 1/2020, p. 4.

9 G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto & conti. Bilancio, comunità, persona*, n. 1/2020, p. 17

10 Ampiamente, F. CORTESE, *Social Welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in *Diritto dell'economia*, n. 3/2014, p. 477.

11 Vedi, G. FERRARA, *Riflessioni sul Diritto costituzionale. Lezioni del corso progreddito*. Anno accademico 2002- 2003, s.d., pp. 114-115.

12 Cfr., B. PEZZINI, *Risorse e diritti: qualche spunto per tornare a parlare di effettività dei diritti sociali*, in *Diritto & conti. Bilancio, comunità, persona*, n. 1/2020, p. 45.

Trib. Sulmona, 27 marzo 2024 n.8 (Est. Pres. Mazzagrecò)

Accordo di ristrutturazione dei debiti – Società di capitali in house – Opposizione dei soci per ragioni diverse dal possibile pregiudizio del valore delle partecipazioni o delle prospettive di redditività dell’investimento – Carenza di interesse – Sussistenza

Nell’ambito del giudizio di omologa dell’accordo di ristrutturazione dei debiti promosso da una società di capitali in house deve ritenersi carente di interesse l’opposizione presentata dagli enti territoriali soci fondata su ragioni diverse rispetto al possibile pregiudizio del valore delle rispettive partecipazioni o delle prospettive di redditività degli investimenti (nella specie l’opposizione era basata sulla contestazione dell’ammontare dei debiti propri o di altri soci nei confronti della società).

In esito a domanda per l’accesso ad una procedura di regolazione della crisi (*omissis*) la società ricorrente – che ha per oggetto sociale lo svolgimento del servizio di gestione integrata di rifiuti e natura di società c.d. *in house* ai sensi del Dlgs 165/2016 – ha domandato l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione raggiunto con i propri creditori.
(*omissis*)

Il Consorzio ricorrente è società a partecipazione pubblica e dunque legittimata all’accesso alla procedura richiesta (cfr. art. 14 TUSPP), trovandosi altresì in una situazione di crisi (cfr. i dati che illustrano l’affermazione che “è emersa nel corso del 2022 l’inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici necessari ad adempiere regolarmente alle obbligazioni pianificate”), anche a prescindere dalla considerazione di altri fatti sintomatici ed in particolare dalle esecuzioni intraprese da taluni creditori.

L’accordo è stato concluso con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti (*omissis*). Sono stati allegati tutti i documenti di cui all’articolo 39, commi 1 e 3 e l’elenco dei creditori.
(*omissis*)

Gli accordi si accompagnano ad un piano economico – finanziario dal quale si ricava con sufficiente precisione la situazione economico – patrimoniale e finanziaria dell’impresa.

Il piano attestato da professionista munito dei prescritti requisiti professionali e di indipendenza prevede, nell’arco temporale di un quinquennio, le seguenti strategie di intervento:
(*omissis*)

Le linee di intervento, peraltro, appaiono obiettivamente funzionali a rimediare alle cause della crisi ed in particolare alla problematica gestione finanziaria.

Un professionista indipendente ha attestato la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economico giuridica del piano.

Un professionista indipendente ha attestato la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano, nonché l' idoneità dell' accordo e del piano ad assicurare l' integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui all' art. 57, c.3 cit.

Il nominato Commissario giudiziale ha espresso parere favorevole all' omologa del piano.

Non constano aspetti che possono mettere in crisi la valutazione di tali documenti sicché possono prendersi in diretta considerazione le criticità segnalate dagli opposenti (che, attenendo essenzialmente all' entità dei crediti accampati dalla ricorrente, interessano più sotto l' aspetto economico che sotto quello prettamente giuridico).

In ordine alle opposizioni proposte devo peraltro premettersi qualche considerazione in rito.

In primo luogo, occorre dare atto della tempestività dell' opposizione proposta dal Comune di (*omissis*) il cui ritardo è documentalmente dipeso dalla tardiva acquisizione della notizia del malfunzionamento del sistema, circostanza che darebbe comunque diritto alla remissione in termini.

Peraltro, la società ricorrente ha tempestivamente dedotto in merito sicché, anche a ritenere perentorio il termine della pubblicazione della proposta (come ben può assumersi – pur tenendo conto della delicata situazione dei creditori che non hanno diritto, per espressa scelta del legislatore alla comunicazione relativa – per ragioni sistematiche e di tempestività della procedura), nessuna nullità può intendersi rilevante.

Più problematico è l' aspetto della legittimazione degli opposenti – soci e debitori della società ricorrente, ma non creditori – che impone la considerazione di un duplice profilo.

Indubbiamente, la concentrazione dell' organo amministrativo della responsabilità degli assetti organizzazione e del dovere di attivazione in presenza di situazioni di crisi, potrebbero indurre a ritenere aperta ai soci la via dell' opposizione.

Si badi però che l' interesse di questi non può che concernere il pregiudizio che, in conseguenza dell' omologa, si prospetti circa il valore della partecipazione sociale e le prospettive di redditività dell' investimento (peraltro da dedursi secondo il parametro della c.d. *business judgment rule*); profili che

neppure molto marginalmente possono rilevarsi in dette opposizioni che si incentrano sulla contestazione dell'entità del proprio (e di altro socio) debito nei confronti del Consorzio.

Ciò posto, anche a ritenere consentito l'esame della questione (che in questa sede non può che ritenersi consentito se non nei termini sommari della valutazione della possibile incidenza sulla fattibilità economica del piano ed in particolar modo della sua idoneità a soddisfare i creditori non aderenti) non può che osservarsi come, anche ad ipotizzare (sulla scorta del parere allegato dagli opposenti) che gli incrementi tariffari prospettati dalla ricorrente non siano legittimi, tale circostanza non è in grado di pregiudicare la ragionevole prospettazione dell'idoneità del piano nei termini suddetti.

Il Commissario giudiziale, infatti, ha basato il suo parere favorevole proprio sulla considerazione che il margine delle risorse attingibili è comunque sufficientemente ampio, pure nell'ipotesi di riduzione delle pretese creditorie della ricorrente che sono oggetto di contestazione, anche giudiziale (cfr. il c.d. stress test) che si legge nel parere reso dal Commissario in data 12/02/2024 che evidenzia un "*indicatore di robustezza del piano*", in termine di risorse monetarie residuali pari, in positivo, al 38,23%).

Ciò che, peraltro, rende irrilevante la proposta metodologica di procedere prima a svalutazione dei crediti e poi al test di robustezza.
(*omissis*)

NOTA

Con la sentenza in rassegna, il Tribunale di Sulmona si è pronunciato in ordine ad un accordo di ristrutturazione del debito proposto da un consorzio a partecipazione pubblica, impegnato nella gestione integrata dei rifiuti.

Nel medesimo provvedimento:

- conferma la propria competenza, considerata l'ubicazione della sede legale del consorzio e l'assenza di elementi che denotino una diversa allocazione del centro principale degli interessi della ricorrente;*
- rileva la conclusione dell'accordo con una maggioranza qualificata dei creditori, rappresentanti oltre il 60% dei crediti, così rispettando il requisito di validità di cui all'art. 57 CCII;*
- argomenta in ordine al contenuto e fattibilità economica del piano, attestata da un professionista indipendente e confermata dal commissario giudiziale, allorquando nello stesso contemplate una serie di misure correttive atte a ristabilire la sostenibilità economica della società, come l'aumento delle*

tariffe, la riorganizzazione aziendale, il miglioramento della gestione del personale e dei crediti;

– *pone in luce un aspetto controverso relativo alla legittimità dei soci di un consorzio a partecipazione pubblica ad intervenire in un procedimento di omologa di un accordo di ristrutturazione e svolgere opposizione allo stesso.*

Sul punto il Giudice adotta un orientamento restrittivo, considerando l'opposizione del socio non giustificata dal punto di vista del diritto, se non per un riflesso diretto e rilevante dell'accordo, e relativa omologa, sul valore della propria partecipazione sociale e sue prospettive di redditività, secondo il parametro della c.d. business judgment rule; profili che neppure marginalmente possono rinvenirsi nei proposti gravami, incentrati su interessi indiretti, quali la contestazione dell'entità del proprio debito nei confronti del Consorzio.

Ciononostante esamina nel merito le contestazioni degli opposenti, seppur limitatamente allo loro possibile incidenza sulla fattibilità economica del piano e sua idoneità a soddisfare i creditori non aderenti, osservando che, anche a volersi ipotizzare la illegittimità degli incrementi tariffari proposti, tale circostanza non influisce sulla fattibilità del piano, il cui margine di sicurezza consentirebbe comunque di far fronte ad eventuali difficoltà, senza compromettere la capacità del consorzio di adempiere ai propri obblighi.

Da qui, l'omologa dell'accordo di ristrutturazione il cui piano ritenuta-mente adeguato, sia dal punto di vista giuridico che economico, a riscontrare eventuali elementi di rischio, garantire il soddisfacimento integrale dei creditori estranei ed una ripresa sostenibile.

Orbene, è noto che l'imprenditore in stato di crisi può proporre ai suoi creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti la cui causa sottesa al ripristino della solvibilità dell'impresa e soddisfacimento del ceto creditorio in modo più favorevole rispetto all'alternativa liquidatoria; solvibilità da attuarsi nei modi più diversi, dalla continuità diretta o indiretta alla liquidazione.

L'accordo deve essere stipulato con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti e deve essere accompagnato da una relazione, redatta da un professionista "indipendente", sull'attuabilità e sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Quanto alla natura, lo stesso appartiene al più ampio novero delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa (secondo altra terminologia contratti sulla crisi d'impresa) e, in applicazione dei principi contrattualistici, non si sottraggono alla regola privatistica secondo cui hanno "forza di legge" fra le parti (art. 1372 cod. civ.), con ciò vincolando soltanto i creditori aderenti e non anche i creditori non aderenti nei cui confronti permane l'obbligo di adempimento secondo le ordinarie e precedenti scadenze previste.

In sede di omologa non è consentito all'organo giudiziario la valutazione della discrezionalità imprenditoriale e, quindi, del quomodo del piano attraverso il quale il debitore, con l'accordo dei suoi creditori principali, si propone di compiere la ristrutturazione del debito e garantire la propria sopravvivenza, ma è limitato, attraverso un vaglio di coerenza e logicità dell'asseverazione compiuta dal professionista stesso, alla verifica della regolarità del procedimento, all'assenza di profili di nullità ed all'attuabilità dell'accordo stesso e con esso alla verifica della esistenza di garanzie per il pagamento integrale dei creditori estranei (e i terzi), nei tempi previsti per legge. (Cass. Sez. I, Sentenza n. 12064 del 08.05.2019; Cass. Civ., Sez. I, Sentenza 19.06.2020 n. 11985; Tr. Bologna, 28 giugno 2023, Pres. Guernelli, Est. Mirabelli)

I creditori ed "ogni altro interessato" possono proporre opposizione entro il termine perentorio di trenta giorni dall'iscrizione degli accordi nel registro delle imprese. Il tribunale decide le opposizioni in camera di consiglio, provvede all'omologa con sentenza e, nella negativa, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale.

All'espressione "ogni altro interessato" contenuta nell'art. 48, comma 4, CCII, dottrina e giurisprudenza danno, salvo specifiche eccezioni, una interpretazione estensiva, affermando che la legge, con detta espressione, ha inteso garantirsi l'afflusso della maggiore quantità possibile di elementi utili al giudizio.

In relazione a detta facoltà, assume rilievo la legittimazione del socio di un consorzio a partecipazione pubblica a proporre opposizione all'omologazione di un accordo di ristrutturazione; un tema di particolare complessità, poiché involge peculiarità di diritto societario e concorsuale, con implicazioni specifiche derivanti dalla natura pubblica del consorzio e dalla partecipazione del socio pubblico.

Ed invero, i consorzi a partecipazione pubblica sono soggetti giuridici particolari che svolgono attività d'interesse generale in settori strategici, spesso in regime di affidamento diretto e con scopo pubblico. I relativi soci sono in genere enti pubblici che agiscono in rappresentanza di interessi collettivi, come Comuni, Regioni o altri enti pubblici.

*I medesimi, rispetto ad un consorzio di diritto privato, sono soggetti a vincoli più stringenti derivanti dai loro statuti e regolamenti pubblici con ciò dovendosi riconoscere ai relativi soci uno strumento di controllo più ampio rispetto a quello che avrebbero in società private ed un interesse qualificato che va oltre quello meramente patrimoniale, quale quello di vigilare sulla efficienza e sostenibilità del servizio pubblico reso, per assicurarsi che l'attività del consorzio sia compatibile con il fine pubblico (A. Nigro, *Le società a par-**

tecipazione pubblica, 2020; M. Graziadei, Crisi d'impresa e partecipazione pubblica, 2022; A. Leone, Partecipazione pubblica e crisi d'impresa, 2021; Cass. Sez. I, 27.04.2016 n. 8395; Cons. di Stato, Sez. V, 17.07.2020 n. 4668).

Da qui, fermo il ruolo di controllo e la competenza esclusiva degli amministratori a gestire la crisi d'impresa ed operare scelte strategiche e finanziarie, quali l'accesso a strumenti di ristrutturazione del debito, sulla base del business judgment rule, si riconosce ai soci la legittimazione ad intervenire in detto contesto se circoscritta ad ipotesi di abuso di potere, gravi violazioni di legge o statutarie da parte degli amministratori, ovvero nel caso in cui un accordo di ristrutturazione non risulti funzionale alla continuità del servizio pubblico reso o possa alterarne in modo sostanziale l'efficacia, mediante, ad esempio, la vendita di asset strategici o la cessione del controllo degli stessi a privati, con ciò influenzando negativamente anche sul valore della partecipazione o sui diritti patrimoniali dei soci stessi. (G. F. Campobasso, Diritto Commerciale, 2017; G. Scognamiglio, La partecipazione pubblica nella crisi d'impresa, 2019; L. Santoro, Governance pubblica e ristrutturazione aziendale, 2022; M. Rescigno, Diritto delle Società, 2020; Cass. Sez. I, 04.07.2018 n. 17478)

Se da un lato, dunque, nelle società in house, al pari di qualunque altra società, è riconosciuto ai soci pubblici il diritto di partecipare alle assemblee ed ivi sollevare obiezioni in ordine alle scelte prospettate dagli organi gestori, dall'altro, e diversamente dai creditori, non compete loro un automatico diritto di intervento ed opposizione all'omologa di un piano di ristrutturazione se non nelle ipotesi innanzi prospettate; e ciò allorquando gli stessi portatori di un interesse solo indiretto, legato alla conservazione del valore della propria partecipazione, al futuro rendimento economico della società e possibilità di distribuzione degli utili. (A. Nigro, La responsabilità nelle società pubbliche, 2018; G.F. Campobasso, Diritto commerciale, 2017; contra F. Guerrera, Diritto societario pubblico, 2021; Consiglio di Stato, Sez. VI, 08.08.2017 n. 3853).

Da ciò derivando un chiaro limite tra il potere di controllo del socio e la discrezionalità degli amministratori cui competono, secondo il cd "business judgment rule" e specie in situazioni di crisi, scelte strategiche e di ristrutturazione finanziaria nel migliore interesse della continuità aziendale e della tutela dei creditori.

Eventuali opposizioni dei soci all'omologazione di un accordo di ristrutturazione devono dunque fondarsi su profili di illegittimità o su sulla lesione effettiva e comprovata del relativo interesse patrimoniale; e si badi, non una semplice lesione, ma una lesione che appaia sproporzionata e non giustificata

dal perseguimento del prevalente e comune interesse pubblico. (M. Rescigno, Diritto delle società, 2020; F. Benassi, La crisi dei consorzi pubblici, 2020; Cass. Sez. I, 14 settembre 2016 n. 18090).

Se, dunque, nell'ambito delle società a partecipazione pubblica è riconosciuta al socio una posizione più incisiva rispetto alla governance e alla gestione delle crisi, in ragione del fine pubblico collegato all'oggetto sociale, dall'altro, detta facoltà dovrà comunque contemperarsi con la necessità di evitare che l'intervento del socio possa rallentare o paralizzare scelte gestionali cruciali per la continuità aziendale, specialmente in contesti di crisi, con ciò compromettendo la possibilità di soddisfare i creditori e di preservare il valore patrimoniale per tutti i portatori di interesse. (G. Scognamiglio, Società e Amministrazione, 2020; L. Santoro, Interesse sociale e crisi d'impresa, 2021)

Sul punto, non mancano orientamenti contrari secondo cui la tutela del socio, rispetto agli atti che concernono la gestione della società, deve trovare espressione negli strumenti endosocietari, rappresentati dalla possibilità di insorgere contro le delibere o di far valere la responsabilità degli organi sociali che quelle scelte abbiano adottato, mentre non implica la legittimazione ad assumere iniziative esterne, come quella di proporre opposizione avverso la proposta di ristrutturazione del debito, anche quando l'interesse all'opposizione nasce dalla potenziale diversa consistenza della propria partecipazione societaria per effetto delle cessioni previste nella procedura di ristrutturazione (Tr. Napoli, Sez. VI civ., 03.05.2021; Franco Benassi / Pierluigi Ferrini / Claudio D'Alonzo – Accordi di ristrutturazione)

In conclusione, in linea con i prevalenti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali, si è concordi nel ritenere che, nelle procedure di ristrutturazione:

- la legittimazione del socio pubblico a proporre opposizione deve essere limitata a casi eccezionali, per evitare possibili conflitti di interesse che possano interferire con gli obiettivi di risanamento aziendale e la continuità dell'impresa, e fondarsi su un interesse qualificato; con ciò ritenendosi detta legittimazione subordinata alla dimostrazione, da parte del socio, che detto accordo è causa di un pregiudizio concreto ed attuale al valore della partecipazione pubblica; compromette direttamente e irreversibilmente la finalità pubblica del consorzio; risulta inadeguato a garantire la continuità ed efficienza dei servizi pubblici erogati;*
- le decisioni di gestione della crisi rientrano nella discrezionalità degli amministratori, e i soci, inclusi quelli pubblici, non possono interferire se non in presenza di violazioni palesi e gravi degli obblighi statutari o di legge;*

– *la business judgment rule protegge le scelte di ristrutturazione effettuate nel miglior interesse dell'impresa, anche se ciò può comportare un impatto sul valore della partecipazione dei soci pubblici.*

Approccio, questo, che mira a garantire l'efficacia delle procedure di ristrutturazione e la tutela degli interessi collettivi dei creditori, preservando al contempo il valore aziendale e la partecipazione dei soci.

Alessio Ritucci

Trib. Vasto – ord. 02/07/2024 (Est. David)

**Esecuzione forzata – Contratto di mutuo – Erogazione provvista -
Condizione sospensiva – Titolo esecutivo – Inidoneità – Successivo atto di
quietanza - Necessità**

Non costituisce, da solo, titolo esecutivo il mutuo notarile in forza del quale una banca concede una somma a mutuo con patto di immediata e integrale restituzione dal mutuatario al mutuante in attesa del consolidamento dell'ipoteca a garanzia del detto mutuo, essendo necessario un ulteriore atto, consacrato nelle forme richieste dall'art. 474 c.p.c. (atto pubblico o scrittura privata autenticata), che attesti l'effettivo svincolo della somma già mutuata.

(omissis)

Si evidenzia che il contratto di mutuo può considerarsi validamente perfezionato nel momento in cui viene consegnata e messa a disposizione la somma mutuata in favore della parte mutuataria. Dall'esame del contratto di mutuo emerge che la somma era stata trattenuta dalla banca e che sarebbe stata erogata solamente all'atto del verificarsi delle condizioni espressamente indicare nell'art. 1 del contratto di mutuo medesimo. Non v'è dubbio che la somma sia stata effettivamente erogata in quanto la parte esecutata ha richiesto ed ottenuto la sospensione dal pagamento di alcune rate e la modifica del contratto di mutuo ipotecario. Tuttavia non risulta che il trasferimento della somma in favore della parte esecutata sia stato documentato da un ulteriore atto pubblico o da una ulteriore scrittura privata autenticata ai sensi dell'art 474 cpc. E ciò perché l'atto pubblico notatile di cui si discute, per avere valore di titolo esecutivo, avrebbe dovuto essere integrato da una quietanza attestante l'avvenuto svincolo delle somme (cfr. Cass 12007/2024). Sulla base della documentazione prodotta agli atti, parte esecutata avrebbe un obbligo restitutorio nei confronti della banca ma ciò non comporta che l'atto pubblico possa valere come titolo esecutivo idoneo a fondare la presente procedura esecutiva.

(omissis)

* * * * *

Il contratto di mutuo ipotecario: sempre titolo esecutivo?

L'odierna ordinanza, resa nell'ambito del procedimento incidentale di sospensione dell'esecuzione forzata, affronta la questione della validità del contratto di mutuo e della sua idoneità a fungere da titolo esecutivo ai fini di

poterlo attivare nell'ambito di una procedura esecutiva.

Il Tribunale, premesso che il contratto di mutuo possa considerarsi validamente perfezionato solo nel momento in cui venga consegnata e messa a disposizione la somma mutuata in favore della parte mutuataria, ha ritenuto inidoneo il contratto, quale titolo esecutivo, in mancanza della prova da parte dell'istituto bancario dell'effettivo trasferimento del denaro in favore della parte esecutata mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e, ciò, nonostante la somma fosse stata effettivamente erogata. Per meglio comprendere, nel momento in cui veniva stipulato l'atto di mutuo, l'istituto di credito ha condizionato l'effettiva erogazione del denaro alla condizione sospensiva del consolidamento dell'ipoteca, circostanza effettivamente verificatasi cui è seguita l'erogazione del denaro ma senza alcuna attestazione del versamento con atto fidefaciente (atto pubblico o scrittura privata autenticata).

Il Tribunale, quindi, pur riconoscendo la posizione debitoria dell'esecutato, negava al mutuo ipotecario la natura di titolo esecutivo.

L'interpretazione fornita dal Tribunale merita piena condivisione avendo correttamente escluso che il detto contratto, cui non segua la contestuale erogazione e reale messa a disposizione della somma al mutuatario, possa avere effetti esecutivi senza una specifica documentazione attestante l'effettivo trasferimento della somma come richiesto dall'art. 474, comma 2, n. 2 e 3 c.p.c.

Tale orientamento trova fondamento nella giurisprudenza e nella dottrina in materia di titoli esecutivi e contratti di mutuo che afferma come il contratto di mutuo esplica tutti i suoi effetti nel momento in cui la somma mutuata è messa effettivamente a disposizione del mutuatario come sancito dall'art. 1813 c.c. che include tale negozio nella categoria dei contratti reali ossia nei contratti il cui perfezionamento – a differenza di quanto è previsto per i contratti consensuali – richiede, oltre al consenso delle parti, la consegna della cosa.

In merito deve essere chiarito che, per una corretta qualificazione, il contratto di mutuo è perfettamente valido a seguito del consenso delle parti, ma non assume la piena natura di mutuo, con obbligo di restituzione della somma da parte del mutuatario, fino al momento in cui non avvenga la consegna della somma. Fino a tale momento – secondo parte della dottrina - il contratto potrebbe anche configurarsi come una promessa di mutuo, ai sensi dell'art. 1822 c.c. e, dunque soggetto alla disciplina prevista da tale norma. Confermerebbe una tale interpretazione, proprio il dettato della norma citata che consente alla mutuante di rifiutare la prestazione nel caso di

mutamento delle condizioni patrimoniali del mutuatario, circostanza che può ben accadere laddove l'ipoteca non si consolidi nel caso appunto di mutuo ipotecario.

Pertanto, la effettiva consegna della somma mutuata è elemento imprescindibile affinché il contratto possa assumere la qualificazione giuridica di mutuo e faccia sorgere le relative obbligazioni di restituzione, disciplinate dagli articoli 1813-1821 c.c.

Le disposizioni del codice civile relative al mutuo sono principalmente indirizzate a regolare le obbligazioni che scaturiscono dall'accordo, obbligazioni che si fondano sulla prestazione creditizia, la quale si realizza con la consegna del denaro. È proprio a partire da quest'ultimo momento che le obbligazioni derivanti dal contratto di mutuo, in particolare quelle relative alla restituzione delle somme, possono dirsi pienamente operanti.

Alla luce di quanto sopra la consegna rappresenta, quindi, un momento cruciale nel sistema normativo, in quanto è la condizione necessaria per l'instaurarsi delle obbligazioni tipiche del mutuo, ovvero l'obbligo del mutuatario di restituire la somma ricevuta, facendo sorgere il debito del mutuatario e, quindi, la natura di titolo esecutivo dello stesso.

È del tutto evidente che il fulcro della questione verte sul concetto di "messa a disposizione" dettato dalla norma anche in presenza di orientamenti giurisprudenziali non sempre concordi.

Per il vero la giurisprudenza di legittimità, con un orientamento neanche tanto risalente ha affermato che, ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, avente natura reale ed efficacia obbligatoria, l'uscita del denaro dal patrimonio dell'istituto di credito mutuante e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario, costituisce effettiva erogazione dei fondi, anche se parte delle somme sia versata dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali; tale pronuncia, peraltro, riformava quella del giudice di merito che, invece, aveva rigettato l'opposizione allo stato passivo della banca mutuante, argomentando che la somma oggetto del contratto non sarebbe comunque entrata nella disponibilità del mutuatario in quanto depositata in attesa del consolidamento dell'ipoteca concessa a garanzia.

Inoltre, il Giudice di legittimità avallava la propria decisione, affermando che il denaro oggetto del contratto di mutuo sarebbe entrato nella disponibilità giuridica del mutuatario anche se depositato su un conto presso la stessa banca mutuante a garanzia dell'adempimento degli obblighi connessi al contratto.

Una tale interpretazione appare difficilmente condivisibile posto che affermare la disponibilità giuridica di un bene la cui dazione dipende da altro soggetto al verificarsi di una condizione sospensiva è impresa ardua anche in considerazione del fatto che il deposito bancario, avendo natura di deposito irregolare, fa acquistare al depositario la proprietà della somma depositata con obbligo di restituzione, come nel caso di specie, solo all'avveramento della condizione sospensiva.

Conferma l'assunto appena esposto il fatto che, in mancanza dell'avverarsi della condizione sospensiva, la banca potrà trattenere e non svincolare la somma con facoltà di chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno per mancato guadagno derivante dall'operazione creditizia e non certamente richiedere la restituzione di una somma che già si trova nella sua disponibilità.

Ed allora deve senz'altro aderirsi all'orientamento del tribunale vastese che ha ritenuto perfezionarsi il contratto di mutuo e, quindi la sua natura di titolo esecutivo, solo ove la somma mutuataria sia immediatamente utilizzabile dal mutuatario e non depositata su conto corrente dello stesso mutuante in attesa dell'avveramento della condizione sospensiva.

Una tale esegesi è conforme al dettato dell'art. 474 c.p.c. che richiede, in un caso come quello che ci occupa, la necessità di un ulteriore atto fidefaciente, rappresentato da un atto pubblico o scrittura privata autenticata, che attesti l'effettiva erogazione della somma mutuata di talché il titolo esecutivo stragiudiziale sarà costituito dalla combinazione di entrambi gli atti.

L'indirizzo giurisprudenziale del tribunale vastese, per il vero, trova conforto anche nella più recente giurisprudenza di legittimità la quale, in un caso analogo, non ha posto in dubbio il perfezionamento del contratto di mutuo pur in assenza della traditio della somma mutuata, ma si è soffermata sulla necessità di indagare il complesso negoziale posto in essere dalle parti al fine di verificare la natura esecutiva del negozio stipulato tra le parti.

Nello specifico, al fine di ritenere l'atto di mutuo quale titolo esecutivo rientrante nel catalogo dell'art. 474 c.p.c., i giudici di legittimità hanno ritenuto necessario verificare se l'eventuale obbligazione del mutuatario fosse attuale o meno, ritenendola operante solo al verificarsi di determinate condizioni successive alla stipulazione ed estranee ai documenti in base ai quali il mutuo era stato concluso.

Ed in effetti, fino allo svincolo della somma depositata la disponibilità della stessa era solo a favore dell'istituto bancario con la conseguenza che l'effettiva erogazione al mutuatario, avvenuta successivamente alla stipula del negozio, necessitava di essere consacrata in un atto pubblico o scrittura

privata autenticata da cui sarebbe sorta l'obbligazione a carico della parte mutuataria.

Per tale ragione, correttamente deve argomentarsi come il solo atto notarile di stipula del mutuo, non contenendo alcuna obbligazione attuale a carico del mutuatario fino a quando non vi sia la effettiva disponibilità della somma mutuata, non può rivestire la qualità di titolo esecutivo se non integrato da un ulteriore atto che attesti l'effettivo svincolo delle somme in tal modo rispondendo ai requisiti di cui all'art. 474 c.p.c.

Alla luce di quanto esposto, meritano condivisione i principi espressi dall'ordinanza, in conformità agli insegnamenti della Suprema Corte, per cui deve affermarsi l'esecutività del contratto di mutuo solo ove la somma di denaro sia immediatamente erogata e consegnata al mutuatario, diversamente, in presenza di una condizione sospensiva, sarà necessario un ulteriore atto integrativo (atto pubblico o scrittura privata autenticata) che attesti l'avveramento della condizione e consenta la messa in esecuzione del titolo.

Guglielmo Flacco

Giurisprudenza penale

Corte di Appello di L'Aquila, Pres. Manfredi, Est. Canosa, sentenza 14.2.2024, A. + altri (proc. c.d. Rigopiano)

Art. 581, co. 1 ter e co. 1 quater, c.p.p. - elezione di domicilio - ammissibilità dell'impugnazione.

È inammissibile l'appello con il quale non sia depositata un'elezione o dichiarazione di domicilio, essendo irrilevante la presenza in atti di un eventuale elezione o dichiarazione già effettuata dall'appellante personalmente nel corso del giudizio di primo grado.

(omissis)

15.1. L'appello proposto da *(omissis)* deve essere dichiarato inammissibile ai sensi dell'art. 581 comma uno ter c.p.p., a mente del quale “*Con l'atto di impugnazione delle parti private e dei difensori è depositata, a pena di inammissibilità, la dichiarazione o elezione di domicilio, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio*”.

Trattasi, per come precisato da Cass. Pen. n. 44376/2023, di disposizione introdotta nell'ottica di garantire la speditezza e la celerità del giudizio di appello, così esonerando l'autorità giudiziaria dall'effettuare ricerche volte a individuare il luogo della notifica del decreto di citazione a giudizio. Tale disposizione rinviene applicazione al caso di specie, atteso che, a mente dell'art. 89 comma 3 del Decreto Legislativo n. 150 del 2022, le norme di cui ai commi 1 ter e 1 quater dell'art. 581 c.p.p. trovano applicazione alle impugnazioni proposte avverso sentenze pronunciate in data successiva a quella di entrata in vigore del D.Lgvo in parola, avvenuta in data 30.12.2022, laddove la sentenza impugnata dal difensore dell'imputato, privo della successiva dichiarazione o della elezione di domicilio ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio, è stata pronunciata il 23/02/2023

2. Né possono ritenersi, come statuito da Cass. Pen. n. 7020/2024, valevoli, al fine di evitare la declaratoria di inammissibilità, elezioni di domicilio rilasciate in favore del difensore nel corso del primo grado di giudizio.

Il giudice di legittimità, con la decisione appena richiamata, ha osservato come tale soluzione ermeneutica appare, infatti, l'unica coerente con le modifiche introdotte dalla riforma del 2022 alla disciplina della dichiarazione o elezione di domicilio, e più in generale, delle notificazioni.

Ciò per un una pluralità di ragioni.

In primo luogo, ad avviso della S.C., “va considerata la modifica del regime di validità della dichiarazione o elezione di domicilio: non si tratta più di un atto ad efficacia prolungata che, in assenza di modificazioni da parte dell’interessato, può rilevare ai fini della notificazione degli atti di tutti i gradi del procedimento, bensì di un atto ad efficacia limitata alla notificazione degli atti di *vocatio in iudicium* espressamente indicati dal legislatore (ovvero, l’avviso di fissazione dell’udienza preliminare, gli atti di citazione per il giudizio direttissimo, per il giudizio immediato, per l’udienza dibattimentale dinanzi al tribunale in composizione monocratica e per il giudizio di appello, nonché il decreto penale di condanna). Tale diversa validità della dichiarazione o dell’elezione di domicilio emerge chiaramente dal combinato disposto degli art. 161, comma 1, e 164 cod. proc. pen. La prima disposizione prevede espressamente che il giudice, il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con la presenza dell’indagato o dell’imputato, non detenuto né internato, lo invita a dichiarare o eleggere domicilio - fisico o digitale - «per le notificazioni» degli atti di *vocatio in iudicium* sopra indicati. Coerentemente con tale disposizione, all’art. 164 cod. proc. pen. - la cui rubrica è stata significativamente sostituita con la locuzione “Efficacia della dichiarazione o dell’elezione di domicilio” - è stato eliminato il riferimento alla validità di tale atto «per ogni stato e grado del procedimento». La norma prevede, infatti, che, con la sola eccezione delle notificazioni all’imputato detenuto (da eseguire sempre, ai sensi dell’art. 156, comma 1, nel luogo di detenzione), la determinazione del domicilio dichiarato o eletto è valida per la notificazione dei singoli atti di *vocatio in iudicium* sopra indicati”.

La riforma del 2022 ha, dunque, conformato la dichiarazione o l’elezione di domicilio quale atto ad efficacia temporalmente limitata, in quanto funzionale alla sola notificazione degli atti sopra indicati.

Tale conclusione, come precisato dalla S.C., trova ulteriore conferma anche nella nuova disciplina delle notificazioni all’imputato, atteso che, ai sensi dell’art. 157 cod. proc. pen., la prima notificazione all’imputato non detenuto degli atti diversi da quelli di *vocatio in iudicium*, sopra descritti, può avvenire secondo un duplice binario: a) con modalità telematiche, ove disponga di un idoneo domicilio digitale; b) in caso di assenza o di inidoneità di detto domicilio, la notificazione dell’atto potrà essere effettuata presso il difensore, se l’imputato ha già ricevuto gli avvisi di cui all’art. 161, comma 1, cod. proc. pen., ovvero, in assenza di tali avvisi, mediante consegna di copia dell’atto personalmente o nei luoghi e con le diverse modalità indicate dall’art. 157 cod. proc. pen. Per tutte le notificazioni successive alla prima e diverse dagli atti di *vocatio in iudicium*, l’art. 157-bis cod. proc. pen. prevede, in linea ge-

nerale e, salvo quanto specificamente previsto dal secondo comma per il caso in cui l'imputato sia assistito da un difensore d'ufficio, che queste siano eseguite mediante consegna al difensore. Infine, solo per la notificazione degli atti di *vocatio in indicium* l'art. 157-ter cod. proc. pen. prevede che questa sia eseguita presso il domicilio dichiarato o eletto (anche digitale) o, in mancanza di questo, nei luoghi e con le modalità di cui all'art. 157, escludendo espressamente l'impiego della modalità telematica di cui all'art. 148, comma 1, cod. proc. pen.

Tale disposizione costituisce un logico corollario della disciplina del processo in assenza la cui celebrazione è consentita solo se vi è prova che l'imputato è a conoscenza della pendenza del processo. Potendo, infatti, le modalità della notificazione rilevare quali indici presuntivi della sussistenza della conoscenza della pendenza del processo, il legislatore ha accordato prevalenza, ai soli fini della notificazione degli atti di *vocatio in indicium*, alla manifestazione di volontà dell'imputato, prevedendo solo in via subordinata, per il solo caso in cui manchi una dichiarazione o elezione di domicilio, il ricorso alle modalità ordinarie di esecuzione della prima notificazione all'imputato non detenuto. Per le medesime ragioni, ha aggiunto la S.C., è stato, al contempo, escluso il ricorso alla notificazione con modalità telematiche, evidentemente reputate inidonee, in assenza di una specifica dichiarazione di domicilio digitale dell'imputato (si veda, in tal senso, l'art. 161, comma 1, cod. proc. pen. che consente la sola dichiarazione - e non l'elezione - di un proprio indirizzo di posta elettronica certificata o di altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato), a costituire una adeguata base fattuale da porre a fondamento della presunzione di conoscenza della pendenza del processo. Sulla base di tali disposizioni, deve, dunque, ritenersi che la validità della manifestazione di volontà dell'imputato cessa con l'esecuzione della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio presso il domicilio dichiarato o eletto. Da tale momento, infatti, al domicilio "volontario", si sostituisce il domicilio ex lege presso il difensore, rispetto al quale il legislatore ha eliminato ogni possibilità di deroga correlata da una eventuale diversa manifestazione di volontà dell'imputato (l'art. 157-ter non prevede, infatti, alcuna eccezione alla regola della notificazione di tutti gli atti successivi presso il difensore) o del difensore. A tale ultimo riguardo, va, infatti, considerato che la riforma del 2022 ha abrogato il comma dell'art. 157, che consentiva al difensore di fiducia di impedire la domiciliazione ex lege dell'imputato per le notificazioni successive alla prima.

La disposizione di cui al comma 1-ter dell'art. 581 cod. proc. pen. si inserisce coerentemente in tale complesso di sistema delle notificazioni. Parten-

do, infatti, dalla efficacia limitata della dichiarazione o elezione di domicilio alla notificazione all'imputato dell'atto di *vocatio in indicium* introduttivo del primo grado di giudizio, cui seguirà, sempre nel medesimo grado, la notificazione di tutti gli atti successivi presso il difensore, ritiene il giudice di legittimità che “la disposizione in esame deve interpretarsi nel senso che, una volta definito il grado di giudizio, ai fini della notificazione della citazione per il giudizio di appello, non può farsi riferimento al domicilio precedente dichiarato o eletto, essendo necessaria una nuova dichiarazione o elezione di domicilio”. Attraverso la disposizione in esame, il legislatore ha, dunque, introdotto, attraverso la previsione dello specifico requisito di forma dell'impugnazione, una norma speciale derogatoria della disciplina generale contenuta all'art. 157-ter, comma 1, secondo periodo, cod. proc. pen. prevedendo, per la sola notificazione della citazione per il giudizio di appello, un'unica forma di notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto, il cui mancato deposito con l'atto di impugnazione, rendendo colpevolmente impossibile tale notificazione, determina al inammissibilità dell'impugnazione.

Con la decisione sopra richiamata al S.C. ha dato atto dell'esistenza di altro indirizzo ermeneutico affermato dalla seconda sezione in altro procedimento con il quale si è escluso che, per l'imputato non processato *in absentia*, la dichiarazione o l'elezione di domicilio richiesta ai fini della notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello debba essere rilasciata dopo l'emissione della pronuncia *impugnanda* in quanto una contraria interpretazione sfavorevole ostacolerebbe indebitamente l'accesso al giudizio di impugnazione, in violazione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti.

Senonché, si è osservato, detta soluzione non può essere condivisa in quanto “l'art. 581, comma -1 ter cod. proc. pen. non limita il diritto di impugnazione, ma disciplina la forma di presentazione dell'atto di impugnazione al fine di assicurare una regolare e celere celebrazione del giudizio di impugnazione individuando, per tutti gli imputati, un'unica modalità di notificazione del decreto di citazione a giudizio di cui all'art. 601 cod. proc. pen. Si tratta, dunque, di una disposizione che, oltre ad essere pienamente coerente con la nuova disciplina delle notificazioni, è espressione di una scelta rientrante nella discrezionalità del legislatore, scelta che, ad avviso del Collegio, non appare irragionevole né incidere sul diritto di difesa – non limitando in alcun modo il diritto di impugnazione o la tipologia di provvedimenti impugnabili” (Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 7020/2024).

(*omissis*)

NOTA REDAZIONALE

La c.d. Riforma Cartabia (D. Lgs n. 150/2022) aveva introdotto i commi 1 ter e 1 quater nel corpo dell'art. 581 c.p.p. che prevedevano, rispettivamente, l'obbligo di depositare con l'atto di impugnazione la dichiarazione o elezione del domicilio, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio, nonché, per il caso di imputato assente, specifico mandato rilasciato dopo la pronunciata della sentenza impugnata, contenente la dichiarazione o l'elezione del domicilio.

L'omesso deposito comportava l'inammissibilità dell'impugnazione. L'art. 2, comma 1, lettera o) della L. 9 agosto 2024, n. 114 ha disposto l'abrogazione del comma 1-ter e la modifica del comma 1-quater (riferendosi l'obbligo di deposito dello specifico mandato solo all'impugnazione proposta dal difensore d'ufficio).

L'applicazione della norma recata dal comma 1 ter ha dato adito a difformi filoni interpretativi: secondo un primo orientamento la dichiarazione o elezione doveva necessariamente essere successiva alla pronuncia della sentenza impugnata (pur potendo essere meramente confermativa di una analoga dichiarazione o elezione già in atti); sostanzialmente conforme l'orientamento che ammetteva che la dichiarazione o elezione potesse non essere allegata all'atto di impugnazione, purché la stesse fosse depositata nel termine previsto dalla legge per l'impugnazione.

Secondo un diverso orientamento, nel caso di imputato presente nel giudizio a quo, era sufficiente che la dichiarazione o l'elezione di domicilio di cui all'art. 581, co. 1 ter, c.p.p. fosse stata formalizzata nel corso del procedimento, e non necessariamente in un momento successivo alla pronuncia della sentenza impugnata, a condizione che venisse depositata unitamente all'atto di appello, atteso che la contraria interpretazione avrebbe ostacolato indebitamente l'accesso al giudizio di impugnazione, in violazione dei diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, non essendo condivisibile una interpretazione diretta ad applicare, ad un caso non espressamente previsto dalle norme processuali regolatrici della fattispecie, la sanzione processuale della inammissibilità, poiché le cause di inammissibilità sono soggette al principio di tassatività e non possono essere oggetto di interpretazione estensiva.

Infine, secondo un orientamento minoritario, l'onere del deposito dell'elezione o della dichiarazione di domicilio previsto, a pena di inammissibilità, dall'art. 581, comma 1-ter, cod. proc. pen., poteva essere assolto anche con il richiamo, nell'instanzione dell'atto di appello, all'elezione o dichiarazione già effettuata dall'appellante personalmente nel corso del giudizio di primo grado, da ritenersi equipollente all'allegazione dell'atto.

Con ordinanza in data 19.6.2024 la V sezione della Corte di Cassazione, rilevato il contrasto giurisprudenziale, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione di diritto circa la sufficienza, o meno, della presenza in atti di una dichiarazione o elezione del domicilio, benché non richiamata o allegata all'atto di impugnazione.

Le Sezioni Unite, stando all'informazione provvisoria ad oggi disponibile, all'esito della camera di consiglio del 24.10.2024, hanno enunciato i principi di diritto secondo cui: “la disciplina contenuta nell’art. 581, comma 1-ter, cod. proc. pen. – abrogata dalla legge 9 agosto 2024, n. 114, in vigore dal 25 agosto 2024 – continua ad applicarsi alle impugnazioni proposte sino al 24 agosto 2024”; “la previsione ai sensi dell’art. 581, comma 1-ter, cod. proc. pen. deve essere interpretata nel senso che è sufficiente che l’impugnazione contenga il richiamo espresso e specifico ad una precedente dichiarazione o elezione di domicilio e alla sua collocazione nel fascicolo processuale, tale da consentire l’immediata ed inequivoca individuazione del luogo in cui eseguire la notificazione”.

Tribunale di Teramo, Est. Di Valerio, sentenza 3.7.2024, imp. R.

Reddito di cittadinanza - sanzioni penali (art. 7 D.L. n. 4/2019) - abrogazione - retroattività.

Il delitto di cui all'art. 7 D.L. n. 4/2019 deve ritenersi abrogato in virtù di quanto previsto dalla L. n. 197/2022.

(omissis)

2 - Ritene il decidente che l'imputata debba essere mandata assolta dal reato contestatole perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato. La fattispecie incriminatrice che viene in rilievo nel caso di specie, secondo la contestazione mossa dall'Accusa, è quella delineata dall'art. 7 D.L. n. 4 del 2019, conv. in L. n. 26 del 2019, che prevede(va) la pena della reclusione da due a sei anni, salvo che il fatto costituisse più grave reato, a carico di chiunque, al fine di ottenere indebitamente il beneficio del reddito di cittadinanza, disciplinato dall'art. 3 del medesimo testo normativa, rendesse o utilizzasse dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omettesse informazioni dovute.

Recentemente, in ottica di riorganizzazione dei benefici assistenziali, l'art. 1, comma 318, L. n. 197 del 2022 (legge di bilancio per l'anno 2023) ha disposto, fra l'altro, l'abrogazione degli articoli da 1 a 13 del D.L. n. 4 del 2019, ivi compreso, dunque, l'art. 4 che regola le sanzioni penali per l'indebito conseguimento del beneficio.

Nondimeno, per espressa previsione di legge, l'efficacia di tale effetto abrogativo è stata fissata dal legislatore alla data del 1 gennaio 2024; conseguentemente, sebbene la legge di bilancio n. 197 del 2022 sia entrata in vigore già alla data del 1 gennaio 2023, la concreta efficacia dell'effetto abrogativo previsto dalla disposizione in esame era espressamente differita, secondo il meccanismo, per l'appunto, dell'abrogazione differita.

Si è invero precisato, sul punto, che “non può riconoscersi effetti, prima del termine di efficacia indicato, all'abrogazione della fattispecie incriminatrice a far tempo dal 1 gennaio 2021 prevista dall'art. 1, comma 318, legge 29 dicembre 2022, n. 197” (cfr. Cass., III, 20 giugno 2023, n. 39205, la quale, decidendo sul carattere abnorme del provvedimento con cui il G.U.P. aveva restituito gli atti al Pubblico Ministero sul presupposto della sopravvenuta abrogazione dell'art. 7 citato, ha affermato che “la sopravvenienza di nuove disposizioni di legge, modificative del trattamento penale del fatto contestato, è irrilevante ai fini della validità della contestazione contenuta nel decreto di citazione a giudi-

zio, posto che spetta al giudice, nei limiti della propria competenza, la corretta qualificazione giuridica del fatto contestato, applicando, se del caso, i principi di diritto penale intertemporale dettati dall'art. 2 cod. pen.”).

Successivamente, è stato emanato il D.L. n. 48 del 2023, recante “Misure urgenti per l'inclusione e l'accesso al mondo del lavoro”, convertito, con modificazioni, in L. n. 85 del 2023. L'art. 13, comma 3 del predetto testo normativo, collocato tra le disposizioni transitorie e finali, statuisce che al beneficio di cui all'articolo 1 del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4. convertito, con modificazioni, dalla legge dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 7 del medesimo decreto-legge, vigenti alla data in cui il beneficio è stato concesso, per i fatti commessi fino al 31 dicembre 2023.

Il meccanismo normativo è stato riassunto da Cass., Sez. Unite, 13 dicembre 2023, n. 49686, le quali, sebbene chiamate a pronunciarsi su altro quesito di diritto, hanno incidentalmente affermato che “l'art. 1, comma 318, legge 29 dicembre 2022, n. 197, ha abrogato l'art. 7 DL n. 4 del 2019, a decorrere, però, dall'1 gennaio 2024. La fattispecie incriminatrice è, perciò, tutt'ora in vigore. Il legislatore, peraltro, nell'introdurre il cd. «assegno di inclusione» (misura di sostegno economico e di inclusione sociale e professionale destinata a sostituire integralmente il Rdc e definita dall'art. 1, comma 1, decreto-legge 4 maggio 2023, n. 48, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 luglio 2023, n. 85, «quale misura nazionale di contrasto alla povertà, alla fragilità e all'esclusione sociale delle fasce deboli attraverso percorsi di inserimento sociale, nonché di formazione, di lavoro e di politica attiva del lavoro»), ha contestualmente ed espressamente previsto che al Rdc continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art. 7 d.l. n. 4 del 2019 vigenti alla data in cui il beneficio è stato concesso, per i fatti commessi fino al 31 dicembre 2023”.

La dottrina, e anche la giurisprudenza di legittimità appena formatasi sul punto, hanno affermato che l'abrogazione dell'art. 7 era da ritenersi una mera svista del legislatore, che si è inteso emendare con l'art. 13, comma 3 D.L. n. 48 del 2023.

Preso atto della intervenuta scelta legislativa, non può nondimeno rilevarsi come, all'attualità, si sia al cospetto di una ipotesi delittuosa non più contemplata dall'ordinamento.

Se la rilevanza penale della indebita percezione del reddito di cittadinanza poteva essere predicata sino al 31.12.2023, analoga tesi non appare più sostenibile dopo il superamento di tale limite temporale.

Ciò in forza sia della scansione temporale dettata dal legislatore, tale per cui la cosiddetta “svista” può ritenersi sì sanata, ma solo fino al 31.12.2023, sia

della natura delle norme che disciplinavano in senso sostanziale e amministrativo il beneficio del reddito di cittadinanza, le quali integravano pienamente il precetto penale. Invero, si è affermato che “le norme contenute nel D.L. n. 4 del 2019, nello stabilire i requisiti di accesso al reddito di cittadinanza, integrano il precetto penale contenuto nell’art. 7 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, essendo in esso incorporate, posto che la norma penale punisce chi effettua false indicazioni dei dati di fatto riportati nell’autodichiarazione finalizzata all’ottenimento del reddito di cittadinanza” (cfr. Cass., III, sent. n. 44924 del 2023).

In tale contesto, l’abrogazione dell’istituto del reddito di cittadinanza non può non ridondare, elidendola, sulla persistente rilevanza penale della fattispecie in questione, mentre la continuità con l’istituto dell’assegno di inclusione, di nuova introduzione e destinato a sostituire il reddito di cittadinanza, non appare indagata *funditus* al fine di dirimere i dubbi sulla successione di leggi penali, in particolare se essa sia abolitiva o meramente modificativa.

Anche in tempi recenti, comunque, la Corte di legittimità si è limitata ad affermare che “l’art. 1, comma 318, legge 29 dicembre 2022, n. 197, ha abrogato l’art. 7 dl. n. 4 del 2019, a decorrere dall’1 gennaio 2024 e, nell’introdurre il cd. «assegno di inclusione» destinato a sostituire integralmente il Rdc ha contestualmente ed espressamente previsto che al Rdc continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all’art. 7 d.l. n. 4 del 2019 vigenti alla data in cui il beneficio è stato concesso, per i fatti commessi fino al 31 dicembre 2023” (cfr. Cass., II, 23 gennaio 2024, n. 8948).

Ancora recentemente, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che l’abrogazione, a far data dall’01/01/2024, del delitto di cui all’art. 7 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, disposta ex art. 1, comma 318, legge 29 dicembre 2022, n. 197, nel far salva l’applicazione delle sanzioni penali dallo stesso previste per i fatti commessi sino al termine finale di efficacia della relativa disciplina, deroga al principio di retroattività della “lex mitior”, altrimenti conseguente ex art. 2, comma secondo, cod. pen., ma tale deroga, in quanto sorretta da una plausibile giustificazione, non presenta profili di irragionevolezza, assicurando la tutela penale all’indebita erogazione del reddito di cittadinanza sin tanto che sarà possibile continuare a fruire di detto beneficio, posto che la sua prevista soppressione si coordina cronologicamente con la nuova incriminazione di cui all’art. 8 d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 luglio 2023, n. 85, riferita agli analoghi benefici per il futuro introdotti in sostituzione del reddito di cittadinanza (cfr. Cass., III, 21 febbraio 2024, n. 7541).

E nondimeno, appare consentito dubitare di tale conclusione - come pure ha mostrato di fare il Procuratore generale presso la Corte di cassazione che,

nel caso di specie, ha concluso per il proscioglimento perché il fatto non è previsto dalla legge come reato - per l'intima contraddizione logica, prima ancora che giuridica, su cui essa riposa. Invero, non si vede come si possa affermare che la abrogazione del reato in parola sia frutto di una svista del legislatore e contemporaneamente ritenerla una deroga ragionevole al principio di retroattività della *lex mitior*, non comprendendosi come possa essere ragionevole una soluzione non ragionata, bensì frutto di errore.

Resta il fatto, a parere del giudicante, che si tratta di condotte che, qualora commesse all'attualità, non incorrerebbero più nella sanzione comminata dall'art. 7. In difetto di ulteriori, innovative contestazioni, non avvenute nel corso del giudizio, ritiene il decidente di dover prendere atto della situazione testé indicata al fine di pervenire all'esito assolutorio, con la formula meglio indicata in dispositivo.

(omissis)

Tribunale di Pescara, Est. Fortieri, sentenza 8.7.2024, imp. G.

Reddito di cittadinanza - sanzioni penali (art. 7 D.L. n. 4/2019) - abrogazione - retroattività - esclusione.

*La disciplina sanzionatoria di cui all'art. 7 D.L. n. 4/2019 continua ad applicarsi anche a seguito dell'abrogazione di cui alla L. n. 197/2022, in quanto la successiva disposizione transitoria di cui all'art. 13, comma 3, d.l. 48/2023 costituisce una non irragionevole deroga al principio di retroattività della *lex mitior*.
(omissis)*

Preliminarmente, giova ricordare come non ricorra un'ipotesi di inapplicabilità-abrogazione dell'art. 7 comma 1 d.l. n. 4/2019, a seguito della introduzione della L. n. 197/2022, va, infatti, rilevato che con la L. n. 197 del 29 dicembre 2022 - art. 1 co. 318 - (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025) è stata disposto che gli artt. da 1 a 13 del D.l. 04/2019 (Reddito di Cittadinanza), a decorrere dal 1° gennaio 2024, sono abrogati. L'abrogazione, dunque, riguarda anche la disposizione di cui all'art. 7 del menzionato decreto, che punisce la fattispecie per la quale oggi si procede. La L. 197/2023 è entrata in vigore dal 1° dicembre 2023, seppur con effetto differito, per la parte di interesse, al 1° gennaio 2024. Si pongono, dunque, questioni di diritto intertemporale, in quanto la norma abrogatrice è entrata in vigore il 1° dicembre 2023, ma l'abrogazione della fattispecie di reato si è realizzata soltanto all'inizio del 2024. Posto che i fatti per i quali si procede recano data del 5.3.2021, dunque ricadono nell'arco temporale precedente all'entrata in vigore della Legge n. 197, occorre affrontare la questione dell'inderogabilità o meno del principio di applicazione retroattiva di una *lex mitior*, quale indubbiamente è la legge n. 197, trattandosi di legge che abroga una disposizione incriminatrice, quindi *lex mitior* per eccellenza.

In questa sede, infatti, non si tratterà il problema del - possibile o meno - differimento degli effetti di una *abolitio criminis* operata da una norma già entrata in vigore, in quanto, pur essendo un profilo di fondamentale rilevanza nell'ambito della discussione generale sul tema, non è dirimente ai fini del caso di specie. Anche laddove si propendesse per l'inderogabilità degli effetti di una *lex mitior* in vigore, difatti, resterebbero immutati i termini della questione che oggi ci occupa, essendo i fatti di cui al presente procedimento fatti

pregressi alla sua entrata in vigore.

La soluzione, dunque, risiede nell'art. 2 c.p., norma che regola appunto il tema della successione delle leggi penali nel tempo, della quale si ritiene opportuno richiamare, in estrema sintesi, parte del contenuto. Essa sancisce al primo comma il principio di irretroattività delle norme penali incriminatrici; al secondo comma, il principio della retroattività della posteriore norma penale - abolitiva - che supera anche l'eventuale giudicato di condanna intervenuto in applicazione della norma incriminatrice del fatto; al terzo comma, la norma prevede che, se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore dispone esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria; al quarto comma è prevista l'applicazione retroattiva della legge - solo modificativa - successiva più favorevole, con il limite però, contrariamente alla retroattività della norma più favorevole abolitiva di cui al comma 3, dell'intervenuto giudicato di condanna. Essenziale ai fini della ricostruzione della disciplina in materia è, però, la ricostruzione del rapporto tra la disciplina di rango costituzionale (di cui al già citato art. 25 comma 2 Cost.) e quella di cui all'art. 2 c.p. appena ricostruita. Infatti, mentre l'art. 25 comma 2 enuncia il solo principio della irretroattività, l'art. 2 prevede anche il principio della retroattività, diversamente modulato a secondo del contenuto abolitivo o solo modificativo della legge.

Di conseguenza, dunque, ha rango di principio costituzionale in virtù dell'art. 25 comma 2 il solo principio di irretroattività della norma penale incriminatrice (e più in generale della legge più sfavorevole) ed in quanto tale esso è inderogabile. Al contrario, il principio di retroattività della legge più favorevole, non essendo compreso nell'alveo del citato art. 25 comma 2 Cost, è derogabile dal Legislatore ordinario, essendo infatti norme di rango esclusivamente ordinario, ovviamente sempre nei limiti in cui la deroga sia compatibile con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Dunque, la legge ordinaria può derogare al principio di retroattività, continuando di conseguenza a trovare applicazione la norma che era in vigore al momento del fatto, anche se successivamente abrogata o modificata (principio di ultrattività della norma penale). Il principio in virtù del quale si applica la legge in vigore al momento del fatto, anche se essa sia stata successivamente abrogata o modificata, rappresenta una deroga a quello della retroattività della legge più favorevole al reo, stabilito dall'art. 2 c.p. (...), che non è stato elevato a rango di principio costituzionale perché dalla lettura dell'art. 25 Cost. comma 2 emerge, al contrario, che solo il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice - non anche quello di retroattività della legge più favo-

revoles al reo - ha acquistato valenza costituzionale; in tema di successione, nel tempo, di leggi penali, il legislatore ordinario è vincolato soltanto al principio di irretroattività delle norme penali incriminatrici; il principio di ultrattività di queste costituisce espressione di valutazioni di politica criminale riservate alla competenza esclusiva del legislatore, censurabili solo ove l'esercizio della discrezionalità legislativa si riveli manifestamente irragionevole (Cass. pen., sez. III, n. 16002, ud. 20/03/2007, dep. 19/04/2007, che richiama la giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di ultrattività delle norme penali).

Ebbene, con il d.l. 4 maggio 2023 n. 48, recante misure urgenti per l'inclusione e l'accesso al mondo del lavoro, conv., con modif., dalla l. 3 luglio 2023 n. 85, dopo aver riproposto, all'art. 8, commi le 2, previsioni incriminatrici per le false od omesse comunicazioni concernenti l'ottenimento o il mantenimento dei nuovi benefici economici previsti dagli artt. 3 e 12 della legge, previsioni sostanzialmente identiche a quelle già contenute nell'art. 7, commi 1 e 2, d.l. 4/2019 con riguardo al reddito di cittadinanza, l'art. 13, comma 3, d.l. 48/2023, collocato tra le disposizioni transitorie e finali, statuisce che "al beneficio di cui all'articolo 1 del decreto-legge 28 gennaio 2019 n. 4 convertito, con modificazioni, dalla legge dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 7 del medesimo decreto-legge, vigenti alla data in cui il beneficio è stato concesso, per i fatti commessi fino al 13 dicembre 2023".

È evidente, pertanto, che coordinandosi con la prevista abrogazione della disciplina del reddito di cittadinanza a far tempo dal 1 gennaio 2024, la sopravvenuta disposizione fa salva l'applicazione delle sanzioni penali dalla stessa previste per i fatti commessi sino al termine finale di efficacia della relativa disciplina. La previsione sostanzialmente deroga al principio di retroattività della *lex mitior* altrimenti conseguente, ex art. 2 cod. pen., alla prevista abrogazione dell'art. 7 d.l. 4/2019, ma questa deroga - che, detto, sul piano del rispetto delle garanzie costituzionali è suscettibile d'essere valutata esclusivamente con riguardo di principi ricavabili dall'art. 3 Cost. e, ove non contrasto con questi, è altresì rispettosa della disciplina ricavabile dalle convenzioni internazionali (cfr., per tutte, Corte cost., sent. n. 236 del 2 luglio 2011) - non presta il fianco a censure, essendo indubbiamente sorretta da una del tutto ragionevole giustificazione.

Tale ragionevole giustificazione è stata indicata dalla Suprema Corte (Cass. pen. Sez. III, Sent., (ud.30/11/2023) 06-02-2024, n. 5163) nel fatto che essa assicura tutela penale all'erogazione del reddito di cittadinanza, in conformità ai presupposti previsti dalla legge, sin tanto che sarà possibile continuare a fruire di tale beneficio, così coordinandosi con la sua prevista soppressione

a far tempo dal 1 gennaio 2024 e con la nuova incriminazione di cui all'art. 8 d.l. 48/2023, che, strutturata in termini del tutto identici e riferita agli analoghi benefici per il futuro introdotti in sostituzione del reddito di cittadinanza, continua a prevedere il medesimo disvalore penale delle condotte di mendacio e di omessa comunicazione volte all'ottenimento o al mantenimento delle nuove provvidenze economiche.

NOTA REDAZIONALE

Le due pronunce in commento, sostanzialmente coeve (emesse a distanza di cinque giorni l'una dall'altra), danno risposta, in maniera diametralmente antitetica, alla questione della rilevanza a fini abrogativi del delitto di cui all'art. 7 D.L. n. 4/2019 (sanzioni penali in tema di reddito di cittadinanza) di quanto disposto dall'art. 1, co. 318, della L. n. 197/2022 («A decorrere dal 1° gennaio 2024 gli articoli da 1 a 13 del decreto legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, sono abrogati»).

Tribunale di Pescara, Est. Sarandrea, sentenza 18.7.2024, imp. D.

Produzione e detenzione di sostanze stupefacenti - coltivazione - uso personale - tipicità della condotta.

Non integra il reato di coltivazione di stupefacenti, per mancanza di tipicità, solo una condotta di coltivazione che, in assenza di significativi indici di un inserimento nel mercato illegale, denoti un nesso di immediatezza oggettiva con la destinazione esclusiva all'uso personale, in quanto svolta in forma domestica, utilizzando tecniche rudimentali e uno scarso numero di piante, da cui ricavare un modestissimo quantitativo di prodotto.

Ai fini dell'esclusione della tipicità della condotta, non è decisiva la mera destinazione soggettiva ad uso personale, dovendo invece darsi rilievo al profilo oggettivo-strutturale, costituito dalla prevedibilità della potenziale produttività (integrando il reato la coltivazione caratterizzato produttività non stimabile a priori con sufficiente grado di precisione, ed essendo penalmente non rilevante solo la coltivazione caratterizzata da una produttività prevedibile come modestissima).

(omissis)

Deve poi aggiungersi, a confutazione della linea difensiva, che secondo la granitica giurisprudenza formatasi sul punto (cfr. tra le altre Cassazione penale sez. IV, 31/05/2022, n.29977) “Non integra il reato di coltivazione di stupefacenti, per mancanza di tipicità, solo una condotta di coltivazione che, in assenza di significativi indici di un inserimento nel mercato illegale, denoti un nesso di immediatezza oggettiva con la destinazione esclusiva all'uso personale, in quanto svolta in forma domestica, utilizzando tecniche rudimentali e uno scarso numero di piante, da cui ricavare un modestissimo quantitativo di prodotto (sezioni Unite, 19 dicembre 2019, Caruso).”

Nel caso di specie non può non rimarcarsi la rilevanza della coltivazione realizzata dal *(omissis)* visto l'elevato numero di piante coltivate - 24 piante di marijuana - e la natura tutt'altro non rudimentale della coltivazione posta in essere. Il numero di piante coltivato, l'apprestamento di strumenti professionali, il quantitativo di stupefacente prodotto portano ad escludere una destinazione personale della sostanza.

Sul punto non possono trovare accoglimento le indicazioni difensive, corroborate dall'attività tecnica svolta dal consulente di parte.

Il consulente ha espletato accertamenti in ordine alla condizione di tossicodipendente del *(omissis)* nonché in ordine alle modalità di campionamento

del reperto in sequestro e dunque sulla effettiva rappresentatività degli esiti con riguardo al grado di principio attivo presente sulla sostanza e sul numero di dosi ricavabili.

Il consulente, nel suo elaborato ha infatti evidenziato che a fronte di un quantitativo di sostanza sequestrata pari a Kg. 4,100, il campione consegnato all'ASL per l'analisi presentava un dato ponderale di molto ridotto rispetto a tale misura risultando pari a gr. 2.650.

Del materiale così consegnato è stato prelevato ed analizzato un campione di grammi 0,275 eccessivamente esiguo, secondo le deduzioni del consulente, non potendosi desumere la omogeneità con il restante materiale.

Ebbene, tali indicazioni non possono essere condivise da parte del giudice. Come è noto, in caso di rinvenimento di una piantagione destinata alla produzione di sostanze stupefacenti, a fronte del sequestro delle piante, le analisi sulla sostanza stupefacente da parte dei laboratori o dei consulenti tecnici incaricati vengono effettuati non già sull'intero quantitativo di sostanza stupefacente in sequestro, bensì su singoli campioni debitamente repertati, rappresentativi della partita da cui il campione è stato prelevato (cfr. tra le altre Cassazione penale sez. IV, 05/04/2022, n. 149.41

Ebbene, nel caso in esame la procedura adottata risulta essere stata corretta, in quanto nel verbale della Asl si dà atto che il campionamento era stato operato sulla base della stessa tipologia di piante con un giudizio di tipo tecnico non sindacabile; sul punto infatti nell'analisi della sostanza, l'ASL di Pescara, occupatasi degli accertamenti tecnici, ha evidenziato che "l'aliquota analizzata è rappresentativa dell'intera qualità in sequestro", dunque rappresentando l'omogeneità del materiale campionato rispetto all'intero quantitativo, non potendosi dunque ritenere che gli esiti raggiunti, in punto di principio attivo e di dosi singole ricavabili, rappresentino un dato non corrispondente alla situazione reale dovendosi concludere che l'operazione espletata risulti esente da censure.

Peraltro è stato lo stesso (*omissis*) a rappresentare nel corso dell'interrogatorio di garanzia che dalle piante da lui coltivate doveva trarne sostanza drogante necessaria per un suo elevato uso personale, tenuto conto che, come lo stesso consulente di parte ha rimarcato nel suo elaborato, il fabbisogno di stupefacente per il (*omissis*) ammonta a circa 10 grammi di marijuana giornalieri ed avendo lo stesso dichiarato che un elevato quantitativo di sostanza gli occorreva come scorta per evitare il continuo ricorso a piazze di spaccio per il proprio bisogno personale.

In merito al fatto che la sostanza servisse esclusivamente ad un uso personale dell'imputato, come è noto non costituisce un dato apprezzabile nell'ot-

tica difensiva.

Secondo infatti la consolidata giurisprudenza formatasi sul punto (cfr. tra le altre Cassazione penale sez. IV, 31/05/2022, n.29977), “non integra il reato di coltivazione di stupefacenti, per mancanza di tipicità, solo una condotta di coltivazione che, in assenza di significativi indici di un inserimento nel mercato illegale, denoti un nesso di immediatezza oggettiva con la destinazione esclusiva all’uso personale, in quanto svolta in forma domestica, utilizzando tecniche rudimentali e uno scarso numero di piante, da cui ricavare un modestissimo quantitativo di prodotto (sezioni Unite, 19 dicembre 2019, Caruso)”

Deve inoltre aggiungersi che, secondo al linea difensiva non può dirsi decisiva la mera destinazione soggettiva ad uso personale dovendo invece darsi rilievo al profilo oggettivo-strutturale, correlato alla compresenza di plurimi elementi, che devono convergere nel senso dell’esclusione del reato. Deve infatti valorizzarsi la prevedibilità della potenziale produttività, quale parametro che consente di distinguere fra coltivazione penalmente rilevante, dotata di una produttività non stimabile a priori con sufficiente grado di precisione, e la coltivazione penalmente non rilevante, caratterizzata da una produttività prevedibile come modestissima. Tale parametro, per poter operare con sufficiente certezza, deve essere ancorato a presupposti oggettivi, che devono essere tutti compresenti, quali: la minima dimensione della coltivazione, il suo in forma domestica e non in forma industriale, la rudimentalità delle tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, la mancanza di indici di un inserimento dell’attività nell’ambito del mercato degli stupefacenti, l’oggettiva destinazione di quanto prodotto all’uso personale esclusivo del coltivatore, essendo per contro insufficiente la circostanza che la coltivazione sia intrapresa con l’intenzione soggettiva di soddisfare esigenze di consumo personale (cfr. Cassazione penale sez. VI, 09/02/2023, n. 11901).

Nel caso in esame, come già indicato, l’elevato numero di piante coltivate ed il numero di dosi ricavabili costituiscono elementi per escludere la coltivazione domestica e dunque la rilevanza di un possibile esclusivo uso personale. (*omissis*)

Tribunale di Teramo, Est. Ursini, sentenza 6.2.2024, imp. Z. + altri

Incendio boschivo (art. 423 bis c.p.) - disastro innominato (art. 449 c.p.) - concorso formale.

Contestazione - principio di correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 c.p.p.) – responsabilità commissiva e omissiva.

Posizione di garanzia - delega di funzione - ambito applicativo.

Regole cautelari - salute e sicurezza sui luoghi di lavoro - concretizzazione del rischio.

È configurabile il concorso formale tra i reati di incendio boschivo (423 bis c.p.) e disastro innominato (art. 449 c.p.) nell'ipotesi in cui "l'altro disastro" rappresenti qualcosa di altro e diverso rispetto all'incendio boschivo, seppur collegato ad esso dalla concatenazione di comuni fattori causali determinanti i vari eventi, di talché si verificano una pluralità di pericoli per l'incolumità pubblica, alcuni dei quali cagionati da una prima forma di disastro (esposizione a pericolo per una pluralità indeterminata di soggetti), gli altri dal prodursi dell'incendio (esposizione a pericolo per la vegetazione e gli arbusti).

Non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza la qualificazione delle condotte ascritte all'imputato in termini omissivi invece che commissivi, nell'ipotesi in cui, pur non essendo esplicitato nel capo d'imputazione il riferimento all'art. 40 cpv c.p., il complessivo tenore dell'imputazione consenta agli imputati di estendere la propria difesa anche in relazione alla propria responsabilità omissiva.

È ammissibile la delega di funzioni, e quindi l'esonero da responsabilità colposa omissiva per l'originario garante, anche in contesti diversi rispetto a quelli dei luoghi di lavoro, purché i requisiti di cui all'art. 16 D.Lgs. n. 81/2008 trovino in quel diverso contesto eguale applicazione.

La normativa in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (D.Lgs. n. 81/2008) non può costituire fonte di regole cautelari nel caso di concretizzazione di un rischio diverso da quello lavorativo, come nel caso di rischi franosi.

(omissis)

Appare necessario analizzare la struttura dei reati che vengono contestati agli imputati, specie sotto il profilo della loro tipicità e del momento consumativo del reato, rilevante rispetto al loro termine prescrizione.

Iniziando dal reato di incendio boschivo colposo, l'art. 1 d.l. 4 agosto 2000

n. 20 (conv. con l. n. 275/2000 ha introdotto, nell'art. 423 bis c.p., il comma secondo, il quale punisce le condotte colpose di incendio boschivo di cui al primo comma (incendio su boschi, selve, foreste ecc.). Per quanto di maggiore interesse, mentre il concetto di incendio non desta particolari difficoltà ermeneutiche, ben potendosi attingere dalla copiosa giurisprudenza formatasi in relazione alla fattispecie di cui all'art. 423 c.p. e quindi da intendersi quale fenomeno naturalistico di fuoco connotato da estensione, diffusività e difficoltà di spegnimento, l'oggetto materiale della condotta di incendio deve ricadere, tra le altre cose, sul bosco. La giurisprudenza formatasi sul punto ha vieppiù esteso tale concetto, affermando che "ai fini della configurabilità del reato, per incendio boschivo si intende un fuoco suscettibile di espandersi su aree boscate, cespugliate o arborate, oppure su terreni coltivati o incolti e pascoli limitrofi alle dette aree (*ex multis*, Cass. pen., n. 7332/2080).

Quanto invece al reato di cui all'art. 449 c.p., con esso il legislatore punisce chiunque per colpa cagioni un incendio o un altro disastro preveduto dal capo primo del Titolo VI c.p., al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 423 bis c.p.

Il perimetro applicativo della norma in questione è stato efficacemente individuato da una nota sentenza della Corte Costituzionale, in relazione alla omologa fattispecie dolosa di cui all'art. 434 c.p. La Consulta, dunque, fugando i dubbi relativi ad un paventato deficit di tassatività della norma nella parte in cui rimanda alla nozione di "altri disastri", ha affermato che tale locuzione trova giustificazione attesa l'impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni idonee a mettere in pericolo la pubblica incolumità, specie in considerazione dell'incessante progresso tecnologico che fa affiorare nuove fonti di rischio e, con esse, ulteriori e non preventivabili modalità di aggressione al bene protetto. Inoltre, l'aver anteposto, nella descrizione del tipo di reato, al termine "disastro" l'aggettivo "altro", consente di dare luce a tale nozione dalle *species* dei disastri preliminarmente enumerati e contemplati negli articoli precedenti relativi ai "delitti di comune pericolo mediante violenza" che richiamano dunque una nozione unitaria di disastro, inteso quale evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi ed idoneo a determinare il pericolo per la vita o l'incolumità di un numero indeterminato di persone.

(*omissis*)

Detto, dunque, che lo stesso fatto naturalistico è idoneo ad essere ricompreso in seno ad entrambe le fattispecie di reato contestate, occorre capire se, dal confronto tra le due norme incriminatrici, i reati possano concorrere tra loro, o se, al contrario, il reato di incendio boschivo colposo assorbe quello di

disastro colposo. La questione non è priva di impatti pratici, rilevanti ai fini del presente giudizio, atteso che il reato di incendio boschivo colposo prevede un termine di prescrizione ordinario pari ad anni sei, aumentato per le interruzioni ad anni sette e mesi sei, decorsi alla data della presente sentenza. Viceversa, il reato di cui all'art. 449 c.p. è sottoposto al cd. raddoppio dei termini di prescrizione ordinaria ai sensi dell'art. 157 co. 6 c.p., ragione per cui il termine di prescrizione, comprese le interruzioni, è pari ad anni dodici e mesi sei, non decorsi alla data della presente sentenza.

L'interrogativo in ordine ai rapporti tra i due reati sorge in quanto l'art. 449 c.p. esclude, dal suo perimetro applicativo, l'art. 423 bis c.p. Ragion per cui potrebbe arriversi ad ipotizzare che, allorquando con una stessa condotta un soggetto realizzi tanto il reato di incendio boschivo colposo, quanto quello di disastro innominato, potrebbe essere chiamato a rispondere soltanto del primo, attesa la clausola di riserva contenuta nel secondo. Nel caso di specie, laddove si intendesse seguire tale linea interpretativa, si imporrebbe a questo Tribunale una sentenza di non doversi procedere per essere il reato di cui all'art. 423 bis c.p., in esso assorbito il reato di cui all'art. 449 c.p., estinto per prescrizione.

A parere di questo Tribunale tale ricostruzione non appare convincente. Si deve ritenere, infatti, che nonostante la clausola di riserva contenuta nell'art. 449 c.p. e concordemente alle valutazioni giuridiche del P.M. sul punto, i due reati possano concorrere, ove con una stessa condotta l'agente determini un incendio boschivo e un "altro" disastro.

Senza addentrarsi nel complesso tema del concorso, apparente o reale, di reati, appare utile, in via di sintesi, ritenere, conformemente ad una giurisprudenza risalente nel tempo, che, laddove con un'unica condotta siano integrati una pluralità di eventi tipici tra quelli contemplati dall'art. 449 c.p., è configurabile il concorso formale di reati; viceversa, rimane configurato un unico reato nel caso in cui l'evento risulti unico nella sua progressione fenomenica e si generi un'unica situazione di pericolo. Ebbene, applicando tali principi ermeneutici anche al rapporto tra incendio boschivo e disastro innominato, è ben possibile ritenere configurabile il concorso di reati allorquando "l'altro disastro" rappresenti qualcosa di altro e diverso rispetto all'incendio boschivo, seppur collegato ad esso dalla concatenazione di comuni fattori causali determinanti i vari eventi, di talché si verificano una pluralità di pericoli per l'incolumità pubblica, alcuni dei quali cagionati da una prima forma di disastro, gli altri dal prodursi dell'incendio. È proprio quello che si è verificato nel caso oggetto del presente giudizio: seppure i plurimi eventi siano tra loro eziologicamente connessi, da un lato, la prima forma di disastro, rappresenta-

to dalla fortissima esplosione e dal conseguente spostamento di una notevole quantità di massa d'aria e le fiamme che hanno interessato gli edifici circostanti, ha determinato una prima, evidente, esposizione a pericolo per una pluralità indeterminata di soggetti, cui ha fatto seguito il successivo pericolo determinato dall'incendio della vegetazione e degli arbusti presenti in zona.

Pertanto, a parere di questo Tribunale, atteso il concorso di reati tra quelli contestati e la non maturazione del termine prescrizione per uno di essi (ovvero, come detto, per il reato di cui all'art. 449 c.p.), si impone l'approfondimento necessario per giungere ad una sentenza relativa all'accertamento nel merito delle responsabilità degli imputati (con al precisazione, peraltro, che in ragione della comunanza delle regole cautelari asseritamente violate dagli imputati per entrambi i reati, le conclusioni cui si perverrà in ordine al reato di disastro innominato si riverbereranno giocoforza anche rispetto a quello di incendio boschivo).

(*omissis*)

Nel caso oggetto del presente giudizio, nonostante nel capo di imputazione non venga contestata la violazione dell'art. 40 cpv. c.p., il rimprovero appare chiaramente riferito alla mancata attivazione di misure idonee a contenere un rischio preesistente l'intervento degli imputati (*omissis*). Ed allora, alla luce di ciò, non può che concludersi sul punto ritenendo che il fatto per come ascritto contenga un rimprovero di natura omissiva.

La qualificazione del fatto in termini di responsabilità omissiva non determina frizioni con il principio di correlazione tra accusa e sentenza, di cui all'art. 521 c.p.p. Deve, il primo luogo, affermarsi come la correlazione tra accusa e la sentenza rappresenti un principio posto nell'esclusivo interesse dell'imputato ed è volto ad evitare le cd. decisioni a sorpresa e consentire allo stesso di potersi difendere adeguatamente dagli addebiti che gli vengono mossi. Pertanto, laddove la contestazione, sia essa relativa ad una fattispecie autonoma o ad una circostanza aggravante, contenga tutti gli elementi per poter consentire all'imputato di potersi difendere, non si ha alcuna violazione dell'art. 521 c.p.p.

Nel caso di specie, non vi è alcun dubbio che, per come contestata, la responsabilità per i reati ascritti ben poteva consentire agli imputati di estendere la propria difesa anche in relazione alla propria responsabilità omissiva, risultando in maniera piana dalla lettura del capo di imputazione la contestazione sotto forma di responsabilità omissiva, ancorché non fosse esplicitato il riferimento all'art. 40 cpv c.p. Di conseguenza, ritiene questo Tribunale che nessuna lesione al diritto di difesa si possa concretizzare nel caso di specie.

Tanto è vero che nelle memorie conclusive delle parti, depositate anticipa-

tamente rispetto alle rispettive conclusioni, tanto il P.M., quanto i difensori degli imputati affrontano l'argomento, da ciò quindi potendosene concludere, senza tema di smentita, che tutti gli attori processuali si siano adeguatamente e correttamente confrontati con il tema in questione. Tale conclusione, inoltre, non viola nemmeno il principio, di matrice CEDU, al processo equo, inteso nel senso, più volte ribadito dalla giurisprudenza EDU, in particolar modo nella nota sentenza dell'11 dicembre 2007 - Drassich/Italia, di evitare che la decisione del giudice penale possa sfociare in applicazioni imprevedibili della norma penale, attraverso il potere dello stesso di riqualificare giuridicamente il fatto, non essendosi verificata, per le ragioni sopra dette, una soluzione inaspettata quella della contestazione in forma omissiva dei reati contestati. In questo senso muove anche la giurisprudenza di legittimità, allorquando sottolinea come "una volta contestata la condotta colposa e ritenuta dal giudice di primo grado la sussistenza di un comportamento omissivo, la qualificazione in appello della condotta medesima anche come colposamente commissiva non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza, qualora l'imputato abbia avuto la concreta possibilità di apprestare in modo completo la sua difesa in relazione ad ogni possibile profilo dell'addebito." (Cass. pen., n. 41674/2004). Parimenti, si è affermato che nessuna violazione al principio suindicato può ravvisarsi nel caso in cui il giudice individui una diversa posizione di garanzia in capo all'imputato, quando in concreto non è dato riscontrare alcuna violazione al suo diritto di difesa (Cass. pen., n. 4622/2017).

(omissis)

Altra questione problematica, che viene di frequente in rilievo in seno ad organizzazioni complesse, attiene al cd. concorso di posizioni giuridiche. È infatti ben possibile che una o più fonti giuridiche attribuiscano l'obbligo di controllo o di protezione in capo a più persone in maniera sinergica e sincronica. In tali ipotesi, l'orientamento giurisprudenziale prevalente applica il principio della responsabilità per intero a ciascuno dei garanti che abbia omesso di impedire l'evento, con la conseguenza che, pur essendo possibile che un intervento ai fini impeditivi sia eseguito da uno solo di essi, è doveroso per gli altri, tenuti alla stessa condotta, accertarsi che ciò sia effettivamente accaduto. (Cass. pen., n. 928/2022).

Di frequente, in alcune tipologie di reati propri, nei quali si delinea il soggetto responsabile (l'imprenditore, il datore di lavoro, l'amministratore), la responsabilità penale è attribuita alle persone fisiche in posizione apicale nell'ambito della struttura di cui si tratta. Senonché, la molteplicità delle attività da svolgere e l'estrema varietà degli adempimenti connessi alla titolarità della posizione di vertice inducono i soggetti apicali ad avvalersi per

la loro attività di complesse e ramificate articolazioni, con una capillare organizzazione verticale ed orizzontale di poteri e funzioni. Ecco allora che in seno a tali strutture si tratta di valutare l'ammissibilità e la rilevanza della cd. delega di funzioni. Il problema è quello di verificare se l'assegnazione ad altri di compiti fisiologicamente gravanti sul soggetto che riveste l'originaria posizione verticistica possa sortire effetto sul meccanismo di individuazione della responsabilità penale, bilanciando l'esigenza sottesa al principio di responsabilità penale per fatto proprio con quella di neutralizzare il tentativo di scaricare verso le posizioni più basse della trama organizzativa le superiori responsabilità.

Come noto, le principali riflessioni dogmatiche e giurisprudenziali sul punto, confluite poi nel D.Lvo n. 81/2008, hanno riguardato la materia della sicurezza sui luoghi di lavoro. Volendo volgere lo sguardo alle conclusioni trasfuse nell'art. 16 della citata disposizione normativa, la delega di funzioni, perché sia validamente efficace in favore del soggetto delegante, al fine di renderlo immune da eventuali profili di responsabilità penale, deve rispettare alcuni requisiti e segnatamente: deve risultare da atto scritto avente data certa, il delegato deve essere in possesso di tutti i requisiti di professionalità ed esperienza per la corretta esecuzione della delega, la delega deve trovare giustificazione dalle dimensioni o comunque dalle esigenze organizzative della struttura, nonché al medesimo soggetto delegato devono essere conferiti i poteri di organizzazione e di spesa necessari, salvi in ogni caso profili di responsabilità del delegante per attività non delegabili o in caso di colpa dello stesso soggetto nell'individuazione della persona delegata, configurandosi in tal caso un'ipotesi di *culpa in eligendo*.

Ebbene, le conclusioni testé indicate, ormai recepite nel D.Lvo n. 81/2008 e sedimentate in decenni di applicazioni giurisprudenziali, vengono pacificamente estese anche in contesti diversi rispetto alla materia della sicurezza sui luoghi di lavoro. La Corte di Cassazione, con decisioni costanti nel tempo, ha infatti da tempo ammesso che la delega di funzioni possa operare anche in contesti diversi rispetto a quelli dei luoghi di lavoro, purché i requisiti delineati dall'art. 16 trovino in quel diverso contesto eguale applicazione (*Ex multis*, Cass. pen., n. 15941/2020).

(*omissis*)

Ebbene, come detto, tutti i profili di colpa che vengono variamente contestati agli imputati non trovano la propria fonte in regole cautelari scritte, quanto nei canoni generici di negligenza, imprudenza e imperizia.

A tale riguardo, peraltro, deve evidenziarsi come non possano essere individuate regole cautelari scritte idonee a fungere da parametro rispetto alle

condotte contestate agli imputati.

(omissis)

Parimenti, non possono essere utilizzate quali norme scritte idonee a fungere da parametro della condotta colposa degli imputati quelle relative alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (pure paventate nel capo di imputazione, seppure soltanto ai fini dell'individuazione delle varie posizioni di garanzia), oggi compendiate nel D.Lvo n. 81/2008.

Come noto, l'art. 2 lett. a) D.Lvo 81/2008, nel delimitare il campo di applicazione della norma, identifica la nozione di lavoratore in senso molto ampio, individuando l'essenziale tratto distintivo costituito dall'inserimento del soggetto nell'ambito di una organizzazione datoriale. La norma non individua, tuttavia, il perimetro di applicazione soggettiva della disciplina allorquando l'evento infausto attinga una persona presente sul luogo di lavoro ma non compenetrata strutturalmente nell'organigramma lavorativo. Si tratta, in altre parole, di capire se la disciplina prevenzionistica in parola estenda il proprio ambito applicativo anche a persone estranee al contesto aziendale. In giurisprudenza, fino ad un recente passato, si contendevano il campo due filoni interpretativi: secondo il primo, al normativa in analisi si estende anche a persona estranee al contesto lavorativo, purché sia riscontrata una particolare relazione tra questa e l'organizzazione di impresa, in quanto a vario titolo ad essa funzionalmente collegata (es. clienti, fornitori, ecc.); secondo altra prospettiva, si identifica come destinatario della norma qualunque soggetto coinvolto, a qualsiasi titolo, nel luogo di lavoro, anche senza un collegamento con il datore di lavoro, valorizzando a tal fine la locuzione utilizzata dal legislatore di "lavoratore subordinato o ad esso equiparato".

La giurisprudenza di legittimità più recente, chiamata a pronunciarsi nel tristemente noto disastro ferroviario di Viareggio (il riferimento è a Cass. pen., n. 32899/2021), ha affermato che, pur essendo possibile la manifestazione di un rischio lavorativo anche nel caso in cui il soggetto passivo della condotta lesiva sia un soggetto estraneo all'organizzazione lavorativa, rimane in ogni caso imprescindibile verificare che nel caso concreto nell'evento si sia concretizzato il rischio lavorativo, trattandosi dunque di persone "che si trova in analoga condizione di esposizione" rispetto al lavoratore. Per meglio specificare quest'ultima affermazione, la Corte di Cassazione pone alcuni esempi, la cui ricorrenza consente l'estensione della normativa in parola, quali: la presenza sul luogo di lavoro del terzo non rivesta un carattere occasionale e che il soggetto abbia avuto un contatto diretto e ravvicinato con la fonte di pericolo; inoltre, in senso negativo, è necessario verificare che sull'evento lesivo non vi sia stata l'incidenza di un rischio di natura diversa rispetto a quello lavorativo.

Nel caso in questione, quindi, appare di tutta evidenza come in nessun caso possa parlarsi di luogo di lavoro, attesa l'assenza, al momento dell'evento, di soggetti qualificabili come lavoratori o persone ad essi assimilabili, nonché per la ragione che l'origine del disastro deve essere individuata nella sussistenza di un rischio, quale quello franoso, del tutto diverso rispetto a quello lavorativo, tale per cui la disciplina menzionata non può assumere, nel caso di specie, la fonte della regola cautelare che si assume violata.

(omissis)

Tribunale di Pescara, Est. Fortieri, sentenza 1.7.2024, imp. M. + altri

Falso ideologico in autorizzazioni amministrative commessa mediante induzione in errore dei pp.uu. (artt. 48 e 480 c.p.) - elementi costitutivi - falso in certificati e falso in atto pubblico (distinzione) – legge regionale n. 49/2012 - falso innocuo.

Risponde del delitto di falso ideologico in autorizzazioni amministrative il privato che allegghi, a corredo della richiesta di rilascio di un permesso di costruire (in sanatoria o no) documentazione non veritiera attestante una falsa rappresentazione dello stato dei luoghi, così inducendo in errore il pubblico ufficiale destinatario della richiesta.

La L.R. n. 49/2012, nella parte in cui consente un aumento di volumetria rispetto a quella “legittimamente esistente”, deve essere interpretata nel senso che il parametro di riferimento è individuarsi nell’effettivo volume del fabbricato legittimamente costituito, anche in ipotesi di volumetria legittimamente assentita in misura superiore.

Commette il delitto di falsità ideologica in certificati (previsto dall’art. 481 cod. pen.), e non quello più grave di falsità ideologica in atto pubblico (previsto dall’art. 483 cod. pen.), il professionista che redige planimetrie finalizzate alla domanda per il rilascio del permesso di costruire non corrispondenti alla realtà.

In tema di falso “innocuo” in atto pubblico, l’innocuità non va riferita all’uso che dell’atto si faccia ma all’idoneità di questo ad ingannare comunque la fede pubblica

Deve essere escluso il dolo di falso quando la condotta deriva da una semplice leggerezza ovvero da una negligenza dell’agente.

Manca la prova certa della sussistenza del dolo di falso quando la falsità non riguardi situazioni di fatto costituenti il presupposto dell’atto bensì la valutazione di tale situazione di fatto e l’interpretazione della normativa da applicarsi.

(omissis)

Con l’imputazione di cui al capo A) agli imputati è stato contestato il reato di cui agli art. 48 e 480 c.p. (falsità ideologica in autorizzazioni amministrative commessa mediante induzione in errore dei pp.uu. preposti al rilascio di una licenza o autorizzazione edilizia).

La giurisprudenza di legittimità ha, ormai da tempo, elaborato l’orientamento - anche di recente ribadito - secondo cui risponde del delitto di falso

ideologico in autorizzazioni amministrative il privato che alleggi, a corredo della richiesta di rilascio di un permesso di costruire (in sanatoria o no) atto avente natura di autorizzazione amministrativa, documentazione non veritiera attestante una falsa rappresentazione dello stato dei luoghi, così inducendo in errore il pubblico ufficiale destinatario della richiesta (Sez. 3, n. 7273 del 09/01/2018, Cavallo, Rv. 272559; Sez. 5, n. 37555 del 15/07/2008, Anello e aa, Rv. 241643).

La concessione ad edificare, infatti, va ricondotta nella categoria delle autorizzazioni amministrative, in quanto vale a rimuovere i limiti posti dalla legge all'esercizio del diritto del privato ad edificare (Cass., Sez. V, 10.3.1986).

Nella specie, l'art. 480 c.p. è stato collegato alla previsione dell'art. 48 c.p., amente del quale quando l'agente sia indotto in errore sul fatto costituente reato "del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo". L'orientamento ha consolidate radici nella giurisprudenza della Suprema Corte, espressa, in ripetute occasioni (così Cass. pen. Sez. I, Sent. (ud. 11/12/2018) 05-04-2019, n. 1501) ed anche nella più autorevole composizione. Ed invero, nel confermare un più risalente arresto (Sez. U, n. 1827 del 03/02/1995, Proietti e aa., Rv. 200117), e richiamando ulteriore precedente, le Sezioni unite hanno ribadito che "tutte le volte in cui il pubblico ufficiale adotti un provvedimento a contenuto sia descrittivo sia dispositivo, dando atto in premessa, anche implicitamente, della esistenza delle condizioni richieste per la sua adozione, desunte da atti o attestazioni non veri prodotti dal privato, si è in presenza di un falso del pubblico ufficiale del quale risponde, ai sensi dell'art. 48 c.p., colui che ha posto in essere l'atto o l'attestazione non vera.

Va riconfermato, al riguardo, che il falso ideologico in documenti a contenuto dispositivo ben può investire le attestazioni anche soltanto implicite contenute nell'atto e quei fatti, giuridicamente rilevanti, connessi indiscutibilmente, quali presupposti, con la parte dispositiva dell'atto medesimo (si veda già, in tal senso, Cass., Sez. Unite, 30 giugno 1984, Nirella), sia che concernano fatti compiuti o conosciuti direttamente dal pubblico ufficiale sia che concernano altri "fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità" (art. 479 c.p., ultima parte) (...) La falsa premessa deve concernere un fatto del quale l'atto del pubblico ufficiale è destinato a provare la verità e ciò va inteso anche quale "immutatio veri" circa l'esistenza di un presupposto in assenza quale il provvedimento non avrebbe potuto essere adottato" (Sez. U, n. 35488 del 28/06/2007, Scelsi e aa., in motivazione).

La combinazione degli articoli 48 e 480 c.p. configura una particolare fattispecie di falsità ideologica, che capovolge il normale rapporto tra falso e inganno, in quanto è il secondo a precedere il primo. In questi casi, infatti,

un soggetto (autore immediato), indotto in errore da altri (autore mediato), si forma de esterna una falsa rappresentazione della realtà, dando corpo agli estremi oggettivi di un delitto di falso ideologico, di cui non risponde per mancanza di dolo, ma che viene addebitato all'autore dell'inganno. E poiché lo stesso inganno consiste in una falsa dichiarazione attuata dall'autore mediato e supposta vera dall'autore immediato, ne consegue una peculiare fattispecie, in cui una falsità (quella commessa dall'autore mediato) è causa di un'altra falsità (quella commessa, inconsapevolmente, dall'autore immediato).

Risulta pacifico che assumano al veste di certificazioni amministrative le planimetrie poste a corredo della relazione tecnica afferente alla richiesta di costruire le quali hanno la funzione di rappresentare, proprio come il sopralluogo, lo stato dei luoghi (cfr. Cassazione penale sez. V 21 marzo 2006 n. 15860).

Al tecnico incaricato, geometra (*omissis*), invece, al capo B) è contestato anche il reato di cui all'art. 483 c.p. secondo una qualificazione giuridica sulla quale si avrà modo di tornare più avanti nella trattazione.

Verificato dunque che la documentazione prodotta a supporto della pratica per il rilascio del permesso di costruire n. (*omissis*) può astrattamente costituire elemento idoneo ad integrare il profilo oggettivo del reato in contestazione al capo A), va tuttavia valutato se i due elaborati tecnici possano essere ritenuti ideologicamente falsi.

La Legge Regionale 15/10/2012, n. 49 (*omissis*), all'art. 2 contiene le disposizioni comuni agli interventi di riqualificazione urbana realizzati attraverso la ristrutturazione, l'ampliamento e la demolizione e ricostruzione.

La previsione normativa è dichiaratamente finalizzata a favorire azioni di riqualificazione urbana, o migliorare la qualità del patrimonio edilizio esistente, e per tale finalità, ammette interventi di ristrutturazione, ampliamento e di demolizione e/o ricostruzione con realizzazione, quale misura premiale, di un aumento di volumetria rispetto a quella "legittimamente esistente alla data di entrata in vigore della presente legge".

Pertanto, ai sensi dell'art. 1-bis., un tecnico abilitato, all'atto della presentazione dell'istanza, deve attestare la volumetria esistente mediante idonea e completa documentazione di tipo grafico e fotografico.

La lettura della disposizione normativa conduce ad interpretare la possibilità di avvalersi del *bonus* volumetrico previsto dal legislatore regionale a condizione che il miglioramento del patrimonio edilizio esistente abbia ad oggetto una volumetria legittimamente esistente alla data di entrata in vigore della legge.

Il comma 3 dell'art. 2 della L.R. 49/12 indica che "Per volumetrie legit-

timamente esistenti si intendono quelle esistenti legittime o legittimate attraverso procedure di sanatoria, rilascio di condono edilizio, ovvero oggetto delle procedure di cui all'art. 85 della L.R. 26 aprile 2004, n. 15 "Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo (Legge finanziaria regionale 2004)" e ss.mm.ii., quali risultanti da perizia asseverata da un tecnico abilitato."

Dunque, sono ammessi interventi di demolizione e ricostruzione con realizzazione di un aumento in volumetria, entro un limite del 20% di quello legittimamente esistente alla data di entrata in vigore della legge.

Occorreva, pertanto, che il tecnico incaricato dalla committente procedesse al formale accertamento della volumetria "legittimamente esistente" e cioè:

a) l'accertamento della volumetria esistente al momento del rilascio del nuovo titolo abilitativo;

b) l'esistenza di una volumetria legittimamente assentita, sulla base della quale computare l'incremento volumetrico.

Come verificato dall'Ing. (*omissis*) in sede di incidente probatorio, il permesso di costruire n. 130 del 2017 risulta emesso sull'erroneo presupposto della preesistenza di una volumetria 'legittimamente' assentita superiore a quella effettiva.

Preliminare è, dunque, l'interpretazione del concetto di volumetria legittimamente esistente.

Ebbene, il dato letterale della norma esclude che possa accedersi all'interpretazione offerta dalla Difesa dei degli architetti progettisti per la quale la volumetria legittimamente esistente sarebbe quella (formalmente) risultante dai precedenti titoli edilizi (anche in sanatori (*omissis*) e da perizia tecnica asseverata di tecnico abilitato. Conseguentemente, sostiene la Difesa, non sussisterebbe la presunta difformità di volumetria nella misura in cui il geometra (*omissis*) si sarebbe basato sui precedenti titoli edilizi del 2001 e del 2005 nonché su un'autonoma rilevazione metrica che però, all'epoca, avrebbe scontato difficoltà tecniche di misurazione determinate da una particolare conformazione strutturale degli edifici, difficoltà che invece non avrebbe riscontrato il consulente incaricato dal GIP per l'incidente probatorio che si è avvalso di più sofisticata strumentazione.

La tesi appena esposta sconta, infatti, la mancata considerazione di due profili:

dal punto di vista dell'interpretazione della legge regionale ed in particolare del concetto di volumetria legittimamente esistente, mentre la Difesa appunta l'attenzione sull'avverbio legittimamente, a parere di questo giudice invece la chiave interpretativa risiede nell'aggettivo "esistente" il quale, imponendo

di porsi in una prospettiva ontologica, indica che bisogna tener conto della situazione di fatto, appunto quella esistente, purché, in ogni caso, legittimata dai titoli autorizzativi.

Peraltro, solto tale profilo, non possono esserci dubbi che la realizzazione di un'opera edilizia avente volumetria effettiva inferiore a quella assentita sia senz'altro legittima.

In questo senso depone non solo il fatto che la difformità rilevante dal punto di vista edilizio è quella che deriva da aumento consistente di cubatura - si veda art. 32 del D.P.R. 6giugno 2001, n. 380 - ma anche il fatto stesso che l'art. 9 bis, comma 1 bis, del decreto ora citato stabilisce che "lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare...".

Ne deriva che sebbene dai titoli edilizi del 2001 e del 2005 emerga come la volumetria realizzata effettivamente, e dunque esistente, sia inferiore a quella assentita, in ogni caso la stessa (quella inferiore) è quella legittimamente esistente.

Quanto invece al secondo profilo, quello pratico relativo alla difficoltà tecnica di misurazione che sarebbe stata incontrata dal geometra (*omissis*) (argomento speso pure dal perito incaricato dai committenti, l'Ing. (*omissis*), valga solo considerare che la perizia del geometra (*omissis*) risale al 4 agosto del 2015 ma già li tecnico comunale ingegner (*omissis*), a seguito di sopralluogo del 19 luglio 2018, effettuava rilievi metrici che restituivano una differenza di volume per difetto molto vicina a quella riscontrata dall'ingegner (*omissis*) nell'incidente probatorio (*omissis*). E ciò benché l'Ing. (*omissis*) abbia dato per buone le misure riportate negli elaborati grafici allegati al permesso di costruire n. (*omissis*), impostazione seguita dal tecnico SUAC, a detta del consulente del gip, proprio perché non disponeva di un'idonea strumentazione di misura come ad esempio quella utilizzata nel rilievo topografico effettuato nell'ambito dell'incidente probatorio che ha permesso di misurare agevolmente gli ingombri esterni anche in quota a piano primo.

Si deve dunque concludere che le misurazioni riportate nella perizia asseverata del geometra (*omissis*) non riproducevano la situazione realmente esistente dei fabbricati poi demoliti.

Ricorre, dunque, l'elemento oggettivo della condotta di reato contestata al capo A) ed al capo B), quest'ultima da qualificarsi, tuttavia ai sensi dell'art. 481 c.p.

Secondo infatti il condivisibile orientamento della giurisprudenza di legit-

timità, commette il delitto di falsità ideologica in certificati (previsto dall'art. 481 cod. pen.), e non quello più grave di falsità ideologica in atto pubblico (previsto dall'art. 483 cod. pen.), il professionista che redige planimetrie finalizzate alla domanda per il rilascio del permesso di costruire non corrispondenti alla realtà giacché dette planimetrie non sono destinate a provare la verità di quanto rappresentatevi, ma svolgono la funzione di dare alla P.A. - la quale resta pur sempre titolare del potere di procedere ad accertamenti autonomi - un'esatta informazione sullo stato dei luoghi (v. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 15228 del 28/03/2017; Cass. Sez. 5, n. 5098 del 08/03/2000; Sez. 5, n. 15860 del 21/03/2006; Sez. 3, n. 30401 del 23/06/2009).

Né può accedersi alle conclusioni raggiunte sul punto dall'ingegner (*omissis*), perito incaricato dai committenti (*omissis*), secondo il quale i maggiori volumi riscontrati nei due villini non avrebbero rappresentato ostacolo nella modifica in sagoma ed estetica dell'immobile perché una volta corretti nella computazione delle volumetrie da parte dell'UTC si sarebbe dato seguito al giusto prosieguo della procedura quindi alla realizzazione dell'immobile e peraltro poiché per il rilascio del permesso di costruire non era necessaria una superficie e/o una volumetria minima, il permesso sarebbe stato comunque rilasciato anche sulla base delle misure corrette sia pure con volumetria leggermente inferiore, così lasciandosi intendere che il falso dovrebbe essere reputato innocuo.

In realtà di diverso avviso è la giurisprudenza di legittimità secondo la quale in tema di falso "innocuo" in atto pubblico, l'innocuità non va riferita all'uso che dell'atto si faccia ma all'idoneità di questo ad ingannare comunque la fede pubblica. (Cass. pen. Sez. III Sent., 27/09/2011, n. 34901 (rv. 250825); Cass. pen. Sez. V Sent., 21/01/2014, n. 2809 (rv. 258946).

Quanto all'elemento soggettivo del reato di cui al capo B), si impone di valutare se la condotta del geometra (*omissis*) sia stata dovuta ad una effettiva volontà di *immutatio* veri, oppure ad una mera leggerezza adottata nel far proprie le risultanze formali dei titoli abilitativi del 2001 e del 2005.

L'indagine giurisprudenziale relativa ai contenuti del dolo vede come diffusa l'opinione secondo cui l'elemento soggettivo della falsità ideologica consiste nella coscienza e volontà di immutare il vero mediante la falsa rappresentazione della realtà (tra le molte pronunce v. C., Sez. V, 20.1- 11.6.2020, n. 17929; C., Sez. V, 8.11.2018-20.3.2019, n. 12547; C., Sez. V, 9.7.2014, n. 41172; C., Sez. V, 21.5.2013, n. 35548; C. Sez. V, 3.4.1984; C., Sez. V, 21.4.1983; C., Sez. V, 10.12.1982), mentre nessuna significativa rilevanza viene accordata alla coscienza dell'offesa poiché l'elemento soggettivo del reato non richiede la consapevolezza della illiceità e anti giuridicità del fatto (C., Sez. V, 16.6.1983).

Del pari è radicato l'avviso che non sia necessario alcun *animus nocendi* o *decipiendi*, in quanto la falsità può essere compiuta senza l'intenzione di nuocere, e addirittura potrebbe realizzarsi anche qualora fosse accompagnata dalla convinzione di non produrre alcun risultato, essendo sufficiente la coscienza e volontà della mera *immutatio veri* (C., Sez. V, I 24.5.1988; C., Sez. V, 4.10.1983).

In questo solco si attestano pure decisioni che non escludono la compatibilità del dolo generico, come nell'art. 476, con un atteggiamento di leggerezza: sicché l'elemento soggettivo sarebbe sussistente anche nel caso in cui il pubblico ufficiale attesti positivamente dei fatti, in realtà inesistenti, per non aver proceduto ai necessari controlli ed accertamenti (C., Sez. V, 28.2.1983). Quest'ordine di idee, pur maggioritario, è talvolta contraddetto da posizioni contrarie per le quali ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo del reato, il giudice di merito deve attentamente vagliare se la condotta di infedeltà sia determinata da consapevole intenzione di rendere una falsa rappresentazione della realtà oppure sia il risultato di imperizia e di colposa incapacità professionale (C., Sez. V, 12.7.2011, n. 32856). Sulla esigenza che il dolo sia rigorosamente provato, dovendosi escludere il reato quando risulti che il falso deriva da una semplice leggerezza ovvero da una negligenza dell'agente, poiché il sistema vigente non incrimina il falso documentale colposo si è espressa Cass., Sez. III, 14.5.2015, n. 30862.

Ebbene, questo giudice ritiene il secondo orientamento da favorire con la conseguenza che, nel caso di specie, non può dirsi raggiunta la prova che la condotta del Geom. (*omissis*) sia connotata dal dolo posto che ben potrebbe essere stato indotto a ritenere, come accade generalmente, che la volumetria effettivamente (oltre che legittimamente) esistente fosse corrispondente a quella rappresentata nel titolo in sanatoria (*omissis*) e nel permesso di costruire (*omissis*) e non inferiore a questa.

Pertanto, non può escludersi che nell'effettuare tale valutazione e predisporre la perizia asseverata senza previamente effettuare le dovute corrette misurazioni il tecnico sia stato indotto da una errata interpretazione della richiamata legge regionale ai cui fini la perizia era orientata. In simile ipotesi la giurisprudenza ha recentemente affermato che manca la prova certa della sussistenza del dolo quando la falsità non riguardi situazioni di fatto costituenti il presupposto dell'atto bensì la valutazione di tale situazione di fatto e l'interpretazione della normativa da applicarsi (Cass. Sez. V, 15.6-19.9.2023, n. 38337; Cass. Sez. V, 16.1-19.2.2018, n. 7879). Dunque, non è emersa la prova della ricorrenza dell'elemento soggettivo del reato di falso.

(*omissis*)

Al capo A) è contestato, invece, il concorso dei proprietari committenti e dei progettisti nel reato di falso commesso dal Geom. (*omissis*), a sua volta chiamato a rispondere del capo A). Ebbene, l'esclusione dell'elemento soggettivo in capo al concorrente "intraneo" nel reato proprio non esclude di per sé la responsabilità del concorrente "estraneo", che resta punibile nei casi di autorità mediata di cui all'art. 48 cod. pen. e in tutti gli altri casi in cui la carenza dell'elemento soggettivo riguardi solo il concorrente "intraneo" e non sia quindi estensibile. Tuttavia, nel caso di specie ed a maggior ragione non può dirsi raggiunta la prova della ricorrenza del dolo nella condotta dei proprietari dell'immobile, del procuratore della società (*omissis*) richiedente il rilascio del permesso di costruire e dei progettisti posto che, quanto ai primi, secondo l'id quad *plerumque accidit* è ipotizzabile che essi abbiano fatto ragionevole affidamento sul fatto che il tecnico da loro incaricato di redigere al perizia asseverata avesse diligentemente eseguito l'attività ponendo in essere le dovute corrette misurazioni.

Giurisprudenza amministrativa

T.A.R. Abruzzo - Sezione Staccata di Pescara (Sezione Prima) - Sentenza 14.10.2024 n. 285 (Pres. Passoni - Est. Balloriani).

Acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime appartenente ad un terzo - Inottemperanza all'ordine di demolizione di struttura prefabbricata (bungalow) - Stabile collegamento al suolo - Bene immobile - Acquisto a titolo originario per accessione - Diritto di superficie - Insussistenza - Applicazione della sanzione pecuniaria massima - Mancata verifica delle varie posizioni - Illegittimità.

Ai sensi dell'articolo 812 c.c., in quanto stabilmente infissi al suolo, i bungalow sono beni immobili (Cassazione sentenza 22780 del 2019) e dunque il funzionalmente stabile collegamento al suolo con allacciamento agli impianti determina, alla luce di coordinate ermeneutiche rinvenibili nella normativa e giurisprudenza, l'incorporazione al suolo di dette unità abitative (prive di meccanismi di trazione e movimento, nonché stabilmente allacciate alle reti).

Trattandosi di beni immobili realizzati su terreni altrui (le piazzole), in quanto stabilmente uniti al suolo in modo artificiale, i bungalow appartengono per accessione a chi ha la proprietà della piazzola stessa (Cassazione sentenza 22780 del 2019), non essendo emersi sufficienti elementi circa la valida costituzione di un diritto reale di superficie in favore di coloro che erano proprietari delle strutture prefabbricate.

Un eventuale contratto di natura personale per il posizionamento di tali strutture sulle piazzole non può valere, tra l'altro, al fine di derogare al fenomeno dell'accessione, ove presupponga pur sempre il mantenimento della loro natura mobile, incompatibile con il dato fattuale realmente accertato, con conseguente sua nullità per inesistenza dell'oggetto (rilevabile d'ufficio incidenter tantum, Cassazione s.u. sentenza 14828 del 2012), dove neanche il consenso del proprietario alla costruzione implica di per sé la costituzione di un diritto di superficie, escludendo solo la possibilità di esercitare lo ius tollendi (Cassazione sentenza 3873 del 2018).

È illegittimo il provvedimento del Comune che si è limitato ad applicare il massimo della sanzione a tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nella vicenda, senza analizzare le posizioni giuridiche di ciascuno e il potere che essi avevano sul bene e dunque sulla possibilità di adempiere all'ordine di demolizione. (omissis)

Considerato che:

- (*omissis*) ha impugnato, previa concessione di idonea misura cautelare, il provvedimento con il quale l'Amministrazione - constatata la inottemperanza all'ordine di demolizione, dalla medesima parte non impugnata, di una struttura prefabbricata (del tipo bungalow) - ha disposto l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime di proprietà di un terzo e della struttura stessa, e ha comminato alla stessa parte ricorrente la sanzione pecuniaria di euro 20.000, ai sensi dell'articolo 31 comma 4 *bis* del dpr 380 del 2001;

- il presente giudizio s'inserisce in un filone riguardante analoghe strutture, tutte situate su piazzole predisposte (pavimentate in parte con laterizi di cemento poggiati sul terreno e in parte con calcestruzzo e piastrelle in monocottura e parte con inerti), e situate all'interno del (*omissis*), con sede in Casalbordino e gestito dalla (*omissis*);

- tali strutture sono infisse stabilmente al suolo (costruite su basamenti in monoblocco in ferro scatolare di varie forme e dimensioni, aventi una altezza media di 2,50 ml e una struttura portante in legno), in quanto collegate alla rete elettrica, idrica e fognaria (e "poggiate in forma stabile su blocchi in latero cemento e blocchi di elementi in cemento vibrato rinforzati con tiranti in ferro, in più punti", cfr. ordinanza di rimozione);

- il Comune ha ordinato la demolizione di dette strutture, in quanto realizzate in totale difformità dai titoli abilitativi e in zona vincolata, sia al proprietario delle aree (*omissis*) sia, tra gli altri, alla odierna parte ricorrente (in solido con la società che materialmente le ha realizzate);

- dalle memorie difensive dell'Amministrazione resistente si comprende che la stessa ha ritenuto la parte ricorrente inadempiente all'ordine di demolizione, e dunque sanzionabile, in quanto avente la disponibilità di tale bungalow, e a questo titolo anche legittimata passiva dell'ordine di acquisizione;

- la medesima Amministrazione tuttavia, nei propri atti, non ha dedicato sufficiente approfondimento alla condizione giuridica di detto bungalow e in particolare ad accertare a chi possa effettivamente spettarne la proprietà o altro diritto reale contenente il potere di provvedere alla demolizione (Tar Napoli sentenza 3541 del 2024);

-appare incontestato tra le parti che la piazzola non sia nella proprietà della parte ricorrente;

- ai sensi dell'articolo 812 c.c., in quanto stabilmente infissi al suolo i bungalow come quelli in questione sono beni immobili (Cassazione sentenza 22780 del 2019);

- ai sensi dell'art. 4 del R.D.L. n. 652 del 1939 " Sono considerati come costruzioni stabili anche gli edifici sospesi o galleggianti, stabilmente assicurati

al suolo”; ai sensi dell’art. 2, comma 3, del decreto del Ministro delle finanze 2 gennaio 1998, n. 28, sono da considerare unità immobiliari “i manufatti prefabbricati ancorché semplicemente appoggiati al suolo, quando siano stabili nel tempo e presentino autonomia funzionale e reddituale”; secondo la Corte Costituzione (sentenza n. 162/2008), l’art. 812, primo comma, cod. civ. (“sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d’acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo”), prevede la possibilità di una connessione strutturale realizzata in via transitoria, e a tal fine qualsiasi collegamento è idoneo a classificare un bene quale bene immobile, essendo irrilevante la modalità di collegamento di un impianto con la struttura principale, e anzi, proprio alla luce della definizione di bene immobile contenuta nell’art. 812 cod. civ., si può concludere che la possibilità di separazione di un impianto dal suolo non esclude che esso mantenga la sua natura immobiliare; secondo la Cassazione (sentenza 6840 del 2024), inoltre, l’eventuale precarietà dell’elemento materiale dell’ancoraggio al suolo può essere compensata da considerazioni attinenti al profilo strettamente funzionale;

- dunque il funzionalmente stabile collegamento al suolo con allacciamento agli impianti determina nel caso di specie, alla luce delle predette coordinate ermeneutiche rinvenibili nella normativa e giurisprudenza citate, la incorporazione al suolo delle unità abitative del tipo in esame (prive di meccanismi di trazione e movimento, nonché stabilmente allacciate alle reti, come si evince dagli atti, il tutto non adeguatamente contestato in fatto);

- vertendosi in materia di diritti reali, il giudice può determinarne il contenuto e il modo d’acquisto sulla base dei fatti allegati dalle parti (seppure nei limiti di cui all’articolo 8 del codice del processo amministrativo, quindi senza effetto di giudicato sostanziale sui diritti, ma solo in via incidentale), nel senso che, a differenza dei diritti personali di godimento, i diritti reali sono autodeterminati dalla legge nel loro modo di acquisto e nel loro contenuto, dunque il titolo (fatto o atto) attiene alla prova e non alla domanda (nel senso di *causa petendi*, Cassazione ordinanza n. 28272 del 28 settembre 2022);

- ciò premesso, appare evidente e non efficacemente contestato, nel caso di specie, che si tratta di beni immobili realizzati su terreno altrui (le piazzole), in quanto stabilmente uniti al suolo in modo artificiale (come si evince dai provvedimenti impugnati, e ciò appare un fatto oggettivo, contrastante sia con la destinazione formale a locazione della piazzola sia con la possibilità della permanenza di una proprietà separata delle casette mobili, oltre che contrastante con la disciplina urbanistica); dunque i bungalow in questione appartengono per accessione a chi ha la proprietà della piazzola stessa (Cas-

sazione sentenza 22780 del 2019), non essendo emersi sufficienti elementi circa la valida costituzione di un diritto reale di superficie in favore di coloro che erano proprietari delle strutture prefabbricate; né il Comune ha analizzato *funditus* le varie ipotesi di cui agli articoli 935,936 e 937, in relazione al caso di specie, la fine di valutare la responsabilità per la omessa demolizione tra il proprietario del suolo, il proprietario dei materiali, e colui che ha materialmente realizzato le opere (con materiali propri o altrui);

- un eventuale contratto di natura personale per il posizionamento di tali strutture sulle piazzole non può valere, tra l'altro, al fine di derogare al fenomeno dell'accessione, ove presupponga pur sempre il mantenimento della loro natura mobile, incompatibile con il dato fattuale realmente accertato, con conseguente sua nullità per inesistenza dell'oggetto (rilevabile d'ufficio *incidenter tantum*, Cassazione s.u. sentenza 14828 del 2012);

- d'altro canto, neanche il consenso del proprietario alla costruzione implica di per sé la costituzione di un diritto di superficie, escludendo solo la possibilità di esercitare lo *ius tollendi* (Cassazione sentenza 3873 del 2018);

- il Comune, in altri termini, si è limitato ad applicare il massimo della sanzione a tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nella vicenda, senza analizzare le posizioni giuridiche di ciascuno e il potere che essi avevano sul bene e dunque sulla possibilità di adempiere all'ordine di demolizione;

- è questione che invece esula sicuramente dall'interesse di parte ricorrente nel presente giudizio quella attinente alla sorte dell'area di sedime, in quanto di proprietà di terzi, e non della parte ricorrente;

- le spese seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

(omissis)

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso *(omissis)*: lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo - Sezione Staccata di Pescara (Sezione Prima) - Sentenza del 04.06.2024 n. 177 (Pres. Passoni - Est. Giardino).

Atto amministrativo - Ratifica - *Species riconducibile nel genus degli atti di convalida* - Potere di autotutela in funzione di conservazione con finalità antitetica rispetto alla autotutela caducatoria: differenze.

La ratifica rappresenta una species riconducibile nel più ampio genere degli atti di convalida. È accomunata alla convalida dal fatto di essere, al pari di quest'ultima, un atto di "convalescenza", con cui l'Amministrazione pone rimedio a proprie precedenti illegittimità, sanando retroattivamente i vizi di atti già adottati, attraverso un potere di autotutela in funzione di conservazione di questi e, dunque, con finalità antitetica alla tradizionale autotutela "caducatoria", propria dei provvedimenti di ritiro di atti viziati (annullamento d'ufficio e revoca).

In sostanza l'elemento che contraddistingue la ratifica è la tipologia di vizio alla cui eliminazione è preordinato e che è dato dall'incompetenza relativa, mentre la convalida riguarda ogni altra illegittimità (cfr. Cons. Stato Sez. IV, Sent., (ud. 07/06/2018) 26-10-2018, n. 6125 Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2015, n. 3340).
(*Omissis*)

1. Il costituendo RTI "P. C. S. s.c. a r.l.", capogruppo-mandatario, e "I. S.r.l.", mandante, partecipava, limitatamente al Lotto 2 ed al Lotto 4, alla procedura di gara, con affidamento secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dell'appalto relativo ai lavori per <<Interventi di riparazione e manutenzione di qualsiasi genere ed entità delle reti interne idriche e fognanti, delle relative diramazioni, degli impianti connessi nonché delle derivazioni per l'allacciamento di nuove utenze. Anno 2024>> indetta dalla A. S.p.A. in House Providing, classificandosi al primo posto delle rispettive graduatorie.

La stazione appaltante disponeva l'esclusione del RTI ricorrente con riferimento ad entrambi i lotti giusta "Provvedimento di esclusione dalla procedura di gara" in data 10.1.2024 del Responsabile di Procedimento per la Fase di Affidamento, ed in pari data il Responsabile della Fase di Affidamento formulava la "proposta di aggiudicazione", indicando per il Lotto n. 2 la controinteressata C. S.r.l. e per il Lotto n. 4 altro operatore economico.

Con Determina n. 30 del 25.1.2023, comunicata il 26.1.2024, il Direttore Generale della A. disponeva l'aggiudicazione del Lotto n. 2 alla C. S.r.l.

Con il gravame in decisione, notificato in data 7 febbraio 2024, la ricorrente ha adito l'intesto Tribunale per l'annullamento, previa sospensiva, di tutti gli atti in epigrafe indicati e, principalmente, del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara e dell'aggiudicazione in favore della controinteressata "C. S.r.l.", della gara de qua con riferimento al Lotto 2.

La ricorrente chiede inoltre, con riferimento al medesimo Lotto 2, la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento del danno patito in forma specifica, tramite l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa occorrendo declaratoria di inefficacia e disponibilità al subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, ovvero - in subordine - per equivalente economico.

In via di estremo subordine, la ricorrente insta per l'annullamento integrale della gara con condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni subiti dalla medesima per l'inutile partecipazione alla procedura di gara.

Il gravame è affidato alla denuncia di due articolate doglianze con cui si deduce:

“1. Incompetenza del “responsabile di procedimento per la fase di affidamento” ad emettere il provvedimento di esclusione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15, comma 4, e dell'art. 110, comma 5, del D.Lgs. 36/2023 e dell'art. 7 dell'Allegato I.2 del D.Lgs. 36/2023, nonché della *lex specialis* di gara, con riferimento all'incompetenza del “responsabile di procedimento per la fase di affidamento” ad emettere il provvedimento di esclusione. In subordine, illegittimità del bando di gara in parte qua per violazione delle medesime disposizioni di legge. Invalidità derivata del provvedimento di aggiudicazione.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 41, commi 13 e 14, dell'art. 108, comma 9, e dell'art. 110 del D.Lgs. 36/2023 nonché della *lex specialis* di gara, con riferimento al giudizio di “non congruità” delle offerte della ricorrente. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, irragionevolezza e contraddittorietà in relazione al medesimo giudizio. In ogni caso, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/1990, eccesso di potere, difetto di motivazione, violazione del giusto procedimento. In subordine, illegittimità della *lex specialis* di gara in parte qua per violazione delle medesime disposizioni di legge. Invalidità derivata del provvedimento di aggiudicazione”.

Si sono costituite in resistenza al ricorso la resistente A. S.p.A. in *House Providing* e la controinteressata società C. S.r.l., instando per il suo rigetto in quanto inammissibile e, comunque, privo di merito di fondatezza.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 22/02/2024 e depositato in pari data, la ricorrente chiede l'annullamento, previa sospensiva

e/o adozione di altre misure cautelari, oltre che dei provvedimenti già impugnati con il ricorso principale, anche del provvedimento denominato “RATIFICA PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE” in data 17.02.2024 a firma del Responsabile Unico di Progetto, con cui è stata disposta la “ratifica” del provvedimento di esclusione, assunto in data 10.1.2024 dal Responsabile del Procedimento per la Fase di Affidamento, del costituendo RTI “P. C. S. s.c. a r.l.”, capogruppo-mandataria, e “I. S.r.l.”, mandante, con riferimento al Lotto 2 (Zona Metropolitana), CIG A01148B6B3, e al Lotto 4 (Zona Litoranea), nonché dei verbali e provvedimenti in esso richiamati anche nella parte in cui essi sono approvati.

Con l’atto per motivi aggiunti sono dedotte due ulteriori censure, la prima specificamente volta a contestare la legittimità del provvedimento di ratifica per vizio proprio, la seconda tesa a replicare le medesime ragioni già esposte con il secondo motivo di impugnazione del ricorso principale:

“1. Violazione e falsa applicazione dell’art. 21-nonies della L. 241/1990; violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della legge 241/1990, eccesso di potere, difetto di motivazione, violazione del giusto procedimento.

2. Violazione e falsa applicazione dell’art. 41, commi 13 e 14, dell’art. 108, comma 9, e dell’art. 110 del D.Lgs. 36/2023 nonché della *lex specialis* di gara, con riferimento al giudizio di “non congruità” delle offerte della ricorrente. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, irragionevolezza e contraddittorietà in relazione al medesimo giudizio. In ogni caso, violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della legge 241/1990, eccesso di potere, difetto di motivazione, violazione del giusto procedimento. In subordine, illegittimità della *lex specialis* di gara in parte qua per violazione delle medesime disposizioni di legge. In-validità derivata del provvedimento di aggiudicazione”.

(*Omissis*)

2.1. *Ante omnia* va rilevata l’improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del primo motivo articolato mediante il ricorso introduttivo con cui viene postulata l’incompetenza del Responsabile di fase rispetto all’adozione del provvedimento di esclusione dalla gara.

Ed infatti il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara è stato ratificato, giusta provvedimento in data 19 febbraio 2024, gravato con l’atto per motivi aggiunti, con cui il RUP ha fatto proprio integralmente il provvedimento di esclusione relativamente ai lotti 2 e 4, del costituendo RTI P. C. S. SCARL assunto in data 10.01.2024 dal Responsabile di procedimento per la fase di Affidamento, unitamente a tutti i sotesi motivi e con richiamo delle fasi endoprocedimentali, ivi compresi i giustificativi fatti pervenire dal costituendo RTI P. C. S. SCARL, relativi ai lotti 2 e 4, in data 16.12.2023 e 04.01.2024.

Pertanto deve ritenersi non più sussistente l'interesse della ricorrente all'esame della dedotta censura di incompetenza.

2.2. Va ora esaminato il primo motivo dell'atto per motivi aggiunti con cui si lamenta la violazione dell'art. 21-*nonies* della L. 241/1990 o, comunque, la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/1990 o l'eccesso di potere in quanto, secondo le prospettazioni di parte ricorrente, il provvedimento di ratifica non esternerebbe le "ragioni di interesse pubblico" giustificatrici del potere di sostituzione.

L'assunto non è fondato.

In termini generali deve rilevarsi che la ratifica rappresenta una *species* riconducibile nel più ampio genere degli atti di convalida. La ratifica è accomunata alla convalida dal fatto di essere, al pari di quest'ultima, un atto di "convalescenza", con cui l'Amministrazione pone rimedio a proprie precedenti illegittimità, sanando retroattivamente i vizi di atti già adottati, attraverso un potere di autotutela in funzione di conservazione di questi e, dunque, con finalità antitetica alla tradizionale autotutela "caducatoria", propria dei provvedimenti di ritiro di atti viziati (annullamento d'ufficio e revoca); in sostanza l'elemento che contraddistingue la ratifica è la tipologia di vizio alla cui eliminazione è preordinato e che è dato dall'incompetenza relativa, mentre la convalida riguarda ogni altra illegittimità (cfr. Cons. Stato Sez. IV, Sent., (ud. 07/06/2018) 26-10-2018, n. 6125 Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2015, n. 3340).

Segnatamente la ratifica costituisce l'atto con il quale l'organo competente conferma l'atto adottato da altro organo della stessa Amministrazione privo della relativa competenza, sanando così questo vizio di legittimità.

Il provvedimento di ratifica di un atto amministrativo deve avere per sua stessa natura e funzione la stessa efficacia, anche *ratione temporis*, del provvedimento ratificato di cui deve mutuarne l'identico contenuto che non può, quindi, essere oggetto di modifiche o integrazioni sotto il profilo oggettivo e soggettivo. In difetto di tale necessaria identità contenutistica tra l'atto ratificante e quello ratificato si è al di fuori dell'esercizio del potere di autotutela configurandosi il provvedimento adottato quale espressione di una autonoma rinnovazione del potere amministrativo (in tali termini, T.A.R. L'Aquila, sentenza n. 249 del 13 giugno 2022).

La giurisprudenza ha avuto cura di rimarcare che, con riferimento all'obbligo di motivazione in sede di ratifica di un provvedimento amministrativo, costituiscono requisiti necessari, ma anche sufficienti, l'esternazione delle ragioni di interesse pubblico e la volontà dell'organo di assumere l'atto viziato da incompetenza (Cons. Stato, Sez. V, Sentenza, 23/10/2014, n. 5234).

Ebbene, applicate le suddette coordinate ermeneutiche alla fattispecie per

cui è causa, osserva il Collegio che, come già statuito nell'ordinanza cautelare n. 74/2024, il sopravvenuto provvedimento in data 19 febbraio 2024 con cui il Responsabile Unico del Progetto ha ratificato, facendolo proprio, il provvedimento di esclusione, relativamente ai lotti 2 e 4, del costituendo RTI P. C. S. SCARL assunto in data 10.01.2024 dal Responsabile di procedimento per la fase di Affidamento, reca puntualmente, sotto il profilo motivazionale, le ragioni di pubblico interesse che hanno indotto l'Amministrazione ad esercitare il potere di autotutela conservativa.

Ed infatti il provvedimento di ratifica è supportato da adeguata motivazione recando le precise ragioni giustificatrici, sia in ordine alla piena condivisione delle valutazioni versate nel verbale di non congruità dell'offerta del RTI P., sia in ordine alla volontà di assicurare "il rigoroso e formale rispetto dell'art. 7 dell'Allegato I.2 D.lgs. 36/2023".

(Omissis)

T.A.R. Abruzzo - Sede di L'Aquila (Sezione Prima) – Sentenza del 24.07.2024 n. 351 (Pres. Panzironi – Est. Colagrande).

Proroga tecnica – Art. 106, comma 11, D.Lgs. 18.4.2016, n. 50 – Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando – Art. 158 del D.Lgs. 31.3.2023, n. 36 – Convenzioni Consip S.p.A. – Project financing – Art. 183, comma 10, D.Lgs. 18.4.2016, n. 50 – Azione avverso il silenzio – Omissione di attività non provvedimentale.

La giurisprudenza formatasi nella vigenza del d.lgs. 163/2006, recepita dal legislatore con l'introduzione di limiti tassativi alla proroga dei contratti pubblici (art. 106 d.lgs. n. 50/2016), ha chiarito che: 'All'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario. Infatti le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste ab origine, e comunque entro termini determinati. Una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara.' (Consiglio di Stato sez. V, 08/04/2014, n.1656; conformi: Consiglio di Stato sez. VI, n. 850/2010; Consiglio di Stato sez. III, 03/04/2017, n.1521; Consiglio di Stato, sez. V, 29/05/2019, n. 3588).

Nelle more della conclusione del procedimento di affidamento, l'unico strumento che la normativa vigente prevede è il ricorso a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 158 del d.lgs. n. 36/2023.

L'art. 9 comma 3 del decreto legge del 24/04/2014 n. 66 riferisce l'obbligo di adesione alle Convenzioni Consip S.p.A. per l'acquisto di beni e servizi si riferisce alle sole 'amministrazioni statali centrali e periferiche ... ad esclusione degli enti locali di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267', ivi compresi, dunque, i Comuni.

La pendenza della procedura di concessione del servizio in regime di finanza di progetto non è equiparabile a una procedura di gara per l'individuazione del nuovo contraente quando il procedimento si trovi ancora nella fase preliminare di selezione dell'offerta e del promotore in cui l'amministrazione non è ancora tenuta a dare ulteriore impulso al procedimento, né quindi ad indire la gara per la selezione del nuovo contraente.

L'azione contra silentium è proponibile solo nel caso di mancato esercizio di attività autoritativa che l'amministrazione ha l'obbligo di esercitare per

corrispondere alle istanze di portatori di interessi legittimi pretensivi e non, di converso, al fine di censurare l'ingiustificata interruzione di trattative negoziali.
(*Omissis*)

Il Consorzio ricorrente è risultato aggiudicatario del lotto 12, all'esito di una procedura aperta indetta da Consip S.p.a. con bando pubblicato in G.U n. 143 del 4.12.2015, per l'affidamento del SIE, (Servizio Integrato di Energia relativo alle attività di gestione, conduzione e manutenzione degli impianti termici e degli impianti di climatizzazione estiva, inclusa la fornitura del vettore energetico e del servizio energetico elettrico relativo a tutte le attività di gestione, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici) da parte delle pubbliche amministrazioni.

Il lotto 12 aggiudicato al ricorrente riguarda la prestazione del SIE in favore delle amministrazioni delle Province di L'Aquila, Chieti e Pescara- Molise e Puglia 1 - Province di Barletta, Andria, Trani e Foggia aderenti alla convenzione Consip SIE 4 stipulata il 22.12.2022 dal Consorzio e da Consip a seguito dell'aggiudicazione.

L'attuale gestore del SIE, per il Comune dell'Aquila, è la controinteressata G.I. S.p.a., subentrata ad A. S.r.l. alla quale il Comune, in adesione alla precedente convenzione Consip SIE 3 aveva affidato il servizio per la durata di sei anni, con efficacia dal 16.7.2015, prorogabile per un massimo di dodici mesi e successivamente integrato con atto di affidamento del servizio di fornitura del gas metano per il riscaldamento e la produzione di acqua calda degli edifici del "Progetto C.A.S.E."

In prossimità della scadenza dell'ultima proroga del contratto di servizio, il Comune dell'Aquila ha inviato una richiesta preliminare di fornitura al ricorrente.

Il Consorzio ha quindi presentato, in data 13.2.2024, una prima proposta tecnico-economica, poi modificata, come richiesto dal Comune, senza però ricevere alcun riscontro neppure all'invito inviato del 22.3.2023 con il quale ha chiesto al Comune di dar corso all'ordinativo di fornitura del SIE tramite la piattaforma degli acquisti in rete.

Il Comune, invece, con determinazione dirigenziale n. 1393 del 29.3.2024, ha disposto, ai sensi del comma 11 dell'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, un'ulteriore proroga (l'ottava) del contratto stipulato con la controinteressata per la fornitura del servizio nelle more della conclusione della procedura di project financing indetta avviso di manifestazione di interesse pubblicato il 6/10/2021 per la gestione dell'illuminazione pubblica e della prestazione di calore degli

edifici comunali e progetto C.A.S.E.

La determinazione dirigenziale n. 1393 del 29.3.2024 e il silenzio del Comune sulla richiesta del Consorzio di stipulare il contratto di fornitura in adesione alla convenzione Consip SIE 4 per il lotto 12, sono impugnati con un unico, articolato motivo di ricorso per vizi di “violazione del divieto del rinnovo contrattuale; violazione dell’art. 50 del d.lgs.vo 36/2023; violazione dell’art. 106, comma 11, del d.lgs.vo 50/2016; violazione dell’art. 23, comma 2, della legge 2005 n. 62; violazione e falsa applicazione dell’art. 26 della l. n. 488/1999, nonché dell’art. 9 d.l. n. 66/2014, nonché dei commi 510, 512, 516 della l. n. 208/2015; violazione dell’art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per sviamento nella forma di violazione del principio di efficienza, economicità e proporzionalità. carenza di istruttoria e difetto di motivazione”.

Secondo la tesi del ricorrente, il Comune, anziché aderire alla nuova convenzione Consip SIE 4 - come imposto dall’art. 26 comma 3 l. 488/1999 e dall’art. 1, comma 449, legge n. 296/2006 - e individuare il ricorrente il nuovo gestore del servizio attualmente prestato da Getec:

- ha reiterato per l’ottava volta dalla scadenza del contratto, la proroga della fornitura del servizio, benché non prevista dalla convenzione Consip SIE 3, condizione tassativamente richiesta per potervi fare eccezionalmente ricorso;

- ha violato il termine massimo di sei mesi della proroga tecnica dei contratti per acquisti e forniture dei beni e servizi stabilito dall’art. 23, comma 2, della legge 2005 n. 62, consentendo di protrarre per ulteriori tre anni, con proroghe successive, la durata del contratto attuativo della convenzione SIE 3;

- ha, di fatto, affidato direttamente alla controinteressata un appalto dal valore di € 2.524.000,00, in contrasto con i principi concorrenziali di matrice europea;

- ha violato l’obbligo imposto dalla legge alle pp.aa. di avvalersi delle convenzioni Consip, cui consegue la nullità della proroga;

- ha in ogni caso violato l’obbligo di indire una gara ponte per l’affidamento del servizio prima di disporre la proroga, essendo la procedura di project financing ferma alla fase di individuazione del promotore;

- ha omesso di indicare nel provvedimento impugnato le ragioni dell’interruzione del procedimento di adesione alla convenzione Consip SIE 4 avviato nei confronti del ricorrente e della preferenza accordata al contratto stipulato con il gestore uscente a condizioni meno convenienti per l’amministrazione;

- persiste nel mancare di dare riscontro alla proposta tecnico - economica del ricorrente.

Si è costituita la controinteressata che ha eccepito l’inammissibilità del ricorso sotto vari profili:

(*Omissis*)

- per omessa notifica del ricorso al RTI CMF individuato come soggetto promotore nella procedura di *project financing* - nei confronti del quale dovrebbe comunque essere integrato il contraddittorio - perché l'accoglimento del ricorso obbligherebbe il Comune dell'Aquila ad affidare a CNS un contratto attuativo della convenzione SIE 4 di durata minima sessennale e, quindi, ad abbandonare la procedura di *project financing*, così privando il RTI CMF della posizione di vantaggio che gli è stata riconosciuta con la deliberazione della Giunta municipale n. 392 del 31.5.2022;

(*Omissis*)

1.2. Sull'inammissibilità del ricorso per omessa notifica al RTI CMF. La dichiarazione di pubblico interesse della proposta di uno degli aderenti al bando per l'affidamento della concessione del servizio in regime di finanza di progetto e l'individuazione del RTI CMF quale soggetto promotore, ex art. 183 d.lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*), si colloca in una fase preparatoria della procedura, cui non corrisponde alcuna situazione di vantaggio in capo al promotore.

Egli infatti è titolare di una mera aspettativa all'indizione della gara che la pubblica amministrazione potrebbe liberamente decidere di non disporre, non essendo tenuta alla ponderazione di interessi diversi da quello pubblico alla convenienza, fattibilità e sostenibilità finanziaria della proposta (fra le tante Consiglio di Stato sez. III, 19/09/2022, n.8072, Consiglio di Stato sez. V, 04/02/2019, n.820). Ne consegue che il RTI CMF, non essendo titolare di un interesse qualificato all'indizione della gara neppure ha titolo per contraddire sulla domanda del ricorrente volta ad ottenere l'affidamento del servizio cui entrambi aspirano.

Va disattesa quindi anche l'eccezione subordinata di non corretta costituzione del contraddittorio e respinta l'istanza di integrazione nei confronti del RTI CMF.

(*Omissis*)

2. Nel merito il ricorso è in parte fondato.

2.1. Sulla domanda di annullamento.

2.2. Preliminarmente è utile chiarire che il ricorrente è legittimato ad impugnare la deliberazione di proroga, sia perché è aggiudicatario del lotto 12 della gara indetta da CONSIP per l'affidamento del SIE ai sensi della convenzione SIE 4, sia quale operatore del settore, come tale avente titolo a partecipare a qualsiasi selezione per l'affidamento del servizio.

Sotto il primo profilo va precisato che il Comune, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, non è tenuto a ricorrere alle convenzioni Consip

S.p.a. per l'acquisto di beni e servizi, in quanto l'art. 9 comma 3 del decreto legge del 24/04/2014 n. 66 impone tale obbligo alle "amministrazioni statali centrali e periferiche ... ad esclusione degli enti locali di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267" ivi compresi i comuni.

Nondimeno la proroga è lesiva della chance del ricorrente di gestire il SIE del Comune di L'Aquila resa concreta dalle trattative per l'adesione alla convenzione Consip SIE 4 avviate dal Comune.

Quanto al secondo aspetto, data la complessità della procedura di project financing indetta con la deliberazione di G.C. n. 187 del 7 maggio 2021 e ad oggi ancora in fase preliminare, oltre che sub iudice come riferito dalla controinteressata, ragionevolmente il ricorrente nutre l'ulteriore chance di poter partecipare a una gara ponte, nelle more della definizione del procedimento di affidamento del servizio in project financing, anche mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione ex art. 158 del d. lgs. n. 36/2023, alle condizioni ivi stabilite (Consiglio di Stato sez. V, 18/10/2021, n.6955).

2.3. Ciò premesso, è fondata la censura di illegittimità della proroga del contratto stipulato dal Comune per la gestione del servizio integrato di energia.

Occorre muovere dall'esame dei limiti alla proroga dei contratti pubblici desumibili dal d.lgs. n. 163/2006 vigente alla data della sottoscrizione del contratto e applicabile *ratione temporis* alle vicende che da esso traggono titolo.

Per quanto il d.lgs. n. 163/2006 disponga esclusivamente il divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici, implicitamente ammettendone la proroga intesa come mero differimento del termine di efficacia, la giurisprudenza ha affermato che è possibile prorogare i contratti in corso, cioè non scaduti, purché la facoltà di proroga sia stata espressamente prevista dalla *lex specialis* e quindi già nota agli operatori di settore e non ecceda i limiti temporali stabiliti (Consiglio di Stato, sez. III, 22/01/2016, n. 209 T.A.R., L'Aquila, sez. I, 12/03/2015, n. 150).

Nel caso in decisione non sussistono le condizioni per disporre la proroga tecnica prevista dalla citata disposizione in quanto:

- la convenzione SIE 3, ai sensi della quale è stato stipulato il contratto di servizio, non prevedeva alcuna proroga;
- il contratto attuativo della convenzione SIE 3 prevedeva una proroga fino ad un massimo di ulteriori 12 (dodici) mesi;
- alla data dell'adozione del provvedimento impugnato il contratto e la legittima proroga di 12 mesi erano ormai scaduti (rispettivamente il 31.12.2021 e il 31.12.2022);
- la pendenza della procedura di concessione del servizio in regime di finanza di progetto non è equiparabile a una procedura di gara per l'individua-

zione del nuovo contraente quando il procedimento si trovi ancora nella fase preliminare di selezione dell'offerta e del promotore in cui l'amministrazione non è ancora tenuta a dare ulteriore impulso al procedimento, né quindi ad indire la gara per la selezione del nuovo contraente (Consiglio di Stato sez. V, 18/10/2021, n. 6955).

La giurisprudenza formatasi nella vigenza del d.lgs. 163/2006, applicabile al caso di specie e recepita dal legislatore con l'introduzione di limiti tassativi alla proroga dei contratti pubblici (art. 106 d.lgs. n. 50/2016), ha chiarito che: "All'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario. Infatti le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste ab origine, e comunque entro termini determinati. Una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara." (Consiglio di Stato sez. V, 08/04/2014, n.1656; conformi: Consiglio di Stato sez. VI, n. 850/2010; Consiglio di Stato sez. III, 03/04/2017, n.1521; Consiglio di Stato, sez. V, 29/05/2019, n. 3588).

Ne consegue che la proroga impugnata poiché intervenuta dopo il decorso dei dodici mesi di proroga previsti dal contratto, deve essere qualificata come illegittimo affidamento diretto del SIE del Comune dell'Aquila, in quanto l'importo del contratto supera ampiamente – il dato è incontestato - i limiti attualmente vigenti entro i quali è possibile stipulare contratti senza gara.

Infatti, esclusa la (ulteriore) proroga tecnica del contratto, nelle more della conclusione del procedimento di affidamento del servizio mediante project financing, l'unico strumento che la normativa vigente prevede al fine di dare continuità alla gestione del servizio, è il ricorso a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 158 del d.lgs. n. 36/2023.

Per queste ragioni, assorbite le altre censure, la deliberazione impugnata merita di essere annullata e per l'effetto deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto di "servizio integrato energia per le pubbliche amministrazioni – e.d.3 (SIE 3)" – lotto 8, attualmente in corso di esecuzione, in quanto non ricorrono le esigenze imperative previste dall'art. 121 comma 3 c.p.a. per derogarvi.

2.4. È invece infondata la domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio inadempimento sopravvenuto del Comune sulla proposta tecnico-economica presentata dal Consorzio dopo l'avvio dell'attività amministrativa avviata dal Comune ai fini dell'affidamento del SIE in adesione alla Conven-

zione Consip SIE 4.

Il ricorrente lamenta che il Comune non ha dato seguito alla richiesta di presentazione della proposta tecnico economica per la gestione del SIE in regime di convenzione Consip SIE 4, prospettando quindi, non l'omissione di attività provvedimentale e quindi la lesione di un suo correlato interesse legittimo, ma l'interruzione ingiustificata di trattative negoziali avviate dal Comune nella prospettiva di aderire, senza esservi obbligato come detto al precedente puto 2.2., alla Convenzione Consip SIE 4.

Mancano dunque le condizioni dell'azione *contra silentium* proponibile solo nel caso di mancato esercizio di attività autoritativa che l'amministrazione ha l'obbligo di esercitare per corrispondere alle istanze di portatori di interessi legittimi pretensivi.

T.A.R. Abruzzo, Sede di L'Aquila, Sez. I, 24.7.2024, n. 353 (Pres. Panzironi – Est. Perilli).

Azione avverso il silenzio – Termine ordinatorio di conclusione del procedimento – Termine di decadenza – Riproponibilità dell'istanza – Atto meramente sollecitatorio.

La disciplina processuale recata dall'articolo 31, comma 2, del codice del processo amministrativo prevede due termini per la proposizione dell'azione avverso il silenzio: a) un primo termine dilatorio, coincidente con il decorso del termine ordinatorio di conclusione del procedimento, prima del quale l'azione non può essere proposta, poiché non si è ancora formato il silenzio inadempimento di cui all'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241; b) un secondo termine decadenziale, pari ad un anno e decorrente dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, dopo il quale l'azione non può essere più proposta.

La ratio della previsione di un termine processuale di decadenza dall'esercizio dell'azione avverso il silenzio si rinviene nell'esigenza di non esporre l'amministrazione inerte, per un tempo indeterminato, ad una condanna a provvedere, senza che la tutela del privato - il quale, a fronte del perdurare dell'inerzia dell'amministrazione, potrà sempre attivare i poteri sostitutivi di cui all'articolo 2, comma 9-ter, e la tutela risarcitoria di cui all'articolo 2, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241 - risulti frustrata.

Il decorso del termine annuale spiega esclusivamente un effetto processuale, che è quello di rendere incoercibile l'obbligo di provvedere dell'amministrazione, mentre, sul piano sostanziale, non fa venire meno né il potere-dovere di provvedere dell'amministrazione rimasta inerte, né l'interesse pretensivo del privato che abbia fatto inutilmente decorrere tale termine.

La disciplina processuale consente, tuttavia, al privato che abbia fatto inutilmente decorrere il termine annuale, di riproporre l'azione avverso il silenzio inadempimento, nel caso in cui egli abbia inoltrato all'amministrazione rimasta inerte una nuova istanza di avvio del procedimento, alla quale sia conseguita la formazione di un nuovo silenzio inadempimento (Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione II bis, 7 novembre 2017, n. 11077; Consiglio di Stato, sezione III, 3 marzo 2015, n. 1050). A tali fini, non è, tuttavia, sufficiente un atto meramente sollecitatorio a concludere il procedimento, non palesandosi, quest'ultimo, invero, idoneo ad affermare un nuovo ed autonomo obbligo di provvedere, al quale consegua una nuova inerzia censurabile mediante la riproposizione dell'azione avverso il silenzio.

(Omissis)

1. Con deliberazione n. 211 del 19 ottobre 1983 il Consiglio Comunale di Atri ha approvato il progetto per la costruzione di un campo da tennis sui terreni censiti al foglio 35, particelle 373, 374, 376, 377, 378 e 554 sub 1 del catasto terreni del Comune di Atri, di proprietà del signor P. D. F..

In data 4 febbraio 2013 il Comune di Atri ha comunicato al signor P. D. F. l'avvio del procedimento per l'acquisizione delle predette aree, ma il procedimento non si è concluso né con l'adozione di un decreto di esproprio né con la sottoscrizione di un accordo di cessione volontaria dei beni.

Nel frattempo è stato realizzato uno spogliatoio annesso al campo da tennis sulle predette aree, le quali sono, a tutt'oggi, occupate e utilizzate dal Comune di Atri.

In data 17 luglio 2020 il signor P. D. F. ha notificato un atto di diffida stragiudiziale, con il quale invitava Comune di Atri a manifestare la propria volontà in ordine all'acquisizione ovvero alla restituzione delle predette aree.

Con deliberazione n. 24 del 26 febbraio 2021 la Giunta Comunale di Atri, in risposta alla predetta diffida, ha approvato la proposta di regolarizzare la situazione acquisendo al patrimonio comunale le aree illegittimamente occupate e di demandare al responsabile dell'Area Lavori pubblici, Manutenzione e Patrimonio l'adozione di tutti gli atti necessari all'acquisizione al patrimonio dell'Ente delle aree di proprietà del signor P. D. F..

Con PEC del 9 gennaio 2024 il signor P. D. F. ha chiesto al Comune di Atri di adottare, entro il termine di trenta giorni dalla sua ricezione, il provvedimento di acquisizione non retroattiva delle aree di sua proprietà, ai sensi dell'articolo 42-bis del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, o, in alternativa, di provvedere alla loro restituzione, previo ripristino dello status quo ante.

Il Comune di Atri non ha riscontrato la predetta istanza.

1.1. Con ricorso notificato e depositato il 26 marzo 2024, il signor P. D. F. ha domandato l'accertamento dell'illegittimità del silenzio inadempimento serbato dal Comune di Atri sull'istanza del 9 gennaio 2024, diretta a ottenere l'adozione del provvedimento di acquisizione non retroattiva dei terreni occupati sine titolo, ai sensi dell'articolo 42-bis del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, ovvero la loro restituzione nello status quo ante, nonché dell'obbligo del Comune di Atri di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, in relazione alla predetta istanza.

1.2. Si è costituito in giudizio il Comune di Atri, il quale ha preliminarmente eccepito l'irricevibilità del ricorso per essere stato notificato oltre il termine di cui al combinato disposto degli articoli 31, comma 2, e 117, comma

1, del codice del processo amministrativo.

(*Omissis*)

2. L'eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso, formulata dal Comune di Atri nella memoria di costituzione depositata in data 16 giugno 2024 e sulla quale si è sviluppato il contraddittorio delle parti, è fondata.

2.1. L'articolo 31, comma 2, del codice del processo amministrativo dispone che l'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione "può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento, ove ne ricorrano i presupposti".

La disciplina processuale prevede due termini per la proposizione dell'azione avverso il silenzio:

a) un primo termine dilatorio, coincidente con il decorso del termine ordinario di conclusione del procedimento, prima del quale l'azione non può essere proposta, poiché non si è ancora formato il silenzio inadempimento di cui all'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241;

b) un secondo termine decadenziale, pari ad un anno e decorrente dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, dopo il quale l'azione non può essere più proposta.

2.2. La ratio della previsione di un termine processuale di decadenza dall'esercizio dell'azione avverso il silenzio si rinviene nell'esigenza di non esporre l'amministrazione inerte, per un tempo indeterminato, ad una condanna a provvedere, senza che la tutela del privato - il quale, a fronte del perdurare dell'inerzia dell'amministrazione, potrà sempre attivare i poteri sostitutivi di cui all'articolo 2, comma 9-ter, e la tutela risarcitoria di cui all'articolo 2, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241 - risulti frustrata.

Il decorso del termine annuale spiega esclusivamente un effetto processuale, che è quello di rendere incoercibile l'obbligo di provvedere dell'amministrazione, mentre, sul piano sostanziale, non fa venire meno né il potere-dovere di provvedere dell'amministrazione rimasta inerte, né l'interesse pretensivo del privato che abbia fatto inutilmente decorrere tale termine.

2.3. La disciplina processuale consente, tuttavia, al privato che abbia fatto inutilmente decorrere il termine annuale, di riproporre l'azione avverso il silenzio inadempimento, nel caso in cui egli abbia inoltrato all'amministrazione rimasta inerte una nuova istanza di avvio del procedimento, alla quale sia conseguita la formazione di un nuovo silenzio inadempimento (Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione II bis, 7 novembre 2017, n. 11077; Consiglio di Stato, sezione III, 3 marzo 2015, n. 1050).

2.4. Nel caso di specie, risulta abbondantemente decorso il termine decadenziale annuale (al quale deve essere aggiunto, in ragione della sua natura processuale, il periodo di sospensione feriale dei termini, di cui all'articolo 54, comma 2, del codice del processo amministrativo) per la proposizione dell'azione avverso il silenzio dell'amministrazione, il cui dies a quo deve essere individuato nel 30° giorno successivo alla notificazione dell'atto di diffida stragiudiziale, perfezionatasi per il Comune di Atri in data 20 luglio 2020 (protocollo di arrivo n. 12768), e non, come prospettato dal ricorrente, dall'inizio dell'istanza del 9 gennaio 2024.

2.5. L'istanza inviata dal ricorrente al Comune di Atri in data 9 gennaio 2024 - qualificabile come atto meramente sollecitatorio a concludere il procedimento officioso di acquisizione delle aree occupate, già avviato con la deliberazione della Giunta Comunale di Atri n. 24 del 26 febbraio 2021 - non è dunque idonea ad affermare un nuovo ed autonomo obbligo di provvedere, al quale consegua una nuova inerzia censurabile mediante la riproposizione dell'azione avverso il silenzio.

Resta comunque ferma la persistenza dell'originario obbligo di provvedere, avverso l'inosservanza del quale non è più ammessa, a causa dell'inerzia del privato protrattasi per oltre un anno, la tutela di cui agli articoli 31 e 117 del codice del processo amministrativo.

3. In conclusione, il ricorso avverso il silenzio deve essere dichiarato irricevibile.

(Omissis)

T.A.R. Abruzzo - Sede di L'Aquila (Sezione Prima) – Sentenza del 03.09.2024 n. 373 (Pres. Panzironi – Est. Baraldi).

Contributo pubblico – Ripetizione parziale – Riparto di Giurisdizione.

Occorre distinguere la fase procedimentale della valutazione della domanda di concessione del contributo, connotata dall'esercizio del potere - discrezionale o vincolato - dell'Amministrazione, a fronte del quale si staglia la situazione soggettiva di interesse legittimo del privato e si radica sempre la giurisdizione del Giudice Amministrativo (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 30 marzo 2018, n. 8049; sentenza 7 gennaio 2013, n. 150; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 gennaio 2014, n. 6) dalla fase successiva alla concessione del contributo, afferente alla sua erogazione o alla sua ripetizione in seno alla quale occorre ulteriormente distinguere a seconda che la controversia riguardi l'annullamento o la revoca del provvedimento di concessione per vizi di legittimità e per contrasto iniziale con l'interesse pubblico ovvero l'esecuzione del rapporto di sovvenzione e l'inadempimento degli obblighi ai quali il provvedimento di concessione è subordinato. Nella prima fattispecie (annullamento o revoca del provvedimento di concessione per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con l'interesse pubblico), la situazione soggettiva del privato che si staglia a fronte dell'esercizio del potere di autotutela è quella di interesse legittimo, con conseguente attribuzione della controversia alla giurisdizione del Giudice Amministrativo, mentre nella seconda fattispecie nella quale viene in rilievo l'inadempimento del beneficiario (che, per quanto sopra diffusamente illustrato, risulta essere pianamente quella occorsa nella presente vicenda) questi è titolare di una situazione di diritto soggettivo, tutelabile dinanzi al Giudice Ordinario (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 25 gennaio 2013, n. 1776; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 gennaio 2014, n. 6).

(Omissis)

Con nota acquisita al protocollo del Comune de L'Aquila, odierno resistente, n. AQ-BCE-16068 del 23 agosto 2011, il Condominio "Palazzina Pubblica Istruzione", odierno interveniente, richiedeva al Comune de L'Aquila il contributo per la copertura degli oneri relativi alla demolizione e alla ricostruzione del fabbricato rientrante in tipologia esito di agibilità "E", sito in L'Aquila, Piazza Mariano D'Ayala, n. 2/4, colpito dall'evento sismico del 6 aprile 2009, ai sensi dell'art. 3, del d-l. n. 39 del 2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2009 e ss.mm., e della O.P.C.M. n. 3790 del 9 luglio 2009.

Il Condominio affidava l'esecuzione dei lavori al Consorzio C.C., il quale, a sua volta, ne assegnava l'intera esecuzione alla consorziata C.G.M. Srl, odierna ricorrente.

A seguito dell'istruttoria tecnica-economica positivamente conclusa, effettuata dal Consorzio R.L. e dal Consorzio C., con atto del Comune de L'Aquila prot. 39256 del 30 ottobre 2012 la domanda veniva ammessa a contributo definitivo per l'importo di € 2.590.223,08 comprensivo di IVA e delle spese tecniche.

Il Condominio e la società C.G.M. Srl stipulavano dunque il contratto di appalto in data 21 novembre 2012.

Con le Determine dirigenziali n. 827 del 27 giugno 2013, n. 1456 del 24 settembre 2014, n. 34 del 27 gennaio 2016 veniva impegnata la somma di € 2.590.223,08 ed accreditata la somma di € 2.538.603,02, pari al 98% dell'importo ammesso a contributo.

Durante la fase di esecuzione dei lavori l'Amministrazione effettuava pagamenti per la somma complessiva di € 2.428.656,01, compresa IVA.

In data 18 novembre 2015 la pratica veniva estratta ai fini del controllo a campione previsto dall'art. 7 dell'O.P.C.M. n. 3790 del 9 luglio 2009, all'esito del quale il Servizio di Liquidazione inviava al Condominio e, per conoscenza, alla ricorrente e al progettista la nota prot. n. 22558 del 2 marzo 2016, recante "Comunicazione motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza", con la quale si contestavano, per quanto qui di interesse, numerose voci inerenti alla rendicontazione del SAL finale.

All'esito del procedimento di controllo, visionata anche la documentazione integrativa inviata dal Condominio, il Comune de L'Aquila emetteva il provvedimento prot. 48833 del 10 maggio 2017, di cui in epigrafe, con cui rappresentava che dal controllo della documentazione contabile erano emerse cause di riduzione del contributo richiesto e, conseguentemente, procedeva alla determinazione del contributo liquidabile in € 2.218.180,50, al contempo informando il Condominio e l'odierna ricorrente che l'importo di € 160.907,70 sarebbe stato recuperato con escussione della polizza assicurativa contratta dalla ricorrente (come avvenuto con nota n. 48840 sempre del 10 maggio 2017) mentre l'ulteriore importo di € 159.514,82 sarebbe stato recuperato a seguito di restituzione da parte dei soggetti interessati.

(Omissis)

Avverso i sopra menzionati provvedimenti e note ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, depositato in data 3 novembre 2017, la società C.G.M. Srl, chiedendone l'annullamento deducendo i seguenti motivi:

1) Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione di legge: violazione dell'art. 3, del d-l. n. 39 del 2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2009 e ss.mm.; degli artt. 1, 2 e 4 dell'OPCM n. 3790 del 9.7.2009; dell'art. 5 dell'OPCM n. 3881 dell'11.6.2010. violazione del par. 11 della circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 25.8.2009, in GURI n. 201 del 31.8.2009. violazione dell'art. 2 del protocollo sui controlli ratificato con delibera di Giunta Comunale n. 216 del 2013 e dell'art. 2, l. n. 241 del 1990. eccesso di potere per contraddittorietà e per difetto di motivazione e di istruttoria. violazione dei principi di buon andamento e legittimo affidamento. Sviamento;

2) Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione di legge: violazione dell'art. 21-nonies, della legge n. 241 del 1990, dei principi di proporzionalità, buon andamento e legittimo affidamento ex artt. 3, 97 e 117, comma 1, Costituzione. Violazione del diritto di proprietà ex art. 1, del 1° protocollo addizionale alla CEDU;

3) Illegittimità dei provvedimenti impugnati per contraddittorietà, arbitrarietà e irragionevolezza manifesta, difetto di motivazione e di istruttoria. Violazione della determina dirigenziale prot. n. 57623 del 4.9.2012 del Dipartimento per la Ricostruzione, nonché degli artt. 53, comma 4, D.Lgs. n. 163 del 2006, 118, comma 2, e 120 del DPR n. 207 del 2010 (ratione temporis vigenti e ivi richiamati). Violazione del legittimo affidamento e dei principi di buona fede e correttezza.

(Omissis)

1.1. - Preliminarmente il Collegio deve scrutinare l'eccezione di difetto di giurisdizione di questo Giudice Amministrativo avanzata dal Comune de L'Aquila nella memoria di costituzione del 12 gennaio 2018.

Nella sopra menzionata memoria, difatti, parte resistente ha affermato che “qualora si controverta sulla legittimità della revoca del contributo concesso, o della decadenza dal medesimo, o della ripetizione degli importi già erogati, in ogni caso per motivi attinenti all'inadempimento delle prescrizioni alle quali il beneficio era stato subordinato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario.”.

1.2. - L'eccezione è fondata.

Il Collegio osserva che il Comune de L'Aquila col provvedimento n. 48833 impugnato ha revocato una parte del contributo concesso al Condominio “P. P. I.”, ponendo alla base della predetta revoca parziale della somma concessa una serie di ragioni oggettive attinenti alla concreta opera di ricostruzione posta in essere dall'impresa odierna ricorrente, fra cui il fatto che i lavori di sostituzione dell'unità immobiliare di che trattasi si sono svolti in maniera

parzialmente difforme da quanto preventivato (ossia con minori costi) e senza la stipula di una polizza assicurativa postuma decennale il cui costo, però, risulta inserito nell'importo dei lavori per la ricostruzione presente nella scheda di convenienza economica.

Il provvedimento impugnato, dunque, procede ad una riduzione del contributo elargibile rispetto a quanto concesso originariamente al Condominio odierno interveniente solo per il fatto che il costo della ricostruzione risulta inferiore a quanto originariamente concesso e, dunque, non sussiste alcuna revoca dell'originario contributo per motivi di interesse pubblico o in ragione di una nuova ponderazione dei presupposti alla base della concessione del medesimo ma vi è solo una riduzione dell'ammontare del medesimo per la semplice ragione che il contributo concesso per la ricostruzione si è rivelato superiore a quanto effettivamente speso o che poteva essere speso da parte dell'impresa costruttrice in base alle disposizioni previste in materia di ricostruzione.

Statuito quanto sopra, ne deriva dunque che la presente controversia ha ad oggetto una richiesta di restituzione di parte del contributo pubblico che si colloca nella fase successiva a quella definita con il provvedimento di concessione del contributo in quanto, come già sopra evidenziato, la ripetizione parziale del contributo indebitamente erogato non è determinata dalla mancanza originaria di un requisito richiesto per la sua concessione o dal contrasto iniziale del provvedimento di concessione con l'interesse pubblico ma dall'inservanza di alcuni degli obblighi che disciplinano il rapporto conseguente alla concessione del contributo, quali, ad esempio, la mancata esecuzione di alcune delle opere progettate, la mancata stipulazione della polizza assicurativa decennale postuma, lo svolgimento in economia delle opere di demolizione, il mancato rispetto del Protocollo di intesa sottoscritto tra la Protezione Civile e gli Ordini professionali, ecc. . .

La natura della revoca parziale (*rectius*: riduzione) impugnata nel presente giudizio, pertanto, attenendo alla esecuzione del rapporto di finanziamento per la ricostruzione, esula dalla giurisdizione di questo Giudice Amministrativo e risulta rientrare nella giurisdizione del Giudice Ordinario come statuito da condivisibile giurisprudenza, citata dal Comune resistente, secondo cui "in materia di sovvenzioni da parte della Pubblica Amministrazione, la posizione del privato, nella fase successiva all'attribuzione del beneficio, assume il carattere del diritto soggettivo ogni volta che insorga controversia circa la conservazione della disponibilità della somma percepita, di fronte alla contraria posizione assunta dalla Pubblica Amministrazione con provvedimenti variamente definiti (revoca, decadenza, ecc.), emanati in funzione dell'attuazione del fine che si è voluto agevolare. In tal caso, invero, non si tratta di

effettuare una ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato (come quando si deve decidere se concedere o non il finanziamento), ma di valutare l'osservanza degli obblighi presi o imposti contestualmente all'erogazione" (T.A.R. Umbria 4 settembre 2017 n. 571).

La sopra riportata sentenza risulta del tutto conforme al consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi, secondo cui occorre distinguere:

a) la fase procedimentale della valutazione della domanda di concessione del contributo, connotata dall'esercizio del potere - discrezionale o vincolato - dell'Amministrazione, a fronte del quale si staglia la situazione soggettiva di interesse legittimo del privato e si radica sempre la giurisdizione del Giudice Amministrativo (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 30 marzo 2018, n. 8049; sentenza 7 gennaio 2013, n. 150; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 gennaio 2014, n. 6);

b) la fase successiva alla concessione del contributo, afferente alla sua erogazione o alla sua ripetizione, nella quale occorre ulteriormente distinguere a seconda che la controversia riguardi l'annullamento o la revoca del provvedimento di concessione per vizi di legittimità e per contrasto iniziale con l'interesse pubblico ovvero l'esecuzione del rapporto di sovvenzione e l'inadempimento degli obblighi ai quali il provvedimento di concessione è subordinato; nella prima fattispecie (annullamento o revoca del provvedimento di concessione per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con l'interesse pubblico), la situazione soggettiva del privato che si staglia a fronte dell'esercizio del potere di autotutela è quella di interesse legittimo, con conseguente attribuzione della controversia alla giurisdizione del Giudice Amministrativo, mentre nella seconda fattispecie nella quale viene in rilievo l'inadempimento del beneficiario (che, per quanto sopra diffusamente illustrato, risulta essere pianamente quella occorsa nella presente vicenda) questi è titolare di una situazione di diritto soggettivo, tutelabile dinanzi al Giudice Ordinario (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 25 gennaio 2013, n. 1776; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 gennaio 2014, n. 6).

(Omissis)

T.A.R. Abruzzo, Sede di L'Aquila (Sezione Prima) – Sentenza del 24.09.2024 n. 403 (Pres. Panzironi – Est. Colagrande)

Art. 32, comma 1, D.L. 24.6.2014, n. 90 – Straordinaria e temporanea gestione dell'impresa – Natura preventiva a carattere cautelare e provvisorio – Termine di conclusione del procedimento – Consumazione del potere.

Con ratio eminentemente preventiva e precauzionale, l'articolo 32, comma 1, d.l. n. 90/2014 prevede due ipotesi alternative nelle quali il Presidente dell'ANAC può proporre misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione: - nel caso in cui l'Autorità giudiziaria proceda per i delitti - previsti dal codice penale agli articoli 317, 318, 319 e 319 bis, 319 ter, 319 quater, 320, 322, 322 bis, 346 bis, 353 e 353 bis; - in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o a un contraente generale.

L'interpretazione sistematica accolta dalla giurisprudenza amministrativa identifica negli "organi sociali" apertis verbis contemplati nei commi 1 e 2 dell'articolo 32, comma 1, d.l. n. 90/2014 i titolari di funzioni di amministrazione in senso proprio della compagine sociale o dell'impresa.

In difetto di un'espressa previsione normativa, la violazione del termine di conclusione del procedimento non configura alcuna ipotesi di carenza di potere in concreto e non incide sulla legittimità della misura adottata, potendo, al più, rivestire rilevanza ai soli fini del risarcimento del danno.

(Omissis)

La Società ricorrente, operante nel settore edile, impugna il provvedimento con il quale l'Ufficio del Governo di L'Aquila, su proposta dell'Anac, ha disposto la misura della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. b) e comma 2, d.l. n. 90/2014, in seguito all'arresto del suo rappresentante legale per presunte irregolarità commesse nell'ambito di una gara d'appalto, di cui è risultata aggiudicataria, indetta dal Consorzio acquedottistico marsicano di -OMISSIS- per l'adeguamento e potenziamento dell'impianto di depurazione del Comune di -OMISSIS-.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

I. violazione e/o falsa applicazione di legge e, in particolare, degli artt. 1 e

ss. l. 241/90; irragionevole durata del procedimento amministrativo; violazione dei canoni di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa; violazione degli artt. 3 e 97 Cost. intempestività dell'azione amministrativa; violazione del legittimo affidamento; il procedimento, conclusosi con il provvedimento impugnato dopo un anno e mezzo dalla comunicazione di avvio, sarebbe lesivo dell'affidamento della ricorrente che, decorso il termine stabilito per provvedere, aveva ragionevolmente confidato nell'archiviazione della proposta dell'Anac e aveva quindi assunto gli impegni prodromici all'esecuzione dell'appalto che aveva dato origine all'indagine dell'ANAC;

II. violazione e/o falsa applicazione di legge e, in particolare, dell'art. 32 d.l. 90/2014, come convertito con l. 114/2014; eccesso di potere per intempestività dell'azione amministrativa, travisamento dei fatti, falso supposto in fatto, difetto di istruttoria e sviamento della causa tipica; violazione dei principi di leale collaborazione e buona fede; il provvedimento richiama i fatti posti a fondamento dell'ordinanza di custodia cautelare del rappresentante legale e direttore tecnico della ricorrente, revocata dopo appena due settimane e non seguita dal rinvio a giudizio, ma non indica quali ulteriori ed attuali "fatti gravi ed accertati", giustificerebbero ex art. 32 d.l. 90/2014, l'adozione, dopo due anni dalla revoca dell'ordinanza cautelare, della misura contestata, non potendosi considerare tale la mera presenza del rappresentante legale e direttore tecnico della ricorrente, ormai cessato dalle cariche, alla consegna dei lavori relativi all'appalto oggetto di gestione straordinaria;

III. violazione e/o falsa applicazione di legge e, in particolare, dell'art. 32 d.l. 90/2014, come convertito con l. 114/2014; omessa valutazione dei presupposti per l'applicazione della misura di cui al comma 8 dell'art. 32 d.l. 90/2014; eccesso di potere per sproporzionalità dell'azione amministrativa, travisamento dei fatti, falso supposto in fatto, difetto di istruttoria e sviamento della causa tipica. violazione dei principi di leale collaborazione e buona fede; violazione e/o falsa applicazione delle linee guida 2015; il commissariamento dell'appalto aggiudicato alla ricorrente ex comma 1, lett. b) dell'art. 32 d.l. n. 90/2014 sarebbe una misura in concreto sproporzionata essendo prevista, per casi analoghi, la misura stabilita dal comma 8 dell'art. 32 cit. secondo il quale "Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa".

(Omissis)

Occorre stabilire preliminarmente se al caso in decisione sia astrattamente applicabile, come sostenuto dalla ricorrente con il terzo motivo, il comma 8 dell'art. 32 del d.l. n. 90/2014 e non i commi 1 e 2 che prevedono l'impugnata

misura della gestione straordinaria dell'impresa appaltatrice limitatamente al contratto oggetto di indagine in sede penale.

L'articolo 32, comma 1, d.l. n. 90/2014 prevede due ipotesi alternative nelle quali il Presidente dell'ANAC può proporre misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione:

- nel caso in cui l'Autorità giudiziaria proceda per i delitti - previsti dal codice penale agli articoli 317, 318, 319 e 319 bis, 319 ter, 319 quater, 320, 322, 322 bis, 346 bis, 353 e 353 bis;

- in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o a un contraente generale.

Il Presidente dell'ANAC propone al Prefetto competente, alternativamente:

a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto oggetto del procedimento penale;

b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale.

Il successivo comma 2 dispone: "Il Prefetto, previo accertamento dei presupposti indicati al comma 1 e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l'impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero nei casi più gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270. Il predetto decreto stabilisce la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica oggetto del contratto".

Il comma 8 stabilisce che "Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Il Prefetto provvede, con decreto, adottato secondo le modalità di cui al comma 2, alla nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui di cui al rego-

lamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa. A tal fine, gli esperti forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo".

Il comma 1 non specifica quali siano gli "organi societari diversi" di cui il Prefetto può ordinare la sostituzione (o che egli stesso può sostituire mediante la nomina di amministratori) ai sensi del comma 8.

L'interpretazione sistematica accolta dalla giurisprudenza ha individuato l'elemento distintivo degli "organi societari diversi" nei titolari di funzioni diverse da quelle di amministrazione in senso proprio della compagine sociale o dell'impresa.

Nel caso in decisione l'indagine ha riguardato il coinvolgimento del rappresentante legale e amministratore unico della società nelle irregolarità riconducibili al comma 1 dell'art. 32 d.l. n. 90/2014 dell'affidamento dell'appalto bandito dal Consorzio acquedottistico marsicano e tanto esclude l'applicabilità del comma 8 dell'art. 32 che, come detto, si applica quando sono coinvolti nell'indagine organi societari diversi da quelli titolari di poteri di amministrazione.

(Omissis)

Il primo motivo è infondato.

Il fatto che il procedimento si sia concluso oltre il termine previsto dalla legge è irrilevante perché, non avendo esso natura perentoria, non ricorre un'ipotesi di carenza di potere in concreto, né la ricorrente può vantare alcun affidamento nell'archiviazione del procedimento, in conseguenza della mera scadenza del termine per provvedere.

Ne consegue che la violazione del termine di conclusione del procedimento non incide sulla legittimità della misura adottata, ma potrebbe avere rilevanza solo ai fini del risarcimento del danno che, seppur allegato, peraltro genericamente, non è stato in alcun modo provato.

Anche il secondo motivo deve essere respinto. *(Omissis)*

III

INTERVENTI E RASSEGNE

LA VICENDA GIUDIZIARIA DEI CERVI D'ABRUZZO (PER ORA SALVI)

In questi ultimi mesi ha suscitato un notevole interesse per l'opinione pubblica la vicenda relativa al piano di abbattimento di circa cinquecento cervi approvato con la Deliberazione della Giunta Regionale dell'Abruzzo n. 509 dell'8 agosto 2024, che è stata oggetto di impugnazione da parte di diverse associazioni di protezione dell'ambiente e degli animali.

Il dibattito pubblico è stato incentrato sulla necessità di ridurre la popolazione di cervi sul presupposto dei gravi danni procurati da questi ultimi all'agricoltura e dell'elevato numero di incidenti stradali provocati da questi animali.

Tuttavia, dalla lettura degli atti processuali, emerge un totale scollamento tra il tema oggetto del dibattito pubblico e quello posto all'attenzione della Magistratura Amministrativa.

L'ISPRA (Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale), che aveva dato un parere positivo al piano di prelievo dei cervi e che è stata convenuta in giudizio insieme alla Regione Abruzzo, ha chiarito (con parole poi riportate anche nell'ordinanza cautelare n. 181/24 del TAR Abruzzo) che il predetto piano era relativo *“al prelievo ordinario in caccia di selezione dei Cervidi e non al controllo delle specie ai sensi dell'art. 19 della L 157/92. Di conseguenza, la bassa rilevanza dei danni e degli incidenti stradali non influiscono sulla valutazione della sostenibilità o meno del prelievo”*.

La distinzione tra i due istituti giuridici (prelievo ordinario e attività di “controllo”) è netta e va ricordata.

L'attività di caccia ordinaria (di cui all'articolo 18 L. 157/92) ha una finalità ludico – sportiva e non è motivata dalla necessità di controllare e contenere il numero di esemplari di una specie che causa danni, anzi deve assicurare la capacità della specie cacciata di sostenersi numericamente. Ciò vale anche nel caso di caccia di selezione, caratterizzata dal fatto che il piano di prelievo è articolato per classi di sesso e di età mediante cacciatori in grado di operare questa selezione tra gli animali oggetto di caccia.

L'art. 19 della L. 157/92, in tema di “controllo” della fauna selvatica, prevede invece che le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, qualora ricorrano dei particolari motivi, tra i quali quelli di dover tutelare le produzioni zoo – agro – forestali oppure la pubblica incolumità e la sicurezza stradale, provvedono al “controllo” delle specie di fauna selvatica, anche nelle zone vietate alla caccia, e qualora questa attività si riveli inefficace, possono autorizzare, sentito l'ISPRA, “piani di controllo numerico mediante abbattimento o cattura”. Il predetto articolo 19 chiarisce che questi

piani “non costituiscono attività venatoria”.

Dunque, il dibattito pubblico è stato completamente fuorviato, perché mentre sui giornali il tema sembrava essere quello di dover fronteggiare una sorta di “emergenza cervi” in Abruzzo, nelle aule di giustizia si stava discutendo di un ordinario calendario venatorio, che prescinde dalla causazione di danni da parte delle specie oggetto di caccia.

In tema di calendari venatori, occorre ricordare che l’art. 1, comma 2, della L. 157/1992 stabilisce che: “*L’esercizio dell’attività venatoria è consentito purché non contrasti con l’esigenza di conservazione della fauna selvatica*”. La disciplina faunistico – venatoria di cui alla L. 157/1992, letta nel suo insieme, è infatti volta ad orientare finalisticamente la Pubblica Amministrazione nell’ambito di un complessivo bilanciamento d’interessi nel quale la protezione della fauna è la regola, mentre la caccia è consentita solo laddove non causi degli squilibri all’ecosistema.

La protezione della fauna selvatica, che adesso ha assunto un valore di rango costituzionale con la modifica dell’art. 9 della Costituzione (che tutela l’ambiente e la biodiversità anche nell’interesse delle future generazioni), va attuata dunque mediante una programmazione che deve essere necessariamente basata su parametri e dati scientifici. Secondo la detta normativa nazionale (art. 10, comma 1, della L. 157/1992), invero, la pianificazione faunistico venatoria è finalizzata “*per quanto attiene alle specie carnivore, alla conservazione delle effettive capacità riproduttive e al contenimento naturale di altre specie e, per quanto riguarda le altre specie, al conseguimento della densità ottimale e alla sua conservazione mediante la riqualificazione delle risorse ambientali e la regolamentazione del prelievo venatorio*”.

Con il ricorso, le associazioni ambientaliste hanno lamentato la violazione degli artt. 9 e 10 della direttiva 2001/42/CE e dell’art. 18 del D. Lgs. n. 152/2006 in relazione alla mancata attuazione del piano di monitoraggio previsto nella Valutazione Ambientale Strategica del Piano Faunistico Venatorio Regionale. Quest’ultima valutazione, in particolare, ha lo scopo di assicurare la gestione strategica ed adattativa dei processi pianificatori nel tempo. Nella Dichiarazione finale della VAS relativa al Piano Faunistico Venatorio Regionale, era stato previsto un piano di monitoraggio che stabiliva la propedeutica valutazione di moltissimi indicatori, molti dei quali da misurare con cadenza annuale, che riguardavano la fauna protetta o particolarmente protetta, tra cui specie che possono risultare impattate dal prelievo del Cervo, sia per disturbo diretto da parte dei cacciatori, sia per la sottrazione del cibo (in particolare orsi e lupi).

Nel primo motivo di ricorso le associazioni hanno lamentato l’assen-

za di questi dati ed hanno invocato l'applicazione dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nella prospettiva del bilanciamento tra i contrapposti interessi, occorre accordare prevalenza agli interessi connessi alla tutela dell'ambiente e della fauna selvatica rispetto a quelli relativi alla libera esplicazione dell'attività ludico – sportiva della caccia, in ossequio al principio di precauzione di matrice comunitaria¹³.

Il predetto orientamento è ora ulteriormente valorizzato dal fatto che *“l'ambiente, inteso come habitat di flora e fauna, è oggi bene costituzionalmente protetto nella parte dedicata ai principi (art. 9 Cost.) e agli animali è stata espressamente assicurata una speciale tutela rafforzata”* (cfr. ordinanza Consiglio di Stato 13/7/ 2023, n. 2919)¹⁴.

Con ordinanza cautelare n. 181/2024 Reg. Provv. Caut. del 09.10.2024, il TAR Abruzzo – sezione di L'Aquila affermava che: *“i risultati del monitoraggio ambientale richiamato dai ricorrenti e previsto nella dichiarazione di sintesi, sono strumento utile a supporto della Regione Abruzzo per valutare gli effetti dell'attuazione delle singole azioni/obiettivi previsti dal PFVR (tra le quali anche il prelievo venatorio dei cervi) e non presupposto della loro attuazione”*, per cui dall'assenza dei monitoraggi non sarebbe derivato alcun ostacolo alla calendarizzazione della caccia al cervo. Quanto al bilanciamento degli interessi contrapposti, il TAR Abruzzo riteneva di dover operare un bilanciamento tra l'interesse alla protezione dell'ambiente e quello della sicurezza stradale, che include anche la tutela dell'incolumità fisica degli individui, con prevalenza di quest'ultima e conseguente rigetto della domanda cautelare.

Le associazioni ambientaliste proponevano immediato ricorso al Consiglio di Stato avverso la detta ordinanza, sostenendo che i dati sugli incidenti stradali erano del tutto carenti, altrimenti sarebbe stato attuato un piano di “controllo” del cervo e non un piano di caccia ordinaria. Le associazioni hanno sostenuto che, sebbene non citato nella comparazione degli interessi contrapposti, l'ordinanza cautelare n. 181/24 del TAR Abruzzo aveva di fatto dato prevalenza all'interesse dei cacciatori di svolgere attività venatoria, nonostante le carenze sui dati sopra evidenziate.

Quanto alla tutela della incolumità pubblica, poi, veniva evidenziato che l'attuazione del prelievo dei Cervi in mancanza di una previa corretta valutazione dell'incidenza di tale prelievo sulla popolazione di orsi e lupi

13 cfr. ordinanza TAR Campania- sezione terza n. 1853/204. Sull'operatività del principio di precauzione si veda anche Consiglio di Stato n. sez. III, 1/12/2020, n. 7609 e da ultimo sentenza TAR Basilicata n. 473/2024.

14 Sul punto si legga anche il decreto Consiglio di Stato n. 3330/2023 dell'11/8/2023.

avrebbe determinato una riduzione non ponderata di prede naturali per questi animali con conseguente maggiore probabilità di avvicinamento di questi predatori agli insediamenti umani per la ricerca di cibo disponibile, sicché l'incolumità delle persone finiva per non essere affatto assicurata in mancanza dei dati sugli indicatori che dovevano essere raccolti a seguito dei monitoraggi. Questi dati – si è sostenuto – dovevano essere valorizzati non solo nella fase di verifica dell'attuazione, ma anche per la programmazione dei piani di prelievo, come si desume dalle Linee Guida della Commissione Europea sull'“*attuazione della direttiva 2001/42/CE concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente*”.

A seguito del ricorso delle associazioni, il Presidente della Sesta Sezione del Consiglio di Stato concedeva con decreto l'immediata sospensione del piano di prelievo dei cervi abruzzesi. A seguito dell'udienza del 7/11/24, tale sospensione veniva confermata con l'ordinanza n. 4249/24 Reg. Prov. Cau. del Consiglio di Stato, nella quale si evidenziava che la questione dell'omesso monitoraggio meritava un adeguato approfondimento, potendosi apprezzare elementi di possibile fondatezza delle argomentazioni delle associazioni ricorrenti.

Quanto ai possibili danni da incidenti stradali, il Consiglio di Stato rammentava alla Regione Abruzzo di poter adottare idonee misure preventive, come l'apposizione di recinzioni e la realizzazione di attraversamenti faunistici.

Si è ora in attesa della fissazione dell'udienza di merito davanti al TAR Abruzzo ma in questa fase non può non rilevarsi l'importanza di questa pronuncia del Consiglio di Stato, che costituisce un precedente di grande spessore in ordine all'importanza dello svolgimento dei monitoraggi per assicurare una pianificazione venatoria che non comporti squilibri nell'ecosistema.

La pronuncia, che ha conquistato le prime pagine dei quotidiani abruzzesi, è stata salutata con gioia da larga parte della popolazione abruzzese che aveva partecipato attivamente alle iniziative pubbliche tese a chiedere la revoca della delibera di abbattimento. Il Cervo non era mai stato incluso nei calendari venatori abruzzesi tra le specie cacciabili perché, dopo essersi quasi estinto, è stato reintrodotta solo da pochi decenni ma, insieme a lupi ed orsi marsicani, è diventato un animale simbolo della Regione Abruzzo e contribuisce a renderla meta di turismo naturalistico e modello di convivenza tra l'uomo e gli animali selvatici. Questa immagine è stata da ultimo celebrata nel film di Riccardo Milani “Un mondo a parte”, dove la scena dell'incontro notturno tra il professore venuto da Roma (interpretato

da Antonio Albanese) ed un cervo nel paese di fantasia chiamato Rupe nel Parco Nazionale d'Abruzzo è intrisa di magia e costituisce una scena topica dell'intero film. Non a caso lo stesso regista Milani è stato tra i sostenitori attivi alla richiesta di salvezza dei cervi, che ci si augura diventi definitiva.

Michele Pezone

IV

VITA FORENSE

Elogio degli avvocati detto da un magistrato

Ad iniziativa dell'Ordine degli Avvocati di Pescara il giorno 05/09/2024 si è tenuta, presso l'aula Alessandrini del Palazzo di Giustizia, la cerimonia di conferimento della "Toga di diamante" e della "Toga di platino" agli avvocati pescaresi che hanno compiuto, rispettivamente, i 60 e i 50 anni di attività professionale.

Sono stati insigniti della toga di diamante gli avvocati Giovanni D'Orsogna, Giuliano Milia e Antonio Pilotti Aielli.

La toga di platino è stata conferita agli avvocati Donato Agresta, Donato Anglani, Mario Briolini, Luigi Liberatoscioli, Emanuele Liddo, Renato Lombardo di Monte Iato, Tommaso Ciampoli, Cesidio D'Aloisio, Roberto Danesi De Luca, Lucio Stenio de Benedictis, Giancarlo De Marco, Mercurio Galasso, Marano Giammarino, Osvaldo Prospero, Paolo Pulini, Franco Sabatini, Paolo Salce, Adriano Schiona e Fiorello Tatone.

La cerimonia ha registrato una ampia e commossa partecipazione di pubblico.

Nell'occasione il Procuratore della Repubblica di Pescara dott. Giuseppe Bellelli ha pronunciato il discorso che di seguito pubblichiamo.

Oggi siamo onorati di celebrare Voi, insigniti della toga di platino e della toga di diamante.

Cinquanta, sessanta anni di onore e fedeltà al vostro giuramento. Nel cammino lungo e faticoso, con soddisfazioni e delusioni, sacrifici e traguardi, ma sempre a testa alta.

Quanta strada, quanti incontri quante battaglie, attraverso la storia del nostro paese, nati negli anni delle lotte di grandi avvocati come De Marsico, ma anche Piero Calamandrei e Duccio Garimberti, che segnavano l'avanguardia di strade lunghe e faticose per l'affermazione dei diritti sanciti dalla Costituzione.

Quando avete iniziato la vostra professione, era un'altra epoca, il boom economico dei 60, gli anni 70, la prima repubblica, Saragat Leone, Andreotti Moro Fanfani Berlinguer, i monocolori dc e il centrosinistra, l'Italia di Mazzola Riva e Rivera, Zoff e Paolo Rossi.

Gli anni del terrorismo, delle stragi, del delitto Moro, dei sacrifici di avvocati come Giorgio Ambrosoli e Fulvio Croce, ma anche delle conquiste civili e sociali, il divorzio, lo statuto dei lavoratori, la riforma del diritto di famiglia.

Negli studi legali, riviste, libri raccolte schedari, penne calamai, lettera 32

Olivetti e carta carbone.

Era in vigore il codice di procedura penale del 1930, con le stanze chiuse delle istruzioni segrete, esprimeva il suo punto più basso con il processo Tortora del 1983 che, grazie alla battaglia di grandi avvocati, dava poi spazio al nuovo codice di procedura penale accusatorio del 1989.

I difensori nel processo inquisitorio misto avevano la parola solo nella valutazione della prova, entravano in scena a giochi quasi fatti, con le arringhe di avvocati chiamati ad una contrapposizione dialettica argomentativa giuridica da definirsi eroica, perché si batteva su un compendio probatorio formato nel chiuso inquisitorio delle stanze dei Giudici Istruttori e dei PM, e degli uffici di polizia densi di fumo e privi di garanzie.

Con il nuovo processo arrivava il contraddittorio, il confronto tra tesi e antitesi quale principio moderno di conoscenza e non solo garanzia di difesa.

Ci auguriamo che, sulle tracce del vostro esempio, non si plachi la faticosa tensione per la ricerca della verità portata avanti in tutte queste stagioni, perché non può esservi giustizia senza verità, anche oggi in un tempo in cui si avvertono i rischi di nuove ordalie.

Ed ancora si diffonde fino a noi oggi la luce del vostro impegno, necessario per aiutare i giudici a decidere secondo giustizia e per dare ai vostri assistiti la forza e di far valere le proprie ragioni ed i propri diritti.

Per dare voce ai diritti di chi non ha voce, senza collateralismi con il potere.

Nelle aule di giustizia abbiamo l'articolo 3 prima parte, 'La legge è uguale per tutti'. Ma nell'articolo 3 è scritto anche che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale.

L'auspicio è che le vostre toghe siano sempre il simbolo del riconoscimento di quella pari dignità sociale, che va garantita proprio da voi avvocati, nelle aule di giustizia e di fronte ad ogni forma di potere pubblico e privato.

Ora siamo qui, lieti di salutare questo passaggio del vostro cammino che continua, nella storia del nostro paese, fatta da chi ogni giorno compie il proprio dovere.

E vi siamo grati.

Giuseppe Bellelli

La carriera di ladro

La scrittrice aquilana Laudomia Bonanni apparve sulla scena pubblica letteraria quando, da oscura maestra elementare in un piccolo paese della montagna abruzzese, vinse nel 1948 la prima e unica edizione del Premio Amici della Domenica per inediti (anonimi) bandito da Casa Bellonci, poi diventato il Premio Strega.

Inizia così la sua importante carriera di scrittrice con la pubblicazione di numerosi romanzi che, apprezzata dai maggiori critici del tempo, valsero a collocarla in una posizione eminente nel panorama letterario del secondo dopo guerra.

Meno nota è la sua pluridecennale esperienza delle problematiche dell'infanzia e adolescenza maturata fin dal 1938 come rappresentante della Federazione Provinciale dei Fasci Femminili presso il Tribunale per i minorenni di L'Aquila, incarico che proseguì fino a divenire nel 1941 componente del Centro di Tutela Minorile con successivo ingresso nel Comitato Esecutivo. Nel dopoguerra proseguì l'attività intrapresa con grande dedizione con la nomina a giudice laico minorile per il periodo 1946-1964. Riversò tale competenza in moltissimi suoi scritti, sia di narrativa che giornalistici, in cui compare la denuncia di condizioni di vita infantile e adolescenziale: quei figli di nessuno, della guerra, della miseria delle depravazioni fisiche e morali del mondo degli adulti; bambini che peregrinavano da un correzionale all'altro, ragazzi che, non avevano certo bisogno di condanne, ma solo d'essere tolti da un ambiente malsano.

Visse gli ultimi anni della sua lunga vita appartata e quasi dimenticata.

L'interesse nei suoi confronti, però, si è di recente riacceso, grazie anche alla ripubblicazione di alcune opere e all'impegno di alcuni intellettuali aquilani: Gianfranco Giustizieri che si è dedicato alla cura ed alla sistemazione dell'archivio della scrittrice e Anna Maria Giancarli che ha raccolto gli elzeviri di Laudomia Bonanni pubblicati su "Il giornale d'Italia" dal 1960 al 1965, in un volume, intitolato appunto "Elzeviri", edito all'inizio del corrente anno 2024.

Da tale volume abbiamo scelto l'elzeviro "La carriera di ladro" nell'intento di suscitare nei lettori di PQM l'interesse per l'opera dell'importante scrittrice abruzzese che fu anche giudice minorile.

Era un ragazzo distinto e di gradevole aspetto. Inoltre ben vestito, con l'impermeabile e il cappotto nuovo, sceglieva sempre i migliori sulle reticelle dei treni. Pare che le donne, in viaggio, se lo vedessero accanto o di fronte vo-

lentieri, con gli occhioni che aveva, si sa i ragazzi dal viso gentile come sono belli e delicati a quell'età. Era costretto a sfuggirle e sedersi negli scompartimenti occupati da soli uomini, non poteva esporsi troppo, attirare l'attenzione. Giacché, al momento opportuno, prendeva la valigia e scendeva. Non la sua valigia, beninteso. Oppure, a una stazione qualsiasi, faceva il suo giochetto fra un treno e l'altro, lungo il marciapiede, subito montando sul primo convoglio in partenza. Arrivato a una città purchessia — mai la stessa, il mondo è grande — vendeva il contenuto della valigia, trattenendosi, volte più volte meno, per tutto il tempo che durava il danaro. In stato, diciamo, di riposo, non era alieno dalle donne, anzi sceglieva sempre locande e pensioncine con padrone di mezza età, che se lo coccolavano e gli credevano quando usciva per trovar lavoro. Non lo trovava mai. Andandosene a zozzo tranquillo, è da presumere che gettasse l'occhio su qualche belloccia figliola e si facesse tener compagnia. Ma presto ricominciava a viaggiare. Era svelto, disinvolto e abile, durò a lungo senza farsi cogliere. I precedenti - un paio di fermi per vagabondaggio, un perdono giudiziale, un po' di riformatorio, una condizionale, per quei pochi pastranucci tolti qua e là non contavano.

Sul fatto lo presero quando trovò una ragazza più svelta di lui, e più disperata. Le aveva soffiato la valigia di sotto il naso e già era lontano che la udì gridare. Una valigia gonfia, imbottita da mani materne, con cibarie, pesante di libri, che inoltre conteneva l'intero guardaroba e il poco denaro, tutti insomma gli averi d'una studentessa di pochi mezzi che va a dar gli esami. La ragazza strillò e corse, così velocemente da raggiungerlo attaccandoglisi a un braccio. Nonostante avesse abbandonato la valigia, lo acciuffarono col piede sul predellino del vagone in moto.

Fece i suoi bravi mesetti. Allorché lo rilasciarono e lo misero in treno col foglio di via, a metà percorso scese al solito modo con un bagaglio altrui.

Conobbi Andrea B. in una occasione solenne. Insieme a due giovinotti coi capelli sulla fronte, a un vecchio tremulo ed a alcuni anziani, nella cappella del carcere riceveva la cresima da Monsignor Vescovo. Era padrino un ladro d'alto bordo, ma pentito. Il neofita tenne un contegno esemplare e la sua faccia bianca, vicino a quella dei giovinotti senza fronte, ebbe alcunché di mistico. O per lo meno una notevole compunzione. Fra i pochi in abito civile, indossava un 'Principe di Galles' quasi nuovo.

Più tardi, al rinfresco presieduto da Monsignore, trovandomi fra un magistrato e l'ufficiale del Corpo agenti, domandai di quel detenuto.

— Ah! L'Avvocato — disse l'ufficiale.

Appresi così che aveva cambiato nome, o meglio acquistato un titolo. Lo conosceva benissimo anche il magistrato e anche a lui sfuggì un sorriso.

Faceva carriera, non si poteva dubitarne. A parte il fatto — e magari era una questione di stile — che non si spostasse dal furto viaggiante, aveva acquistato una innegabile distinzione, fosse pure l'abitudine a portare abiti di buon taglio e biancheria di qualità. Ultimamente viaggiava in prima classe.

Ormai al carcere era considerato un veterano. Non che la sua permanenza durasse mai troppo. 'Sapeva vedersela', era l'opinione degli agenti. Ebbi in seguito dalle mie vecchie conoscenze notizie dettagliate, Se la cavava: feratissimo negli interrogatori e di casa al tribunale, né mancava un indulto un'amnistia, una possibile licenza-premio. Licenza premio?, mi stupii. Già. Un contegno esemplare, disciplinatissimo, rispettoso coi superiori, e gentile coi compagni. Li ammansiva, la sua presenza portava ordine e tranquillità fra quella gente turbolenta, con la sua parlantina affascinava certi bestioni fra i più intrattabili. Intelligente, eh!, oltreché furbo. Non appena rientrato, si metteva a fare l'avvocato; chiunque avesse bisogno d'un consiglio o di guida, di compilare una domanda, stendere un ricorso, avanzare una supplica, non aveva che da chiedere. Beninteso con l'onorario, non gli mancavano mai sigarette e spiccioli. Il Pubblico Ministero alle udienze ha il Codice davanti a sé sullo scanno come un breviario, lui l'aveva tutto in testa.

Fu così che infine lo misero negli uffici. L'unico modo per utilizzare un individuo incorreggibile, ma d'altra parte dotato. (Nelle sezioni calzolai o sarti, si rifiutò sempre d'entrare). Aveva una bella scrittura e non sbagliava un calcolo. Quando curò anche i prestiti della biblioteca, si ebbe un grande afflusso di lettori, benché i reclusi volessero solo romanzi d'amore che scarseggiavano. Egli leggeva Salgari. Compì dentro i trenta. Il compleanno cadde alle feste natalizie, e alcune detenute (una infanticida gobbetta e molto timida, la 'squartratrice' grassoccia dal viso dolce e una vecchia uxoricida), che preparavano nelle cucine le solite grosse torte al bicarbonato, impastarono per lui un tarallo con più zucchero e cosperso d'anici. Da tanto non veniva più a portargli i tarallucci l'unica sua parente, una vecchia zia, morta, e inoltre s'era risaputo che in quel periodo scriveva lettere d'amore. Non per gli altri, per sé. Al tavolo dell'ufficio o in biblioteca, su carta dell'Amministrazione, empiva facciate e facciate di chissà che belle parole. Ciò che sempre intenerisce le donne. Fra un viaggio e l'altro, aveva trovato il tempo di sposarsi.

Poi si scoprì che, nella sua medesima funzione d'ufficio, scollava la posta dei compagni, ne estraeva i vaglia e, fatta la girata, li spediva alla moglie.

