SETTIMANA GIURIDICA 16 – 22 LUGLIO



Indice

CIVILE 3
CCC *Condanna penale, cancellazione dall'albo degli autotrasportatori e natura non punitiva della misura 3
CCC *Previdenza - Famiglia - Assistenza a familiare portatore di handicap e diniego di indennità di maternità incostituzionale 6
CSU Deontologia e disciplinare - Responsabilità del PM in tema di intercettazioni – Fattispecie 12
CSU *Commerciale - Avvocati, altri professionisti e legittima costituzione di una società 13
CSU *Processo - Previdenza e Lavoro - Dipendenti di enti pubblici diversi dallo Stato - Giurisdizione del GO del lavoro 21
C1 *Diritto fondamentali - Uso del ritratto di attrice e diritto all'immagine 22
C1 *Famiglia - Adozione in casi particolari e dissenso preclusivo del genitore biologico 24
C2 Circolazione stradale - Sanzioni - Cantiere, impresa che effettua lavori e garanzie alla sicurezza della circolazione 34
C2 *Obbligazioni e contratti - Contratto di patrocinio unico e pluralità di mandati alle liti 37
C2 *Obbligazioni e contratti - Preliminare di vendita ed essenzialità del termine per la stipula del definitivo 41
C2 Obbligazioni e contratti - Mandato alle liti conferito a più difensori, pieni poteri di ciascuno e diritto al compenso 43
C2 *Successioni - Coeredi, resa dei conti e rapporti tra con la divisione ereditaria 45
C3 *Obbligazioni e contratti - Locazione, cessione del contratto da parte del locatore e consenso del conduttore 46
C3 *Obbligazioni e contratti - Assicurazione, furto, negligenza dei proprietari e diniego di indennizzo - Fattispecie 48
C3 *Obbligazioni e contratti - Mancata visura, responsabilità del notaio e commisurazione del danno per esecuzione sull'immobile acquistato 51
C3 Processo - Pluralità di creditori e accantonamento di una somma in attesa del titolo esecutivo 54
C3 *Responsabilità civile - Danno tanatologico e e non risarcibilità iure hereditatis 57
C3 *Circolazione stradale - Sinistro, veicolo non coinvolto e presunzione di parità della colpa 59
C3 *Danno all'immagine e alla reputazione, avvocato e onere della prova del danno personale 63
C3 *Salute e medicina - Nascita di figlio con handicap, omissioni del medico e responsabilità nei confronti della madre - Fattispecie 66
C3 *Salute e medicina - Responsabilità del medico, danno e onere della prova del nesso causale in capo al paziente 70
C3 *Famiglia - Responsabilità civile - Famiglia di fatto, convivenza pluriennale, uccisione di un componente a stretto legame affettivo e risarcimento danni 72
C4 Licenziamento e prova della'avviso di destinazione della lettera di recesso 77
C4 Processo - Ultima notifica a fini di decorrenza del termine per il deposito del ricorso 80
C4 Società cooperativa, soci lavoratori e riduzione del trattamento economico eccezionale 81
C4 Carichi penali pendenti e rifiuto di assunzione del lavoratore illegittimo 84
C4 Permesso negato, offesa ai vertici e licenziamento legittimo - Fattispecie 86
C5 *Tributario - Logica di mercato, principi di economicità della gestione e abuso del diritto 90
C5 Tributario - Redditi di lavoro autonomo, scomputo della ritenuta d'acconto e certificazione legale 94
C5 *Incertezza normativa - Presupposti e requisiti 98
C6 Famiglia - Lavoro - Separazione, licenziamento intimato al coniuge e assegno di mantenimento 101
C6 *Famiglia - Possesso e diritti reali - Comunione legale dei beni, coniugi e riparto dell'onere probatorio - Fattispecie 101
C6 *Obbligazioni e contratti - Preliminare, inadempimento e prova del danno personale 102

C6 *Obbligazioni e contratti - Processo - Opposizione a decreto ingiuntivo per canoni e domanda di risoluzione del contratto di locazione 104
C6 *Processo - Atto di precetto nullo, opposizione del debitore e sanatoria 106
C6 Previdenza - Presupposti per l'indennità di accompagnamento 109
CM Possesso e diritti reali - Commerciale - Società cooperativa e funzioni di amministratore di condominio 110
CM Obbligazioni e contratti- Processo Parere del COA su compenso avvocato e decreto ingiuntivo denegato 113
PENALE 117
P1 Armi e cattiva custodia - Fattispecie 117
P1 *Atti idonei ed inequivoci orientati alla morte della vittima e tentato omicidio - Fattispecie 117
P1 *Molestie nei confronti di pubblico ufficiale - Fattispecie 119
P2 *Famiglia - Prossimi congiunti e punibilità dell'estorsione 122
P2 *Processo - Condanna in primo grado per truffa, assoluzione in appello, presunzione di innocenza e ragionevole dubbio 123
P2 *Reati abituali, truffa e non applicabilità del fatto di lieve entità - Fattispecie 126
P3 Processo - Condanna patteggiata, estinzione del reato per decorso dei termini e computo della recidiva 128
P3 *Commerciale - Acronimo di marchio fuorviante e frode commerciale - Fattispecie 129
P3 *Urbanistica ed edilizia - Responsabilità del direttore dei lavori per omessa vigilanza - Fattispecie 131
P3 *Apprezzamenti volgari, bacio senza consenso e violenza sessuale verso minorenne - Fattispecie 137
P3 *Assunzione volontaria di alcol da parte della vittima e violenza sessuale di gruppo aggravata 140
P3 *Tributario - Processo - Pagamento da parte del contribuente e sequestro preventivo finalizzato alla confisca non operabile 142
P4 - Famiglia - Circolazione stradale - Arrivo in soccorso di familiare, etilometro e guida in stato di ebbrezza 144
P4 Stupefacenti - Processo - Famiglia - Genitore custode di piantagione e arresti domiciliari 147
P4 *Circolazione stradale - Cavallo che sfugge alla custodia, lesioni colpose e aggravante denegata di circolazione stradale 148
P5 *Concessioni e autorizzazioni - Famiglia - Falso materiale commesso da privato in autorizzazione amministrativa - Fotocopia di permesso invalidi 149
P5 *Cassetta delle offerte, tentativo di furto e desistenza volontaria 151
P5 *Concessioni e autorizzazioni - Famiglia - Falso materiale commesso da privato in autorizzazione amministrativa - Fotocopia di permesso invalidi 153
P5 *Sottrazione di telecamera, danneggiamento e furto con strappo - Fattispecie 155
P5 *Profilo falso su social network e reati sessuali con minorenni 157
P6 Processo - Cautela - Arresti domiciliari, allontanamento e sostituzione con la custodia cautelare 160
P6 *Banche dati, appropriazione da parte di pubblico ufficiale e peculato - Fattispecie 163
P6 Commerciale - Processo - Pignoramento presso la società terza e azioni del socio 165
P6 *Stranieri - Ricongiungimento familiare, pratiche agevolate e corruzione - Fattispecie 166
P6 *Gioco d'azzardo patologico e peculato - Fattispecie 167
P6 *Stupefacenti - Spaccio di lieve entità - Presupposti e requisiti 169
P6 *Continuità di atti, apparenza ed esercizio abusivo della professione 170
P3 Processo - Condanna patteggiata, estinzione del reato per decorso dei termini e computo della recidiva 173
AMMINISTRATIVO 175
ACG *Processo - Comportamento delle parti ed argomento di prova - Presupposti e requisiti 175
ACG *Gare - Inutile decorso del termine per documenti e revoca dell'aggiudicazione 182

ACC *Partiti politici e divieto di iscrizione e partecipazione per i magistrati 189
ACC *Stranieri - Accesso alle abitazioni in locazione e principio di parità tra cittadini e stranieri 195
A3 Processo - Principio di soccombenza ed eccezione motivata al regime delle spese processuali 202
A5 Urbanistica ed edilizia - Commercio e industria - Manufatto e decadenza dalla licenza - Fattispecie 205
A5 *Procedimento amministrativo - Ambiente e territorio - Diniego di accesso - Fattispecie 208
A5 *Gare - Offerta e mancato utilizzo del modulo predisposto dalla stazione appaltante 211
A5 *Servizi pubblici - Enti locali - Servizio pubblico locale, affidamento diretto e compatibilità europea - Rimette alla Corte di Giustizia UE 214
A5 *Servizi pubblici - Trasporto pubblico locale e affidamento diretto del servizio - Rimette alla Corte di Giustizia UE 219
A Veneto *Urbanistica ed edilizia - Ambiente e territorio - Processo - Traliccio per telefonia mobile e criterio della vicinitas a fini di impugnativa 225
A Liguria - Impiego pubblico - Richiesta di aspettativa per motivi di studio e diniego illegittimo 229
A Emilia Romagna *Gare - Omessa dichiarazione di condanna per corruzione e illegittima ammissione alla gara 231
A Toscana *Gare - Obbligazioni e contratti - Certificazione di qualità e contratto di avvalimento generico - Fattispecie 235
A Lazio *Gare - Requisiti di partecipazione, annullamento dell'aggiudicazione in autotutela e soccorso istruttorio 238
A Lazio - Gare - Servizi standardizzati e legittima scelta del criterio del prezzo più basso 245
A Lazio Famiglia - Scuola ed istruzione - Separazione dei coniugi e diritto a visionare ed estrarre copia dei documenti su scrutinio scolastico del figlio 253
A Lazio - Enti locali - Competenza per la revoca di passo carrabile 256
A Campania - Gare - Appalto di servizi pubblici e principio di rotazione 260
A Campania *Gare - Requisiti di partecipazione e discrezionalità della PA appaltante 264
A Campania *Gare - Soccorso istruttorio e funzione onnicomprensiva 274
A Puglia *Gare - Ammissione dei concorrenti e onere di immediata impugnazione - Rimette alla Corte costituzionale (da massimare) 278
A Puglia - Gare - Illegittima ammissione alla gara per mancata indicazione di codice - Fattispecie 312
A Calabria *Gare - Bando e prezzo a base d'asta eccessivamente basso - Fattispecie 319
A Sicilia - Ambiente e territorio - Bonifica di siti inquinati - Processo - Sopravvenuta carenza di interesse al ricorso 327

CIVILE

CCC *Condanna penale, cancellazione dall'albo degli autotrasportatori e natura non punitiva della misura

1.– Il Consiglio di Stato, sezione quinta giurisdizionale, con ordinanza del 13 luglio 2017, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4 e 5, commi 2, lettera g), e 8, del decreto legislativo 22 dicembre 2000, n. 395 (Attuazione della direttiva 98/76/CE del 1° ottobre 1998 del Consiglio dell'Unione europea, modificativa della direttiva 96/26/CE del 29 aprile 1996 riguardante l'accesso alla professione di trasportatore su strada di merci e di viaggiatori, nonché il riconoscimento reciproco di diplomi, certificati e altri titoli allo scopo di favorire l'esercizio della libertà di stabilimento di detti trasportatori nel settore dei trasporti nazionali ed internazionali).

1.1.– L'art. 5, comma 2, lettera g), del d.lgs. n. 395 del 2000 stabilisce che non sussiste, o cessa di sussistere, il requisito di onorabilità – previsto dal precedente art. 4 quale requisito necessario per l'iscrizione all'albo di cui all'art. 1 della legge 6 giugno 1974, n. 298 (Istituzione dell'albo nazionale degli autotrasportatori di cose per conto di terzi, disciplina degli autotrasporti di cose e istituzione di un sistema di tariffe a forcella per i trasporti di merci su strada) – in caso di condanna penale definitiva del datore di lavoro per fatti che costituiscono violazione degli obblighi sussistenti in materia previdenziale ed assistenziale. Ai sensi dell'art. 5, comma 8, il requisito in questione cessa di diritto al verificarsi di tale presupposto.

1.2.– Le disposizioni censurate determinerebbero, in violazione dell'art. 3 Cost., un irragionevole automatismo tra la perdita del requisito di onorabilità e l'applicazione di qualsiasi sanzione penale in materia previdenziale e assistenziale, poiché sarebbe escluso in radice una possibilità di valutazione da parte dell'amministrazione circa la tipologia d'infrazione compiuta, l'entità della sanzione subita o altro elemento rilevante.

Altresì violati sarebbero gli artt. 24 e 113 Cost., poiché l'assenza da parte dell'amministrazione della possibilità di valutare la rilevanza della condanna ai fini della persistenza dell'iscrizione all'albo renderebbe la facoltà di agire in giudizio, attraverso l'impugnazione dell'atto di cancellazione dall'albo, meramente formale.

2.– La difesa della parte privata asserisce che la disciplina della misura amministrativa oggetto d'esame si porrebbe in contrasto con i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di sanzioni amministrative afflittive, in particolare a partire dalla nota sentenza 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi, con conseguente violazione anche dell'art. 117, primo comma, Cost. Tale parametro, tuttavia, non è invocato dal giudice a quo, che anzi esplicitamente esclude che le disposizioni in esame possano presentare profili di contrasto con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

Pertanto, in quanto tesa ad allargare il thema decidendum fissato dall'ordinanza di rimessione, la questione

sollevata dalla difesa della parte privata è inammissibile, poiché «“l’oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione. Pertanto, non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti, ma non fatti propri dal giudice a quo, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze” (ex plurimis, sentenze n. 251 del 2017, n. 214 del 2016, n. 231 e n. 83 del 2015)» (sentenza n. 4 del 2018).

3.– Le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4 e 5, commi 2, lettera g), e 8, del d.lgs. n. 395 del 2000, sollevate in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., non sono fondate.

3.1.– Il d.lgs. n. 395 del 2000 ha recepito la direttiva 96/26/CE del Consiglio, del 29 aprile 1996, «riguardante l’accesso alla professione di trasportatore su strada di merci e di viaggiatori, nonché il riconoscimento reciproco di diplomi, certificati e altri titoli allo scopo di favorire l’esercizio della libertà di stabilimento di detti trasportatori nel settore dei trasporti nazionali ed internazionali», come modificata dalla direttiva 98/76/CE del Consiglio, del 1° ottobre 1998, «che modifica la direttiva 96/26/CE riguardante l’accesso alla professione di trasportatore su strada di merci e di viaggiatori, nonché il riconoscimento reciproco di diplomi, certificati e altri titoli allo scopo di favorire l’esercizio della libertà di stabilimento di detti trasportatori nel settore dei trasporti nazionali ed internazionali».

Tale direttiva, all’art. 3, prevedeva il requisito dell’onorabilità tra quelli necessari per l’esercizio dell’attività di autotrasporto su strada e attribuiva agli Stati membri la potestà di determinare le condizioni in base alle quali tale requisito dovesse sussistere in capo alle imprese, espressamente condizionando la sua sussistenza all’assenza di condanna per infrazioni gravi alle normative nazionali in vigore riguardanti «le condizioni di retribuzione e di lavoro della professione» (fatte salve l’intervenuta riabilitazione o altra misura di effetto equivalente). Inoltre, in caso di sopravvenuta carenza dei requisiti di onorabilità, l’art. 6, paragrafo 2, stabiliva che l’autorizzazione ad esercitare la professione di trasportatore su strada dovesse essere necessariamente revocata.

Il successivo regolamento CE n. 1071/2009 ha dettato una nuova disciplina della materia, senza però innovare riguardo al requisito di onorabilità, come sottolinea anche il giudice a quo. Resta attribuita agli Stati membri, infatti, la disciplina del requisito in questione, che non può comunque sussistere nel caso di condanne o sanzioni per infrazioni gravi della normativa nazionale in vigore, tra cui quelle concernenti le condizioni di retribuzione e di lavoro della professione.

L’art. 5, comma 2, lettera g), del d.lgs. n. 395 del 2000, pertanto, ha individuato tra le cause d’insussistenza del requisito di onorabilità il fatto che il datore di lavoro abbia subito «l’applicazione di qualunque sanzione, comunque comminata, per omesso o insufficiente versamento degli oneri previdenziali od assistenziali»; causa che la novella di cui all’art. 5, comma 4, del decreto legislativo 28 dicembre 2001, n. 478 (Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 22 dicembre 2000, n. 395, in materia di accesso alla professione di trasportatore su strada di cose per conto terzi) ha modificato nell’aver subito «condanna penale definitiva per fatti che costituiscono violazione degli obblighi sussistenti in materia previdenziale ed assistenziale». Il comma 8, inoltre, ha previsto la cessazione di diritto dal requisito di onorabilità al verificarsi

di tale condizione, con conseguente provvedimento amministrativo di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di autotrasporto e cancellazione dal relativo albo (di cui al successivo art. 11).

3.2.– Le disposizioni censurate, dunque, delineano un meccanismo automatico di perdita dei requisiti di onorabilità, sulla base di un bilanciamento in astratto effettuato dal legislatore, che ha imposto un'attività rigidamente vincolata all'amministrazione.

La giurisprudenza costituzionale ha ritenuto in più casi non legittimi gli automatismi legislativi, anche in materie ove sia riconosciuta un'ampia discrezionalità al legislatore, come è accaduto per la sanzione della destituzione automatica nei confronti dei pubblici dipendenti e dei professionisti, senza la mediazione del procedimento disciplinare (sentenze n. 268 del 2016, n. 234 del 2015, n. 329 del 2007, n. 2 del 1999, n. 363 e n. 239 del 1996, n. 16 del 1991, n. 158 e n. 40 del 1990 e n. 971 del 1988). In tali casi, infatti, questa Corte ha sostenuto che il principio di proporzionalità postula l'adeguatezza della sanzione al caso concreto e tale adeguatezza non può essere raggiunta se non attraverso la concreta valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell'illecito (sentenza n. 170 del 2015; nello stesso senso le sentenze n. 265 del 2010 e n. 220 del 1995).

Tuttavia, tale principio non è stato ritenuto applicabile «nei casi in cui la legge preveda la decadenza automatica da ruoli o da autorizzazioni all'esercizio di determinate attività come conseguenza della perdita di un requisito soggettivo necessario per l'accesso e per la permanenza nel ruolo o per la prosecuzione del rapporto autorizzatorio» (sentenza n. 2 del 1999).

Tale è il caso disciplinato dall'art. 5 del d.lgs. n. 395 del 2000. Il provvedimento di revoca e cancellazione, infatti, non ha carattere punitivo o afflittivo e non si configura quale pena accessoria, che sarebbe invece inibita al decreto penale di condanna, ma è una misura conseguente alla constatazione della sopravvenuta perdita dei «requisiti di onorabilità» prescritti per l'esercizio dell'attività in questione, che devono permanere in corso di attività.

Come già affermato da questa Corte, «dalla mancanza di un requisito soggettivo per la prosecuzione del rapporto autorizzatorio il legislatore può legittimamente far discendere la decadenza dal rapporto stesso non essendo ipotizzabile una maggiore o minore "gravità" di tale mancanza in modo da dover proporzionare ad essa la reazione dell'ordinamento e da richiedere una graduazione come nell'ipotesi di vere e proprie sanzioni disciplinari» (sentenza n. 297 del 1993). Dunque, proprio l'assenza nella misura amministrativa in esame di una funzione punitiva, retributiva o dissuasiva dalla commissione di illeciti consente di ritenere insussistente la violazione del principio di proporzionalità, che non può essere invocato «per quei provvedimenti espulsivi che conseguono, di diritto, al venir meno di un requisito soggettivo (sentenza n. 297 del 1993)» (sentenza n. 226 del 1997).

Il legislatore, al fine di tutelare la sicurezza stradale, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha individuato nella fattispecie prevista dall'art. 2, comma l-bis, del d.l. n. 463 del 1983, come convertito, una delle violazioni da considerare «gravi» ai sensi della disciplina comunitaria. Si tratta di una fattispecie di rilevanza penale, che «ha la finalità di ovviare al fenomeno costituito dalla grave forma di evasione, quale

quella contributiva, con un inasprimento delle sanzioni» (sentenza n. 139 del 2014).

La perdita dell'onorabilità, quindi, non è conseguenza di una qualsiasi sanzione per omesso o insufficiente versamento degli oneri previdenziali od assistenziali e neppure assume il carattere dell'assoluta irreversibilità. Infatti, l'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 395 del 2000 prevede che «[f]ermi restando gli effetti degli articoli 166 e 167 del codice penale e 445 del codice di procedura penale e di ogni disposizione che comunque prevede l'estinzione del reato, il requisito dell'onorabilità è riacquistato: a) a seguito della concessione della riabilitazione di cui all'articolo 178 del codice penale, sempreché non intervenga la revoca di cui all'articolo 180 del medesimo codice […]». Il requisito dell'onorabilità, pertanto, potrebbe essere riacquistato nella ricorrenza dei presupposti indicati.

La parziale depenalizzazione operata dal decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 8 (Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67), che ha modificato l'art. 2, comma l-bis, del d.l. n. 463 del 1983, come convertito, conferma ulteriormente la non irragionevolezza delle disposizioni censurate. Le omissioni contributive di rilevanza penale – le sole che consentono l'applicazione della misura amministrativa "espulsiva" – sono, infatti, quelle che eccedono la somma di euro diecimila, con l'esclusione delle violazioni più lievi.

È bensì vero che il regolamento CE n. 1071/2009 si riferisce a violazioni «gravi», mentre la stessa omissione contributiva di rilevanza penale appare oggettivamente una violazione meno grave rispetto ad altre fattispecie indicate dall'art. 5 del d.lgs. n. 395 del 2000 quale presupposto per la perdita dell'onorabilità. Tuttavia, essa fa parte di un'elencazione legislativa che non appare casuale, ma è dettata, ora dall'oggettiva gravità della violazione, ora dalla relazione fra questa e l'attività svolta dall'interessato.

La disciplina dell'automatismo legislativo, quindi, non è contraria né al principio di proporzionalità, né alla garanzia della libertà d'iniziativa economica. Essa, semmai, evita che talune imprese possano trarre un indebito vantaggio in termini di minori costi e maggiore disponibilità di risorse. E in tal senso costituiscono argomentazioni di mero fatto sia la constatazione del possibile pregiudizio indiretto per gli stessi lavoratori che la cancellazione dall'albo potrebbe loro portare, in virtù della cessazione dell'attività d'impresa ove prestano la propria opera, sia la mancanza di strumenti sanzionatori analoghi in altri settori dell'ordinamento.

Quanto affermato fa altresì escludere la violazione degli artt. 24 e 113 Cost. La natura necessitata del provvedimento di revoca dell'autorizzazione e cancellazione dall'albo, infatti, configura l'attività dell'amministrazione competente quale attività vincolata, limitata alla mera verifica della sussistenza del requisito di onorabilità richiesto dalla legge. Pertanto, i limiti ai vizi censurabili in sede di ricorso amministrativo non costituiscono una compressione del diritto di azione e difesa, ma sono ovvia conseguenza dell'assenza di discrezionalità amministrativa. Il che non esclude, tra l'altro, la possibilità di censurare l'atto in questione per i pur limitati profili di contrasto con la legge.

Corte Costituzionale, sentenza del 17.07.2018, n. 161

CCC *Previdenza - Famiglia - Assistenza a familiare portatore di handicap e diniego di indennità di maternità incostituzionale

1.– Il Tribunale ordinario di Torino e il Tribunale ordinario di Trento, entrambi in funzione di giudice del lavoro, dubitano della legittimità costituzionale dell'art. 24 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non annovera il congedo previsto dall'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001 per l'assistenza, rispettivamente, al coniuge convivente o a un figlio, portatori di handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), tra i periodi di cui non si tiene conto ai fini del computo di quell'arco temporale di sessanta giorni tra l'inizio della sospensione o dell'assenza e l'inizio del periodo di congedo di maternità, superato il quale l'attribuzione dell'indennità di maternità risulta preclusa.

Entrambi i rimettenti, dopo aver posto in risalto la specifica funzione dell'indennità di maternità, volta a tutelare la salute della donna e del nascituro e a evitare ogni pregiudizio connesso alla libera scelta della maternità, argomentano che il diniego dell'indennità di maternità, quando siano trascorsi più di sessanta giorni tra l'inizio della fruizione del congedo straordinario per l'assistenza al coniuge o a un figlio, portatori di handicap in situazione di gravità accertata, e l'inizio del periodo di congedo di maternità, vanifica la speciale protezione della maternità garantita dalla Carta fondamentale (artt. 31 e 37 della Costituzione).

Il Tribunale di Torino, in particolare, rileva che la disciplina censurata «pregiudica il diritto del disabile di ricevere assistenza all'interno del proprio nucleo familiare ed il diritto della lavoratrice di prestare assistenza al proprio coniuge disabile (laddove impone a quest'ultima, qualora insorga uno stato di gravidanza, di sacrificare anzitempo tale assistenza per riprendere il rapporto di lavoro prima dell'astensione obbligatoria)» e, in pari tempo, sacrifica «la libertà della lavoratrice di scegliere quando diventare madre», esponendola al rischio di perdere il diritto all'indennità di maternità quando le complicazioni della gestazione impediscano «la ripresa del servizio al termine del congedo straordinario».

La disciplina censurata sarebbe lesiva, altresì, dell'art. 3 Cost., in quanto, in difetto di ogni ragionevole giustificazione, riserverebbe un trattamento deteriore alla lavoratrice costretta ad assentarsi per assistere il coniuge o un figlio disabili.

Il Tribunale di Torino, in particolare, denuncia la violazione del «principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.». La lavoratrice che si dedica all'assistenza al coniuge disabile non sarebbe «meritevole di una minor tutela» rispetto alla lavoratrice assente per «malattia, infortunio sul lavoro, congedo parentale o congedo per la malattia del figlio fruito per una precedente maternità o per accudire minori in affidamento» o rispetto all'ipotesi «della mancata prestazione lavorativa in caso di contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale, della collocazione in cassa integrazione».

Il Tribunale di Trento ravvisa il contrasto con il «principio di eguaglianza formale ex art. 3 co. 1 Cost.» e

indica come specifico termine di raffronto la fattispecie «della lavoratrice madre che si trova in congedo ex art. 47 segg. d.lgs. 151/2001 per assistere il figlio ammalato» e perciò beneficia dell'esclusione di tale congedo dal computo dei sessanta giorni previsti dall'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 151 del 2001.

Il Tribunale di Torino prospetta anche il contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 20, 21, 23, 33 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. Il diniego dell'indennità di maternità, «dovuto alla duplice condizione della ricorrente, gestante con gravidanza a rischio e parente di un disabile bisognoso di cure», contravverrebbe al divieto di discriminazione con riguardo al sesso, «nella specifica declinazione della gravidanza/maternità», e alla disabilità, divieto che tutela anche chi presti al disabile la necessaria assistenza.

2.– Le due ordinanze di rimessione sollevano questioni in larga parte coincidenti, relative alla disciplina del computo dei sessanta giorni tra l'inizio del congedo straordinario e l'inizio del periodo di congedo di maternità. I relativi giudizi, pertanto, vanno riuniti per essere definiti con un'unica decisione.

3.– Le questioni sono fondate, nei termini e per i motivi di séguito esposti.

4.– Il testo unico del 2001 appresta una disciplina articolata delle diverse ipotesi di sospensione e di interruzione dell'attività lavorativa, anteriori all'inizio del periodo di astensione obbligatoria, e delle fattispecie in cui l'indennità di maternità è concessa anche quando sia trascorso un periodo superiore a sessanta giorni tra l'assenza e la sospensione e l'inizio dell'astensione obbligatoria. Su tale disciplina, che è utile ripercorrere nella sua evoluzione diacronica, si è innestata la giurisprudenza di questa Corte, come si vedrà in seguito.

La legge, in particolare, accorda l'indennità giornaliera di maternità anche alle «lavoratrici gestanti che si trovino, all'inizio del periodo di congedo di maternità, sospese, assenti dal lavoro senza retribuzione, ovvero, disoccupate», purché «tra l'inizio della sospensione, dell'assenza o della disoccupazione e quello di detto periodo non siano decorsi più di sessanta giorni» (art. 24, comma 2, d.lgs. n. 151 del 2001).

L'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 151 del 2001 esclude dal computo dei sessanta giorni le «assenze dovute a malattia o ad infortunio sul lavoro, accertate e riconosciute dagli enti gestori delle relative assicurazioni sociali», il «periodo di congedo parentale o di congedo per la malattia del figlio fruito per una precedente maternità», il «periodo di assenza fruito per accudire minori in affidamento» e il «periodo di mancata prestazione lavorativa prevista dal contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale».

Una disciplina peculiare è dettata a favore della lavoratrice che, all'inizio del periodo di congedo di maternità, fruisca dell'indennità di disoccupazione (art. 24, commi 4 e 5, d.lgs. n. 151 del 2001), del trattamento di integrazione salariale a carico della cassa integrazione guadagni (art. 24, comma 6, d.lgs. n. 151 del 2001) o dell'indennità di mobilità (art. 24, comma 7, d.lgs. n. 151 del 2001).

La normativa vigente ha riprodotto le previsioni dell'art. 17 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 (Tutela

delle lavoratrici madri), che già menzionava le assenze dovute a malattia e infortunio e disciplinava le fattispecie del godimento dell'indennità di disoccupazione e del trattamento di integrazione salariale a carico della cassa integrazione guadagni, recependo anche gli interventi di questa Corte, che hanno via via esteso l'àmbito applicativo del beneficio dell'indennità di maternità.

L'art. 17, secondo comma, legge n. 1204 del 1971 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dapprima nella parte in cui non escludeva – dal computo dei sessanta giorni immediatamente antecedenti all'inizio del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro – l'assenza facoltativa non retribuita di cui la lavoratrice gestante avesse goduto in séguito a una precedente maternità (sentenza n. 106 del 1980) e il periodo di assenza per accudire minori affidatile in preadozione (sentenza n. 332 del 1988).

La declaratoria di illegittimità costituzionale ha poi investito lo stesso art. 17, secondo comma, nella parte cui negava l'indennità giornaliera di maternità alle lavoratrici con contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale su base annua, anche in relazione ai previsti successivi periodi di ripresa dell'attività lavorativa, allorché il periodo di astensione obbligatoria avesse avuto inizio più di sessanta giorni dopo la cessazione della precedente fase di lavoro (sentenza n. 132 del 1991).

5.– La disciplina censurata si colloca, come già anticipato, nell'evoluzione normativa, ripercorsa nei suoi tratti salienti.

I giudici a quibus muovono dalla premessa che l'elencazione dell'art. 24 d.lgs. n. 151 del 2001 sia tassativa e non possa essere integrata attraverso un'interpretazione adeguatrice. La legge, in particolare, non contemplerebbe il congedo straordinario che l'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001 prevede a favore del coniuge convivente e della madre per l'assistenza a «soggetto con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

I rimettenti, chiamati a decidere le controversie promosse da lavoratrici gestanti che prestavano assistenza l'una al coniuge e l'altra al figlio disabile, chiedono di ampliare il catalogo delle deroghe previste dall'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 151 del 2001 a tali specifiche ipotesi. Queste precise richieste delimitano il tema del decidere devoluto all'esame di questa Corte.

Il dubbio di costituzionalità è originato da una plausibile premessa ermeneutica.

La giurisprudenza di legittimità è consolidata nell'attribuire carattere tassativo alle deroghe delineate dall'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 151 del 2001 (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenze 14 luglio 2017, n. 17524 e 24 marzo 2017, n. 7675), in coerenza con l'orientamento di questa Corte, che riconduce alla valutazione discrezionale del legislatore l'individuazione delle particolari fattispecie in cui non rileva una cesura superiore a sessanta giorni tra l'assenza della lavoratrice e la sospensione del suo rapporto di lavoro, da un lato, e l'inizio del periodo di congedo di maternità, dall'altro (sentenza n. 106 del 1980, punto 5. del Considerato in diritto).

6.– Il legislatore, pur nell'àmbito di tali scelte discrezionali, si propone di apprestare una tutela effettiva e

coerente con il dettato costituzionale, che conferisce alla Repubblica il compito di proteggere la maternità e l'infanzia, «favorendo gli istituti necessari a tale scopo» (art. 31, secondo comma, Cost.), e prescrive «una speciale adeguata protezione» (art. 37, primo comma, Cost.) per la madre e il bambino, accomunati in una prospettiva di tutela unitaria, in armonia con l'unicità della relazione esistenziale che li lega (sentenza n. 205 del 2015, punto 4. del Considerato in diritto).

La Carta fondamentale impone di proteggere la salute fisica della donna e del bambino e tutto il complesso rapporto che si instaura tra madre e figlio, con le «esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino» (sentenze n. 61 del 1991, punto 4. del Considerato in diritto, e n. 1 del 1987, punto 6. del Considerato in diritto), e di «impedire che possano, dalla maternità e dagli impegni connessi alla cura del bambino, derivare conseguenze negative e discriminatorie» (sentenza n. 423 del 1995, punto 4. del Considerato in diritto).

Nel definire i presupposti dell'indennità di maternità, «crocevia di molteplici valori costituzionalmente rilevanti» (sentenza n. 205 del 2015, punto 4. del Considerato in diritto), le scelte legislative, pur diversamente modulate con riferimento alle peculiari situazioni considerate, devono salvaguardare il fondamento della tutela costituzionale della maternità, che risiede nella maternità in quanto tale (sentenza n. 361 del 2000, punto 4.1. del Considerato in diritto) e vieta «una ingiustificata esclusione di ogni forma di tutela» (sentenza n. 405 del 2001, punto 2.1. del Considerato in diritto)

7.– La legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 151 del 2001 deve dunque essere scrutinata alla luce dei princìpi richiamati.

7.1.– La legge riconosce il diritto a percepire l'indennità di maternità se si può ritenere, in ragione della brevità del tempo trascorso «tra la cessazione del lavoro e l'inizio del periodo di astensione obbligatoria» o in ragione di altri specifici elementi, che la lavoratrice sia «ancora inserita nel circuito del lavoro allorquando il periodo di astensione obbligatoria ha avuto inizio» (sentenza n. 132 del 1991, punto 2. del Considerato in diritto), o se ricorrano esigenze preminenti di tutela, connesse a una precedente maternità (sentenza n. 106 del 1980) o alla cura di un minore affidato in preadozione (sentenza n. 332 del 1988).

La disposizione censurata non annovera tra le esigenze preminenti di tutela la necessaria assistenza del coniuge o del figlio disabili, in forza di un congedo straordinario concesso ai sensi dell'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001.

7.2.– Questa omissione è posta al centro delle censure mosse dai rimettenti.

Nel negare l'indennità di maternità alla madre che, all'inizio del periodo di astensione obbligatoria, benefici da più di sessanta giorni di un congedo straordinario per l'assistenza al coniuge o al figlio in condizioni di grave disabilità, la disposizione censurata sacrifica in maniera arbitraria la speciale adeguata protezione che l'art. 37, primo comma, Cost. accorda alla madre lavoratrice e al bambino. Quest'ultima previsione specifica e rafforza la tutela della maternità e dell'infanzia già sancita in termini generali dall'art. 31, secondo comma, Cost.

L’esclusione del congedo straordinario si rivela irragionevole anche alla luce delle speciali previsioni dell’art. 24, comma 3, d.lgs. n. 151 del 2001, che non comprendono nel computo dei sessanta giorni tra l’inizio dell’assenza e l’inizio dell’astensione obbligatoria il «periodo di congedo parentale o di congedo per la malattia del figlio fruito per una precedente maternità». La deroga prevista per tali congedi si ispira a un’esigenza preminente di tutela, cosicché l’indennità di maternità è dovuta anche quando la discontinuità del rapporto di lavoro superi i sessanta giorni.

Nelle due ipotesi di congedo straordinario per assistere il coniuge o un figlio in condizioni di grave disabilità emergono esigenze di tutela egualmente rilevanti.

Si tratta, infatti, di congedo straordinario subordinato a presupposti oggettivi e temporali rigorosi, non equiparabile ad altre assenze, giustificate da motivi personali e di famiglia, che incidono sul computo dei sessanta giorni previsti dall’art. 24, comma 2, d.lgs. n. 151 del 2001.

La giurisprudenza di questa Corte ha contribuito a scandire l’evoluzione del beneficio in esame e ad ampliarne l’àmbito applicativo. Dapprima esteso ad uno dei fratelli o delle sorelle conviventi con soggetto con handicap in situazione di gravità accertata, i cui genitori siano totalmente inabili (sentenza n. 233 del 2005), il congedo straordinario ha successivamente riguardato, in via prioritaria, il coniuge convivente (sentenza n. 158 del 2007) e, in difetto di altri soggetti idonei, il figlio convivente (sentenza n. 19 del 2009) e il parente o l’affine entro il terzo grado convivente (sentenza n. 203 del 2013).

L’estensione dei beneficiari del congedo straordinario risponde all’esigenza di garantire la cura del disabile nell’àmbito della famiglia e della comunità di vita cui appartiene, allo scopo di tutelarne nel modo più efficace la salute, di preservarne la continuità delle relazioni e di promuoverne una piena integrazione.

L’assetto prefigurato dal legislatore pregiudica la madre che si faccia carico anche dell’assistenza al coniuge o al figlio disabili, e attua un bilanciamento irragionevole nei confronti di due princìpi di primario rilievo costituzionale, la tutela della maternità e la tutela del disabile. Con l’imporre una scelta tra l’assistenza al disabile e la ripresa dell’attività lavorativa per godere delle provvidenze legate alla maternità, la disciplina censurata determina l’indebito sacrificio dell’una o dell’altra tutela. In tal modo essa entra in contrasto con il disegno costituzionale che tende a ravvicinare le due sfere di tutela e a farle convergere, nell’alveo della solidarietà familiare, oltre che nelle altre formazioni sociali.

La tutela della maternità e la tutela del disabile, difatti, pur con le peculiarità che le contraddistinguono, non sono antitetiche, proprio perché perseguono l’obiettivo comune di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.). Per questi particolari vincoli di solidarietà, connessi alla cura del coniuge o del figlio disabili con handicap in condizione di gravità accertata, si impone l’estensione della deroga sancita dall’art. 24, comma 3, d.lgs. n. 151 del 2001.

8.– Dalle considerazioni svolte, discende la fondatezza delle proposte questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 31 e 37 Cost.

Si deve, pertanto, dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui non prevede che, ai fini del computo dei sessanta giorni previsti dall'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 151 del 2001, non si tenga conto del periodo di congedo straordinario previsto dall'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001, di cui la lavoratrice gestante abbia fruito per l'assistenza al coniuge convivente o a un figlio, portatori di handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, comma 1, legge n. 104 del 1992.

Restano assorbite le ulteriori censure del Tribunale di Torino, incentrate sulla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 20, 21, 23, 33 e 34 della CDFUE.

Corte Costituzionale, sentenza del 13.07.2018, n. 158

CSU Deontologia e disciplinare - Responsabilità del PM in tema di intercettazioni – Fattispecie

Con il primo motivo di ricorso, il Procuratore generale denuncia, in relazione all'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., la "mancanza della motivazione" della sentenza impugnata, la quale si risolverebbe in una serie di affermazioni apodittiche.

Il motivo è infondato, essendo la pronuncia idonea a rappresentare le ragioni che il giudicante ha posto a base della decisione adottata.

2.1. Col secondo motivo è denunciata la violazione di legge per errata applicazione dell'art. 2, comma 1, lett. ff), del d.lgs. n. 109 del 2006.

Osserva il ricorrente che, secondo la giurisprudenza di legittimità in tema di intercettazioni ambientali, in primo luogo non è compito del pubblico ministero stabilire regole di condotta circa le modalità di intrusione nel luogo destinato alla collocazione degli strumenti di captazione (trattandosi di una sequenza di atti materiali che competono alla polizia giudiziaria come organo esecutivo); in secondo luogo, al fine di operare un equo bilanciamento tra interessi privati e pubblici di rilevanza costituzionale, l'intrusione deve rispondere a rigorosi criteri di necessità e proporzionalità (ai quali è conforme la sola intrusione nel domicilio).

Ne consegue che, nella fattispecie, l'incolpato, avendo autorizzato la simulazione di un furto (ed anzi il furto tout court), ha ampliato e non circoscritto il raggio d'azione della p.g., consentendo la lesione di diritti altrui oltre i confini dettati dai criteri anzidetti e così compiendo un atto di contenuto abnorme.

2.2. Il motivo è infondato.

L'art. 2, comma 1, lett. ff), del d.lgs. n. 109 del 2006 prevede che costituisce illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, per quanto qui interessa, "l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti", cioè i provvedimenti abnormi, in quanto, appunto, adottati al di fuori dell'ordinamento processuale

(oppure che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si esplichino al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite: cfr., da ult., Cass. pen. n. 32142 del 2017, che richiama Cass. Sez. U. pen. n. 26 del 2000). Ed è da condividere la tesi del ricorrente secondo cui un provvedimento, sia pur tipico dal punto di vista strutturale, può assumere i connotati della abnormità in ragione del suo contenuto (o del suo aspetto funzionale, allorché determini la stasi del processo: cfr. giurisprudenza penale citata).

Ciò premesso, e venendo al caso di specie, deve innanzitutto rilevarsi che, in tema di intercettazioni ambientali, se è vero che non è compito del pubblico ministero indicare alla polizia giudiziaria regole di condotta sulle modalità di intrusione nei luoghi destinati all'attività di captazione - trattandosi di atti materiali rientranti nella contingente valutazione, dinamica e imprevedibile, della stessa p.g. (da ult., Cass. pen. n. 39403 del 2017) -, ciò, tuttavia, non significa che una tale indicazione non sia consentita, sia cioè oggetto di un divieto, ben potendo il magistrato provvedere ad esprimerla, nell'esercizio della sua discrezionalità.

In secondo luogo, non può non essere considerato che la Sezione disciplinare ha affermato, sulla base delle dichiarazioni di un teste e delle memorie difensive, che il provvedimento dell'incolpato era stato dettato dalla preoccupazione di "circoscrivere le iniziative estemporanee della Polizia giudiziaria a causa delle tensioni esistenti con il M.llo S. , e non di istigare o di accentuare la commissione di attività illecite da parte dei carabinieri delegati sviando quindi l'atto dalla sua funzione tipica".

Trattasi di un accertamento di fatto compiuto dal giudice del merito sulla base delle risultanze probatorie, come tale da censurare, in ipotesi, per motivazione contraddittoria o manifestamente illogica, in base al testo del provvedimento o ad altri atti del processo, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., ciò che non è avvenuto nella specie, in cui il ricorrente ha denunciato, come si è visto al par. 1, la mancanza assoluta della motivazione.

Il giudice disciplinare ha valutato la condotta addebitata all'incolpato nel quadro di un particolare contesto fattuale, che lo ha condotto a svilirne la effettiva portata (risulta, peraltro, dall'ordinanza del GIP presso il Tribunale di Lecce sopra citata che la modalità indicata nel decreto in esame non è stata mai posta in essere).

In conclusione, la qualificazione, operata dal giudice a quo, del provvedimento oggetto di incolpazione come atto non abnorme si sottrae alle censure esposte, con conseguente rigetto del ricorso.

3. Non vanno adottate statuizioni sulle spese, non potendo esserne destinatario il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione (tra altre, Cass., Sez. U., 9/3/2005, n. 5079).

Corte di Cassazione, Unite Civili, sentenza del 17.07.2018, n. 19041

CSU *Commerciale - Avvocati, altri professionisti e legittima costituzione di una società

1.1. Il primo motivo di ricorso denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 45 d.lgs. n. 59 del 2010 - concernente il silenzio assenso decorsi 60 giorni dalla presentazione della domanda di iscrizione - per averne il CNF escluso l'applicazione in base all'erroneo presupposto dell'applicabilità al caso in esame, quale disciplina speciale, dell'art. 17, comma 7, legge 31.12.2012, n. 247 (legge professionale), nonostante che quest'ultima disposizione fosse stata emanata in epoca successiva alla formazione di detto silenzio assenso, atteso che la domanda di iscrizione della società era stata presentata, mediante notifica del relativo atto costitutivo, il 16.5.12.

1.2. Con il secondo motivo ci si duole di violazione, falsa ed errata applicazione dell'art. 10 legge n. 183 del 2011, norma che ha introdotto la facoltà di costituire società, anche di capitali, multidisciplinari e con la presenza di professionisti iscritti in altri albi o di soci di capitale; lamenta parte ricorrente che la pronuncia impugnata abbia ritenuto tale art. 10 inapplicabile sull'erroneo presupposto d'un perdurante divieto, per gli avvocati, di costituire società multidisciplinari contenuto nell'art. 5 legge n. 247 del 2012, nonostante che la delega legislativa in essa contenuta sia scaduta il 4.8.13, senza che il Governo abbia provveduto ad esercitarla.

2.1. Il primo motivo di ricorso è infondato.

Ai sensi dell'art. 45, comma 5, d.lgs. n. 59 del 2010, relativo al procedimento di iscrizione in albi, registri o elenchi per l'esercizio di professioni regolamentate, "L'iscrizione all'albo o all'elenco speciale per l'esercizio di una professione regolamentata, in mancanza di provvedimento espresso, si perfeziona al momento della scadenza del termine per la formazione del silenzio assenso." (termine che il precedente comma 2, stesso articolo, fissa in due mesi dalla presentazione della domanda).

La censura in esame muove dal presupposto che la notifica al COA di Perugia, avvenuta il 16.5.12, dell'atto costitutivo della società equivalga a domanda di sua iscrizione, sicché, allo scadere dei 60 giorni senza alcun espresso provvedimento del COA medesimo, l'iscrizione richiesta dovrebbe considerarsi come perfezionatasi, senza che in contrario possa opporsi - come invece si legge nella sentenza impugnata - la diversa regolamentazione contenuta nell'art. 17, comma 7, legge 31.12.2012, n. 247 (legge professionale), intervenuta posteriormente al formarsi del silenzio assenso.

In contrario va - invece - osservato che già il COA di Perugia, come riferito nello stesso ricorso, aveva ritenuto che la mera notifica dell'atto costitutivo della S.a.s. oggi ricorrente non equivalesse a domanda di iscrizione e che solo il 3.4.13 gli avv.ti C. avevano fatto pervenire al COA di Perugia una nota con cui ritenevano di qualificare come domanda di iscrizione la notificazione al medesimo COA - avvenuta il 16.5.12 - della costituzione della società.

Né con il ricorso al CNF si è specificamente censurato o confutato tale rilievo, sicché la doglianza si palesa inammissibile perché nuova.

Pertanto, l'unico atto che potrebbe considerarsi equipollente ad una domanda di iscrizione sarebbe la nota presentata il 3.4.13, in epoca in cui era già entrata in vigore la nuova legge professionale, che esclude che l'iscrizione possa perfezionarsi mediante silenzio assenso.

Né tale nota può retrodatare la decorrenza dell'obbligo del COA di pronunciarsi, obbligo sorto soltanto a partire dal 3.4.13.

2.2. La disamina del secondo motivo di ricorso, che merita accoglimento nei sensi di seguito chiariti, va preceduta da un breve excursus (senza pretesa alcuna di esaustività) dell'evoluzione legislativa in materia di esercizio in forma associata della professione di avvocato.

2.3. L'esercizio in comune dell'attività professionale fu regolamentato per la prima volta con la legge 23.11.1939, n. 1815, che consentiva l'esercizio in forma associata della professione da parte di persone abilitate, ma con l'obbligo di utilizzare esclusivamente la dizione di "studio tecnico, legale, commerciale, contabile, amministrativo o tributario" seguita dal nome e cognome e dai titoli professionali dei singoli associati (art. 1); ogni diversa forma di esercizio associato di attività professionale era vietato (art. 2).

Il divieto venne meno soltanto nel 1997 con l'abrogazione dell'art. 2 della legge n. 1815 del 1939 da parte dell'art. 24, comma 1, della legge 7.8.1997, n. 266, che al comma successivo rinviava la regolamentazione della materia ad un successivo decreto ministeriale, mai emanato (con conseguente permanente incertezza sul modello societario utilizzabile).

L'intera legge n. 1815 del 1939 è stata definitivamente abrogata soltanto dall'art. 10, comma 11, della legge n. 183 del 2011, ma prima di allora a disciplinare le società tra avvocati (e non quelle fra altri professionisti) è intervenuto il titolo II del d.lgs. 2.2.2001, n. 96, di attuazione della direttiva comunitaria 98/5/CE, che all'art. 16 dispone: "L'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio può essere esercitata in forma comune esclusivamente secondo il tipo della società tra professionisti, denominata nel seguito società tra avvocati". Il relativo modello societario è regolato dalle norme sulla società in nome collettivo di cui al capo III del titolo V del libro V del codice civile.

In sintesi, la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 96 del 2001 prevede che la società tra avvocati abbia quale oggetto esclusivo l'esercizio in comune della professione da parte dei propri soci (art. 17), tutti necessariamente in possesso del titolo di avvocato (art. 21, comma 1); la società deve essere iscritta nel registro delle imprese (nella sezione speciale relativa alle società tra professionisti, con funzione di pubblicità notizia) e all'albo degli avvocati, nell'apposita sezione speciale (artt. 16 e 27); la ragione sociale deve contenere l'indicazione di "società tra avvocati" (nota anche con l'acronimo STA); la partecipazione ad una STA è incompatibile con la partecipazione ad altra STA (art. 21, comma 2); l'amministrazione spetta ai soci (a ciascuno di essi disgiuntamente dagli altri, fatta salva eventuale diversa pattuizione) e non può essere affidata a terzi (art. 23); non è soggetta a fallimento (art. 16, comma 3); ai sensi dell'art. 24, comma 1, l'incarico professionale conferito alla società tra avvocati può essere eseguito solo da uno o più soci in possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività professionale richiesta; secondo l'art. 26, comma 1, il socio o i soci incaricati sono personalmente e illimitatamente responsabili per l'attività professionale svolta in

esecuzione dell'incarico, mentre la società risponde con il suo patrimonio; è sancita anche la responsabilità disciplinare della società (ai sensi dell'art. 30 essa risponde delle violazioni delle norme professionali e deontologiche applicabili all'esercizio in forma individuale della professione forense; se la violazione commessa dal socio è ricollegabile a direttive impartite dalla società, la responsabilità disciplinare del socio concorre con quella della società).

Qualche anno dopo, il d.l. 4.7.2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4.8.2006, n. 248, ha eliminato in linea generale il divieto di esercizio professionale di tipo interdisciplinare stabilendo (art. 2, comma 1) che "In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: (...) c) il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità.".

La possibilità di costituire società di persone multidisciplinari è stata poi confermata, sempre in via generale (cioè non con specifico riferimento agli avvocati), dall'art. 10, comma 8, della legge n. 183 del 2011 - modificato dal d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Lo stesso articolo ha poi introdotto ulteriori novità nell'intento di favorire la liberalizzazione del fenomeno delle società tra professionisti.

Il comma 3 consente "la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dal titolo V e VI del libro V del codice civile", vale a dire anche secondo i modelli delle società di capitali o cooperative di professionisti con almeno tre soci. Il comma 4 dispone che possono assumere la qualifica di "società tra professionisti" (nota anche con l'acronimo STP) le società il cui atto costitutivo preveda, tra l'altro, l'esercizio in via esclusiva dell'attività professionale da parte dei soci (lett. a), l'ammissione in qualità di soci dei soli professionisti iscritti ad ordini, albi e collegi, anche in differenti sezioni, nonché dei cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea, purché in possesso del titolo di studio abilitante, ovvero di soggetti non professionisti soltanto per prestazioni tecniche o per finalità di investimento, ma in ogni caso il numero dei soci professionisti e la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza di due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci (lett. b). Sempre il cit. comma 4 prevede che l'esecuzione dell'incarico professionale sia curata solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta (lett. c). Il comma 5 dispone che la denominazione sociale deve comunque contenere l'indicazione di "società tra professionisti". Il comma 6 stabilisce l'incompatibilità in caso di partecipazione del socio a più STP. Il comma 7 ribadisce l'obbligo dell'osservanza del codice deontologico del proprio ordine da parte dei soci professionisti e la soggezione della STP al regime disciplinare dell'ordine al quale risulta iscritta.

Tuttavia il comma 9 del cit. art. 10 contiene una clausola di salvaguardia che ha determinato le incertezze

interpretative che sono alla base del presente giudizio: "Restano salve le associazioni professionali, nonché i diversi modelli societari già vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge.".

E fra tali modelli societari vi è anche quello delineato, specificamente per la professione forense, dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. n. 96 del 2001.

La citata legge n. 183 del 2011 si è limitata a dettare disposizioni di principio, demandando (art. 10, comma 10) l'attuazione delle materie non direttamente da essa disciplinate - ossia quelle di cui ai commi 4, lett. c), 6 e 7) - ad un regolamento da adottarsi dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico (tale disciplina attuativa è contenuta nel d.m. 8.2.2013, n. 34).

Nelle more dell'emanazione del decreto ministeriale è intervenuta la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, la legge n. 247 del 2012, poi modificata - per gli aspetti che in questa sede interessano - dall'art. 1, comma 141, della legge 4 agosto 2017, n. 124 (v. meglio infra).

Nella sua formulazione originaria la nuova legge professionale si limitava, all'art. 4, a prevedere che la professione forense potesse essere esercitata individualmente o con la partecipazione ad associazioni tra avvocati, demandando al Governo, con la disposizione delegante contenuta nel successivo art. 5, la disciplina dell'esercizio della professione forense in forma societaria nel rispetto di principi e criteri direttivi fra i quali annoverava il principio secondo cui l'esercizio della professione forense in forma societaria sarebbe stato consentito esclusivamente a società di persone, società di capitali o società cooperative, i cui soci fossero avvocati iscritti all'albo.

Restava, quindi, esclusa la partecipazione di soci di mero investimento o di soci non abilitati all'esercizio della professione forense.

Inoltre, sempre il cit. art. 5 inseriva tra i principi e i criteri direttivi della delega anche la previsione che alla società tra avvocati si applicassero, in quanto compatibili, le disposizioni sull'esercizio della professione di avvocato in forma societaria di cui al summenzionato d.lgs. n. 96 del 2001.

In tal modo ne confermava espressamente la vigenza, consentendo di superare i dubbi a riguardo derivanti dall'art. 2, comma 1, del cit. d.l. 4.7.2006, n. 223, che - con disposizione generale valevole per tutte le libere professioni - aveva abrogato il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti.

Infine, l'art. 1, comma 141, della legge 4 agosto 2017, n. 124, al dichiarato scopo di garantire una maggiore concorrenzialità nell'ambito della professione forense, ha modificato le previsioni della legge di riforma dell'ordinamento forense n. 247 del 2012 sulle associazioni tra avvocati e multidisciplinari di cui all'art. 4 (eliminando il limite della partecipazione dell'avvocato ad una sola associazione) e, previa abrogazione espressa del cit. art. 5 della legge professionale (che, come detto, conteneva la delega legislativa al Governo per la disciplina dell'esercizio della professione forense in forma societaria, delega poi scaduta), ha nuovamente modificato la disciplina dell'esercizio in forma societaria della professione forense inserendo

nella legge n. 247 del 2012 l’art. 4-bis.

Quest’ultimo conferma l’ammissibilità delle società di persone, di capitali o cooperative iscritte in un’apposita sezione speciale dell’albo tenuto dall’ordine territoriale nella cui circoscrizione ha sede la stessa società; vieta la partecipazione societaria tramite società fiduciarie, trust o per interposta persona (comma 1) e, al comma 2, lett. a), prevede che "i soci, per almeno due terzi del capitale sociale e dei diritti di voto, devono essere avvocati iscritti all’albo, ovvero avvocati iscritti all’albo e professionisti iscritti in albi di altre professioni; il venire meno di tale condizione costituisce causa di scioglimento della società e il consiglio dell’ordine presso il quale è iscritta la società procede alla cancellazione della stessa dall’albo, salvo che la società non abbia provveduto a ristabilire la prevalenza dei soci professionisti nel termine perentorio di sei mesi".

Si prevede poi che la maggioranza dei membri dell’organo di gestione debba essere composta da soci avvocati (lett. b) e che i componenti dell’organo di gestione non possano essere estranei alla compagine sociale; i soci professionisti possono rivestire la carica di amministratori (lett. c).

Il comma 3 dispone che, anche nel caso di esercizio della professione forense in forma societaria, resta fermo il principio della personalità della prestazione professionale. L’incarico può essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente, i quali assicurano per tutta la durata dell’incarico la piena indipendenza e imparzialità, dichiarando iniziali o sopravvenuti conflitti di interesse o casi di incompatibilità.

Il comma 4 ribadisce il concorso della responsabilità della società e dei soci con quella del professionista che ha eseguito la specifica prestazione.

Il comma 5 dispone che la sospensione, cancellazione o radiazione del socio dall’albo costituisce causa di esclusione dalla società.

Il comma 6 ribadisce, infine, che le società sono in ogni caso tenute al rispetto del codice deontologico forense e sono soggette alla competenza disciplinare dell’ordine di appartenenza.

2.4. Così ricostruita l’evoluzione normativa in materia, osserva questa Suprema Corte che il rigetto dell’istanza di iscrizione dello Studio Legale F.F. C. Società Professionale in accomandita semplice degli avvocati F. e Fi.Ca. & C. non è predicabile in base all’asserita sopravvivenza dispositiva (sostenuta nella sentenza impugnata) del principio contenuto nell’art. 5 della legge n. 247 del 2012 (consentire l’esercizio della professione forense in forma societaria soltanto a società i cui soci siano avvocati iscritti all’albo) e ciò in virtù dell’assorbente rilievo che si tratta di norma ormai espressamente abrogata - come si è ricordato - dall’art. 1, comma 141, della legge 4.8.17.2017, n. 124.

Tale espressa abrogazione supera la rilevanza di ogni ulteriore discorso - che ha impegnato e impegna tuttora la dottrina costituzionalistica - relativo agli effetti producibili dai principi direttivi (non anche dai criteri) contenuti nella legge delega pur a fronte di vana scadenza del termine di esercizio della delega stessa.

Riepilogando, con l’entrata in vigore dell’art. 10 legge n. 183 del 2011 e, in particolare, della clausola di salvaguardia contenuta nel relativo comma 9, in tema di società tra professionisti si era determinata la coeva vigenza di due differenti cornici di riferimento, una generale e una speciale.

La prima era contenuta nel comma 4 dell’art. 10 legge n. 183 del 2011, che prevede la possibilità di costituire società, anche di capitali, fra professionisti (in genere) e soci non professionisti (sia pure con alcune peculiari disposizioni concernenti i rapporti fra di essi, le maggioranze all’interno della società e l’esercizio dell’attività professionale con i relativi obblighi deontologici).

Tale è la disposizione normativa su cui si basa la richiesta di iscrizione all’albo avanzata da parte ricorrente.

La seconda cornice di riferimento era quella di cui al cit. d.lgs. n. 96 del 2001, riferita ai soli avvocati (e non anche ad altri professionisti) e ritenuta ancora vigente grazie alla clausola di salvaguardia contenuta nel comma 9 dello stesso art. 10 legge n. 183 del 2011 ("Restano salve le associazioni professionali, nonché i diversi modelli societari già vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge.").

La dizione legislativa era, dunque, chiara nel fare salvi i "modelli societari" (non semplicemente le società) già in vigore e, quindi, anche quelli di cui al d.lgs. n. 96 del 2001.

La più restrittiva esegesi suggerita in sede di discussione da parte ricorrente - secondo cui tale clausola di salvaguardia avrebbe avuto l’unico scopo di garantire la validità delle società già costituite, escludendo la possibilità di costituirne di nuove secondo lo schema predisposto dal d.lgs. n. 96 del 2001 - non solo collide con il tenore testuale della norma (là dove parla di "modelli societari" e non semplicemente di società), ma soprattutto trascura che non vi sarebbe stato alcun bisogno di specificare la perdurante validità delle società già costituite sotto il vigore del suddetto d.lgs. n. 96.

Infatti, non esistono nel nostro ordinamento casi di c.d. nullità successiva, ossia nullità conseguente a norme che, in deroga al principio generale secondo cui i requisiti di validità del negozio devono esistere nel momento in cui lo stesso viene posto in essere, stabiliscano - invece - che i requisiti essenziali debbano esistere alla stregua della legge vigente non solo nel momento genetico, ma anche in quello di produzione degli effetti.

Né con tale figura possono confondersi i casi disciplinati dagli artt. 687, 800, 801 e 803 (revocazione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni) o dagli artt. 610, 615 e 618 c.c. (in tema di testamenti nelle forme speciali), che più esattamente attengono ad ipotesi di mera inefficacia sopravvenuta.

Ciò detto, la perdurante validità dei modelli societari di cui agli artt. 16 e ss. d.lgs. n. 96 del 2001 teoricamente poteva dare luogo a due ipotesi ermeneutiche alternative fra loro:

1. a) pur dopo l’art. 10 legge n. 183 del 2011 l’unico tipo di società tra avvocati sarebbe stato quello di cui alla lex specialis contenuta nel citato d.lgs. n. 96 del 2001 (in tal senso era orientata la prevalente dottrina);

2. b) oltre a tale tipo di società (note con l'acronimo STA) disciplinato dal cit. d.lgs. n. 96 del 2001, gli avvocati avrebbero potuto altresì costituire società tra professionisti (note con l'acronimo STP) ai sensi dell'art. 10 legge n. 183 del 2011 e, quindi, società anche di capitali, multidisciplinari e con la presenza di professionisti iscritti in altri albi o di soci di capitale (opinione - questa - di altra autorevole, seppur sostanzialmente isolata, voce di dottrina).

Osserva questa Suprema Corte che, in realtà, l'avverbio "esclusivamente", contenuto nel cit. art. 16 d.lgs. n. 96 del 2001, non consentiva per gli avvocati un concorso in via elettiva di entrambi i modelli societari che evitasse il conflitto tra le due norme (art. 16 cit. e art. 10 legge n. 183 del 2011).

Tale conclusione era avvalorata anche dal cit. art. 5 legge n. 247 del 2012 e dall'art. 19 legge 21.12.1999, n. 526, norme contenenti delega legislativa al Governo per la regolamentazione dell'esercizio in forma societaria della professione forense con la fissazione del principio direttivo di esclusione dalla compagine sociale di soci non avvocati.

Pertanto, in virtù del principio regolatore del conflitto di norme di pari rango secondo il quale lex posterior generalis non derogat priori speciali, doveva necessariamente darsi prevalenza al capo a) dell'alternativa che precede, ossia alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 96 del 2001, con conseguente divieto di STP tra avvocati regolate dall'art. 10 legge n. 183 del 2011.

Ma, dopo l'ordinanza interlocutoria n. 15278 del 20.6.2017, i termini della questione sono mutati grazie all'avvento dell'art. 4-bis della legge n. 247 del 2012 (articolo inserito ad opera dell'art. 1, comma 141, legge n. 124 del 2017 e poi ulteriormente integrato dalla legge n. 205 del 2017), espressamente dedicato all'esercizio della professione forense in forma societaria, che - come sopra anticipato dettando una compiuta e speciale disciplina delle società tra avvocati, esplicitamente al comma 2 consente anche la partecipazione di soci non avvocati seppur in misura non superiore ad un terzo del capitale sociale.

2.5. In conclusione, prima del cit. art. 4-bis, unico consentito modello societario tra avvocati era quello di cui agli artt. 16 e ss. del d.lgs. n. 96 del 2001.

Oggi, invece, il carattere anch'esso speciale dell'art. 4-bis della legge professionale degli avvocati fa sì che tale nuova disciplina prevalga sulla (anteriore e) generale disposizione dell'art. 10 legge n. 183 del 2011 e sulla parimenti speciale, ma anteriore, disciplina di cui agli artt. 16 e ss. del d.lgs. n. 96 del 2001.

2.6. La nullità della società in oggetto per contrasto con norme imperative, ossia con gli artt. 16 e ss. d.lgs. n. 96 del 2001, in vigore al tempo della sua costituzione, non pregiudica l'efficacia degli atti da essa compiuti e ciò vuoi in forza dell'art. 20, comma 2, stesso d.lgs., vuoi in forza della giurisprudenza di questa S.C. (cfr., da ultimo e per tutte, Cass. n. 9124/15) secondo cui anche la nullità del contratto costitutivo di una società di persone è equiparabile, quoad effectum, al suo scioglimento.

Nondimeno, lo ius superveniens di cui al cit. art. 4-bis in tema di esercizio in forma associata della professione forense, introducendo la nuova disciplina d'un rapporto sociale ancora in corso, va applicato

anche d’ufficio in questa sede (gli unici limiti all’applicazione d’uno ius superveniens nel giudizio di legittimità, che però non vengono in rilievo nel caso di specie, sono quelli del rispetto di eventuali giudicati interni e del divieto di reformatio in peius).

Di conseguenza, si pone la necessità di accertare se, in concreto, i connotati della società ricorrente siano compatibili con detto ius superveniens, accertamento cui provvederà il giudice di rinvio.

2.6. In conclusione, accolto il secondo motivo di ricorso e rigettato il primo, si cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio al CNF affinché - sempre in sede giurisdizionale, ma in diversa composizione - accerti in concreto la compatibilità della società in oggetto con il modello societario delineato dal cit. art. 4-bis della legge n. 247 del 2012, attenendosi al seguente principio di diritto:

"Dal 1.1.2018 l’esercizio in forma associata della professione forense è regolato dall’art. 4-bis della legge n. 247 del 2012 (inserito dall’art. 1, comma 141, legge n. 124 del 2017 e poi ulteriormente integrato dalla legge n. 205 del 2017), che - sostituendo la previgente disciplina contenuta negli artt. 16 e ss. d.lgs. n. 96 del 2001 - consente la costituzione di società di persone, di capitali o cooperative i cui soci siano, per almeno due terzi del capitale sociale e dei diritti di voto, avvocati iscritti all’albo, ovvero avvocati iscritti all’albo e professionisti iscritti in albi di altre professioni, società il cui organo di gestione deve essere costituito solo da soci e, nella sua maggioranza, da soci avvocati.".

Si compensano le spese del presente giudizio di legittimità, considerato che in materia di società tra professionisti (avvocati e non) vi è stato un problematico sovrapporsi nel tempo di scelte legislative tra loro non sempre coerenti.

Corte di Cassazione, Unite Civili, sentenza del 19.07.2018, n. 19282

CSU *Processo - Previdenza e Lavoro - Dipendenti di enti pubblici diversi dallo Stato - Giurisdizione del GO del lavoro

1. – Con il sollevato conflitto negativo di giurisdizione si chiede di stabilire a chi spetti decidere la controversia promossa dall’erede del dipendente in quiescenza della soppressa Azienda autonoma di soggiorno e turismo di Messina per ottenere la declaratoria del diritto del suo dante causa a percepire, dalla Regione Siciliana, le differenze tra la pensione effettivamente erogata dalla Cassa Pensioni Dipendenti Enti Locali e la pensione prevista per le analoghe qualifiche dell’amministrazione regionale, secondo le previsioni dello statuto della Cassa Integrazioni Pensioni dell’Azienda autonoma.

2. – Deve essere dichiarata, in conformità delle conclusioni del pubblico ministero, la giurisdizione del

giudice amministrativo.

3. – Invero, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte regolatrice (Cass., Sez. U., 25 giugno 2002, n. 9234; Cass., Sez. U., 10 giugno 2003, n. 9221; Cass., Sez. U., 2 aprile 2008, n. 8471; Cass., Sez. U., 12 ottobre 2009, n. 21554; Cass., Sez. U., 22 dicembre 2009, n. 26959), le controversie promosse da dipendenti in quiescenza nei confronti di enti pubblici non economici diversi dallo Stato ed aventi per oggetto le prestazioni pensionistiche erogate da tali enti, essendo relative a prestazioni che ineriscono strettamente al pregresso rapporto di impiego posto in essere con l'ente datore di lavoro, in quanto corrisposte da un fondo costituito dai medesimi enti pubblici per mezzo dell'accantonamento di una parte della retribuzione ed alimentato anche da contributi dei dipendenti, sono devolute non già alla giurisdizione della Corte dei conti, bensì alla giurisdizione esclusiva del giudice del rapporto di lavoro e, quindi, al giudice amministrativo in via esclusiva o a quello ordinario a seconda che siano attinenti, ai sensi dell'art. 45, comma 17, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (cui ora corrisponde l'art. 69, comma 7, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), a questioni sorte in un periodo antecedente o successivo al 30 giugno 1998, avuto riguardo, ove la lesione del diritto del lavoratore sia prodotta da un atto formale, all'epoca della sua emanazione.

Nella specie la controversia ha ad oggetto la mancata erogazione di un trattamento integrativo in aggiunta alla pensione ed è relativa a prestazioni che – come è dato desumere dallo statuto dell'Azienda autonoma di soggiorno e turismo – sono corrisposte dalla Cassa Integrazione Pensioni dell'Azienda autonoma, alimentata da contributi dei dipendenti e da assegnazioni della stessa Azienda autonoma.

E poiché l'atto di cui viene lamentata l'illegittimità è la nota dell'Azienda autonoma del 17 maggio 1996 che ha escluso il diritto del Costantino alla corresponsione, da parte della Cassa Integrazione Pensioni dell'Azienda, del richiesto importo pari alla differenza tra la pensione percepita dai dipendenti regionali e la pensione allo stesso corrisposta dalla Cassa Pensioni Dipendenti Enti Locali, occorre guardare all'epoca – anteriore al 30 giugno 1998 – della emanazione di questo atto formale che ha inciso negativamente sulla posizione giuridica del lavoratore in quiescenza.

4. – Non vi è luogo a pronuncia sulle spese, trattandosi di regolamento di giurisdizione richiesto d'ufficio, nel quale le parti non hanno svolto attività difensiva.

Cassazione, Unite Civili, ordinanza del 17.7.2018, n. 19044

C1 *Diritto fondamentali - Uso del ritratto di attrice e diritto all'immagine

1.1 ricorrenti lamentano, con il primo motivo, la violazione o falsa applicazione "dei contratti intercorsi tra la Paramount Home Entertainment (Italy) srl e la Arnoldo Mondatoti Editore spa", denunciando che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'appello, il ritratto dell'attrice era stato utilizzato per finalità promozionali della rivista stessa "(omissis) ", edita dalla Mondadori, non essendo, invece, contestato l'uso dell'immagine dell'attrice (previa autorizzazione della Paramount) sulle copertine dei DVD, venduti in abbinamento alla rivista, ed era quindi necessario, in base all'art.5 lett. b) del contratto di licenza ed all'art.1, seconda parte, delle condizioni generali di contratto, ottenere da parte dei legittimi titolari il consenso per l'uso del ritratto dell'attrice per la campagna pubblicitaria della vendita dei DVD in abbinamento alla rivista; la Corte d'appello ha invece, erroneamente, richiamato l'art.2 lett.b) del contratto di licenza, inerente unicamente alla cessione in uso alla Mondadori dei soli segni distintivi propri della Paramount.

Gli stessi ricorrenti, con il secondo motivo, lamentano la violazione o falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., degli artt.88, 96 e 97 l.633/1941, avendo la Corte d'appello errato nel non considerare che l'utilizzo della attrice ritratta; per finalità promozionali della rivista, era illecito, in quanto effettuato senza il consenso degli eredi H. , unici titolari.

2. La prima censura è inammissibile, in quanto, in difetto di una prospettata violazione di norme di interpretazione dei contratti, risulta rivolta unicamente ad introdurre in questa sede di legittimità una diversa valutazione degli stessi elementi di fatto già esaminati dalla Corte d'appello.

Questa Corte (Cass.420/2006; Cass.29111/2017) ha già chiarito che,. in tema di interpretazione del contratto, "il procedimento di qualificazione giuridica consta di due fasi, delle quali la prima consistente nella ricerca e nella individuazione della comune volontà dei contraenti - è un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione in relazione ai canoni di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e seguenti cod. civ., mentre la seconda - concernente l'inquadramento della comune volontà, come appurata, nello schema legale corrispondente - risolvendosi nell'applicazione di norme giuridiche può formare oggetto di verifica e riscontro in sede di legittimità sia per quanto attiene alla descrizione del modello tipico della fattispecie legale, sia per quanto riguarda la rilevanza qualificante degli elementi di fatto così come accertati, sia infine con riferimento alla individuazione delle implicazioni effettuali conseguenti alla sussistenza della fattispecie concreta nel paradigma normativo".

In definitiva, essendo il giudizio espresso, in relazione alla individuazione della comune volontà dei contraenti, un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione in relazione ai canoni di ermeneutica contrattuale, quando in sede di legittimità venga denunziata la violazione di tali regole, è necessaria la specifica dimostrazione del modo in cui il ragionamento seguito dal giudice di merito abbia deviato dalle regole nei detti articoli stabilite, non essendo sufficiente una semplice critica della decisione sfavorevole, formulata attraverso la mera proposizione di una diversa e più favorevole interpretazione rispetto a quella adottata dal giudicante (Cass.12946/2007).

3. La seconda censura è, dei pari, inammissibile.

Nel presente giudizio, la Corte d'appello ha ritenuto che il diritto all'utilizzazione delle immagini

dell’attrice H.A. , all’interno dei numeri della rivista "(OMISSIS) ", editi dalla Mondadori nel 2008, venduti in abbinamento con DVD contenenti alcuni film interpretati dall’attrice, essendo strumentale allo sfruttamento dell’opera cinematografica (come di solito avviene per locandine, copertine o fascette dei DVD), era stato legittimamente acquisito, da parte dell’Editore Mondadori, in forza di contratto di licenza, dal produttore titolare dei diritti di utilizzazione economica dell’opera e non necessitava pertanto del consenso degli eredi dell’attrice protagonista. È stato dunque riconosciuto che l’unico scopo pubblicitario ricollegabile alle immagini (o meglio ai ritratti nell’accezione di cui all’art.96 L.A.) dell’attrice H.A. era quello di promuovere la vendita del prodotto cinematografico (nella specie su supporto DVD), sia pure in abbinamento ad una rivista, e che solo in quei numeri del periodico, abbinati ai DVD, si era avuto l’utilizzo delle immagini contestate. Quanto, poi, all’utilizzo dell’immagine dell’attrice H.A. in due articoli giornalistici, dedicati alla stessa nella sua veste di ambasciatrice Unicef, i giudici di merito hanno ritenuto essere operante l’esimente di cui all’art.97 L.A. Ora, il motivo di ricorso risulta inammissibile, in quanto, riguardo all’utilizzo delle immagini dell’attrice H.A. riconducibili al contratto di licenza tra editore e produttore, ogni diversa valutazione è preclusa, in difetto di enunciazione, nel primo mezzo, dei criteri ermeneutici violati dalla Corte d’appello, mentre, riguardo all’uso delle immagini della H. , nel ruolo di ambasciatrice Unicef, scriminate ex art.97 L.A., l’autonoma ratio decidendi presente nella decisione impugnata non viene neppure specificamente censurata.

3. Per tutto quanto sopra esposto, va dichiarato inammissibile il ricorso. Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

Corte di Cassazione, I, ordinanza del 19.07.2018, n. 19311

C1 *Famiglia - Adozione in casi particolari e dissenso preclusivo del genitore biologico

1. La Corte di appello di Roma, Sezione per i Minorenni, con sentenza del 12 luglio 2016, n. 4433, statuendo sul corrispondente gravame proposto da Pa. Mi. e Lu. Er., confermò la decisione del Tribunale per i Minorenni di quella stessa città nella parte in cui aveva respinto la loro domanda di adozione, ex art. 44, comma 1, lett. d), di Ad. Za., evidenziando come la stessa non potesse trovare accoglimento in virtù dell'efficacia preclusiva del dissenso opposto dalla madre del minore. Inoltre, in ragione dell'evidente disagio psicologico manifestato da quest'ultimo, desunto dalla relazione della ASL Roma 2 del 13 maggio 2016, modificò la sentenza di primo grado, revocando gli incontri liberi tra il minore e la madre, nonché i suoi pernottamenti presso la stessa, ed incaricando la ASL Roma 2 - Distretto 9 di predisporre un progetto della durata di un anno «diretto a superare l'attuale situazione di disagio psicologico del minore Ad. Za. e di conflittualità fra gli affidatari e la madre del bambino, mediante incontri protetti madre-figlio ed incontri di mediazione tra le parti (affidatari e madre) al fine di pervenire al ricomponimento dell'attuale conflitto nel superiore interesse del minore, nonché un percorso di sostegno alla genitorialità per la madre Ha. Ac., segnalando alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Roma eventuali condotte pregiudizievoli per il minore».

2. Avverso la descritta decisione, non notificata, ricorrono il Mi. e la Er., formulando cinque motivi, resistiti dalla Ac., mentre non ha spiegato difese la Procura Generale presso la suddetta corte di appello. Entrambe le parti costituite hanno depositato memorie ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ., mentre va ritenuto inammissibile l'ulteriore deposito di quanto allegato alla nota della Ac. datata 4 giugno 2018, trattandosi di documento non attinente alla nullità della decisione impugnata e/o alla ammissibilità del ricorso e del controricorso, come invece richiesto dall'art. 372, comma 1, cod. proc. civ..

2.1. Il primo motivo, rubricato «Art. 360, n. 3, c.p.c. Violazione o falsa applicazione di norme di diritto, nella specie l'art. 46, secondo comma, della L. n. 184/1983, come modificata dalla L. n. 173/2015, e degli artt. 29 e 30 della Costituzione», ascrive alla corte distrettuale di aver ritenuto insindacabile il dissenso della madre naturale facendo riferimento ad un orientamento giurisprudenziale restrittivo e minoritario, laddove un valido dissenso deve necessariamente provenire «dal genitore che non sia mero titolare della potestà genitoriale, ma ne abbia altresì il concreto esercizio, grazie ad un rapporto effettivo con il minore, caratterizzato di regola dalla convivenza, in ragione della centralità attribuita dagli artt. 29 e 30 della Costituzione alla effettività del rapporto genitore-figlio».

2.2. Il secondo motivo, intitolato «Art. 360, n. 3 e n. 5. Violazione o falsa applicazione di norme di diritto, in particolare dell'art. 44 della L. n. 184/1983 nonché dell'art. 1 della L. n. 173/2015. Omessa valutazione dello stato di semiabbandono permanente del minore, successivamente nuovamente evolutosi in abbandono, e della continuità dei rapporti affettivi tra il minore e la famiglia affidataria», critica la decisione impugnata per aver focalizzato la propria attenzione esclusivamente sulla ritenuta, a torto, efficacia preclusiva del dissenso della madre naturale, senza valutare ogni altro aspetto della vicenda, compreso l'interesse preminente del minore. In particolare, si enfatizza il contesto sociale e familiare di grande soddisfazione in cui quest'ultimo vive da almeno sette anni ed il forte legame intercorrente tra lui ed i ricorrenti, contestualmente stigmatizzandosi l'assenza di un rapporto affettivo costante tra il medesimo e la madre naturale.

2.3. Il terzo motivo, recante «Art. 360, n. 3 e n. 5. Violazione o falsa applicazione di norme di diritto, in particolare degli artt. 44, lett. d), e 46, secondo comma, della L. n. 184/1983, dell'art. 1 della L. n. 173/2015, dell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, degli artt. 3, primo comma, 18, primo comma, e 21, primo comma, della Convenzione di New York. Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Omessa valutazione dell'interesse del minore», imputa alla corte distrettuale di aver anteposto l'interesse della madre naturale a quello del minore; di non aver offerto alcuna valutazione in ordine alla richiesta di adozione "mite"; di non aver considerato i numerosi periodi di abbandono del figlio da parte della madre.

2.4. Il quarto motivo prospetta, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., la «Violazione o falsa applicazione di norme di diritto, in particolare dell'art. 99 c.p.c. Ultrapetizione», ed invoca la cassazione della sentenza impugnata nella parte in cui si è pronunciata in ordine agli incontri protetti madre bambino.

2.5. Il quinto motivo, infine, rubricato «Art. 360, n. 3. Violazione di legge [e] di norme di diritto, in particolare degli art. 2697 c.c., 356, 115 e 116 c.p.c, nonché 15, secondo comma, della L. n. 184/1983.

Valutazione erronea delle prove e mancata ammissione di prove addotte dalla difesa dei coniugi Mi.», lamenta che la corte capitolina aveva assunto a fondamento del proprio convincimento la relazione dei servizi sociali del 17 settembre 2015, non redatta in contraddittorio delle parti, ed aveva omesso di motivare in ordine alla richiesta consulenza tecnica d'ufficio psicodiagnostica sul minore ed in relazione alla richiesta di prova per testi e di ascolto del minore medesimo, così incorrendo in una insanabile nullità della procedura.

3. Ritiene il Collegio di poter scrutinare congiuntamente, attesa la evidente connessione tra loro esistente, i motivi primo, secondo, terzo e quinto, il cui esame ne rivela, nel complesso, la infondatezza per le ragioni tutte di seguito esposte.

3.1. La Corte di appello di Roma, Sezione per i Minorenni, ha respinto la domanda di adozione, ai sensi dell'art. 44, lett. d), della legge n. 184 del 1983, del minore Ad. Za., formulata dal Mi. e dalla Er., attribuendo rilevanza determinante al diniego di consenso al riguardo manifestato dalla madre di detto minore.

La Corte territoriale ha affermato, in proposito, che, «poiché, ai sensi dell'art. 46 della L. n. 184/83, assume decisivo rilievo il rifiuto dell'assenso all'adozione da parte dei "genitori esercenti la potestà", deve tenersi conto dell'incidenza sull'art. 317-bis c.c. (evidentemente nel testo ante riforma di cui al D.Lgs. n. 154 del 2013, ndr), secondo cui l'esercizio della potestà genitoriale spetta congiuntamente ad entrambi genitori qualora siano conviventi, ovvero, se non convivono, a quello con il quale i figlio convive, della modifica apportata all'art. 155 c.c. dalla L. n. 54 del 2006 (la quale prevede, all'art. 4, la sua applicabilità ai procedimenti relativi ai figli di minori non coniugati), con particolare riferimento all'attribuzione della potestà genitoriale ad entrambi i genitori, anche dopo la cessazione della convivenza» (cfr. pag. 9 della sentenza impugnata). Pertanto, richiamando i principi espressi da Cass. n. 10265 del 2011, da Corte cost. n. 182 del 1998 e da Cass. n. 9795 del 2000, ha concluso che, nella specie, la Ac., benché non fosse attualmente convivente con il figlio minore, non aveva comunque perduto l'esercizio della responsabilità genitoriale sullo stesso (posto che, con la sentenza del 9 maggio 2014, il Tribunale per i Minorenni di Roma ne aveva revocato la sospensione e la nomina del tutore provvisorio nella persona della Er., disponendo l'affidamento del minore alla coppia Mi./Er. per la durata di due anni), sicché il suo diniego di assenso all'adozione predetta doveva considerarsi assolutamente ostativo ad essa, precludendo al giudice ogni valutazione circa la sua giustificabilità, o meno, e la sua rispondenza all'interesse del minore (cfr. pag. 10-11 della menzionata sentenza).

3.2. La sentenza impugnata, dunque, ha interpretato l'art. 46, comma 2, della legge n. 184 del 1983, nel senso che il rifiuto dell'assenso all'adozione da parte del genitore esercente la responsabilità sul minore, benché nella specie non convivente con quest'ultimo, «deve considerarsi assolutamente ostativo all'adozione, precludendo al giudice ogni valutazione circa la giustificabilità o meno di tale rifiuto e la rispondenza di esso all'interesse del minore».

3.3. Questa Corte si è già pronunciata sulla questione con la sentenza n. 18575 del 21 settembre 2015, la quale - nel ricordare che già nella precedente decisione della medesima Corte n. 11604 del 26 ottobre 1992 si legge che «l'aver conferito effetti ostativi alla sola volontà dei genitori esercenti la potestà, escludendoli nel caso in cui l'assenso sia stato rifiutato dal genitore che quella potestà non esercita, trova ragion d'essere nella

considerazione che solo la comunanza di vita e la conseguente conoscenza degli interessi e delle esigenze del minore rendono rilevante il dissenso - ha affermato che "in tema di adozione particolare, ha efficacia preclusiva ai sensi dell'art. 46, comma 2, della L. n. 184 del 1983, il dissenso manifestato dal genitore che non sia mero titolare della responsabilità genitoriale, ma ne abbia altresì il concreto esercizio grazie ad un rapporto effettivo con il minore, caratterizzato di regola dalla convivenza, in ragione della centralità attribuita dagli artt. 29 e 30 Cost. all'effettività del rapporto genitore-figlio".

Come rilevato in precedenza, a tale orientamento si sono riportati i ricorrenti nel censurare la sentenza impugnata.

3.4. Ritiene il Collegio di dare continuità al principio secondo cui non ha efficacia preclusiva, ai sensi dell'art. 46, comma 2, della legge n. 184 del 1983, il dissenso manifestato dal genitore che sia meramente titolare della responsabilità genitoriale, senza averne il concreto esercizio grazie a un rapporto effettivo con il minore, e che, tuttavia, detto principio debba essere meglio puntualizzato con le precisazioni e le limitazioni che seguono.

3.4.1. Al riguardo, va in primo luogo rilevato che quel principio fu enunciato con riferimento ad una fattispecie concreta in cui il genitore (la madre) non esercitava in concreto, da molti anni, la responsabilità genitoriale sulla figlia, con la quale non intratteneva alcun effettivo rapporto, se non quello esplicantesi, in epoca più recente, negli incontri protetti. In particolare, la richiamata sentenza n. 18575 del 2015 riguardò una fattispecie in cui il giudice di appello, respingendo il gravame della madre di una minore, confermò la sentenza di primo grado che aveva pronunciato l'adozione particolare, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, della minore stessa da parte di una coppia di coniugi escludendo l'illegittimità dell'adozione per difetto di consenso della madre dell'adottanda, non avendo ella mai instaurato un rapporto con la figlia, che sin da tenera età era stata inserita in un istituto per minori e poi assegnata in affidamento preadottivo ai coniugi suddetti, attuali adottanti, ed era stata nuovamente affidata ai predetti anche dopo che il medesimo giudice d'appello aveva revocato la dichiarazione di adottabilità con sentenza passata in giudicato; sentenza che si basava sulla sopravvenuta condotta del padre della bambina - che tuttavia si era poi convinto della opportunità dell'adozione particolare, non opponendovisi - e confermava, invece, il disinteresse della madre. In considerazione della inesistenza di rapporti, sia attuali che pregressi, fra madre e figlia, e quindi della non conoscenza degli interessi e delle esigenze della seconda da parte della prima, evincibile anche dalle dichiarazioni rese da questa nel corso del giudizio, il dissenso materno era superabile, rivelandosi, infatti, pienamente conforme al preminente interesse della minore l'adozione da parte di quei coniugi, i quali avevano amorevolmente accudito, educato ed istruito sia l'indicata minore che sua sorella, assecondandone le inclinazioni naturali e facendole vivere per la prima volta in un ambiente familiare sereno e rassicurante.

3.4.2. La Suprema Corte in quell'occasione, respingendo il corrispondente motivo di ricorso della madre, giunse alla conclusione di cui si è precedentemente detto ricordando che la ricorrente, al momento dell'adozione, non esercitava in concreto, da molti anni, la responsabilità genitoriale sulla figlia adottanda, con la quale pacificamente non intratteneva alcun effettivo rapporto se non quello esplicantesi, in epoca più recente, negli incontri protetti; pertanto, il dissenso della stessa all'adozione ben poteva essere superato in

base alla valutazione del preminente interesse della minore in concreto operata dalla corte di merito.

3.5. Si trattava, dunque, di fattispecie concreta affatto diversa da quella su cui è intervenuta la sentenza in questa sede impugnata, la quale, invece, alla stregua di quanto risulta da una lettura doverosamente unitaria e complessiva della motivazione (e non frammentata, come avvenuto da parte del sostituto procuratore generale nella sua requisitoria scritta), ha posto in rilievo che la madre naturale non si è mai completamente disinteressata del figlio (nato nel settembre 2008, e, fin dal successivo luglio 2009, accolto presso l'abitazione dei coniugi Mi./Er., che avevano offerto il loro aiuto per sopperire alle condizioni di precarietà del nucleo familiare, estendendo, dall'aprile 2010, l'ospitalità anche alla Ac.), non sussistendo, pertanto, un effettivo mancato esercizio della genitorialità, e, soprattutto, che la coppia di adottanti ha tenuto un comportamento non conforme allo spirito dell'affido e dell'adozione speciale, creando progressivamente una situazione di fatto che ha scavato un solco di incomunicabilità ed avversione tra madre e figlio: un atteggiamento, quindi, volto non a favorire il coinvolgimento della madre naturale nel rapporto con il figlio, ma ad estrometterla progressivamente dalla vita affettiva del minore.

3.5.1. Significative, in proposito, sono le affermazioni della corte distrettuale in cui si evidenzia che: i) nel corso di un precedente procedimento volto all'accertamento dello stato di abbandono del minore (conclusosi con una dichiarazione di non luogo a provvedere), era emerso che sua madre aveva continuato a vivere con lui presso la famiglia Mi., lavorando presso una pizzeria nei pressi di piazza Re di Roma fino al novembre 2012, allorquando aveva iniziato a convivere, nel Comune di Carsoli, con il nuovo compagno, An. Te., con cui aveva instaurato una relazione affettiva dal luglio 2012, sfociata in un successivo matrimonio dal quale erano nati altri due figli (cfr. pag. 2-3); ii) nel periodo successivo al novembre 2012, la Ac. si era recata con stabilità (1 -2 volte a settimana) a visitare il figlio Ad., che era sempre molto contento di trascorrere del tempo con lei, sicché non poteva dirsi che la madre avesse realizzato un abbandono di quel figlio (cfr. pag. 3); iii) nella motivazione del provvedimento impugnato innanzi ad essa, il Tribunale per i Minorenni di Roma aveva rilevato «che la sfiducia degli affidatari nelle risorse materne non permette loro di favorire il legame tra la madre Ha. ed Ad., come sarebbe nello spirito dell'affido, ponendosi più come sostituti genitoriali che come persone favorenti il rapporto ed il rientro presso la madre e la sua famiglia ricostituita; che i coniugi Mi. - Er., nel corso del periodo di affidamento, non hanno aiutato il bambino a recuperare e consolidare il rapporto con la madre, venendo meno allo spirito ed al significato dell'affido e ponendo il bambino in una trama ansiosa, dannosa alla già provata serenità del bambino che, infatti, presenta allo stato segnali di disagio psicologico» (cfr. pag. 4); iv) «Nella relazione di aggiornamento sulla condizione psicologica del minore del 13.05.2016, la ASL Roma 2 ha riferito che Ad., apparso in evidente condizione di angoscia e prostrazione, ha assunto un ruolo attivo di contrapposizione alla richiesta materna e la sua posizione di rifiuto non è dovuta solo agli ultimi eventi, in quanto già nel novembre 2014 aveva, manifestato il suo rifiuto della sola idea di andare a vedere dove viveva la madre. Di fronte alla minaccia di essere portato via da quello che negli anni è stato il suo contesto familiare, il bambino reagisce con l'esasperazione degli atteggiamenti di rifiuto e con la determinazione di spogliarsi dell'identità di figlio di Ha. per rimanere solo figlio degli attuali affidatari. Rileva, al riguardo, il servizio che questa posizione, se, attualmente, protegge il bambino da vissuti di dolore e separazione, comporta, a livello prognostico, dei rischi nella crescita psichica del bambino, da cui lo stesso va tutelato, prevedendo che gli adulti coinvolti, nelle rispettive responsabilità, gli garantiscano la possibilità di ricostruire con la madre una relazione di fiducia» (cfr. pag. 11).

3.5.2. Va altresì rilevato che il riferimento operato nella sentenza n. 18575 del 2015 alla convivenza tra genitore biologico e minore quale elemento caratterizzante "di regola" il concreto esercizio del rapporto affettivo con il minore sembra porsi in contrasto con il diverso orientamento espresso dalla Corte di legittimità nella sentenza n. 10265 del 10 maggio 2011, nella quale si è affermato che «in tema di adozione in casi particolari, ha efficacia preclusiva, ai sensi dell'art. 46 della legge 4 maggio 1983, n. 184, il dissenso manifestato dal genitore naturale non convivente all'adozione del figlio minore a norma dell'art. 44, lettera b) della legge richiamata, dovendo egli ritenersi comunque "esercente la potestà", pur quando lo stesso non sia mai stato convivente con il minore». Può pertanto affermarsi che non sia la convivenza l'elemento sintomatico necessario, di regola, per verificare la sussistenza del concreto esercizio di un effettivo rapporto con il minore, potendosi e dovendosi desumere tale concreto esercizio dalle reali e qualificanti modalità di svolgimento delle relazioni tra genitore e minore anche se non conviventi tra loro.

3.5.3. Ritiene di conseguenza il collegio che debbano essere delimitati la portata ed il perimetro applicativo del principio enunciato dalla sentenza n. n. 18575 del 2015, anche per evitare che, nella assolutezza della sua formulazione, esso rischi di porsi in dissonanza con le linee guida che governano i presupposti e ispirano la disciplina dell'adozione - in forza dei quali l'interesse prevalente del minore è quello «di vivere, per quanto possibile, con i propri genitori e di essere allevato nell'ambito della propria famiglia» di origine (Cass. n. 13435 del 2016), con la conseguenza che il ricorso alla dichiarazione di adottabilità deve rappresentare la "extrema ratio" (Cass. n. 23979 del 2015; n. 3915 del 2018), richiedendosi al giudice di merito di operare un giudizio prognostico teso, in primo luogo, a verificare l'effettiva ed attuale possibilità di recupero delle capacità e competenze genitoriali (Cass. n. 7559 del 2018) - e di rovesciare, invece, i termini di confronto con riferimento all'adozione speciale di cui all' art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, in cui il consenso del genitore biologico rileva solo se conforme all'interesse del minore e solo se sorretto da un rapporto effettivo con lui, caratterizzato di regola dalla convivenza.

3.5.4. Il principio enunciato dalla sentenza n. 18575 del 2015 deve essere anche più specificamente raccordato con la funzione propria del particolare tipo di adozione speciale oggetto del presente giudizio, la quale, come esattamente rilevato dal giudice di appello, consente di formalizzare il rapporto affettivo instaurato dal minore con i soggetti impegnati nella sua cura, creando uno status personale tra adottante e adottato, senza però far venir meno il vincolo esistente con i genitori biologici e la famiglia di origine. Diversamente ragionando, si rischia di svilire il preminente interesse del minore alla piena tutela delle relazioni familiari "effettive", parimenti riducendo a mera declamazione verbale, ma smentita nei fatti, il carattere "funzionale" della potestà, il suo essere oggi "responsabilità" e non diritto.

4. Sembra, dunque, necessario guardare alla realtà effettiva delle relazioni familiari. E' su questa via, d'altra parte, che si muove la giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo (cfr. Wagner c. Lussemburgo, 28 giugno 2007; Schneider v. Germany, 15 settembre 2011, c. 17080/7), secondo la quale, per vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU, si devono intendere non solo i vincoli formali di genitorialità e parentela, ma, ancor prima, le relazioni di fatto esistenti, intese come ambiente familiare che soddisfa i bisogni esistenziali del minore.

4.1. Se, dunque, si considerano le relazioni familiari nella loro effettività e l'interesse del minore alla

salvaguardia di quelle non meramente formali, ma realmente esistenti nella sua esperienza di vita, si comprende anche che cosa debba intendersi per "esercizio della potestà (oggi "responsabilità"). Non un'investitura formale da parte del legislatore - che non può mai mancare quando ad essere attribuito è un potere che ha senso in quanto si abbia la possibilità di esercitarlo - ma effettivo esercizio delle responsabilità. Questo, si, può mancare quando il genitore, pur formalmente investito del potere, in concreto non lo eserciti. In questi casi l'intervento del giudice che valuti la corrispondenza dell'adozione all'interesse del minore si giustifica e si apprezza come momento di bilanciamento degli interessi in gioco: del genitore a conservare un rapporto privilegiato con il figlio, e di quest'ultimo ad essere inserito a tutti gli effetti, con pieno riconoscimento di diritti e doveri, nella famiglia che si prende cura di lui (cfr., ad esempio, Cass. n. 6633 del 2002).

4.2. Non può sottacersi, peraltro, che, nella sentenza n. 182 del 1988, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 45, comma 2, e 56, comma 2, della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui prevedevano (prima delle modifiche introdotte dalla legge 28 marzo 2001, n. 149) la necessità, in vista dell'adozione particolare, del consenso anziché della mera audizione del legale rappresentante del minore, la Corte costituzionale ha svolto anche importanti considerazioni circa la giustificazione dell'ulteriore limite alla valutazione dell'interesse dell'adottando, da parte del giudice, costituito dalla insuperabilità del dissenso dei genitori esercenti la potestà (ora responsabilità) o del coniuge convivente. «Siffatto limite», ha osservato, «ha una giustificazione in valori costituzionalmente garantiti, quali quello della conservazione della compagine familiare e della società coniugale effettivamente vissute, di cui agli artt. 29 e 30 Cost., che prevalgono anche in presenza degli opposti consensi manifestati dall'adottante e dall'adottando. L'interesse dell'adottando si deve intendere qui considerato in via definitiva dai genitori o dal coniuge, i quali dalla richiesta di adozione da parte di un determinato adottante o dalla richiesta di aggiunzione di un qualunque rapporto adottivo al vincolo originario di filiazione o a quello di coniugio, l'uno e l'altro attualmente ed effettivamente convissuti, possono ritenere di ricevere pregiudizio o presumere di soffrire turbamento o semplicemente interferenza non gradita nella propria vita di relazione con il minore figlio o consorte».

4.3. Nel passo sopra riportato è evidente il ruolo centrale attribuito alla effettività del rapporto genitore-figlio. Non già l'astratta spettanza della responsabilità genitoriale, bensì la effettività del vincolo familiare giustificano, secondo la Corte costituzionale, la speciale protezione attribuita a tale vincolo dalla legge n. 184 del 1983, art. 46, in applicazione dei principi di cui agli artt. 29 e 30 Cost..

4.4. Proprio alla stregua di tali considerazioni, dunque, il Collegio ritiene, da un lato, di dare continuità al principio generale desumibile da Cass. n. 18575 del 2015, ribadendo, così, che, per genitori esercenti la responsabilità genitoriale, il cui dissenso, ai sensi dell'art. 46, comma 2, della n. 184 del 1983, impedisce l'adozione particolare, debbano intendersi i genitori che non siano meri titolari della responsabilità stessa, ma ne abbiano, altresì, il concreto esercizio, grazie a un rapporto effettivo con il minore; dall'altro, però, reputa che l'art. 46, comma 2, della legge n. 184 del 1983, laddove sancisce che il dissenso all'adozione ex art. 44 della medesima legge manifestato dal genitore esercente la responsabilità genitoriale osti alla pronuncia di quell'adozione, debba comunque configurarsi come una norma di salvaguardia, trovando un siffatto limite la sua giustificazione in valori costituzionalmente garantiti, quali quello della conservazione della compagine familiare e della società coniugale effettivamente vissute, di cui agli artt. 29 e 30 della Costituzione, che

prevalgono anche in presenza di opposti consensi manifestati dall'adottante e dall'adottando.

5. Il dissenso espresso dal genitore titolare della responsabilità genitoriale, ed esercente la stessa benché, come nella specie, non convivente con il proprio figlio minorenne, mantiene, dunque, il suo valore preclusivo all'adozione ex art. 44 della legge n. 184 del 1983, salvo che non si sia già manifestata - come era palesemente accaduto nella fattispecie all'attenzione della menzionata sentenza n. 18575 del 2015 - una situazione di disgregazione del contesto familiare d'origine del minore.

Deve conseguentemente affermarsi il seguente principio di diritto: «In tema di adozione particolare, il dissenso manifestato dal genitore titolare della responsabilità genitoriale, anche se non convivente con il figlio minore, ha efficacia preclusiva ai sensi dell'art. 46, comma 2, della legge n. 184 del 1983, salvo che non sia stata accertata una situazione di disgregazione del contesto familiare d'origine del minore in conseguenza del protratto venir meno del concreto esercizio di un rapporto effettivo con il minore stesso da parte del genitore esercente la responsabilità».

5.1. Nella vicenda all'esame di questa Corte, come si è ricordato in precedenza, la sentenza impugnata ha chiaramente riferito che, dalle relazioni dei servizi sociali, risulta che la Ac. ha continuato a manifestare interesse al recupero del rapporto con il figlio minore, in ciò certamente non agevolata dalla condotta assunta, nel corso degli anni, dagli odierni ricorrenti, i quali, nel corso del periodo di affidamento, non hanno aiutato il bambino a recuperare e consolidare il rapporto con la madre, venendo meno allo spirito ed al significato dell'affido e ponendo il bambino, che presenta segnali di disagio psicologico, in una trama ansiosa, dannosa alla sua già provata serenità. Non è, dunque, ravvisabile, nella specie, quella situazione di disgregazione del contesto familiare di origine del minore che, per quanto si è fin qui detto, avrebbe consentito al giudice di merito di non tener conto del dissenso all'adozione manifestato dalla madre.

5.2. La Corte di appello di Roma, Sezione per i Minorenni, pertanto, nel respingere la domanda di adozione formulata dal Mi. e dalla Er., ex art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, attribuendo esclusiva rilevanza al diniego di consenso al riguardo manifestato dalla madre naturale del minore Ad. Za. («la domanda di adozione degli appellanti non può essere accolta in ragione dell'efficacia preclusiva del dissenso manifestato dalla madre del minore», pag. 11), non ha statuito in conformità al principio di diritto enunciato al precedente § 5, in ragione dell'efficacia preclusiva attribuita al dissenso manifestato dalla madre, senza in alcun modo attribuire rilievo alla verifica dell'inesistenza di una situazione di disgregazione del contesto familiare d'origine del minore, in conseguenza del protratto venir meno, da parte del genitore esercente la responsabilità, del concreto esercizio di un effettivo rapporto con il minore medesimo.

5.3. Pertanto, la sentenza impugnata risulta erroneamente motivata in diritto, ma il suo dispositivo, per quanto riguarda la conferma della sentenza appellata nella parte relativa al rigetto della domanda di adozione speciale formulata da Pa. Mi. e Lu. Er., è conforme al diritto, risultando accertato in atti, per le ragioni già illustrate nei precedenti §§ 3.5 e 3.5.1., che la madre naturale non si è mai completamente disinteressata del figlio, non potendosi, pertanto, ravvisare nella specie un effettivo mancato esercizio della genitorialità da parte sua.

La motivazione in diritto della sentenza impugnata va conseguentemente corretta sulla base del principio in precedenza enunciato al § 5, secondo quanto previsto dal disposto dell'art. 384, u.c., cod. proc. civ..

5.4. Quanto al lamentato mancato ascolto del minore in appello, dedotto nel quinto motivo, rileva il collegio che il medesimo è certamente stato ascoltato in primo grado (udienza del 26.10.2015. Cfr. pag. 3 del ricorso), mentre non risulta, stando al tenore delle conclusioni dell'atto di appello riprodotte alla pag. 8 dell'odierno ricorso, che la relativa questione sia stata prospettata al giudice del gravame ed in questa sede di legittimità i ricorrenti non hanno indicato, in violazione del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, se ed in quale atto del giudizio di appello la richiesta di ascolto del minore sia stata effettuata.

5.5. In ordine alle istanze istruttorie formulate ma non accolte in grado di appello (estromissione della relazione dei servizi sociali del 17 settembre 2015, ammissione di una consulenza tecnica d'ufficio psicodiagnostica diretta ad accertare lo stato psicologico del minore e ammissione di prova testimoniale), la doglianza deve ritenersi inammissibile nella fase di legittimità, costituendo censura sull'esercizio dei poteri istruttori del giudice di merito, al quale spetta, in via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l'attendibilità e la concludenza (cfr. Cass. n. 19547 del 2017). Anche il giudizio sulla necessità ed utilità di far ricorso allo strumento della consulenza tecnica d'ufficio rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, la cui decisione è, di regola, incensurabile nel giudizio di legittimità (cfr. Cass. n. 7472 2017). Nel caso di specie, la corte di appello ha fatto riferimento non alla relazione dei servizi sociali del 17 settembre 2015, di cui i ricorrenti hanno chiesto "l'estromissione", ma alla relazione della Asl Roma 2, del 13 maggio 2016, dettagliatamente richiamata e posta alla base della motivazione della propria decisione, con implicito rigetto della richiesta di prova per testi e di consulenza tecnica formulata dagli appellanti, prova per testi e consulenza cui i giudici di appello hanno preferito, nell'interesse del minore e nell'esercizio dei loro poteri istruttori non sindacabile in questa sede di legittimità, - tenuto anche conto della genericità delle argomentazioni addotte dai ricorrenti a sostegno della censura sulla mancata ammissione delle richieste istruttorie, fondate, quelle relative alla consulenza, esclusivamente su soggettive valutazioni di merito tese a confutare, senza riscontri, l'attendibilità della citata relazione del 13 maggio 2016 - l'affidamento ad una struttura pubblica (AsI Roma 2 Distretto 9) della predisposizione di «un progetto - della durata di un anno - diretto a superare l'attuale disagio psicologico del minore Ad. Za. e di conflittualità fra gli affidatari e la madre del bambino, mediante incontri protetti madre-figlio ed incontri di mediazione fra le parti (affidatari e madre) al fine di pervenire al ricomponimento dell'attuale conflitto nel superiore in interesse del minore nonché un percorso di sostegno alla genitorialità per la madre Ac. Ha., segnalando alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Roma eventuali condotte pregiudizievoli per il minore».

6. Analoga negativa sorte, merita, infine, il quarto motivo.

6.1. Giova, in proposito, ricordare che, con la sentenza del 30 dicembre 2015/29 gennaio 2016, n. 34, il Tribunale per i minorenni di Roma, oltre a respingere la domanda di adozione ex art. 44, lett. d), proposta dagli odierni ricorrente, già affidatari, dal 2009, di Ad. Za., incaricò i Servizi Sociali del VII Municipio di Roma «di seguire, in tempi ravvicinati, il minore perché ne sia favorito il rapporto libero, senza presenza di alcun elemento delle rete familiare affidataria, con la madre e con i fratelli e ne sia consentito il

pernottamento presso la casa materna per almeno tre fine settimana al mese, e di relazionare entro e non oltre il 15 maggio 2016».

6.2. Contro quella sentenza proposero appello i coniugi Mi./Er., deducendo, su questo specifico punto, che: i) il tribunale «si era pronunciato anche sui rapporti tra Ad. e la madre biologica, sul marito di quest'ultima e sui figli nati dal loro matrimonio, nonostante i ricorrenti avessero limitato la domanda all'adozione "mite", statuendo anche sul pernottamento e sugli incontri "liberi" in assenza dei componenti della famiglia Mi.» (cfr. pag. 6-7 dell'odierno ricorso), così incorrendo nel vizio di ultrapetizione, posto che le questioni dell'affidamento e delle frequentazioni con la madre biologica erano già oggetto di altro e specifico procedimento pendente innanzi al Tribunale per i Minorenni di Roma (n.r.g. 76/2010); /'/') in ogni caso, l'affidamento e la frequentazione predetti «non potevano e non dovevano essere regolate in forma libera, introducendo, per di più, il pernottamento del minore presso la madre, senza alcuna pregressa preparazione psicologica del minore» (cfr. pag. 7 del citato ricorso).

6.3. La Corte di appello di Roma, sezione per i minorenni, con la decisione oggi impugnata, modificò, come si è già detto, solo su questo aspetto la sentenza di primo grado, revocando gli incontri liberi tra il minore e la madre, nonché i suoi pernottamenti presso la stessa, e incaricando la ASL Roma 2 - Distretto 9 di predisporre il progetto cui si è fatto riferimento al precedente.

6.4 Fermo quanto precede, ritiene il Collegio che i provvedimenti diversi dalla statuizione sulla domanda di adozione ex art. 44, lett. d), della I. n. 184 del 1983, nella specie resi dal tribunale per i minorenni, erano, sebbene formalmente adottati unitamente alla sentenza pronunciata da quest'ultimo, da essa distinti e non si differenziavano dai provvedimenti provvisori che, in ogni tempo, il tribunale medesimo può adottare dopo l'apertura del procedimento innanzi ad esso.

6.4.1. Questi ulteriori provvedimenti erano appellabili da chi avesse avuto interesse ad impugnare anche la sentenza cui gli stessi accedevano (cfr. Cass. n. 15341 del 2012, nonché la più recente Cass. n. 5134 del 2014), e costituisce giudizio di merito riservato al giudice di appello l'avvenuta l'interpretazione del complessivo contenuto della riportata doglianza formulata in sede di gravame, nel senso di ritenere, nell'interesse del minore, che la censura degli appellanti comportasse la rivalutazione dei provvedimenti provvisori adottati dal giudice di primo grado.

6.5. Ne consegue, dunque, l'insussistenza del vizio di ultrapetizione lamentato dagli odierni ricorrenti.

7. Il ricorso va, dunque, respinto, ma le spese di questo giudizio di legittimità possono essere interamente compensate tra le parti in ragione della peculiarità della fattispecie trattata e della non completa univocità della riscontrata giurisprudenza in materia.
8. Non sussistono i presupposti per l'applicazione dell'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, stante l'esplicita esenzione dei procedimenti riguardante la prole sancita dall'art. 10, comma 2, del medesimo D.P.R..
9. Va, disposta, da ultimo, per l'ipotesi di diffusione del presente provvedimento, l'omissione delle generalità e degli altri dati identificativi a norma dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196/2003.

Corte di Cassazione, I, ordinanza del 16.07.2018, n. 18827

C2 Circolazione stradale - Sanzioni - Cantiere, impresa che effettua lavori e garanzie alla sicurezza della circolazione

1.1. - Con il primo motivo i ricorrenti denunciano la "violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n.3): violazione del principio chiesto-pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c.". Sostengono i ricorrenti che il Tribunale di Ancona - pur premettendo che "la opposizione a sanzione amministrativa investe il Giudice di tutti gli aspetti della legittimità della sanzione stessa" - abbia erroneamente ritenuto che e l'inapplicabilità delle norme poste a base dell'impugnato verbale di contestazione, a cagione del fatto che, nella specie, il cantiere non era più aperto (affermata dal giudice di pace a sostegno dell'accoglimento dell'opposizione), in realtà non fosse il motivo di opposizione proposto dall'ing. B. e dalla B. Impianti; per cui (ha soggiunto il Tribunale) bene avrebbe dedotto l'appellante che nel caso di specie sussistesse una non corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (sentenza impugnata, pag. 2).

1.2. - Il motivo è fondato.

1.3. - La sentenza impugnata (pag. 1) espone che, in data 10.3.2008, a seguito del danneggiamento di un'autovettura parcheggiata su un tratto di strada interessata dagli scavi eseguiti dalla società ricorrente, la polizia municipale di Ancona aveva redatto il verbale oggetto di impugnazione, con il quale aveva contestato al legale rappresentante della società medesima la violazione dell'art. 21, commi 2 e 4, del Codice della strada, in quanto "si accertava che i lavori di scavo, regolarmente autorizzati, effettuati su aree destinate alla circolazione dei veicoli, venivano eseguiti senza dare i dovuti accorgimenti di sicurezza della circolazione" (cfr. l'identico contenuto del verbale, trascritto a pagg. 2 e 3 del controricorso, in cui si altresì "si precisa che, a causa dell'intensa pioggia verificatasi nei giorni precedenti, lo scavo subiva un abbassamento di circa 10-15 cm rispetto al piano della carreggiata e la ghiaia veniva cosparsa sulla sede stradale nell'area limitrofa allo scavo. È imposto l'obbligo di ripristino, a spese dell'autore della trasgressione, dell'opera realizzata").

I commi 2 e 4 dell'art. 21 C.d.S., di cui si contesta la violazione dispongono che "Chiunque esegue lavori o deposita materiali sulle aree destinate alla circolazione o alla sosta di veicoli e di pedoni deve adottare gli accorgimenti necessari per la sicurezza e la fluidità della circolazione e mantenerli in perfetta efficienza sia di giorno che di notte. Deve provvedere a rendere visibile, sia di giorno che di notte, il personale addetto ai lavori esposto al traffico dei veicoli" (comma 2); e che "Chiunque viola le disposizioni del presente articolo, quelle del regolamento, ovvero le prescrizioni contenute nelle autorizzazioni, è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma (all'epoca stabilita) da Euro 742 a Euro 2970" (comma 4).

1.4. - Ciò premesso, si rileva che costituisce principio consolidato quello secondo cui, nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda, il giudice di merito non è condizionato dalla formulazione letterale adottata dalla parte (Cass. n. 26159 del 2014; n. 21087 del 2015), dovendo egli tener conto del contenuto sostanziale della pretesa come desumibile dalla situazione dedotta in giudizio e dalle

eventuali precisazioni formulate nel corso del medesimo, nonché del provvedimento in concreto richiesto, non essendo condizionato dalla mera formula adottata dalla parte (Cass. n. 5442 del 2006; n. 27428 del 2005). L'interpretazione della domanda giudiziale costituisce, dunque, operazione riservata al giudice del merito (Cass. sez. un. n. 4617 del 2011), il cui giudizio, risolvendosi in un accertamento di fatto, non è censurabile in sede di legittimità, quando sia motivato in maniera congrua ed adeguata avuto riguardo all'intero contesto dell'atto e senza che ne risulti alterato il senso letterale (Cass. n. 22893 del 2008). E ciò, salvo quando "col ricorso per cassazione venga denunciato un vizio che comporti la nullità del procedimento o della sentenza impugnata, ed in particolare un vizio afferente alla nullità dell'atto introduttivo del giudizio per indeterminatezza dell'oggetto della domanda o delle ragioni poste a suo fondamento, il giudice di legittimità non deve limitare la propria cognizione all'esame della sufficienza e logicità della motivazione con cui il giudice di merito ha vagliato la questione, ma è investito del potere di esaminare direttamente gli atti ed i documenti sui quali il ricorso si fonda, purché la censura sia stata proposta dal ricorrente in conformità alle regole fissate al riguardo dal codice di rito (ed oggi quindi, in particolare, in conformità alle prescrizioni dettate dall'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, e art. 369 c.p.c., comma 2, n. 4)" (Cass. sez. un. n. 8077 del 2012).

Il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c., implica il divieto per il giudice di attribuire alla parte un bene non richiesto e comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda, ma non osta a che il Giudice renda la pronuncia richiesta in base a una ricostruzione dei fatti di causa - alla stregua delle risultanze istruttorie - autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti, nonché in base all'applicazione di una norma giuridica diversa da quella invocata dall'istante (Cass. sez. un. n. 9147 del 2009).

1.5. - Nel caso di specie, se da un lato, va escluso che il Giudice di Pace abbia introdotto un tema di indagine autonomo rispetto a quello prospettato dalla società ricorrente, giacché il tema relativo alla effettuazione a regola d'arte dei lavori de quibus e della riconducibilità dell'evento a un fatto naturale, intervenuto successivamente al compimento dei lavori (circostanze queste esplicitamente dedotte dai ricorrenti a sostegno della proposta opposizione), presuppone logicamente e non implausibilmente che al momento dei fatti fosse intervenuta la chiusura del cantiere. Sicché non vale attribuire al giudice di primo grado la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Dall'altro lato, va ritenuto che (non solo in riferimento alla affermazione del Tribunale in ordine alla ritenuta fondatezza della contestazione dell'appellante circa la non corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nella decisione di primo grado) sia stato proprio il giudice d'appello ad ampliare indebitamente il thema decidendum, deducendo come il Comune "avesse dimostrato che la ditta si era tenuta responsabile spontaneamente per due anni dopo la chiusura del cantiere".

In tal modo, il giudice d'appello ha supportato la propria decisione supponendo l'esistenza di un rapporto tra la garanzia per i lavori ed il petitum e la causa petendi azionati nell'opposizione, estraneo alla specifica contestazione della violazione del C.d.S. attribuita all'opponente.

2. - Con il terzo motivo, da esaminarsi prima del secondo (per pregiudizialità logico-giuridica), i

ricorrenti deducono la "violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n. 3): violazione art. 21, comma 2 del Codice della Strada", in quanto il Giudice di appello ha ritenuto applicabile, alla fattispecie, la norma di cui all'art. 21 comma 2 del C.d.S., considerandola operativa (suo dire) anche dopo la conclusione dei lavori, soltanto perché la società aveva spontaneamente garantito la corretta esecuzione dei lavori rimanendo obbligata, nei confronti del Comune, per due anni dalla conclusione dei medesimi.

2.1. - Il motivo è fondato.

2.2. - L'assunto del giudice di appello è errato e viola l'art. 21, comma 2, del C.d.S.: infatti, come correttamente rilevato dal Giudice di Pace, la condotta sanzionata da tale norma non integra un illecito di carattere permanente, sicché la sussistenza di essa viene a cessare con la conclusione dell'opera (Cass. n. 8665 del 2006, secondo cui, appunto, "La condotta sanzionata dall'art. 21, primo comma, c.d.s., che vieta di eseguire, senza autorizzazione, opere o depositi sulle strade e sulle loro pertinenze, consistendo nel fatto stesso della esecuzione dell'opera, con conseguente mantenimento sulla strada e sulle sue pertinenze di un cantiere con impiego di operai e mezzi, non integra un illecito di carattere permanente, sicché la sussistenza di esso viene a cessare con la conclusione dell'opera").

Orbene, se è vero che tale principio è da questa Corte riferito (in quella specie) alla condotta di cui al comma 1 del citato art. 21 C.d.S., è del pari fuori dubbio che esso valga indiscutibilmente anche rispetto agli obblighi previsti dal successivo comma 2, giacché entrambe le norme sono legate dalla medesima ratio, diretta a salvaguardare la sicurezza e la fluidità della circolazione stradale durante l'esecuzione di lavori ovvero il deposito materiali sulle aree destinate al transito o alla sosta di veicoli e di pedoni.

La condotta sanzionata dal C.d.S. ai sensi dei commi 2 e 4 dell'art. 21 prescinde, dunque, da eventuali obblighi di carattere privatistico che dovessero intercorrere tra esecutore dei lavori e pubblica amministrazione. Di conseguenza, il Giudice di appello ha male interpretato la norma, ritenendo che la condotta possa essere integrata, anziché dall'esecuzione di lavori sulla rete stradale durante l'apertura di un cantiere, dall'assunzione di un obbligo di garanzia nei confronti della PA, dopo la conclusione dell'opera.

3. - I motivi primo e terzo devono, pertanto, essere accolti, con assorbimento del secondo motivo - con il quale i ricorrenti deducono la "violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n. 3). violazione art. 345 c.p.c.", in quanto la sentenza impugnata fonda la decisione di accoglimento dell'appello su una prova costituita prodotta dal Comune solo in grado di appello, secondo cui la ditta si era tenuta responsabile per due anni dopo la chiusura del cantiere - e del quarto motivo - con il quale i ricorrenti deducono la "violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n. 3): violazione art. 96 c.p.c. e norme sulla legittimazione passiva in ordine alla condanna alle spese di lite", contestando la condanna alle spese di Lorenzo B. , in quanto il medesimo non sarebbe mai stato parte in proprio del giudizio di merito.

La sentenza impugnata va cassata e rinviata al Tribunale di Ancona, nella persona di altro magistrato, che provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

Corte di Cassazione, II, ordinanza del 16.07.2018, n. 18842

C2 *Obbligazioni e contratti - Contratto di patrocinio unico e pluralità di mandati alle liti

1. - Con il primo motivo di ricorso si denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c. in relazione agli artt. 1460 c.c., 1703 c.c., 25, n. 6, l. fall., e 83 c.p.c.). Secondo parte ricorrente, il Tribunale di Napoli avrebbe errato nel ritenere ammissibile l'eccezione di inesatto adempimento delle obbligazioni professionali nonostante tale eccezione fosse stata sollevata in relazione al pagamento di prestazioni svolte per gradi successivi a quello nel quale si sarebbe avuto l'inesatto adempimento, muovendo dall'assunto secondo cui la prestazione dell'avvocato sarebbe unitaria e si sarebbe conclusa solo al momento della pubblicazione della sentenza di Cassazione. Al riguardo si sottolinea come la prestazione del difensore si concluda con la definizione del singolo grado di giudizio, laddove il mandato sia limitato al patrocinio in quel grado. In materia fallimentare, inoltre, si pone in essere tra curatore e difensore un contratto d'opera professionale per ciascun grado di giudizio, che esaurisce i suoi effetti all'interno di quel rapporto e che cessa con la sua definizione, anche nel caso di conferimento di mandato per il successivo grado, che determina l'instaurazione di un nuovo rapporto. Nella materia fallimentare, infatti, il curatore necessita di apposita autorizzazione del giudice delegato per ciascun grado di giudizio. L'eccezione di inesatto adempimento sarebbe inoltre tardiva, attesa la conclusione della prestazione relativa al primo grado di giudizio, le cui spettanze erano già state pagate.

1.2. - Il motivo è infondato.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'incarico professionale deve essere considerato unitariamente allorquando vi siano più gradi di giudizio, indipendentemente dal fatto che sia stata conferita una nuova procura al medesimo difensore per il grado successivo, circostanza che implica la prosecuzione dell'affare di cui il legale era stato incaricato dal cliente, non già il suo esaurimento (Cass. 22 luglio 2004, n. 13774).

L'incarico conferito dal cliente si fonda sul contratto di patrocinio, che è regolato dalle norme del mandato di diritto sostanziale, e non sul rilascio della procura ad litem, il cui fine è soltanto quello di consentire la rappresentanza processuale della parte (Cass. 2 settembre 1997, n. 8388).

Pertanto, nel caso di prestazioni rese in più gradi di giudizio, l'esaurimento dell'affare per il cui svolgimento fu conferito l'incarico - il momento in cui interviene la "decisione della lite", ai fini della decorrenza del termine di prescrizione triennale previsto dall'art. 2957, comma 2, c.c. per le competenze dovute agli avvocati è ai procuratori - va individuato con riguardo alla data di pubblicazione della sentenza non impugnabile che definisce il giudizio (ex plurimis Cass. 8 ottobre 2001, n. 12326).

Nel caso di specie, essendosi esaurita la prestazione professionale del ricorrente solo con la conclusione del giudizio di legittimità, risultava ammissibile l'eccezione d'inadempimento, ex art. 1460 c.c., che può essere opposta dal cliente all'avvocato che abbia violato l'obbligo di diligenza professionale (Cass. 15 dicembre 2016, n. 25894; Cass. 5 luglio 2012, n. 11304).

2. - Con il secondo e il terzo motivo si denunciano, cumulativamente, l'omesso esame di fatti decisivi per il giudizio oggetto di discussione tra le parti (art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.) e la violazione o falsa applicazione di legge (art. 360, comma 1, n. 3 in relazione agli artt. 100, 112 e 116 c.p.c.). Il ricorrente sostiene che il Tribunale avrebbe errato nel ritenere fondata l'eccezione di inadempimento. A tal fine vengono riprodotti il contenuto del reclamo avverso il provvedimento di liquidazione del giudice delegato, nonché il contenuto delle note difensive depositate nel corso del precedente grado di giudizio. Il Tribunale, secondo quanto argomentato, non avrebbe tenuto conto del cambiamento delle persone che hanno assunto le vesti di giudice delegato e di curatore all'interno della procedura che ha visto instaurarsi del rapporto contrattuale. Sotto altro profilo si deduce l'insussistenza dei danni a cose subiti dalla società fallita e l'assenza di ammissione al passivo del fallimento per la relativa voce. Il curatore fallimentare e il giudice delegato si sarebbero dimostrati ben consapevoli del carattere aleatorio della richiesta d'indennizzo per danni a cose e l'ufficio fallimentare avrebbe pienamente condiviso la strategia difensiva processuale posta in essere per ottenere il risarcimento. Le tesi difensive sulla prova del danno sarebbero inoltre opinabili rispetto a quelle argomentate dall'attuale ricorrente.

2.1. - Le doglianze sono inammissibili.

Riguardo all'omessa pronuncia - pur rilevandosi l'erroneo richiamo all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., in luogo del n. 4, anche se l'erronea intitolazione del motivo non osta alla riqualificazione della sua sussunzione nell'altra fattispecie (Cass. 27 ottobre 2017, n. 25557) - deve evidenziarsi che la Corte d'appello ha esaminato sia la domanda principale sia l'eccezione, per cui non sussiste la doglianza qui proposta.

2.2. - Le censure formulate in relazione al vizio di motivazione non sono conformi alla riformulazione dell'articolo 360, comma 1, n. 5 c.p.c..

In base alla nuova formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., è consentito denunciare in cassazione oltre all'anomalia motivazionale che si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili", nella "motivazione perplessa e obiettivamente incomparabile" (Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053), solo il vizio specifico, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, e che sia stato oggetto di discussione tra le parti, e abbia carattere decisivo (Cass. 23 marzo 2017, n. 7472).

L'eccezione d'inadempimento, ex art. 1460 c.c., può essere opposta dal cliente all'avvocato che abbia violato l'obbligo di diligenza professionale (Cass. 15 dicembre 2016, n. 25894).

In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno o per l'adempimento deve provare la fonte del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi poi ad allegare la circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre al debitore convenuto spetta la prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

Eguale criterio di riparto dell'onere della prova è applicabile quando è sollevata eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, e il creditore dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione (Cass. 20 gennaio 2015, n. 826). Anche quando sia dedotto l'inesatto adempimento dell'obbligazione, dunque, al creditore istante spetta la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, gravando ancora una volta sul debitore la prova dell'esatto adempimento, quale fatto estintivo della propria obbligazione (Cass. 15 luglio 2011, n. 15659).

Il Tribunale, in sede di reclamo, ha motivato specificamente le ragioni in base alle quali ha accolto l'eccezione ex art. 1460 c.c., prendendo in considerazione le circostanze articolate dal ricorrente, per cui non sussiste alcun margine di apprezzamento della censura formulata in questa sede. Il ricorrente, invero, mira a ottenere una inammissibile rivalutazione del merito della controversia.

3. - Con il quarto motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, comma 1, n. 3 in relazione agli artt. 36 Cost., 25 e 11 L.fall.). Si evidenzia che il decreto sarebbe errato anche lì dove ha ritenuto corretta la decisione del giudice delegato di liquidare i compensi, riservandosi di autorizzare il pagamento solo a fronte della prova dell'esatto adempimento riguardo alla richiesta d'indennizzo per danni a cose. Tale sospensione sarebbe illegittima perché la liquidazione era ancorata all'attività svolta nel giudizio dinanzi alla Corte d'appello e la liquidazione del compenso dovrebbe comportare il suo immediato pagamento. Sarebbe stata posta in essere una illegittima forma di autotutela.

3.1. - Il motivo è infondato.

L'art. 1460 c.c. costituisce una forma di autotutela che non è limitata all'ambito negoziale e la stessa può essere utilizzata laddove l'obbligazione del professionista sia oramai eseguita (Cass. 5 luglio 2012, n. 11304).

Se il termine "autotutela" appare più consono ad un rapporto svolgentesi al di fuori del processo, la sistematica e la genesi della disposizione in esame sono perfettamente compatibili con la sua utilizzazione in ambito giudiziale, sub specie di eccezione (Cass. 24 settembre 2009, n. 20614; Cass. 26 maggio 2003, n. 8314).

Il giudice delegato, pertanto, correttamente si è riservato di autorizzare il pagamento dei compensi liquidati, una volta ritenuta fondata la relativa eccezione.

4. - Con il quinto motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, comma 1, n. 3 in relazione all'art. 2 d.l. 223/2006 convertito con L. 248 del 2006, all'art. 9, comma 3, d.l. n. 1 del 2012 convertito con L. n. 27 del 2012, agli artt. 2225 e 2233 c.c., D.M. 127 del 2004). Il ricorrente si duole del fatto che il Tribunale avrebbe errato nel ritenere corretta la liquidazione dei compensi in misura inferiore ai minimi tariffari, sul presupposto che il d.l. 223 del 2006 (decreto Bersani) imporrebbe il rispetto dei minimi non solo nell'ipotesi di liquidazione giudiziale delle spese del giudizio ma anche nel caso in cui il giudice delegato provveda a liquidare il compenso per l'attività prestata nell'interesse della curatela, giacché tale liquidazione rientra nel concetto di liquidazione giudiziale. Si evidenzia, inoltre, che nel caso di specie non vi era stato un preventivo accordo in deroga agli minimi tariffari ma solo l'impegno del professionista ad accettare la liquidazione del giudice delegato sul presupposto che questa fosse effettuata legittimamente e non certo in violazione di legge. Alcun rilievo rivestirebbe la circostanza che la liquidazione è intervenuta successivamente all'abrogazione delle tariffe professionali poiché tutte le prestazioni in questione sono state completate prima dell'entrata in vigore dei nuovi parametri di cui al D.M. 127 del 2004.

Con il sesto motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, comma 1, n. 3 in relazione agli artt. 4 D.M. n. 127 del 2004, 24 L. 794 del 1942, 2225 e 2233 c.c.). Il Tribunale di Napoli non avrebbe considerato che per procedere alla liquidazione giudiziale del compenso in deroga ai minimi sarebbe stato necessario l'accordo delle parti o l'acquisizione di un parere presso il consiglio dell'ordine.

Con il settimo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n. 3 in relazione agli arti. 5 e 6 D.M. n. 127/2004, 25 L. fall., 2225 e 2233 c.c.). Il ricorrente censura il provvedimento impugnato nella parte in cui ha ritenuto congrui gli importi riconosciuti dal giudice delegato, tenuto conto del valore del decisum, dell'importo dei compensi professionali già liquidati e della pretesa fondatezza dell'eccezione di inesatto adempimento.

Con l'ottavo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 2225 c.c. e dell'art. 5 del D.M. 127/2004 in relazione al "risultato conseguito".

4.1. - I motivi, da trattarsi congiuntamente, sono infondati.

Nel caso in cui venga impugnata con ricorso per cassazione una sentenza (o un capo di questa) che si fondi su più ragioni, tutte autonomamente idonee a sorreggerla, è necessario, per giungere alla cassazione della pronuncia, non solo che ciascuna di esse abbia formato oggetto di specifica censura, ma anche che il ricorso abbia esito positivo nella sua interezza con l'accoglimento di tutte le censure, affinché si realizzi lo scopo proprio di tale mezzo di impugnazione, il quale deve mirare alla cassazione della sentenza, in toto o nel suo singolo capo, per tutte le ragioni che autonomamente l'una o l'altro sorreggano (Cass., Sez. Un., 8 agosto 2005, n. 16602 e successive conformi). Ne consegue che è sufficiente che anche una sola delle dette ragioni non abbia formato oggetto di censura, ovvero, pur essendo stata impugnata, sia respinta, perché il ricorso o il motivo di impugnazione avverso il singolo capo di essa, debba essere respinto nella sua interezza, divenendo inammissibili, per difetto di interesse, le censure avverso le altre ragioni poste a base della sentenza o del capo impugnato.

Nel caso di specie, il ricorrente, con le sue doglianze, non riesce a superare la duplice ratio della motivazione, avendo il Tribunale rigettato il reclamo non solo in relazione ai profili riguardanti la tariffa professionale applicabile ma anche con riferimento all'eccezione di inesatto adempimento delle obbligazioni professionali, per la quale la doglianza autonomamente formulata in questa sede è stata respinta in relazione ai motivi di ricorso già esaminati.

5. - Con il nono motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n. 3 in relazione all'art. 14 D.M. n. 127/2004) con riferimento al rimborso forfettario delle spese generali.

5.1. - Il motivo è fondato.

Il rimborso delle spese generali (nella specie, richiesto ai sensi dell'art. 14 della tariffa professionale, approvata con D.M. n. 127 del 2004), spetta all'avvocato in via automatica e con determinazione ex lege (Cass. 20 agosto 2015, n. 17046), per cui il Tribunale non poteva negarne la sua liquidazione.

6. - Il ricorso deve essere dunque accolto limitatamente al nono motivo, con rinvio ad altra sezione del Tribunale di Napoli anche per liquidazione delle spese di legittimità.

Corte di Cassazione, II, sentenza del 16.07.2018, n. 18858

C2 *Obbligazioni e contratti - Preliminare di vendita ed essenzialità del termine per la stipula del definitivo

Premesso CHE:

L.S.M. ricorre in cassazione contro la sentenza della Corte d'appello di Roma, depositata l'11 marzo 2014, che ha accolto l'appello proposto dalla società Beni Stabili e ha respinto la domanda da lui fatta valere in primo grado, così riformando la pronuncia del Tribunale di Roma. Il Tribunale aveva accolto la domanda di L. di condanna della società convenuta al pagamento del doppio della caparra confirmatoria, previo accertamento della risoluzione del contratto preliminare di compravendita di un appartamento, per grave inadempimento della promittente venditrice Beni Stabili che non aveva rispettato il termine fissato per la stipulazione del contratto definitivo; la società, costituendosi, aveva affermato che il termine previsto (30 novembre 2001) non era essenziale e il ritardo era comunque imputabile a Italgestioni Immobiliari e a Domus Investimenti e chiamava in causa le due società, chiedendo in via principale il rigetto della domanda e in via subordinata di essere manlevata dalle società chiamate in garanzia.

Resiste con controricorso la società Beni Stabili.

Le intimate Italgestioni Immobiliari e Domus Investimenti non hanno proposto difese.

Il ricorrente e la controricorrente hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 380-bis 1 c.p.c.

Considerato CHE:

1. Il ricorso è articolato in quattro motivi.
2. a) Il primo motivo denuncia violazione degli artt. 112 e 342 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., per avere la Corte d'appello pronunciato d'ufficio su fatti che non sono stati prospettati dall'appellante, in particolare in relazione alla qualificazione quale non inadempimento grave del silenzio tenuto dalla promittente venditrice a partire dalla comunicazione del recesso da parte del promissario acquirente sino alla citazione in giudizio.

Il motivo è infondato. Esso censura non l'esame di un fatto non allegato, ma la diversa valutazione operata dalla Corte d'appello, rispetto al giudice di primo grado, di un fatto pacificamente acquisito al processo, valutazione, quella del primo giudice, censurata dalla società Beni Stabili con i primi due motivi d'appello, così che nella decisione non è ravvisabile il vizio di ultra petizione.

1. b) Il secondo e il terzo motivo sono tra loro strettamente connessi: il secondo contesta violazione ed errata applicazione dell'art. 1457 c.c. per avere la Corte d'appello negato valore di termine essenziale alla data fissata per la stipulazione del contratto definitivo, dopo aver condotto una indagine limitata al solo profilo oggettivo, senza considerare le motivazioni personali del ricorrente; il terzo lamenta violazione degli artt. 1455 e 1453 c.c. per non avere ritenuto rilevante l'inadempimento costituito dalla mancata stipulazione del definitivo alla data fissata, passando "sotto la lente di ingrandimento" gli interessi perseguiti dall'attore e invece limitandosi a esaminare "en passant" il contegno della società Beni Stabili.

I motivi sono infondati. L'accertamento dell'essenzialità del termine, l'importanza dell'inadempimento, il comportamento tenuto dalle parti nell'esecuzione del contratto rientrano nella sfera di apprezzamento del giudice di merito, incensurabile davanti a questa Corte di legittimità ove congruamente e plausibilmente motivato. Nel caso di specie la Corte d'appello da un lato ha considerato che i motivi soggettivi allegati dal ricorrente non traspaiono dal testo del contratto, e in particolare dalla lettura della clausola 6, e dall'altro lato ha valorizzato, ai fini della valutazione dell'importanza dell'inadempimento, la nota del 7 dicembre 2001 con la quale il ricorrente, dopo soli sette giorni dalla scadenza del termine per la stipulazione del contratto definitivo, aveva dichiarato di ritenere risolto il contratto preliminare concluso. La pronuncia è così coerente con l'orientamento di questa Corte, per cui "il termine per l'adempimento può essere ritenuto essenziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c. solo quando, all'esito dell'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, da condursi alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine medesimo; tale volontà non può desumersi solo dall'uso dell'espressione "entro e non oltre" quando non risulti dall'oggetto del negozio o da specifica indicazione delle parti che queste hanno inteso considerare perduta l'utilità prefissasi nel caso di conclusione del negozio stesso oltre la data considerata" (Cass., 21838/2010).

1. c) Il quarto motivo lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c. e degli artt. 4 e 11, comma 2, del d.m. 140/2012: la Corte d'appello ha condannato il ricorrente alle spese di entrambi i gradi di giudizio "senza dare contezza di quanto liquidato per ogni singola fase del giudizio", così violando l'art. 11, comma 2 del citato d.m., che recita "il compenso è liquidato per fasi".

Il motivo è infondato. La Corte d'appello ha liquidato le spese di entrambi i gradi del giudizio distintamente liquidando quelle relative al primo grado e quelle concernenti il grado d'appello, così che, non lamentando il ricorrente la mancata considerazione di specifiche fasi del giudizio ovvero il superamento dei limiti massimi stabiliti dal citato d.m., l'invocata violazione non sussiste.

1. Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.p.r. n. 115/2002, si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente dell'importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Corte di Cassazione, II, ordinanza del 16.07.2018, n. 18835

C2 Obbligazioni e contratti - Mandato alle liti conferito a più difensori, pieni poteri di ciascuno e diritto al compenso

Con il primo motivo i ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 7 DM 147/04 e 360 n.3 c.p.c., perché la Corte di Appello avrebbe omesso di considerare che, in presenza di mandato congiunto affidato a due difensori, il compenso unico previsto dalla tariffa avrebbe dovuto essere dimidiato ed attribuito ai predetti in ragione della metà per ciascuno.

Con il secondo motivo i ricorrenti lamentano la violazione dell'art.360 n.5 c.p.c. per omesso esame di un fatto decisivo, perché il giudice di secondo grado non avrebbe esaminato le doglianze relative alla quantificazione del compenso professionale.

Con il terzo motivo, i ricorrenti lamentano la violazione della tabella D n.1 e 2 lettera f) del terzo capitolo del DM 147/04 e dell'art.360 n.3 c.p.c. perché la Corte territoriale avrebbe dovuto liquidare, rispettivamente, le somme di Euro 15.000 per la causa di merito, di Euro 2.266 per il pignoramento presso terzi, di Euro 3.913 per la conciliazione, per totali Euro 21.179; importo da dimezzare per l'attività di codifesa, con conseguente riconoscimento all'avv. P. della minor somma di Euro 10.589,50 oltre accessori.

Con il quarto motivo, i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 360 n.5 c.p.c. per omesso esame di un fatto decisivo, perché il giudice di appello non avrebbe motivato circa la mancata ammissione di una prova

testimoniale.

Va preliminarmente esaminata l'eccezione relativa al difetto di ius postulandi mossa dal controricorrente. Con essa si assume la nullità della procura, e per conseguenza dell'intero ricorso cui essa accede, perché il mandato sarebbe stato conferito dalle ricorrenti all'avv. Antonio Benvenuti e all'avv. Alessandro Rufini mentre la procura è firmata dal solo avv. Benvenuti, e non anche dall'avv. Rufini.

La censura è manifestamente infondata.

Ed invero, come questa Corte ha già affermato qualora il mandato alle liti venga conferito a più difensori ciascuno di essi, in difetto di un'espressa ed inequivoca volontà della parte circa il carattere congiuntivo, e non disgiuntivo, del mandato medesimo, ha pieni poteri di rappresentanza processuale, con la conseguenza che, in caso di procura speciale per ricorrere per cassazione, il ricorso è validamente proposto anche se sottoscritto da uno solo di essi ed anche se l'altro avvocato non sia iscritto nell'albo speciale, in ossequio al principio di conservazione dell'atto per raggiungimento dello scopo nonché alle regole sul mandato con rappresentanza, mentre, per quanto attiene all'autenticazione della sottoscrizione, essa deve ritenersi possibile anche se effettuata soltanto da uno dei difensori designati, poiché l'art. 1712, comma 1, c.c., esige l'accettazione di tutti i mandanti soltanto nel caso di mandato congiuntivo.(Cass.15174/2017)

Ciò posto, il primo motivo di ricorso è infondato.

L'art. 7 del dm n. 147/1994, stabilisce infatti che nel caso in cui più avvocati siano incaricati della difesa in un procedimento civile, ciascuno di essi ha diritto all'onorario nei confronti del cliente in base all'opera effettivamente prestata, in virtù del principio di cui all'art. 6 della legge 13 giugno 1942, n. 794 (oggi trasfuso nell'art. 7 d.m. 5 ottobre 1994, n. 585; Sez. 2, Sentenza n. 22463 del 04/11/2010).

Ne consegue che tale diritto (all'intero onorario) rimane escluso se, essendo stato richiesto il pagamento di una sola parcella, e non essendo state in essa indicate separatamente le prestazioni di ciascuno degli avvocati, risulta implicitamente ed inequivocabilmente una reciproca sostituzione nelle singole prestazioni poi sommate nella specifica (Sez. 2, Sentenza n. 9242 del 12/07/2000).

Nel caso di specie, al contrario, la sentenza d'appello ha ritenuto, con adeguato apprezzamento di merito, che, anche sulla base delle dichiarazioni del teste avv. F. , "l'avv. P. avesse provato di avere svolto tutte le prestazioni per le quali ha richiesto il compenso, nessuna esclusa, senza che ciò comporti dunque alcuna decurtazione del suo compenso.

L'avv. F. ha infatti riferito che tutti gli atti erano stati esaminati ed approvati da ambedue i professionisti (pag. 5), confermando dunque che tutte le prestazioni indicate dall'avv. P. , erano state da questi effettivamente eseguite.

Inammissibili il secondo e terzo motivo, che in quanto strettamente connessi vanno unitariamente esaminati, con i quali si censura, di fatto, la valutazione delle risultanze istruttorie operata dal giudice del merito e

l’accertamento dell’effettivo svolgimento dell’attività difensiva da parte del controricorrente.

I motivi si risolvono invero in una richiesta di rivalutazione del fatto e delle prove, inammissibile in questa sede.

In continuità con il precetto contenuto nella sentenza delle S.U. di questa Corte n.24148 del 25/10/2013 (Rv. 627790), si deve dunque riaffermare che il motivo di ricorso non può mai risolversi "in un’inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e del convincimento di quest’ultimo tesa all’ottenimento di una nuova pronuncia sul fatto, certamente estranea alla natura ed ai fini del giudizio di cassazione".

Del pari inammissibile il quarto motivo di ricorso.

L’integrazione ex officio della prova testimoniale, ai sensi dell’art. 257, comma primo, cod. proc. civ. - norma applicabile anche nel rito del lavoro - costituisce infatti una facoltà discrezionale, che il giudice può esercitare quando ritenga che dall’escussione di altre persone, non indicate dalle parti ma presumibilmente a conoscenza dei fatti, possa trarre elementi per la formazione del proprio convincimento.

Ne consegue che la chiamata dei testimoni (o il rigetto della relativa istanza di parte) nel caso che ad essi altri testi si siano riferiti per la conoscenza dei fatti, costituendo esercizio di una facoltà siffatta (che presuppone un apprezzamento di merito delle risultanze istruttorie), è incensurabile in sede di legittimità, anche sotto il profilo del vizio di motivazione (Sez. L, Sentenza n. 10077 del 01/08/2000; conf. Sez. L, Sentenza n. 10239 del 04/05/2009).

In ogni caso, anche detta doglianza ricade nell’ambito del vizio di omessa o carente motivazione, non più censurabile alla luce della nuova formulazione dell’art. 360 primo comma n.5 c.p.c., nel testo applicabile ratione temporis, a seguito della novella di cui all’art.54 del D.L. n.83/2012.

Conclusivamente, il ricorso va respinto e le spese, regolate secondo soccombenza, si liquidano come da dispositivo..

Sussistono i presupposti, ai sensi dell’art.13 comma 1-quater del Testo Unico di cui al D.P.R. n.115 del 2002, della sussistenza dell’obbligo di versamento, da parte dei ricorrenti, dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

Corte di Cassazione, II, ordinanza del 19.07.2018, n. 19255

C2 *Successioni - Coeredi, resa dei conti e rapporti tra con la divisione ereditaria

1. Con l’unico motivo di ricorso si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 713, 723, 726 c.c., 263 c.p.c., 14 disp. prel. c.c. e 24 Cost., nonché la violazione dei canoni ermeneutici ex artt. 1362

c.c., in relazione all'art. 360, comma primo, nn. 3 e 5 c.p.c. asserendo che erroneamente la Corte distrettuale abbia ritenuto inammissibile la domanda di rendiconto in quanto non proposta nel giudizio di divisione ereditaria ed una volta definite le operazioni divisionali.

1.1. Il motivo è fondato.

La ratio dell'obbligo del rendiconto risiede nel fatto che chiunque svolga attività nell'interesse di altri deve portare a conoscenza di questi, secondo il principio della buona fede, gli atti posti in essere e, in particolare, quegli atti da cui scaturiscono partite di dare e avere.

Pertanto, tra coeredi, la resa dei conti, di cui all'art. 723 c.c., oltre che operazione inserita nel procedimento divisorio e quindi finalizzata a calcolare nella ripartizione dei frutti le eventuali eccedenze attive o passive della gestione e di definire conseguentemente tutti i rapporti inerenti alla comunione, può anche costituire obbligo a sé stante, fondato, pari di quanto può avvenire in qualsiasi stato di comunione, sul presupposto della gestione di affari altrui condotta da alcuno dei partecipanti, in base ad assunzione volontaria o ad un mandato ad amministrare (Cass. 30 dicembre 2011, n. 30552; Cass. 7 giugno 1993, n. 6358; Cass. 13 novembre 1984, n. 5720).

Ne consegue che l'azione di rendiconto può presentarsi distinta e autonoma rispetto alla domanda di scioglimento della comunione, ancorché l'una e l'altra abbiano dato luogo a un unico giudizio, di modo che - tranne che per la comunanza di eventuali questioni pregiudiziali, attinenti, ad esempio, all'individuazione dei beni caduti in successione o all'identità delle quote dei coeredi, da risolvere incidenter tantum o con efficacia di giudicato (art. 34 c.p.c.) - le due domande possono essere scisse e ciascuna può essere decisa separatamente senza reciproci condizionamenti (Cass. 30 dicembre 2011, n. 30552).

Da ciò consegue quindi che l'azione di rendiconto può essere anche autonomamente proposta anche ove siano definite le questioni pertinenti alla divisione ereditaria.

La sentenza impugnata, non essendosi attenuta ai suddetti principi, è incorsa nel vizio denunciato e di conseguenza va cassata, con rinvio della causa ad altra sezione della Corte d'appello di Lecce, anche per la regolazione delle spese del presente giudizio.

Corte di Cassazione, II, ordinanza del 16.07.2018, n. 18857

C3 *Obbligazioni e contratti - Locazione, cessione del contratto da parte del locatore e consenso del conduttore

1. Con un unico motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360 primo comma n. 3 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 1406 e 1594 c.c. e 36 della legge n. 392/1978.

Lamenta che la Corte, interpretando erroneamente i fatti, ha erroneamente applicato le norme richiamate. Sottolinea che nel caso di specie la cessione del contratto di locazione era avvenuta non dal c.d. lato passivo, cioè dal conduttore al terzo, come erroneamente ritenuto dalla Corte territoriale, ma dal lato attivo, cioè dal locatore al terzo.

2. Il motivo è fondato.

È jus receptum nella giurisprudenza di legittimità il principio per cui, in mancanza di una contraria volontà dei contraenti, la vendita (come la donazione) dell'immobile locato determina, ai sensi degli artt. 1599 e 1602 cod. civ., la surrogazione, nel rapporto di locazione, del terzo acquirente (o del donatario), che subentra nei diritti e nelle obbligazioni del venditore - locatore senza necessità del consenso del conduttore (Sez. 3, Sentenza n. 13833 del 09/06/2010, Rv. 613275 - 01; Sentenza n. 17488 del 09/08/2007, Rv. 599449 - 01; Sentenza n. 674 del 14/01/2005, Rv. 580070 - 01).

Nel caso di specie, dalla scrittura privata 24/5/2010 (posta a formale conoscenza del conduttore Comune di Ragusa con raccomandata ar del 26/4/2010 e da detto comune accettata con determina dirigenziale 13-16/7/2010) risulta che l'originario locatore "...S.G. , cede, con ogni effetto di legge, alla Sig.ra V.M.J. , che accetta, i seguenti contratti di locazione dallo stesso stipulati e sottoscritti, in qualità di proprietario, con il Comune di Ragusa e precisamente...."; e che: "la Sig.ra V.M.J. si surroga in ogni diritto, azione, ragione e dovere nascente dai suddetti contratti e spettanti al cedente Avv. S.G. , compreso quello di richiedere e riceversi i canoni di locazione e gli aumenti Istat come per legge, di promuovere azioni di sfratto per morosità e di finita locazione ed ogni altra azione prevista dalle vigenti leggi in materia di locazione,... Rimane fermo ogni onere ed onore a favore e a carico sia del locatore che del conduttore... Restano a carico del cessionario anche le eventuali spese per la straordinaria manutenzione degli immobili oggetto dei suddetti contratti di locazione".

L'interpretazione letterale del passo contrattuale che precede indica inequivocabilmente che le parti, nel sottoscrivere la citata scrittura privata, hanno inteso modificare la persona dell'originario locatore con altro soggetto attivo.

Ne consegue che, in conformità dell'orientamento sopra richiamato, il locatore cedente (id est, l'avv. S.G.) e la cessionaria (odierna ricorrente) non avevano bisogno del consenso del conduttore-ceduto (id est, il Comune di Ragusa), proprio perché la posizione giuridica di quest'ultimo non ha subito alcuna modifica per effetto dell'avvenuta cessione del contratto di locazione.

Occorre qui precisare che la cessione del contratto di locazione dal c.d. lato attivo (cioè dal locatore ad un terzo) è fattispecie del tutto diversa dalla cessione del contratto di locazione dal c.d. lato passivo (cioè dal conduttore ad un terzo), per la quale è richiesto il consenso del locatore, quale contraente ceduto (art. 1594 c.c. e art. 36 della legge n. 392/1978).

Come questa Corte ha già avuto modo di affermare (Sez. 3, Sentenza n. 674 del 14/01/2005, Rv. 580070 - 01), in mancanza di una contraria volontà dei contraenti, la vendita dell'immobile locato determina la

surrogazione, nel rapporto di locazione, del terzo acquirente che subentra nei diritti e nelle obbligazioni del venditore - locatore senza necessità del consenso del conduttore, con la conseguenza che quest'ultimo è tenuto, di regola, a pagare i canoni all'acquirente, nuovo locatore, dalla data in cui riceve la comunicazione della vendita dell'immobile in una qualsiasi forma idonea, in applicazione analogica dell'art. 1264 cod. civ. in tema di cessione dei crediti (v. Cass. 9/6/2010,n. 13833, 9/8/2007 n. 17488, 22/2/2008 n. 4588, 14/1/2005 n. 674, 5/8/1991, n. 8556).

La ratio della disciplina della cessione del contratto dal lato passivo è quella di consentire al locatore di potersi opporre alla cessione o alla sublocazione, in quanto, essendo la locazione un contratto a prestazioni corrispettive, assume rilievo determinante la figura del conduttore: per questo è richiesto il consenso del locatore alla cessione della locazione e/o alla sublocazione.

Tale ratio non ricorre nel caso di cessione del contratto di locazione dal c.d. lato attivo, che realizza una semplice cessione del credito, costituito dal pagamento dei canoni di locazione (con conseguente applicazione in via analogica del disposto di cui all'art. 1260 c.c.): il conduttore, invero, conserva integra la sua posizione nel rapporto contrattuale (rimanendo inalterati gli oneri e i doveri accessori nascenti dal contratto a carico del cessionario) e versa in una posizione di indifferenza giuridica rispetto al soggetto al quale deve pagare il canone di locazione.

Il fatto che non sia necessario il consenso del conduttore ceduto si desume a contrariis dalla stessa lettera dell'art. 1594 c.c.: se, in considerazione dell'intuitu personae che caratterizza il contratto di locazione, il conduttore non ha facoltà di cedere il contratto senza il consenso del locatore, ragionando a contrario, quest'ultimo ha facoltà di cedere il contratto ad altro soggetto, senza il consenso del conduttore, proprio perché al conduttore è giuridicamente indifferente chi sia il soggetto attivo del rapporto contrattuale destinatario del pagamento dei canoni (cosi come al locatore è giuridicamente indifferente che il conduttore eserciti il godimento della cosa direttamente ovvero sublocandola a terzi).

Il regime che precede può essere indubbiamente derogato dalla diversa volontà delle parti, ma tanto risulta non essere avvenuto nel caso di specie, nel quale il Comune di Ragusa, con la citata determina dirigenziale, non ha formulato alcuna opposizione alla comunicata cessione.

Ne consegue che la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte di appello di Catania, che in diversa composizione procederà a nuovo esame, facendo applicazione dei principi sopra richiamati, e provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

Corte di Cassazione, III, ordinanza del 13.07.2018, n. 18536

C3 *Obbligazioni e contratti - Assicurazione, furto, negligenza dei proprietari e diniego di indennizzo - Fattispecie

Rilevato che:

G.G. evocava in giudizio, davanti al Tribunale di Torino, la compagnia Saxa Assicurazioni S.p.A. chiedendone la condanna al pagamento dell'importo di Euro 65.000, pari al massimale assicurato, a titolo di indennizzo per il furto subito in data 9 gennaio 2010 all'interno della propria abitazione e coperto da una polizza stipulata tra le parti il 24 novembre 2009, anche a garanzia del furto interno all'immobile.

L'assicuratore aveva rifiutato di indennizzare il valore degli oggetti contenuti in due casseforti murate, ubicate nell'immobile, poiché le stesse erano state aperte con le chiavi rinvenute all'interno dell'immobile svaligiato. Costituitasi la compagnia chiedeva il rigetto della domanda ai sensi dell'articolo 13, lett. C, delle condizioni generali del contratto e dell'articolo 1900 c.c. rilevando che il sinistro era stato agevolato dalla colpa grave dell'assicurato. La lite riguardava esclusivamente il profilo della valutazione della condotta dell'assicurato e, in particolare, se la circostanza di lasciare le chiavi delle casseforti in casa, pur celate in un mucchio di cenere nel camino, costituisse o meno colpa grave tale da escludere, ai sensi della polizza, l'obbligo di indennizzo;

il Tribunale di Torino con sentenza del 6 dicembre 2012 valutava in termini di colpa grave la condotta dell'attore, richiamando un precedente della Corte di legittimità in termini, respingendo l'argomentazione di parte attrice circa l'irrilevanza causale della presenza delle chiavi, in quanto i ladri avrebbero comunque potuto aprire le casseforti, considerando tale ultimo profilo privo di dimostrazione ed entrando nell'ambito delle condotte alternative ipotetiche;

avverso tale decisione il G. proponeva appello con atto di citazione notificato il 4 giugno 2013 ribadendo la tesi dell'insussistenza della colpa grave e lamentando la violazione dell'articolo 1900 c.c. sotto il duplice profilo della sussistenza di dati probatori rappresentati dalle fotografie attestanti il tentativo dei ladri di operare lo scasso del muro per asportare le casseforti, oltre che l'errata valutazione in fatto riguardo alla presunta mancanza di prova della rimozione dal muro delle due casseforti. La compagnia di assicurazione chiedeva il rigetto dell'appello;

con sentenza del 18 novembre 2015 la Corte d'Appello di Torino rigettava l'impugnazione richiamando il precedente di questa Corte di legittimità n. 7765 del 2005 secondo cui anche in materia assicurativa opera il principio penalistico della conditio sine qua non per cui quando l'evento dannoso consegue a una pluralità di comportamenti, tutti hanno eguale valore causale e in questi termini il rinvenimento delle chiavi nel caminetto ha certamente agevolato l'apertura delle due casseforti. In concreto, la circostanza di avere lasciato le chiavi sotto la cenere del camino costituiva, secondo la Corte territoriale, una condotta grave tenuto conto delle circostanze di tempo di luogo e dell'ingente valore dei beni depositati nelle casseforti;

avverso tale decisione G.G. Propone ricorso per cassazione, affidandosi a un unico motivo e la compagnia Axa Assicurazioni S.p.A. deposita controricorso e successiva memoria ai sensi dell'articolo 380 bis c.p.c.;

Considerato che:

con l’unico motivo di ricorso G. lamenta la violazione dell’articolo 1900 c.c. con riferimento all’esimente della colpa grave, ai sensi dell’articolo 360, n. 3 c.p.c.. Tale condotta consiste nel comportamento consapevole di chi operi con straordinaria negligenza omettendo anche quel grado minimo di diligenza osservato da tutti. Al contrario, nel caso di specie, il ricorrente aveva assicurato i cancelli di accesso con apposito catenaccio e serratura, aveva dotato la casa di idoneo sistema di allarme, di serrande e finestre munite di inferriate, aveva nascosto le chiavi delle casseforti all’interno delle ceneri di uno dei camini e sistemato le due casseforti nel bagno di servizio. Pertanto, sarebbe prospettabile al più la colpa ordinaria, che deve anche tenere conto della qualifica di consumatore del ricorrente, che consente il caso di dubbio sull’interpretazione di una clausola negoziale, di ritenere prevalente l’interpretazione più favorevole al consumatore. In definitiva, il profilo della prevedibilità o meno del rinvenimento delle chiavi non consente di prospettare una condotta gravemente colposa;

il motivo è inammissibile poiché parte ricorrente pur denunciando, formalmente, ipotetiche violazioni di legge che vizierebbero la sentenza di secondo grado, (perché in contrasto con gli stessi limiti morfologici e funzionali del giudizio di legittimità) sollecita a questa Corte una nuova ed inammissibile valutazione delle risultanze di fatto (ormai definitivamente cristallizzate sul piano processuale) sì come emerse nel corso dei precedenti gradi del procedimento, così strutturando il giudizio di cassazione in un nuovo, non consentito, terzo grado di merito, nel quale ridiscutere analiticamente tanto il contenuto, ormai consolidatosi, di fatti storici e vicende processuali, quanto l’attendibilità maggiore o minore di questa odi quella ricostruzione probatoria, quanto ancora le opzioni espresse dal giudice di appello non condivise e per ciò solo censurate al fine di ottenerne la sostituzione con altre più consone ai propri desiderata - quasi che nuove istanze di fungibilità nella ricostruzione dei fatti di causa fossero ancora legittimamente proponibili dinanzi al giudice di legittimità;

in particolare, il ricorrente censura la ricostruzione in fatto operata dai giudici di merito, evidenziando i profili di cautela adottati attraverso l’apposizione di un catenaccio, di una serratura, del sistema d’allarme, di serrande e inferriate oltre che per la peculiarità di nascondere le chiavi delle casseforti nelle ceneri di uno dei camini, richiedendo alla Corte di legittimità di valutare la congruità di tali condotte e l’inquadrabilità in termini di colpa ordinaria o colpa grave, prospettando anche le condotte alternative che l’assicurato avrebbe potuto porre in essere (portare con sé le chiavi in viaggio, eccetera);

rispetto alla ricostruzione in fatto adottata dalla Corte territoriale nel valutare in concreto la condotta dell’assicurato in termini di colpa grave, quest’ultimo oppone una ricostruzione alternativa che non consente di superare le analitiche valutazioni del giudice di appello, il quale ha evidenziato che nelle condizioni contrattuali di polizza è prevista l’esclusione dei danni "agevolati" con colpa grave dal contraente, per cui la verifica della sussistenza della colpa grave è stata rapportata alla funzione di agevolazione o meno, del furto, attraverso la scelta di lasciare le chiavi nascoste nella cenere del camino. La Corte territoriale ha valorizzato la circostanza della particolare situazione logistica dell’immobile, villetta in zona periferica, isolata, che avrebbe consentito ai ladri, così come puntualmente è avvenuto, di agire in assoluta tranquillità per lungo tempo, al fine di ricercare tutti gli oggetti di valore e le chiavi delle cassaforte;

ha ribadito che non è indispensabile che la condotta dell’assicurato costituisca la causa unica della

verificazione dell'evento di danno, in quanto,sulla base del nesso di causalità materiale tra la condotta dell'assicurato e tale evento occorre fare ricorso al principio penalistico della condictio sine qua temperato da quello della regolarità causale, con la conseguenza che quando l'evento dannoso è derivato da una pluralità di comportamenti, tutti hanno eguale valore causale senza distinzione tra cause mediate e immediate, dirette e indirette;

ne consegue che il ricorso deve essere dichiarato inammissibile; le spese del presente giudizio di cassazione - liquidate nella misura indicata in dispositivo seguono la soccombenza. Infine, va dato atto - mancando ogni discrezionalità al riguardo (tra le prime: Cass. 14/03/2014, n. 5955; tra molte altre: Cass. Sez. U. 27/11/2015, n. 24245) - della sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 13 comma 1-quater del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, inserito dall'art. 1, comma 17, della L., 24 dicembre 2012, n. 228, in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione e per il caso di reiezione integrale, in rito o nel merito.

Corte di Cassazione, III, ordinanza del 13.07.2018, n. 18532

C3 *Obbligazioni e contratti - Mancata visura, responsabilità del notaio e commisurazione del danno per esecuzione sull'immobile acquistato

1. Preliminarmente deve darsi atto che in pubblica udienza il difensore della ricorrente ha dichiarato che, ai sensi dell'art. 164 bis disp.att. c.p.c., è stata disposta la chiusura anticipata del processo esecutivo poiché non risultava possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori. Tale circostanza, però, non è stata corroborata dalla relativa documentazione che avrebbe dovuto essere depositata nei termini previsti dall'articolo 372 del codice di rito.
2. Con il primo motivo la ricorrente lamenta violazione e omessa ovvero erronea applicazione dell'articolo 1223 c.c., in relazione all'articolo 2919 c.c. per avere la Corte territoriale liquidato il danno sebbene gli acquirenti non avessero subito alcuna perdita patrimoniale. Questa, infatti, sarebbe intervenuta solo nel caso di vendita forzata del bene, mentre i giudici di merito hanno ritenuto sufficiente, ai fini del risarcimento, il danno potenziale, senza tenere conto che il procedimento esecutivo avrebbe potuto risolversi diversamente rispetto alla vendita del bene pignorato, sulla base di una moltitudine di eventi, quali l'esistenza di un vizio formale del procedimento, l'inerzia del creditore, la sua desistenza, il pagamento del debito da parte del debitore o altre ragioni. Nel fare ciò la Corte territoriale ha richiamato un precedente giurisprudenziale isolato rispetto all'orientamento maggioritario della giurisprudenza, che richiede la prova in termini di certezza del danno. D'altra parte, ottenendo la condanna al risarcimento del danno rapportato al prezzo di acquisto, senza avere subito la perdita del bene, gli acquirenti potrebbero locupletarsi ingiustamente.
3. Con il secondo motivo la ricorrente lamenta violazione e omessa ovvero erronea applicazione dell'articolo 100 c.p.c., in relazione all'articolo 329 dello stesso codice e all'articolo 2909 c.c., anche con riferimento agli articoli 1173, 1292, 1293, 1294, 1298, 1299 e 2055 c.c., oltre che dell'articolo 1476 e 1483 dello stesso codice. Infatti, la Corte avrebbe dovuto ritenere responsabili anche i venditori e i precedenti danti causa, oltre che il notaio che aveva rogato il precedente atto, senza

rilevare l’esistenza di trascrizioni pregiudizievoli. Nel caso di specie ricorre una responsabilità derivante dalla medesima vicenda per la quale devono rispondere solidalmente i venditori che si sono succeduti nella titolarità dominicale del bene e i notai che hanno rogato gli atti pubblici. Al contrario, la Corte territoriale, si è limitata ad affermare che l’appellante non aveva interesse ad impugnare, non avendo proposto alcuna domanda di rivalsa nei confronti dei pretesi condebitori solidali. Tale assunto non può trovare accoglimento poiché il professionista non avrebbe potuto promuovere domanda di regresso nei confronti degli altri condebitori se prima non avesse pagato l’intero debito. Ipotesi questa non realizzabile, oltre che chiaramente inopportuna, per il rischio di una declaratoria di acquiescenza o di giudicato interno.

4. Con il terzo motivo lamenta violazione e omessa ovvero erronea applicazione dell’articolo 91 c.p.c., nei rapporti tra la ricorrente e Unicredit S.p.A. non avendo il professionista proposto alcuna domanda nei confronti della compagnia di assicurazione, evocata in giudizio, a scopo di garanzia, dai venditori R.T. e D.P.A. . Nonostante ciò C.V. è stata condannata al rimborso delle spese anche in favore della società di assicurazioni.
5. Il primo motivo è fondato.
6. Il danno che il notaio rogante il contratto di compravendita di un appartamento, il quale abbia omesso di effettuare le dovute visure ipotecarie, è tenuto a risarcire all’acquirente dell’immobile successivamente sottoposto ad esecuzione immobiliare da parte del creditore ipotecario ed aggiudicato ad un terzo, va commisurato all’effettivo nocumento sofferto dalla parte. Tale pregiudizio potrà anche esser pari al valore dell’appartamento ove il proprietario del bene, a causa dell’omissione colposa del notaio, abbia perduto l’immobile con l’esproprio o a causa del rilascio del bene (Sez. 3, Sentenza n. 982 del 18/02/1981, Rv. 411511 - 01). Diversamente, sul presupposto dell’accertata responsabilità del professionista, questi potrà essere condannato al risarcimento per equivalente commisurato, quanto al danno emergente, all’entità delle somme che gli acquirenti devono corrispondere per soddisfare i creditori e liberare l’immobile dalle formalità pregiudizievoli, al fine di conservarne la proprietà (Sez. 3 -, Ordinanza n. 22820 del 29/09/2017, Rv. 645776 - 01), con la conseguenza che "le spese di purgazione rappresenteranno il danno e, net contempo, la sua misura".
7. Sulla base di tali premesse va condiviso il principio secondo cui nell’ipotesi di immobile venduto con il ministero del notaio, che a causa dell’omessa verifica delle visure, sia successivamente sottoposto ad esecuzione da parte di un creditore che aveva agito sulla base di gravami esistenti sull’immobile e non rilevati dal professionista, il danno che questi è tenuto a risarcire va commisurato all’effettivo nocumento sofferto dall’acquirente; esso può quindi essere liquidato in misura pari al valore dell’immobile perduto a seguito della vendita forzata o del quale il proprietario abbia comunque perduto la disponibilità, ovvero nella spesa necessaria per ottenere l’estinzione del processo esecutivo e la cancellazione dell’ipoteca.
8. La Corte territoriale ha ritenuto sussistente la prima ipotesi di danno, rilevando che doveva ritenersi integrata l’effettiva diminuzione patrimoniale, in considerazione del naturale sviluppo di fatti oggettivi concretamente accertati e sintomatici, in maniera inequivoca, di quella probabilità di definitiva perdita di disponibilità del bene.
9. Nel caso di specie parte attrice, con l’atto di citazione del 5 ottobre 2007, aveva chiesto di accertare l’inadempimento delle obbligazioni assunte dal notaio con il contratto d’opera intellettuale e,

conseguentemente, condannare i tre convenuti alla restituzione del prezzo, oltre agli accessori e al risarcimento dei danni nella misura indicata in citazione ovvero al diverso importo che dovesse accertarsi in corso di giudizio. Sulla base di tali richieste la Corte territoriale ha quantificato il danno, in termini di restituzione del prezzo, come equivalente alla perdita definitiva del bene.

10. La domanda, però, si riferiva al dedotto inadempimento del professionista, al quale faceva seguito la richiesta di "restituzione del prezzo", da intendersi quale risarcimento da inadempimento per l'attività erroneamente espletata dal notaio.
11. La Corte territoriale omette di considerare che il pregiudizio in termini di certezza e attualità non sussiste prima dell'evizione, e ciò, pertanto, non consente di equiparare il danno per equivalente, all'intero prezzo del bene. Al contrario, sulla base delle considerazioni espresse in premessa, il risarcimento spettante all'acquirente dell'immobile, successivamente sottoposto ad esecuzione, deve essere commisurato all'effettivo nocumento sofferto dall'acquirente, sulla base di una valutazione da svolgersi in concreto, in considerazione degli elementi fattuali risultanti dagli atti di causa.
12. L'inadempimento del professionista ha certamente determinato un danno evento, in quanto la prestazione ha dato luogo ad un effetto del contratto che non era quello che il professionista avrebbe dovuto assicurare. Con riferimento al danno conseguenza ex art. 1223 c.c., poiché non si è verificata la perdita del bene con l'esito finale della esecuzione forzata, tale pregiudizio non può automaticamente identificarsi, così come ha fatto la Corte territoriale, con il pagamento del prezzo, ma va correttamente riferito al danno concretamente subito a causa della perdita della disponibilità dell'immobile, sia in termini di utilizzo diretto, che si godimento indiretto del bene, sia riguardo alle spese sopportate a causa della procedura esecutiva.
13. Sotto tale profilo la motivazione della Corte d'Appello appare errata nella parte in cui fa discendere dall'emissione dell'ordine di liberazione dell'immobile pignorato e dall'adozione dell'ordinanza di vendita, l'identificazione del pregiudizio subito con l'importo del prezzo corrisposto per il trasferimento dell'immobile, così accogliendo l'originaria domanda di condanna dei convenuti "alla restituzione del prezzo, oltre accessori".
14. La decisione impugnata va pertanto cassata sul punto e l'effettivo pregiudizio subito dovrà essere determinato, in concreto, dal giudice del rinvio in termini di danno conseguenza.
15. Sulla base delle considerazioni che precedono risulta assorbito il secondo motivo, con il quale la ricorrente ripropone le censure sottoposte al giudice di appello, rilevando che l'azione di rivalsa non avrebbe potuto essere proposta, non avendo il professionista ritenuto di corrispondere l'intero ammontare del danno, al fine di richiedere ai condebitori la restituzione delle rispettive quote. Analoghe considerazioni riguardano il terzo motivo, con il quale la ricorrente si duole della condanna alla rifusione delle spese in favore di Unicredit S.p.A., soggetto evocato in giudizio dai venditori dell'immobile per essere garantiti.
16. Ne consegue che il ricorso per cassazione deve essere accolto con riferimento al primo motivo; la sentenza va cassata con rinvio, atteso che, la motivazione della Corte territoriale relativa alla determinazione del danno in termini di restituzione dell'intero prezzo non è corretta per cui il giudice di rinvio provvederà a determinare l'effettivo pregiudizio subito dagli acquirenti dell'immobile sulla base delle considerazioni che precedono.

Corte di Cassazione, III, sentenza del 13.07.2018, n. 18525

C3 Processo - Pluralità di creditori e accantonamento di una somma in attesa del titolo esecutivo

1. P.H. e V.S. ricorrono, affidandosi a tre motivi illustrati anche con memoria, per la cassazione della sentenza della Corte d'Appello di Bolzano che, riformando la pronuncia del Tribunale, aveva parzialmente accolto la domanda proposta da S.K. volta ad accertare la colpa professionale dei ricorrenti - consistente nella omessa presentazione della domanda di accantonamento nelle procedure esecutive delle quali erano stati officiati a seguito di un lungo e complesso contenzioso nei confronti di una società - con condanna al risarcimento dei conseguenti danni.
2. Gli intimati hanno resistito: S.K. ha illustrato il controricorso anche con memoria.
3. La compagnia di assicurazione ha proposto, altresì, ricorso incidentale condizionato affidato a quattro motivi, depositando anche memoria ex art. 380bis cpc.

Considerato che:

1. Sul ricorso principale.

Con il primo motivo, i ricorrenti deducono, ex art. 360 n 3 cpc la violazione e falsa applicazione di norme di diritto, per errata interpretazione degli artt. 528 e 551 cpc in relazione all'art. 510 cpc sulla tardività dell'intervento: assumono che la Corte territoriale aveva errato nel ritenere che la richiesta di accantonamento omessa avrebbe comunque garantito la partecipazione dello S. alla distribuzione delle somme ricavate rilevando che ciò avviene a seguito dell'udienza fissata ex art. 596 cpc in favore di tutti i creditori che nel frattempo si siano muniti di titolo esecutivo, la cui graduazione doveva essere comunque osservata, dovendosi con ciò escludere che l'accantonamento potesse garantire l'immediata soddisfazione del credito.

1.1. Assumono che la Corte, con la statuizione censurata:

1. aveva impropriamente definito come "termine perentorio" quello relativo alla distribuzione parziale conseguente all'accantonamento, equiparandola erroneamente alla distribuzione effettiva ed esauriente delle somme oggetto di esecuzione;
2. aveva erroneamente interpretato il combinato disposto degli artt. 528, 551 e 510 cpc, argomentando sul collegamento fra le tre disposizioni in modo da equiparare impropriamente l'accantonamento alla distribuzione effettiva ed esauriente;
3. aveva omesso di riconoscere le somme relative ai compensi loro spettanti per le tre procedure svolte, comunque utili per lo sviluppo del procedimento esecutivo.
4. Con il secondo motivo ed il terzo motivo, i ricorrenti deducono, ex art. 360 n 5 cpc, l'omesso esame della polizza assicurativa e della sua retroattività in applicazione della clausola "claims made"; lamentano altresì la violazione, ex art. 360 n 3 cpc, degli artt. 1218 e 2697 c.c. in relazione all'art. 1917 c.c assumendo che rispetto a tale norma era onere della compagnia di assicurazione provare i

fatti estintivi/ostativi all’operatività della polizza; che tale onere non era stato assolto e che, pertanto, erroneamente era stata esclusa la "retroattività" della copertura assicurativa che, garantita da un contratto stipulato nel 2008, era invece applicabile a tutti i sinistri denunciati e commessi a decorrere dal 1.1.2000, fra cui anche quello in esame.

Contestano, infine, la statuizione che aveva escluso che non ci sarebbe stata la prova del danno relativamente all’esecuzione promossa nel 2008, ed assumono che la dimostrazione del pregiudizio fosse in re ipsa.

3. Sul ricorso incidentale condizionato degli Assicuratori dei Lloyd’s.

Con il primo motivo, la ricorrente incidentale aderisce alla tesi del ricorrente principale deducendo l’erronea interpretazione, ex art. 360 n 3 cpc, degli artt. 528 e 551 cpc in relazione all’art. 510 cpc.

Con il secondo motivo, deduce, ex art. 360 n 4 cpc, la nullità della sentenza per omessa motivazione rispetto all’assenza di sinistri pregressi.

Con il terzo motivo, ex art. 360 n 4 cpc, deduce l’omessa pronuncia sull’eccezione sollevata secondo cui che la polizza assicurativa era " a secondo rischio" chiedendo, in relazione a ciò che, nel caso accoglimento del ricorso principale, questa Corte pronunci ex art. 384 co 2 cpc.

Con il quarto motivo, infine, viene dedotta, ex art. 360 n 4 cpc l’omessa pronuncia sui limiti di operatività della polizza e cioè sulla franchigia e la conseguente nullità della sentenza.

4. Il primo motivo del ricorso principale è fondato ed assorbe gli altri nonché i motivi del ricorso incidentale condizionato.

Questa Corte ha affermato il principio generale, valido anche per il caso in esame, secondo il quale "in tema di espropriazione immobiliare, è ammissibile la revoca del progetto di distribuzione di cui all’art. 596 cod. proc. civ. fino a quando esso non abbia avuto esecuzione, ai sensi dell’art. 487 del medesimo codice, vale a dire finché il cancelliere non abbia emesso i mandati di pagamento e questi non siano stati riscossi".(cfr. Cass. 23993/2012; Cass. 9285/2012).

4.1. Tanto premesso, pacifico l’errore professionale dei ricorrenti (da loro stessi ammesso: cfr. pag. 15 del ricorso, punto 23) consistente, per ciò che interessa in questa sede, nell’omessa richiesta di accantonamento al momento della distribuzione nella procedura esecutiva avviata nel 2006 dall’avv.to Zonin sull’importo residuo del ricavato d’asta sottoposto a sequestro (su ricorso promosso da loro stessi nell’interesse dello S. , con esercizio del diritto che l’art. 510 riconosce al creditore sequestrante), si rileva che l’interpretazione della Corte territoriale risulta erronea nell’aver ritenuto che (cfr. pag. 24 sentenza impugnata):

1. "intervenendo nell’esecuzione presso terzi che l’avvocato Zonin nell’anno 2006 aveva avviato contro Costruzioni SaDi Srl, "l’appellante creditore sequestrante S. avrebbe potuto consolidare il diritto all’accantonamento della somma pignorata, per quanto di ragione, dimostrando la pendenza

del giudizio di merito che era stato da lui promosso e chiedere l'assegnazione del termine massimo di tre anni per munirsi del titolo esecutivo";
2. "poiché tale giudizio già nel 2008 (quindi nel triennio previsto dall'art. 510 cpc) si è concluso con sentenza esecutiva che condannava Sadi Srl a pagargli Euro 343.443,84 oltre interessi e spese, è evidente che egli avrebbe potuto ottenere l'assegnazione dell'intera somma residuata dopo il pagamento dell'avv.to Zonin, creditore procedente e privilegiato che agiva per soddisfare crediti professionali";
3. "nessun ammissibile intervento avrebbe potuto essere spiegato in quell'esecuzione, sicché l'appellante S. non avrebbe subito il concorso di altri eventuali creditori", omettendo, tuttavia, di dar conto della collocazione degli altri intervenuti (privilegiati e non), descritti solo genericamente nella motivazione nella quale non viene affrontato il problema della trasponibilità del principio nell'espropriazione presso terzi.
4. Si osserva, al riguardo, che la fattispecie prevista dall'art. 510 co 2 cpc, nella formulazione novellata dalla L. 51/2006, costituisce un principio di carattere generale ma non fornisce la garanzia di realizzo dell'ammontare del credito accantonato in attesa della formazione del titolo esecutivo, potendo intervenire nel frattempo, nella medesima procedura, creditori più titolati che non perdono affatto, in ragione dell'accantonamento, la migliore collocazione nella graduazione del loro titolo.

La distribuzione prevista dall'art. 596 cpc è speciale rispetto a quella disciplinata dall'art. 510 cpc ma non la innova affatto. In caso di pluralità di creditori, il progetto di distribuzione (o piano di riparto) deve essere redatto come se anche il credito accantonato fosse legittimamente concorrente, anche se l'effettiva distribuzione della somma che sarebbe spettata per quella ragione deve essere sospesa in attesa della formazione del titolo esecutivo ad esso relativo. In sostanza, si deve formare un piano di riparto che comprenda anche la ragione di credito "ancora non titolata"; poi occorre distribuire le somme ai creditori per i quali non vi sono ragioni di accantonamento ed infine, decorso il termine di i tre anni previsto dall'art. 510 co. 3 cpc, il creditore accantonato si vedrà assegnata la somma prevista nel piano di riparto ove abbia conseguito il titolo esecutivo; in caso contrario la somma sarà redistribuita tra gli altri creditori.

Il piano di riparto deve, cioè, essere redatto e comprendere una quota virtuale, assegnabile solo per il caso di esito positivo dell'attività di formazione del titolo esecutivo.

Ove l'intervento venga effettuato in una espropriazione presso terzi, l'art. 551 cpc, rinviando agli artt. 525 e seguenti cpc per la regolamentazione dell'intervento degli altri creditori, consente di ritenere che sia applicabile sia la disciplina contenuta nell'art. 528 cpc sia il generale rinvio di tale norma all'art. 510 cpc, nella versione ratione temporis applicabile.

6. Poiché, nel caso di specie, risulta l'esistenza di un altro credito privilegiato oltre a quello dell'avv.to Zonin nonché quella di "altri creditori" (cfr. pag. 15 e 15 ricorso, par. 25), la valutazione della Corte territoriale sopra riportata risulta erronea sia nella definizione dell'esistenza del termine perentorio coincidente con la distribuzione parziale del ricavato, sia nelle conseguenze che da ciò vengono tratte rispetto all'utilità delle procedure intentate e, conseguentemente, alla sussistenza della responsabilità professionale dei difensori incaricati.

7. Dall'accoglimento della censura in esame deriva la necessità di rivalutare l'intera controversia al fine di verificare quale sia l'effettivo danno subito dallo S. e, conseguentemente, quali siano le procedure esecutive per le quali, in relazione alle spese legali, possa essere accolta la domanda riconvenzionale dei ricorrenti, rideterminato il loro eventuale credito professionale.
8. Gli altri motivi proposti rimangono logicamente assorbiti dall'accoglimento del primo motivo e dovranno essere rivalutati alla luce del nuovo esame, così come le censure proposte nel secondo, terzo e quarto motivo del ricorso incidentale condizionato.
9. La sentenza deve, pertanto, essere cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Bolzano in diversa composizione che dovrà riesaminare l'intera controversia alla luce del principio di diritto evidenziato al precedente par. 5, decidendo altresì in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

Corte di Cassazione, III, ordinanza del 19.07.2018, n. 19176

C3 *Responsabilità civile - Danno tanatologico e e non risarcibilità iure hereditatis

1. Con il primo motivo di ricorso C.G. e S.J. prospettano la motivazione insufficiente, illogica e contraddittoria, nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2059, cod. civ., 2, 3, 13, 22, 27, 32, Cost., poiché la corte di appello avrebbe errato nel negare il danno da perdita della vita, a sua volta massima espressione del diritto alla salute, quale riconosciuto, a titolo ereditario, da parte della giurisprudenza, distintamente da quello morale catastrofico, anche in ipotesi di morte istantanea.

Con il secondo motivo i suddetti ricorrenti prospettano la motivazione insufficiente e illogica con cui la corte di appello, errando, aveva negato il danno patrimoniale di cui in parte narrativa, non avendo ammesso la prova testimoniale articolata sul punto, e avendo trascurato le risultanze con cui era stato dimostrato che, prima del decesso, C.F. era convivente con la madre e aveva redditi chiaramente maggiori di quelli che aveva potuto documentare.

1.1. Con l'unico motivo di ricorso M.D. e D.P.R. prospettano la violazione degli artt. 2, 3, 32, 117 Cost., e 2 C.E.D.U., per ragioni, inerenti l'esclusione del danno da morte, sovrapponibili a quelle esposte in parte del primo motivo di ricorso degli altri ricorrenti avverso la stessa sentenza, aggiungendo che, al riguardo, doveva ritenersi la capienza del massimale, su cui non potevano incidere voci come quelle relative alle spese processuali, e, in ogni caso, la sussistenza della responsabilità ultramassimale della compagnia assicuratrice, che non aveva messo spontaneamente a disposizione dei danneggiati le somme dovute.

2. Il primo motivo di entrambi i ricorsi, da esaminare sul punto congiuntamente per connessione, è infondato.

In primo luogo deve rilevarsi l'inammissibilità della censura relativa al vizio motivazionale. Infatti, preliminarmente a ogni altra delibazione sul punto, va fatta applicazione dell'art. 348 ter, quinto comma, cod. proc. civ., che esclude la deducibilità del vizio ex art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., nei casi,

come quello qui in scrutinio, di conferma della sentenza di primo grado da parte di quella di appello. La norma in parola risulta applicabile poiché il giudizio di secondo grado è stato introdotto nel dicembre 2013 (Cass., 18/12/2014, n. 26860, e succ. conf.).

Le censura, d'altro canto, anche quella dei ricorrenti C.G. e S.J., è essenzialmente "in iure", chiedendosi, come visto, in riconoscimento del danno da perdita della vita, a titolo ereditario.

Al riguardo deve darsi seguito alla nomofilachia secondo la quale in materia di danno non patrimoniale, in caso di morte cagionata da un illecito, il pregiudizio conseguente è costituito dalla perdita della vita, bene giuridico autonomo rispetto alla salute, fruibile solo in natura dal titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente, sicché, ove il decesso si verifichi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, deve escludersi la risarcibilità "iure haereditatis" di tale pregiudizio, in ragione - nel primo caso - dell'assenza del soggetto al quale sia collegabile la perdita del bene e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito risarcitorio, ovvero - nel secondo - della mancanza di utilità di uno spazio di vita brevissimo (Cass., Sez. U., 22/07/2015, n. 15350 e succ. conf.). Si tratta, come noto, della risoluzione di un contrasto emerso in specie a seguito di alcune pronunce di legittimità appena precedenti e infatti citate nei ricorsi (cfr., soprattutto, Cass., 23/01/2014, n. 1361).

Nella fattispecie qui in scrutinio, con accertamento incensurato, è stato stabilito che il decesso delle persone coinvolte avvenne "sul colpo" (pagg. 6, primo rigo, e 7, primo capoverso, della sentenza impugnata). Sicché non vi sarebbe stato margine neppure per il danno morale catastrofale, da sofferenza nell'attesa consapevole del decesso, che peraltro la corte territoriale ha rilevato, anche qui senza censura, non essere stato domandato (pag. 7 della decisione, secondo capoverso).

È opportuno sottolineare, alla luce delle ragioni esposte nei motivi, che la decisione a Sezioni Unite citata, anche all'esito dell'esame della giurisprudenza comparata (pag. 10), hanno escluso dubbi di costituzionalità del regime normativo così ricostruito (pag. 14), in particolare valorizzando la scelta legislativa di affidare la tutela degli interessi sottesi alla sanzione penale, e la struttura (prevalentemente) compensativa della responsabilità civile (nel nostro ordinamento).

Infine, la nomofilachia ha puntualizzato che non può essere in contrario invocato il "diritto alla vita" di cui all'art. 2 CEDU, norma che, pur di carattere generale e diretta a tutelare ogni possibile componente del bene vita, non detta specifiche prescrizioni sull'ambito e i modi in cui tale tutela debba esplicarsi, né, in caso di decesso immediatamente conseguente a lesioni derivanti da fatto illecito, impone necessariamente al legislatore nazionale l'attribuzione della tutela risarcitoria, il cui riconoscimento in alcuni interventi normativi ha comunque carattere di specialità e tassatività, ed è inidoneo a modificare il vigente sistema della responsabilità civile, improntato al concetto di perdita-conseguenza e non sull'evento lesivo in sé considerato (Cass., 20/07/2016, n. 14940).

2.1. Il secondo motivo di ricorso è manifestamente inammissibile sia per le ragioni di cui all'incipit" del punto 2., sia per difetto di autosufficienza e quindi specificità della censura, che neppure indica e trascrive quando e in che termini sarebbero state richieste e offerte le prove di cui discorre mirando comunque a

ottenere, in sostanza, una rilettura istruttoria, con conseguente inammissibilità anche a sotto tale profilo.

3. Le spese possono compensarsi, tenuto anche conto della disciplina "ratione temporis" vigente, attesa la risoluzione del contrasto giurisprudenziale di legittimità di cui si è dato conto, sopravvenuta ai ricorsi.

Corte di Cassazione, III, ordinanza del 13.07.2018, n. 18555

C3 *Circolazione stradale - Sinistro, veicolo non coinvolto e presunzione di parità della colpa

Il Collegio ha raccomandato la redazione della motivazione in forma semplificata.

La eccezione di inammissibilità – recte improcedibilità - del ricorso formulata da ALLIANZ s.p.a., per omessa indicazione ed allegazione al ricorso dei documenti prodotti in giudizio e sui quali vengono fondati i motivi di ricorso, è priva di pregio. Le censura infatti vengono a criticare le argomentazioni in diritto svolte dalla sentenza impugnata e dunque prescindono dalla consultazione e verifica del contenuto di atti e documenti del processo di merito che non appaiono necessari a supportare le censure.

Il ricorso per cassazione proposto ai sensi dell'art. 348 ter comma 3 c.p.c., può accedere all'esame della Corte, avendo la ricorrente assolto all'onere, della trascrizione (ricorso pag. 3-4) dei motivi di gravame dedotti con l'atto di appello dichiarato inammissibile dalla Corte distrettuale ex art. 348 bis comma 1 c.p.c., adempimento prescritto, a pena di inammissibilità, dall'art. 366, comma 1, n. 3), c.p.c. e ritenuto indispensabile per consentire a questa Corte il controllo in ordine alla insussistenza di un giudicato interno sulle questioni sottoposte al vaglio del giudice di legittimità e già prospettate al giudice del gravame (cfr. Corte cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 8942 del 17/04/2014; id. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 10722 del 15/05/2014; id. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 6140 del 26/03/2015; id. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 18623 del 22/09/2016; id. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 26936 del 23/12/2016).

Venendo all'esame dei motivi di ricorso osserva il Collegio quanto segue. Primo motivo: violazione art. 2054 comma 2 c.c..

Sostiene la ricorrente che il principio di diritto, affermato dal Tribunale, secondo cui la responsabilità ex art. 2054 c.c. è configurabile anche in assenza di collisione tra i veicoli, purché l'evento sia riconducibile eziologicamente alla circolazione stradale anche del veicolo non direttamente coinvolto nello scontro, nel caso in cui lo stesso abbia determinato turbativa alla circolazione, doveva condurre, non all'accertamento della pari responsabilità dei conducenti delle autovetture nella produzione del danno, ai sensi dell'art. 2054 comma 2 c.c., ma alla affermazione della esclusiva o prevalente responsabilità della Z. che si era immessa su strada pubblica da area privata senza dare la dovuta precedenza, ai sensi dell'art. 2054 comma 1 c.c..

Inoltre il Giudice di merito non aveva considerato che dalle deposizioni dei testi escussi erano emersi fatti che attestavano inequivocamente la esclusiva riconducibilità dell'evento dannoso alla colposa condotta di guida della Z. .

Inammissibile deve ritenersi la censura formulata sub specie di "errore di diritto" ma volta a veicolare, attraverso la richiesta di rivalutazione del materiale istruttorio, una critica interamente rivolta all' "errore di fatto" - con invasione dell'ambito discrezionale valutativo riservato ex art. 116 c.p.c. al Giudice di merito - insindacabile avanti questa Corte, salva l'ipotesi - che non ricorre nel caso di specie - della omessa considerazione da parte del Giudice di un "fatto storico decisivo" contemplata dall'art. 360co 1 n. 5 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 54 del DL n. 83/2012 conv. in legge n. 134/2012, e nei limiti definiti dalla interpretazione della norma processuale fornita da questa Corte (cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 8053 del 07/04/2014; id. Sez. U, Sentenza n. 19881 del 22/09/2014; id. Sez. 3, Sentenza n. 11892 del 10/06/2016).

Per il resto il motivo deve ritenersi infondato.

La ricostruzione della dinamica del sinistro compiuta in base alle risultanze istruttorie ha consentito di accertare che il veicolo condotto dalla B. era andato a collidere con altro veicolo che sopraggiungeva in senso opposto, dopo aver sbandato a causa della turbativa costituita dalla vettura condotta dalla Z. che si stava immettendo sulla strada da un'area di sosta privata.

Tanto premesso il Tribunale ha fatto corretta applicazione del principio di diritto secondo cui la presunzione di pari responsabilità di colpa, prevista in caso di scontro di veicoli dall'art. 2054 comma 2 c.c., è applicabile estensivamente anche ai veicoli coinvolti nell'incidente ma rimasti estranei alla collisione, sempre che sia accertato, in concreto, l'effettivo contributo causale nella produzione dell'evento dannoso (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 3131 del 04/04/1996; id. Sez. 3, Sentenza n. 10751 del 23/07/2002; id. Sez. 3, Sentenza n. 3704 del 09/03/2012).

Il principio di diritto - diversamente da quanto assunto dalla difesa della ricorrente - si riferisce espressamente alla applicazione estensiva della presunzione di pari gradazione della responsabilità per colpa, prevista dal comma 2 dell'art. 2054 c.c., non venendo, pertanto, in questione la diversa disposizione del comma 1 della medesima norma, prevalendo la esigenza di una applicazione della analoga disciplina della prova del grado di colpa nella valutazione delle condotte di tutti i soggetti responsabili che hanno concorso causalmente all'evento-scontro tra veicoli.

Nella specie il Tribunale ha accertato previamente la incidenza causale della condotta di guida della Z. nella determinazione dello scontro tra il veicolo condotto dalla B. e l'altra autovettura proveniente in senso opposto, rilevando altresì come analogo contributo causale doveva riconoscersi alla condotta di guida della B. non adeguata alle circostanze del caso -essendo bagnato e scivoloso il fondo stradale a causa della pioggia- e che aveva determinato il mancato controllo del veicolo e la tempestiva adozione delle misure di emergenza tra cui "specialmente l'arresto tempestivo del veicolo entro i limiti del suo campo di visibilità e dinanzi a qualsiasi ostacolo prevedibile", come prescritto dall'art. 141, comma 2, Codice Strada (Dlgs n. 285/1992 e succ. mod.). Il Giudice di merito ha quindi ritenuto, in assenza di altri parametri di valutazione in

concreto del grado di colpa ascrivibile ai singoli conducenti, di applicare la presunzione di pari responsabilità prevista dal comma 2 dell'art. 2054 c.c., conformandosi in tal modo agli arresti giurisprudenziali di questa Corte, sopra richiamati.

Né vale in contrario il richiamo operato dalla ricorrente alla giurisprudenza penale di questa Corte che ha statuito, in tema di responsabilità colposa da sinistri stradali, che il conducente di un veicolo non può essere chiamato a rispondere delle conseguenze lesive di uno scontro per non avere posto in essere una manovra di emergenza, qualora si sia venuto a trovare in una situazione di pericolo dovuta all'altrui condotta di guida illecita, non utilmente ed agevolmente percepibile, tenuto conto dei tempi di avvistamento, della repentinità della condotta del soggetto antagonista, dei concreti spazi di manovra, dei necessari tempi di reazione psicofisica (cfr. Corte cass. Sez. 4, Sentenza n. 1031 del 30/10/2002 Ud. (dep. 14/01/2003); id. Sez. 4, Sentenza n. 29442 del 24/06/2008 Ud. (dep. 16/07/2008)), solo che si osservi come il principio di diritto enunciato presupponga la prova - del tutto assente nel caso di specie - di circostanze di tempo e luogo tali da non rendere utilmente ed agevolmente percepibile il pericolo (tenuto conto dei tempi di avvistamento, della repentinità o meno della condotta del soggetto antagonista, degli spazi di manovra, dei necessari tempi di reazione psico-fisica) e da impedire una efficace e tempestiva manovra di emergenza, escludendo quindi del tutto gli stessi profili di responsabilità invece individuati nella condotta di guida della B. dal Tribunale.

Ne segue che la sentenza impugnata va esente dal vizio di legittimità denunciato.

Secondo motivo: violazione degli artt. 141-145 Codice della Strada.

La ricorrente censura, con riferimento alle norme del Codice della Strada che dettano gli obblighi di condotta da tenere nella circolazione dei veicoli, l'apprezzamento in fatto compiuto dal Tribunale in ordine alle condotte tenute dai conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro.

La censura è inammissibile in quanto attraverso l'errore di diritto si viene a reiterare la richiesta di rivalutazione delle risultanze istruttore, secondo la differente prospettazione di merito favorevole della ricorrente, nonché la inammissibile revisione dell'accertamento compiuto dal Tribunale.

Terzo motivo: violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c..

La ricorrente censura la statuizione della sentenza impugnata che ha ritenuto sfornita di prova la domanda risarcitoria volta ad ottenere la liquidazione del danno da lucro cessante per "perdita della capacità lavorativa specifica", non avendo considerato il Tribunale che dalla prova orale era emerso che la B. si occupava delle faccende domestiche per sé ed i suoi familiari e si occupava anche del lavoro nei campi, attività cui non si era potuta dedicare durante la convalescenza e la riabilitazione, e permanendo attuali algie agli arti inferiori che le impedivano di svolgere tali occupazioni.

Il motivo è inammissibile in quanto non coglie la "ratio decidendi".

Debbono richiamarsi, in proposito, i principi di diritto, enunciati da questa Corte, in materia di risarcimento

del danno subito dalla casalinga, secondo i quali:

se viene accertata una "perdita o riduzione della capacità lavorativa (generica)", possono applicarsi -avuto riguardo al grado percentuale di invalidità permanente accertato in sede medico legale- le presunzioni intese a provare la esistenza di un "danno patrimoniale" -emergente e da lucro cessante- (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 16392 del 13/07/2010; id. Sez. 3, Sentenza n. 25726 del 05/12/2014) determinato dall'impedimento o dalla riduzione della attività di lavoro domestico che il soggetto svolgeva -anche- a suo favore (se invece il lavoro domestico era svolto a titolo gratuito o in adempimento dei doveri di solidarietà familiare, a vantaggio di soggetti terzi, i danneggiati sono esclusivamente questi ultimi: Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 4657 del 03/03/2005), trattandosi di attività suscettiva di valutazione economica (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 2639 del 09/02/2005; id. Sez. 3, Sentenza n. 24471 del 18/11/2014), che trova fondamento negli artt. 4, 36 e 37 Cost. (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 15580 del 11/12/2000; id. Sez. 3, Sentenza n. 20324 del 20/10/2005), e che potrà ricevere adeguato ristoro attraverso il criterio di liquidazione equitativa del danno, tenuto conto dei parametri forniti dal calcolo del reddito figurativo desunto dal contratto collettivo delle COLF (contratto collettivo di lavoro) ovvero del criterio legale del triplo della pensione sociale se, invece, viene accertato secondo i criteri propri della medicina legale un "danno da cenestesi lavorativa" -nel senso che l'attività domestica potrà essere espletata anche in futuro, ma in condizioni di usura maggiore o con maggiore gravosità-, senza che la invalidità si comunichi anche alla capacità lavorativa del soggetto (da intendersi come persistenza, nonostante i postumi invalidanti, della attitudine del soggetto a svolgere un determinato lavoro produttivo di un determinato reddito), allora un tale pregiudizio, che si colloca interamente nell'ambito della lesione del diritto alla salute, dovrà essere risarcito quale "danno biologico" e compensato attraverso la ulteriore congrua personalizzazione del valore-punto tabellare.

Nella specie il Tribunale non si è limitato ad affermare, con la statuizione censurata e che non appare in linea con i principi indicati, che il danno patrimoniale da lucro cessante non doveva essere liquidato per genericità delle prove fornite dalla danneggiata e per difetto di accertamento di una riduzione reddituale durante la malattia, in quanto la B. era pensionata, ma ha precedentemente rilevato che era stata esclusa dal CTU una lesione della "capacità lavorativa specifica", avendo invece accertato l'ausiliario che "le menomazioni comportano un maggiore affaticamento e difficoltà nello svolgimento del lavoro domestico.... tenuto conto del presumibile livello sofferenza di grado medio/ medio grave", e che tale danno, da ricomprendere nella categoria del danno biologico, veniva ad essere compensato attraverso la personalizzazione del "punto di invalidità" previsto dalle Tabelle milanesi di liquidazione del danno biologico e non patrimoniale, che doveva essere pertanto aumentato con l'applicazione del coefficiente massimo del 29%.

La censura risulta dunque decentrata rispetto alla indicata "ratio decidendi" in quanto rivolta a colpire soltanto un aspetto parziale degli argomenti svolti nella motivazione della sentenza impugnata, senza incidere sull'elemento dirimente del mancato accertamento all'esito delle indagini medico legali di una riduzione della capacità della B. di continuare ad attendere ai lavori domestici.

Quarto motivo: violazione art. 91 c.p.c..

La ricorrente si lamenta della liquidazione delle spese di lite compiuta dal Tribunale che le aveva compensate

per la metà tra la B. e gli altri convenuti, mentre avrebbe dovuto liquidarle per intero a favore della danneggiata, ove avesse correttamente ritenuto la esclusiva responsabilità della Z. nella causazione del sinistro.

Il motivo non integra i requisiti prescritti dall'art. 3656 co1 c.p.c. atteso che la censura, non attiene alla attività di giudizio svolta dal Giudice di merito nella applicazione del criterio di attribuzione delle spese di lite, ma risulta formulata in modo meramente condizionato e dipendente dall'accoglimento dei precedenti motivi di ricorso per cassazione, ritenuti inammissibili od infondati.

In conseguenza il ricorso deve essere rigettato e la ricorrente condannata alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità liquidate in dispositivo.

Corte di Cassazione, III, ordinanza del 19.07.2018, n. 19197

C3 *Danno all'immagine e alla reputazione, avvocato e onere della prova del danno personale

1. Con il primo motivo del ricorso principale, deducendo "Violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2050, 2059, 2697 e 2729 c.c. e 15 D.Lgs. n. 196/2003", il ricorrente sostiene che sarebbe incontroverso e non più discutibile in questa sede che la controparte "abbia posto in essere una condotta profondamente negligente", avendo provveduto alla segnalazione presso il CRIF del suo nominativo senza l'adozione delle verifiche che il trattamento dei dati comunicati imponeva e senza il preventivo avviso imposto dalla regolamentazione di settore; che la controparte non poteva essere sollevata da responsabilità addebitando il fondamento dell'erronea comunicazione all'esercizio commerciale convenzionato in quanto, come ribadito dal giudice dell'appello, "la procedura di approvazione del finanziamento e ogni conseguente adempimento" facevano carico ad essa soltanto; che la condotta negligente della controparte risultava ancor più grave per non aver la stessa curato la tempestiva cancellazione del nominativo del ricorrente nonostante la pronta segnalazione del macroscopico errore e l'accoglimento della domanda cautelare proposta dal ricorrente ex art. 700 cod. proc. civ., e che la segnalazione presso la Centrale rischi, nonostante le formali rassicurazioni da parte della Neos Banca S.p.a., era rimasta presente e ben visibile sino al maggio 2009 e quindi per quasi due anni.

Inoltre, deduce il ricorrente che, per effetto dell'erronea segnalazione presso il CRIF del suo nominativo, aveva dovuto subire la mortificante situazione del rifiuto del credito.

Lamenta il ricorrente che la Corte di merito, pur ritenendo confermati tutti gli altri elementi costitutivi dell'illecito abbia ritenuto di dover valorizzare un'asserita deficienza probatoria relativa alle conseguenze dannose del fatto colpevole.

Secondo il ricorrente, pur se il danno non patrimoniale non è in re ipsa, tuttavia la dimostrazione della sua concreta sussistenza può essere affidata a meccanismi di tipo presuntivo, rispetto ai quali l'onere probatorio si limita, in sostanza, a carico del danneggiato, all'allegazione di tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto.

Assume l'A. che, nel caso all'esame, sarebbe stata ampiamente provata e documentata l'astratta percepibilità e la concreta e ripetuta percezione dell'erronea segnalazione di un profilo (negativamente caratterizzato) del tutto diverso da quello reale e che la perdita della reputazione professionale e personale del ricorrente intesa come perdita di valori non patrimoniali simile a quella di valori patrimoniali, rilevante ex art. 1223 cod. civ. in tema di danni patrimoniale - si sarebbe "senz'altro verificata e il danno-conseguenza (sarebbe) dunque risultato presuntivamente provato".

A conferma di tale conclusione il ricorrente deduce l'indiscutibile avvenuta compromissione dell'onorabilità del ricorrente, che i fatti accertati in sede di merito avrebbero determinato, evidenziando di svolgere la professione di avvocato e che conformemente ai principi internazionalmente riconosciuti (principio di onorabilità di cui alla Carta dei principi fondamentali dell'Avvocato Europeo del 25 novembre 2006 e dell'art. 2.2. Cod. deontologico degli avvocati Europei del 28.10.1988), "anche al di fuori dell'esercizio della professione l'avvocato ha il dovere di comportarsi, nei rapporti interpersonali, in modo tale da non compromettere la fiducia che i terzi debbono avere nella sua capacità di adempiere i doveri professionali e della dignità della professione" (art. 56 Cod. deontol. Forense 2007, vigente all'epoca dei fatti in causa), tanto che l'avvocato è "soggetto a procedimento disciplinare per fatti anche non riguardanti l'attività forense, quando si riflettano sulla sua reputazione professionale o compromettano l'immagine della classe forense" (art. 5, comma 2, Cod. deontol. Forense del 2007). Sostiene il ricorrente che la lesione della reputazione professionale di un avvocato, "consumata mediante falso, ripetuto e prolungato addebito di condotte disciplinarmente rilevanti...; addebito pubblicamente consultabile da una moltitudine indefinita di operatori economici e pubblicamente consultato, ripetutamente, tanto da determinare decisioni di non affidamento del credito (puntualmente documentate nei giudizi di merito) costituisce pregiudizio tutt'altro che futile... capace di incidere ben oltre la soglia minima di tollerabilità imposta dalle regole di convivenza sociale".

2. Con il secondo motivo del ricorso principale l'A. lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 1226 cod. civ. nel caso di specie, sostenendo che tale norma, una volta accertata l'esistenza di un danno conseguenza rilevante ex art. 2059 cod. civ., offrirebbe l'unico strumento (quello equitativo) di apprezzamento del danno risarcibile concretamente disponibile.
3. I primi due motivi del ricorso principale, che essendo strettamente connessi, ben possono essere esaminati congiuntamente, vanno rigettati.

Ed invero secondo l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità il danno non patrimoniale, anche nel caso di lesione di diritti inviolabili, non può mai ritenersi in re ipsa, ma va debitamente allegato e provato da chi lo invoca, anche attraverso il ricorso a presunzioni semplici (Cass. 14/05/2012, n. 7471; Cass., ord., 24/09/2013, n. 21865

A quanto precede deve aggiungersi che, secondo la giurisprudenza di legittimità, le presunzioni semplici costituiscono una prova completa alla quale il giudice di merito può attribuire rilevanza anche in via esclusiva, ai fini della formazione del proprio

convincimento, nell'esercizio del potere discrezionale,

istituzionalmente demandatogli, di scegliere, fra gli elementi probatori sottoposti al suo esame, quelli ritenuti più idonei a dimostrare i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione. Spetta, pertanto, al giudice di merito valutare l'opportunità di fare ricorso alle presunzioni, individuare i fatti da porre a fondamento del relativo processo logico e valutarne la rispondenza ai requisiti di legge, con apprezzamento di fatto che, ove adeguatamente motivato, sfugge al sindacato di legittimità (Cass. 11/05/2007, n. 10847; Cass. 2/04/2009, n. 8023; Cass. 6/06/2012, n. 9108; v. anche Cass., ord., 8/01/2015, n. 101).

Ai principi sopra ricordati si è espressamente attenuta la Corte di merito la quale, per quanto rileva in questa sede, con riferimento ai danni non patrimoniali, ha pure affermato che, "nel caso di specie, l'istante si limita ad allegare il danno all'immagine ed alla reputazione subito quale affermato professionista, ma non sono stati dimostrati pregiudizi concreti ricollegabili all'attività professionale svolta (non di tipo imprenditoriale)", precisando che "occorrono in definitiva prove dirette o indizi gravi, precisi e concordanti per riconoscere un pregiudizio risarcibile derivante dalla lesione di un diritto costituzionalmente protetto" e che nella specie esistono invece "solo generici elementi indiziari non convergenti", pervenendo a tale conclusione in base ad un apprezzamento in fatto non censurabile in questa sede, se non nei ristretti limiti ora consentiti dall'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., nella formulazione ratione temporis, laddove, invece, nessuna censura motivazionale risulta proposta dalfA. .

3. Con il terzo motivo si lamenta violazione del principio della soccombenza ex art. 91, primo comma, cod. proc. civ., quanto alla disposta compensazione delle spese legali, sostenendosi che, l'auspicata cassazione della sentenza impugnata e, quindi, la conferma dell'accoglimento integrale della domanda di primo grado implica necessariamente la riforma della statuizione censurata con il mezzo all'esame.

3.1. Il motivo è per un verso infondato, non potendo essere sindacata la scelta di disporre la compensazione delle spese di lite tutte le volte in cui non sia stato violato il criterio secondo cui gli oneri processuali debbono restare a carico della parte soccombente, e, per altro verso, inammissibile, nella parte in cui si censura la regolamentazione delle spese non con riferimento all'esito del giudizio di secondo grado, nel quale tale regolamentazione trova il suo fondamento, ma in relazione ad una ipotizzata e sperata cassazione della sentenza impugnata che, oltre tutto, travolgerebbe la pronuncia sulle spese (Cass. 27/10/2012, n. 17492; Cass. 30/06/2015, n. 13314; Cass. 311/05/2017, n. 13716).

4. Il ricorso principale deve essere, pertanto, rigettato.
5. L'esame del ricorso incidentale, fondato su un unico motivo (con il quale si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 e 2697 cod. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., e violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360,

primo comma, n. 3, cod. proc. civ.) e logicamente condizionato all'accoglimento del ricorso principale, resta assorbito dal rigetto di quest'ultimo.

6. Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.
7. Va dato atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale, ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Corte di Cassazione, III, ordinanza del 19.07.2018, n. 19137

C3 *Salute e medicina - Nascita di figlio con handicap, omissioni del medico e responsabilità nei confronti della madre - Fattispecie

2. Il ricorso incidentale del medico, nella parte ove il motivo di nullità dedotto attiene alla violazione o falsa applicazione dell' art. 115 c.p.c. e dell'art. 2697 cod.civ., deve essere considerato come prima questione poiché attiene al piano della responsabilità del medico affermata dai Giudici di merito. Si assume che nella sentenza parziale 702 /2013 concernente l'an debeatur non sarebbe stato considerato che l'onere di prova dell'intento abortivo, gravante sulla madre, non sarebbe stato assolto.

2.1. Il motivo è infondato. Nella decisione impugnata si rileva la volontà abortiva è desumibile dalle insistenti richieste della gestante, all'epoca trentaseienne, di effettuare una diagnosi prenatale, rifiutate dal medico curante a causa del cd. cerchiaggio praticato come terapia antiabortiva, e dalle statistiche sul ricorso a interruzione in caso di feti malformati che mostrano un'alta percentuale di richieste di interruzione della gravidanza in caso di preventiva conoscenza di malformazioni di tal tipo. Sul punto si richiama il principio reso a Sezioni Unite da questa Corte, in base al quale, in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite praesumptio hominis, in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale (v. SU Cass. 25767/2015; Sez. 3, Sentenza n. 24220 del 27/11/2015). Pertanto nel caso in esame non sussiste una violazione degli oneri probatori, soprattutto in relazione all'onere assolto in via presuntiva dalla madre (attraverso la prova di circostanze concrete da cui si può risalire per via induttiva a una volontà in tal senso), atteso che la pronuncia si inscrive proprio in tale ipotesi. Il motivo è pertanto infondato.

3. Il primo motivo di ricorso principale attiene alla violazione degli artt. 1218 e 2043 cod. civ. . La ricorrente deduce aspetti risarcitori del danno esistenziale che, in tesi, avrebbero dovuto essere presi in considerazione in via autonoma e oltre al danno biologico di tipo psichico considerato.

3.1. Il motivo è infondato.

3.2. La Corte d'appello risulta avere applicato correttamente i principi da tempo espressi sul tema, cristallizzati nella sentenza a SSUU n.26972/2008 e, da ultimo, specificati -quanto alle possibili implicazioni- in recenti sentenze di questa Corte. In tema di risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi costituzionalmente protetti, il giudice di merito, dopo aver identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale, deve rigorosamente valutare, sul piano della prova, tanto l'aspetto interiore del danno (cd. danno morale), quanto il suo impatto modificativo in pejus con la vita quotidiana (il danno cd. esistenziale, o danno alla vita di relazione, da intendersi quale danno dinamico-relazionale), atteso che oggetto dell'accertamento e della quantificazione del danno risarcibile - alla luce dell'insegnamento della Corte costituzionale (sent. n. 235 del 2014) e del recente intervento del legislatore (artt. 138 e 139 C.d.A., come modificati dalla legge annuale per il Mercato e la Concorrenza del 4 agosto 2017 n. 124) - è la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto, la quale, nella sua realtà naturalistica, si può connotare in concreto di entrambi tali aspetti essenziali, costituenti danni diversi e, perciò, autonomamente risarcibili, ma solo se provati caso per caso con tutti i mezzi di prova normativamente previsti (Cass. Sez. 3 -, Sentenza n. 901 del 17/01/2018). Conseguentemente, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del "danno biologico" e del "danno dinamico- relazionale", atteso che con quest'ultimo si individuano pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente (quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale). Non costituisce invece duplicazione la congiunta attribuzione del "danno biologico" e di una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado di percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione). Ne deriva che, ove sia dedotta e provata l'esistenza di uno di tali pregiudizi non aventi base medico-legale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione (v.Cass. Sez. 3 -, Ordinanza n. 7513 del 27/03/2018).

3.3. Nel caso specifico, pertanto, vale la considerazione che la «struttura a cerchi concentrici del danno psichico» diagnosticato in termini di danno biologico conseguente alla lesione subita fa ritenere la menomazione concretatasi in una patologia bio-psichica permanente, e specificamente diagnosticata come la forma più intensa di alterazione del normale equilibrio biologico e mentale, comprendendo al suo interno le forme più blande del danno esistenziale (v. Cass. 23778/2014; Sez. 3, Sentenza n. 13530 del 11/06/2009).

4. Il secondo motivo attiene alla violazione degli artt. 1218 e 2043, 1226 e 2056 cod. civ.. In tale caso si critica la quantificazione pari a un terzo del danno biologico permanente, derivante da lesione nella sfera psichica, operata dalla Corte di merito tenendo conto di diverse concause presumibilmente non collegate all'evento lesivo direttamente imputabile al medico, ma alla particolare e fragile struttura psichica della vittima della lesione. Il giudice a quo dapprima ha valutato il danno psichico, pari al 20% di danno biologico, in relazione all'età della persona e lo ha personalizzato secondo i valori indicati dalle c.d. «tabelle milanesi» correntemente in uso dai giudici di merito per tradurre in termini monetari il risarcimento del danno, non determinabile in un preciso ammontare secondo il criterio equitativo ex art. 1226 cod. civ., aumentando il cd. "valore punto" fino al massimo in relazione alla

particolare sofferenza inferta dall'evento subito, e quindi ha operato una scomposizione del danno in tre parti, riconoscendone la misura di 1/3.

4.1. Il motivo è fondato nei limiti di seguito espressi.

4.2. In proposito, si osserva che il danno psichico è per sua natura soggettivo e può acquisire una diversa dimensione a seconda del soggetto su cui incide. In materia di rapporto di causalità nella responsabilità civile, in base ai principi tratti dagli artt. 40 e 41 cod. pen. generalmente validi di giudizio prognostico secondo il criterio del «più probabile che non» (causalità adeguata), qualora le condizioni ambientali o i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile all'uomo siano sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dal comportamento medesimo, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale; qualora, invece, quelle condizioni non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo un criterio di normalità, non potendo, in tal caso, operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile.

4.3. Ne consegue che, a fronte di una sia pur minima incertezza sulla rilevanza di un eventuale contributo «con-causale»di un fattore naturale (quale che esso sia), non è ammesso, sul piano giuridico, affidarsi a un ragionamento probatorio semplificato, tale da condurre ipso facto ad un frazionamento delle responsabilità in via equitativa, con relativo ridimensionamento del quantum risarcitorio. In tal modo «ai fini della configurabilità del nesso causale tra un fatto illecito ed un danno di natura psichica non è necessario che quest'ultimo si prospetti come conseguenza certa ed inequivoca dell'evento traumatico, ma è sufficiente che la derivazione causale del primo dal secondo possa affermarsi in base ad un criterio di elevata probabilità, e che non sia stato provato l'intervento di un fattore successivo tale da disconnettere la sequenza causale così accertata» (Sez. 3 - , Ordinanza n. 22801 del 29/09/2017; Sez. 3, Sentenza n. 13530 del 11/06/2009 ove, in applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, per avere quest'ultima condiviso le conclusioni di un c.t.u. medico-legale, il quale, considerando non sufficiente una valutazione probabilistica in termini pari al 70-80%, aveva escluso il nesso causale tra il reato di atti di libidine di cui era rimasta vittima una minore e l'esistenza di un danno psichico permanente, ritenendo plausibile un solo danno psichico transeunte).

4.4. In definitiva, ribaltando la prospettiva operata dalla Corte di merito, rileva sottolineare che la ricorrente è risultata menomata nella sua sfera psichica in ragione dell'evento lesivo riconducibile all'operato del medico e che, per più fattori non autonomamente concorrenti, tale lesione non le ha permesso di rielaborare psicologicamente il fallimento dato da una nascita indesiderata, di reggere la lunghezza e complessità di un accertamento giudiziale di un evento lesivo interferente nella sua vita personale di donna, moglie e madre, e di sopportare il peso di una vita sociale compressa e dedicata esclusivamente a una figlia diversamente abile che non sarà mai in grado di diventare autonoma. Lo stesso evento avrebbe potuto non incidere

psichicamente su una persona con diverse storia e tenuta psichica, o incidere in misura minore. Quella accertata è pertanto la misura del (suo) danno alla persona eziologicamente collegato all'evento lesivo cui la Corte avrebbe dovuto attenersi, senza operare operazioni di scomposizione matematica in base alle diverse concause concomitanti o successive che lo hanno ipoteticamente determinato, che tuttavia non risultano avere avuto una incidenza autonoma e indipendente sul danno complessivamente ricevuto.

4.5. Per quanto riguarda la misura di invalidità temporanea non accolta, invece, risulta che la Corte ha rigettato la domanda per mancanza di specifica prova e, pertanto, tale giudizio è insindacabile sotto il profilo di violazione di legge dedotto.

4.6. Il motivo è pertanto fondato limitatamente alle ragioni di cui sopra.

5. Il terzo motivo attiene alla illogicità manifesta e carenza di motivazione sul danno patrimoniale riconosciuto.

5.1. Il motivo è fondato nei limiti di seguito esposti.

5.2. La Corte di merito ha suddiviso in tre parti il danno patrimoniale, calcolato in prospettiva delle spese da affrontare per le cure e il mantenimento della figlia diversamente abile e affetta da gravi patologie, senza darne una ragionevole e condivisibile motivazione, riconoscendone anche in tal caso solo la misura di 1/3. La scomposizione operata è priva di ogni logica perché si tratta di un danno patrimoniale riconducile alla nascita non voluta che vale nella sua entità oggettiva di doversi la madre occupare a vita di un soggetto diversamente abile e di doverne affrontare gli oneri economici prevedibili e conseguenti. Pertanto la riduzione sino a un terzo operata è prima illogica che immotivata.

5.3. Per quanto riguarda il danno per l'assistenza prestata alla figlia, indicato in Euro 5000 annui, occorre rilevare che la Corte lo ha considerato incluso nel danno patrimoniale, con giudizio equitativo insindacabile in tale sede.

5.4. La ricorrente infine deduce che non si sarebbe tenuto conto della perdita di capacità lavorativa generica accertata con CTU. Il motivo è infondato. In merito rileva la pronuncia della Cass. Sez. 6-3, Ordinanza n. 20312 del 09/10/2015, laddove ha enunciato il principio secondo cui «il danno patrimoniale è risarcibile solo se sia riscontrabile la eliminazione o la riduzione della capacità del danneggiato di produrre reddito, mentre il danno da lesione della "cenestesi lavorativa", che consiste nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidente neanche sotto il profilo delle opportunità sul reddito della persona offesa (cd. perdita di "chance"), si risolve in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo e va liquidato in via onnicomprensiva come danno alla salute, , potendo il giudice, che abbia adottato per la liquidazione il criterio equitativo del valore differenziato del punto di invalidità, anche ricorrere ad un appesantimento del valore monetario di ciascun punto, mentre non è consentito il ricorso al parametro del reddito percepito dal soggetto leso » (v. anche Sez. 3, Sentenza n. 5840 del 24/03/2004). Pertanto, in relazione alla perdita della capacità lavorativa generica tale danno è stato già valutato come danno biologico, oltretutto con un criterio di personalizzazione che permette di ritenere incluso anche questo

aspetto.

6. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia la violazione dell' art. 342 cod. proc. civ. nella parte in cui la Corte d'appello ha ritenuto la mancanza di specificità dei motivi di appello attinenti alla pretesa incongruità delle somme liquidate dal tribunale, perché non accompagnati da specifiche critiche. Il motivo è inammissibile. La censura non critica motivatamente la sentenza d'inammissibilità resa sul punto e pertanto risulta non pertinente alla ratio decidendi, e dunque aspecifica ex art. 366 n. 4 cod. proc. civ. . In ogni caso la dedotta "incongruità" sarebbe censurabile in cassazione solo sotto il profilo di nullità ex art.360, n. 5 cod. proc. civ. (quale omissione di un fatto decisivo oggetto di discussione) o sotto il profilo del vizio di motivazione, in tal caso non ravvisabile (v. Cass 14477/2015 e Cass. sez III 19.4.2013, Cass. SSUU 14477/2015).
7. Infine, un'ulteriore parte del ricorso incidentale del medico curante, contro ricorrente, attiene alla violazione dell'art. 112 cod.proc.civ., degli art.1917 cod.civ. alla luce dell' art. 360 n.4 cod.proc.civ. ed è relativo alle spese di lite del medico sopportate nella fase di appello e nel giudizio di primo grado, non liquidate a carico della propria compagnia assicuratrice tenuta a manlevarlo. Il motivo è fondato. Risulta che le spese di giudizio sono state compensate tra le parti, senza avere tenuto però conto del rapporto interno di garanzia propria tra assicurazione e assicurato. Il motivo attinente al vizio di omessa pronuncia è pertanto fondato, poiché la Corte d'appello non si è pronunciata sulla domanda dell'assicurato di essere manlevato per le spese di lite sopportate in proprio.
8. Alla luce di quanto sopra, la Corte accoglie il ricorso principale in relazione al secondo e al terzo motivo per quanto di ragione; rigetta il primo motivo e dichiara inammissibile il quarto motivo; accoglie in parte il ricorso incidentale per quanto di ragione; per l'effetto, cassa la sentenza della Corte di appello di Ancona n. 33 del 14 gennaio 2016 e rinvia il procedimento alla Corte d'appello di Ancona, in diversa composizione, affinché decida sulla base dei principi sopra indicati, anche per le spese del giudizio.

Corte di Cassazione, III, sentenza del 19.07.2018, n. 19151

C3 *Salute e medicina - Responsabilità del medico, danno e onere della prova del nesso causale in capo al paziente

4. Con il primo motivo le ricorrenti lamentano, in relazione all’art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione dell’art. 1218 c.c., per avere errato la corte territoriale nella individuazione del contenuto dell’onere della prova di chi agisca per responsabilità contrattuale.

5. Con il secondo motivo le ricorrenti lamentano l’omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio ex art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., per avere la Corte territoriale aderito acriticamente alla C.T.U. senza tenere in debita considerazione le risultanze emerse dalla relazione dell’ausiliario ematologo e da tutti i dati clinici rinvenibili nella documentazione versata in atti.
6. Il primo motivo è infondato.

5.1. Le ricorrenti, dopo aver dato prova di conoscere l'evoluzione giurisprudenziale in merito alla qualificazione della responsabilità sanitaria e alla distribuzione dell'onere della prova di colui che agisca invocando una responsabilità ex art. 1218 c.c., si dolgono che la corte territoriale abbia rigettato la loro richiesta risarcitoria per non essere stato provato il nesso di derivazione causale. Inoltre, affermato a p. 16 del ricorso che sull'attore grava la prova del nesso di causalità che può essere soddisfatta anche attraverso elementi presuntivi, a p. 23 contraddittoriamente lamentano che la corte di appello abbia ritenuto che dovessero essere le attrici a dimostrare l'esistenza del nesso di causalità tra l'errata diagnosi e l'evento morte. Altrettanto contraddittoriamente citano a supporto delle proprie illustrazioni pronunce di questa sezione della Corte di legittimità che pongono la prova del nesso di causa a carico dell'attore (cfr. ad es. p. 21, ove viene evocata la decisione n. 20/10/2015, n. 21177 che, anche nella motivazione riportata, prevede che l'attore sia gravato dell'onere di provare il nesso causale).

5.2. Nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, secondo l'orientamento da ultimo consolidatosi in sede di legittimità, compete al paziente che si assuma danneggiato dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento. Se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere la causa del danno lamentato dal paziente rimasta incerta, la domanda deve essere rigettata (Cass. 14/11/2017, n. 26824; Cass. 07/12/2017, n. 29315; Cass. 13/01/2016, n. 344; Cass. 20/10/2015, n. 21177; Cass. 31/07/2013, n. 18341).

5.3. La previsione dell'art. 1218 c.c., infatti, esonera il creditore dell'obbligazione asseritamente non adempiuta dall'onere di provare la colpa del debitore, ma non da quello di dimostrare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui si chiede il risarcimento.

5.4. Il principio di vicinanza dell'onere della prova, su cui si fonda la decisione delle Sezioni Unite 30/10/2001, n. 13533, ed al quale più volte le ricorrenti fanno riferimento nelle loro prospettazioni (p. 12, p. 19, p. 21), non coinvolge il nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale si applica la distribuzione dell'onus probandi di cui all'art. 2697 c.c. Tale disposizione, ponendo a carico dell'attore la prova degli elementi costitutivi della propria pretesa, non permette di ritenere che l'asserito danneggiante debba farsi carico della "prova liberatoria" rispetto al nesso di causa (cfr. Cass. 16/01/2009 n. 975; Cass. 09/10/2012 n. 17143; Cass. 26/02/2013 n. 4792; Cass. 26/07/2017 n. 18392).

5.5. Specularmente la prova dell'avvenuto adempimento o della correttezza della condotta è posta a carico del debitore della prestazione. E non può valere, in senso contrario, il riferimento, contenuto nell'art. 1218 c.c. alla "causa", là dove richiede al debitore di provare "che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile" (come riaffermato, di recente, da questa Corte (Cass. 26/7/2017, n. 18392). La causa qui attiene alla "non imputabilità dell'impossibilità di adempiere" che si colloca nell'ambito delle cause estintive dell'obbligazione, costituenti "tema di prova della parte debitrice", e concerne un "ciclo causale" che è del tutto distinto da quello relativo all'evento dannoso conseguente all'adempimento mancato o inesatto.

5.6. Tali conclusioni non contrastano con quanto affermato dalle sezioni unite di questa Corte (Cass. sez.un. 11/1/2008, n. 577), secondo cui "in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di

responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante". Tale principio venne infatti affermato a fronte di una situazione in cui l'inadempimento "qualificato", allegato dall'attore (ossia l'effettuazione di un'emotrasfusione) era tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi "più probabili", nel caso singolo di specie, la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta. La prova della prestazione sanitaria conteneva già quella del nesso causale, sicché non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione secondo il criterio generale di cui all'art. 2697, comma 2, c.c., e non la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c..

6. Il secondo motivo è inammissibile.

6.1. Il ricorrente, pur lamentando specifiche lacune argomentative e motivazionali della C.T.U. - mancata valutazione del nesso eziologico tra diagnosi tardiva ed errata di meningite batterica e morte della paziente (p. 25 del ricorso), ingiustificabilità della diagnosi di meningite batterica stante l'assenza di batteri nella coltura del liquor, ingiustificato ritardo nell'esecuzione dello screening di coagulazione a fronte della rilevata alterazione dell'entità delle piastrine, sottovalutazione dell'improvvisa anemizzazione della paziente (pp. 27 e 28 del ricorso - si è limitato a riproporre le stesse censure alla C.T.U. esaminate dal giudice a quo e ritenute infondate, offrendo a questa Corte solo stralci della C.T.P. dell'ematologo non posti a confronto con i passaggi salienti della C.T.U., se non quelli parafrasati in senso critico dal ricorrente.

6.2. Il giudice ha, del resto, scandito con passaggi motivazionali inequivoci, comprensibili e logici che non è stata provata l'erroneità delle conclusioni della C.T.U., neppure tramite il supporto della consulenza ematologica, che non è vero che le scelte terapeutiche fatte furono conseguenza di una errata diagnosi di meningite batterica, tant'è vero che nella C.T.U. si dà conto del fatto che le terapie somministrate tennero conto anche delle diagnosi alternativa di CID, che il quadro clinico iniziale era oltremodo equivoco, che esso degenerò assai repentinamente, che i trattamenti praticati furono adeguati alla fase conclamata di CIS, che la mancata esecuzione dell'EEG non ebbe effetti sulla diagnosi. È evidente, dunque, che il motivo, per come formulato e prospettato, si risolve in una richiesta di rivalutazione dell'elaborato tecnico non sorretta da altra giustificazione se non quella di ottenere una ricostruzione diversa ed a sé favorevole dell'operato dei medici e del nosocomio.

7. Ne consegue che il ricorso deve essere rigettato.
8. Le spese del presente giudizio di cassazione - liquidate nella misura indicata in dispositivo - seguono la soccombenza, dandosi atto della sussistenza dei presupposti di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. n. 228 del 2012.

Corte di Cassazione, III, ordinanza del 19.07.2018, n. 19204

C3 *Famiglia - Responsabilità civile - Famiglia di fatto, convivenza pluriennale, uccisione di un componente a stretto legame affettivo e risarcimento danni

Rilevato che:

1.La Corte di Appello di Firenze con sentenza n. 252 del 25/02/2016, nel rigettare l'appello principale, ha confermato la sentenza n. 103/2009 con la quale il Tribunale di Grosseto, Sezione distaccata di Orbetello, aveva respinto la domanda risarcitoria, proposta dai coniugi V.L. e M.L. , quali eredi testamentari di N.M. , loro convivente, in conseguenza del decesso della stessa avvenuto alcune ore dopo il sinistro, occorso alla stessa il (omissis); mentre, in accoglimento dell'appello incidentale proposto da ITAS Mutua e da ITAS assicurazioni s.p.a.., ha estromesso quest'ultima dal giudizio.

Era accaduto che, in data (omissis) , N.M. , componente di fatto della famiglia V. , nel corso di un sinistro stradale - che aveva interessato l'autovettura Fiat 127 condotta da V.M. (assicurata presso ITAS Assicurazioni s.p.a.), nella quale la N. viaggiava da trasportata, e l'autovettura Lancia Thema, condotta da B.R. (di proprietà dell'Amministrazione Provinciale di Grosseto ed assicurato per la RCA presso la Compagnia Assitalia s.p.a.) - aveva riportato lesioni personali mortali. Il relativo processo penale, promosso nei confronti del V. e del B. , si era concluso con sentenza n. 220/00 con la quale il Tribunale di Grosseto, ritenuta la pari responsabilità degli imputati nella causazione del sinistro, aveva condannato entrambi per omicidio colposo. Detta sentenza era stata confermata dalla Corte di appello di Firenze con sentenza 20 dicembre 2001 ed era quindi passata in giudicato.

Orbene, nel 1995 i coniugi V. -M. avevano convenuto in giudizio, innanzi al Tribunale di Grosseto, il B. , l'Amministrazione provinciale di Grosseto e l'Assitalia S.p.a. chiedendone la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, conseguenti all'intervenuto sinistro.

I convenuti si erano costituiti in giudizio; e, previa autorizzazione giudiziale, avevano chiamato in causa V.M. e la compagnia assicuratrice ITAS Assicurazioni s.p.a..

Quest'ultima si era costituita in giudizio, eccependo preliminarmente la carenza di legittimazione passiva e contestando nel merito la domanda attorea.

Nel giudizio era intervenuta volontariamente anche la ITAS Mutua in via adesiva rispetto alla compagnia Assicuratrice ITAS Assicurazioni spa.

Il Giudice di primo grado, espletata l'istruttoria, con sentenza 103/2009, come sopra rilevato, aveva respinto le domande attoree, dichiarando compensate tra le parti le spese di giudizio.

2. Avverso la sentenza della Corte territoriale propongono ricorso i coniugi V.L. e M.L. , articolando 4 motivi.

Resistono con distinti controricorsi Generali Italia s.p.a. (già Assitalia - Le Assicurazioni d'Italia s.p.a.), nonché la ITAS Assicurazioni s.p.a. e la ITAS Mutua.

ritenuto che:

1. Il ricorso è fondato.

2.Fondato è il terzo motivo, che viene trattato per primo per motivi di priorità logica, con il quale i ricorrenti V.L. e M.L. denunciano nel contempo, in relazione all'art. 360 primo comma nn. 3, 4 e 5 c.p.c., violazione e falsa applicazione dell'art. 132 n. 4 c.p.c. degli artt. 2043 e 2059 c.c. e dell'art. 2 Cost., nullità della sentenza e del procedimento, nonché omesso esame di fatto decisivo e controverso.

Si lamentano i ricorrenti che la Corte territoriale, incorrendo nei vizi denunciati, ha loro negato il diritto ad ottenere, iure proprio, il risarcimento del danno non patrimoniale subito a seguito della morte della N.. In particolare, si lamentano che la Corte d'appello: dopo aver premesso che al mero convivente può essere riconosciuta tutela risarcitoria ogniqualvolta venga a crearsi quella comunanza stretta di affetti tipica dei coniugi, ha contraddittoriamente escluso rilevanza alla circostanza che la persona deceduta sia o meno trattata come un parente dagli altri componenti della famiglia; ha erroneamente ristretto ai familiari di sangue - o al più al convivente more uxorio della vittima - l'ambito soggettivo dei destinatari della tutela risarcitoria. Sottolineano che dall'espletata istruzione probatoria era risultata provata la circostanza (da essi dedotta fin dall'atto introduttivo del processo) che la N. era stabilmente inserita, da molti anni, nel nucleo della loro famiglia ed era trattata come vero e proprio stretto congiunto.

La censura dei ricorrenti coglie nel segno.

È noto che il d. lgs. n. 212/2015, all'art. 1, ha apportato rilevanti modifiche all'art. 90 c.p.p., stabilendo in particolare che, in caso di decesso di persona offesa in conseguenza del reato, le facoltà ed i diritti previsti dalla legge possono essere esercitati e fatti valere non soltanto dai "prossimi congiunti" della stessa, ma anche "da persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente". Dunque, il legislatore penale, nel disciplinare i diritti della persona offesa dal reato, ha equiparato ai prossimi congiunti quei soggetti che, pur non legati da un rapporto di parentela con la persona offesa dal reato, siano alla stessa legati da "relazione affettiva" e da "stabile convivenza".

Passando al settore civile, proprio questa Sezione - dopo aver ricordato che: "Il fatto illecito, costituito dalla uccisione del congiunto, dà luogo ad un danno non patrimoniale presunto, consistente nella perdita del rapporto parentale, allorché colpisce soggetti legati da uno stretto vincolo di parentela, la cui estinzione lede il diritto all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che caratterizza la vita familiare nucleare" ha significativamente aggiunto: "Perché, invece, possa ritenersi risarcibile la lesione del rapporto parentale subita da soggetti estranei a tale ristretto nucleo familiare (quali i nonni, i nipoti, il genero, o la nuora) è necessario che sussista una situazione di convivenza, in quanto connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità delle relazioni di parentela, anche allargate, contraddistinte da reciproci legami affettivi, pratica della solidarietà e sostegno economico, solo in tal modo assumendo

rilevanza giuridica il collegamento tra danneggiato primario e secondario, nonché la famiglia intesa come luogo in cui si esplica la personalità di ciascuno, ai sensi dell'art. 2 Cost.. (Sez. 3, Sentenza n. 4253 del 16/03/2012, Rv. 621634 - 01).

E ancora più di recente è stato precisato che: "Integra di per sé un danno risarcibile ex art. 2059 cod. civ. - giacché lede un interesse della persona costituzionalmente rilevante, ai sensi dell'art. 2 Cost. - il pregiudizio recato al rapporto di convivenza, da intendere quale stabile legame tra due persone connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti".

Di tali principi di diritto la Corte di Appello di Firenze non ha fatto buon governo nel caso di specie, nel quale dai testi assunti (anche estranei alla famiglia V.) risulta che la N. era da anni stabilmente inserita nel nucleo di quella famiglia, nell'ambito della quale era trattata e considerata alla stregua di uno stretto congiunto. In particolare, è risultato che: la N. era convivente presso l'abitazione della famiglia V. quanto meno a partire dall'anno 1989 e che i figli della coppia trattavano la donna come una nonna o come una zia, rivolgendosi alla stessa con uno di tali appellativi. Significativi dello stretto legame affettivo esistente tra i componenti della suddetta famiglia e la N. e del fatto che quest'ultima era socialmente percepita come un effettivo componente della famiglia sono i telegrammi di cordoglio ricevuti dagli odierni ricorrenti dopo il decesso della N..

In definitiva, il Collegio non intende affatto affermare il principio che qualunque forma di convivenza con persona, estranea al nucleo familiare, consenta il risarcimento, ma tanto ritiene di dover affermare nel caso di specie, nel quale dalle acquisite risultanze istruttorie - ripercorse in ricorso (p. 34 ss), non smentite da nessuno dei tre controricorrenti e ignorate nella motivazione della impugnata sentenza - è inequivocabilmente emerso che i coniugi V. -M. erano legati da stretto, forte e stabile rapporto affettivo con la N. , rispetto alla quale - per la comunanza di vita e per la convivenza di tipo relazionale affettivo, particolarmente intensa, risultata esservi tra loro - si ponevano come familiari di fatto.

Ne consegue che l'impugnata sentenza deve essere cassata ed il procedimento rinviato alla Corte di Appello di Firenze, in diversa composizione, perché, riconosciuto il diritto jure proprio degli odierni ricorrenti al risarcimento del danno non patrimoniale conseguente al decesso della N. , proceda alla relativa liquidazione.

3.Parimenti fondato è il secondo motivo con il quale i ricorrenti denunciano nel contempo, in relazione all'art. 360 primo comma n. 3 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 345 c.p.c. 2043 e 2059 c.c., 32 Cost..

Si lamentano i ricorrenti che la Corte territoriale, richiamando la sentenza n. 15350/2015 delle Sezioni Unite, ha negato il loro diritto ad ottenere, iure hereditatis, il risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dalla N. in conseguenza delle lesioni che ne determinarono poi il decesso. Si lamentano altresì che la Corte territoriale ha loro negato anche il diritto al risarcimento del danno morale subito dalla N. , sul presupposto che detto danno sarebbe ad essi spettato iure hereditatis mentre loro lo avevano chiesto iure proprio. Deducono che nella specie era ravvisabile un c.d. danno da lucida agonia (o danno catastrofale o danno catastrofico), di per sé risarcibile e trasmissibile agli eredi. Sostengono che la Corte territoriale avrebbe dovuto ravvisare il diritto

al risarcimento del danno biologico, ovvero, quanto meno, nel caso in cui l'intervallo di tempo intercorso tra evento e morte della N. fosse stato ritenuto troppo breve per fare insorgere il suddetto diritto, il loro diritto ad ottenere, iure hereditatis, il risarcimento del danno morale (costituito dalle sofferenze psico fisiche subite dalla N. durante la lucida agonia che aveva preceduto la morte).

Anche le suddette censure - che sottendono la problematica del danno biologico e del danno morale terminale - sono fondate nei termini di seguito precisati.

È jus receptum nella giurisprudenza di questa Corte che il danno biologico terminale è configurabile in tutti i casi in cui intercorra un apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni e la morte (sent. n. 15350/2015); e che in capo agli eredi è altresì configurabile, a titolo di danno morale, il danno conseguente alla sofferenza patita dalla persona che lucidamente assiste allo spegnersi della propria vita, rendendosi conto della gravità del proprio stato e dell'approssimarsi della morte (cfr., tra le più recenti, la sent. n. 901/2018).

Tanto è avvenuto nel caso di specie, nel quale dalle risultanze processuali (anche in questo caso: acquisite nel giudizio di primo grado, ripercorse in ricorso, non smentite da nessuno dei controricorrenti ed ignorate nel corpus motivazionale della sentenza impugnata) è emerso che: a) la N. , rimasta vittima del sinistro la mattina del (omissis) , è stata ricoverata con diagnosi di ingresso di "politraumatizzato in stato di shock" presso l'Ospedale di (omissis) , dove, dopo essere stata sottoposta ad intervento chirurgico e ad esami radiografici, è stata condotta nella stanza di terapia intensiva; b) la N. nelle ultime ore di vita (sia prima che dopo l'intervento chirurgico al quale era stata sottoposta) è rimasta cosciente (fatti salvi, ovviamente, gli effetti dell'anestesia), lamentandosi per il dolore e riconoscendo le persone presenti intorno a lei; c) tra il momento del sinistro e il momento della morte della N. sono decorse complessivamente 6/7 ore.

In definitiva, la N. - proprio perché è sopravvissuta al sinistro un appezzabile lasso di tempo, nel corso del quale non ha perso la coscienza - ha acquisito al suo patrimonio il diritto al risarcimento del danno terminale subito (anche sotto il profilo biologico, ma soprattutto sotto il profilo morale), diritto che con la sua morte ha poi trasmesso agli odierni ricorrenti (i quali, fin dall'atto di citazione, introduttivo del giudizio di primo grado, avevano sostanzialmente richiesto di ottenere, iure hereditatis, il risarcimento del danno non patrimoniale, patito dalla Narconi, unitariamente considerato ex sent. n. 26972/2008 delle Sezioni Unite).

Ne consegue che la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte di Appello di Firenze, in diversa composizione, perché - riconosciuto il diritto degli odierni ricorrenti ad ottenere jure hereditatis il risarcimento per il danno biologico e morale terminale sofferto dalla N. , per lesione della sua integrità psicofisica e per le sofferenze che ne sono seguite - proceda alla relativa liquidazione.

4.Fondato è infine il primo motivo di ricorso, con il quale i ricorrenti V.L. e M.L. denunciano nel contempo, in relazione all'art. 360 primo comma nn. 3 e 4 c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 345 c.p.c., nullità della sentenza e del procedimento, in punto di mancato riconoscimento del loro diritto, iure proprio, al risarcimento del danno patrimoniale, subito in conseguenza della morte della N..

Invero, dall'atto di citazione in appello (riportato in ricorso) risulta che era stato articolato uno specifico

motivo di impugnazione, rubricato sub 3, con il quale era stata censurata la sentenza di primo grado nella parte in cui il Tribunale di Grosseto non aveva riconosciuto il diritto degli odierni ricorrenti al risarcimento del danno patrimoniale subito a seguito della morte della N. (per perdita del contributo che la stessa dava al menage familiare con la propria pensione e per spese funerarie sostenute).

Orbene, in ordine a tale domanda, la Corte ha omesso di pronunciarsi.

5. Dall'accoglimento dei primi tre motivi consegue l'assorbimento del quarto ed ultimo motivo, con il quale i ricorrenti, in via subordinata, hanno denunciato, in relazione all'art. 360 primo comma n. 3 c.p.c., violazione e falsa applicazione dell'art. 4 comma 2 DM n. 55/2014, sul presupposto che la Corte territoriale, nel regolamentare le spese processuali, li ha condannati al pagamento delle spese processuali liquidandole in Euro 17.628,00 "per ciascuna parte costituita", senza considerare che le parti costituite (B.R. , Amministrazione Provinciale e Assitalia) erano state assistite da un solo difensore (che aveva per tutte svolto la medesima attività difensiva), per cui avrebbe dovuto trovare applicazione la norma denunciata.
6. Per le ragioni che precedono, la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione, affinché la stessa, cui è demandata anche la regolamentazione delle spese processuali tra le parti in relazione al presente giudizio di legittimità, proceda all'esame della domanda di risarcimento del danno patrimoniale, formulata dagli odierni ricorrenti, nonché alla liquidazione del danno non patrimoniale, ad essi spettante jure proprio, e del danno biologico terminale, ad essi spettante jure hereditatis.

Corte di Cassazione, III, ordinanza del 13.07.2018, n. 18568

C4 Licenziamento e prova della'avviso di destinazione della lettera di recesso

1. I motivi possono essere così sintetizzati.
2. Con il primo motivo la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cpc, dell'art. 55 comma IV del contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti del gruppo Poste Italiane spa, per avere la Corte di merito erroneamente ritenuto che il termine decadenziale, previsto dalla suddetta disposizione, imponeva che il provvedimento non solo venisse inviato entro i 30 giorni del termine, ma che lo stesso dovesse essere altresì ricevuto dal lavoratore entro il medesimo termine, contrastando la interpretazione dei giudici di seconde cure con il tenore letterale della norma che recita testualmente che "la comunicazione del provvedimento deve essere inviata per iscritto al lavoratore entro e non oltre 30 giorni"; inoltre la società deduce che, in ogni caso, per il rispetto del termine occorreva avere riguardo al tentativo di consegna della raccomandata e non a quello in cui si perfezionava la compiuta giacenza.
3. Con il secondo motivo si censura, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cpc, la violazione e falsa applicazione dell'art. 149 cpc, per avere erroneamente la Corte territoriale affermato che, ai sensi della richiamata norma procedurale, l'unico modo per dimostrare la data di consegna della lettera di recesso era

l’avviso di ricevimento; sostiene la società che il richiamo alla suddetta disposizione era errato e che lo "storico", avendo riguardo all’unica attività da provare, costituiva un mezzo di prova adeguato a dimostrare la circostanza.

4. Con il terzo motivo la ricorrente si duole, ai sensi dell’art. 360 n. 3 cpc, della violazione e falsa applicazione dell’art. 2119 cc e del’art. 54 del CCNL Poste, per avere erroneamente ritenuto la Corte di appello che, nel caso in esame, il licenziamento era sproporzionato in quanto la pendenza di un giudizio avente ad oggetto l’accertamento della legittimità di un trasferimento avrebbe reso meno grave il rifiuto del dipendente di svolgere la propria prestazione lavorativa presso la sede di destinazione: e ciò a prescindere dalla fondatezza o meno del giudizio azionato dal lavoratore; rileva la società che, invece, nel caso in esame l’assenza della lavoratrice era da considerarsi arbitraria in quanto, a seguito di convocazione per l’espletamento delle formalità necessarie al concreto ripristino del rapporto di lavoro in virtù di altra sentenza della Corte di appello, la dipendente dopo un periodo di malattia per un periodo superiore a 60 gg non aveva ritenuto presentarsi presso la filiale di (…).
5. Con il quarto motivo si denunzia, ai sensi dell’art. 360 n. 3 cpc, la violazione e falsa applicazione dell’art. 18 della legge n. 300/1970 perché, anche in ipotesi di licenziamento tempestivo e grave, la Corte territoriale avrebbe dovuto applicare la disciplina di cui al V comma dell’art. 18 citato, nuova formulazione, dichiarando comunque risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data di licenziamento.
6. Il primo motivo è fondato.
7. Giova precisare che la denunzia di violazione o falsa applicazione dei contratti o accordi collettivi di lavoro nazionali, ai sensi dell’art. 360 primo comma n. 3 cpc, come modificato dall’art. 2 del D.Lgs 2 febbraio 2006 n. 40, è parificata sul piano processuale a quella delle norme di diritto, sicché anche essa comporta, in sede di legittimità, l’interpretazione delle loro clausole in base alle norme codicistiche di ermeneutica negoziale (art. 1362 cc) come criterio interpretativo diretto e non come canone esterno di commisurazione dell’esattezza e della congruità della motivazione, senza più necessità di una specifica indicazione delle norme asseritamente violate e dei principi in esse contenuti, né del discostamento da parte del giudice di merito dei canoni legali assunti come violati o di una loro applicazione sulla base di argomentazioni illogiche o insufficienti (cfr. Cass. 19.3.2014 n. 6335).
8. Orbene, nel caso di specie, la disposizione di cui al quarto comma dell’art. 55 del CCNL di settore, testualmente recita: "la comunicazione del provvedimento deve essere inviata per iscritto al lavoratore entro e non oltre 30 giorni dal termine di scadenza della presentazione delle giustificazioni.....".
9. Osserva il Collegio che il dato letterale, ove si fa riferimento "all’invio" e non anche alla ricezione del provvedimento, è chiara e preclude già di per sé la ricerca di una volontà diversa (cfr. Cass n. 12360/2014; Cass. n. 6366/2008) non essendovi alcuna perplessità sull’effettiva portata del significato della clausola.
10. Ma anche sotto un profilo logico-sistematico l’uso del verbo "inviare" non può che essere riferito al solo "inoltro" e non anche ad altre attività successive.
11. Invero, vertendosi in tema di decadenza (prevista dalla disposizione contrattuale collettiva in esame), secondo i principi enunciati in sede di legittimità (cfr. in termini Cass. Sez. Un. 14.4.2010 n. 8830; Cass. 24.3.2011 n. 6757) l’effetto impeditivo di essa va collegato al compimento, da parte del soggetto onerato, unicamente dell’attività necessaria ad avviare il procedimento di comunicazione

demandato ad un servizio -idoneo a garantire un adeguato affidamento- sottratto alla sua ingerenza, in ragione di un equo e ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti.

12. Inoltre, non è condivisibile neanche l'argomentazione della gravata pronuncia secondo cui, ai fini del rispetto del termine, andrebbe considerato quello in cui si perfeziona la eventuale compiuta giacenza perché questa Corte, in altre fattispecie che tuttavia presentano la medesima problematica di quella oggetto del presente ricorso, ha precisato che qualora la comunicazione di un atto avvenga con lettera raccomandata, questa si presume conosciuta al momento in cui giunge al domicilio del destinatario ovvero, nel caso in cui la lettera non sia stata consegnata per assenza di questi o di altra persona abilitata a riceverla, dal momento del rilascio del relativo avviso di giacenza presso l'ufficio postale (cfr. Cass. 24.3.2003 n. 6527; Cass. 31.3.2016 n. 6256; Cass. 10.12.2013 n. 27526) restando, pertanto, irrilevante ai fini della tempestività il periodo legale del compimento della giacenza e quello intercorso tra l'avviso della giacenza e l'eventuale ritiro dell'atto.
13. La Corte territoriale non si è attenuta a tali principi di talché le censure sono fondate.
14. Anche il secondo motivo è meritevole di accoglimento.
15. L'assunto dei giudici di seconde cure, secondo i quali, argomentando sulla base dell'art. 149 cpc, l'unico modo per dimostrare la data della consegna della lettera di recesso sarebbe l'avviso di ricevimento, contrasta con il principio stabilito da questa Corte (cfr. Cass 4.3.2003 n. 3195), cui si intende dare seguito, in virtù del quale è stato precisato che in ipotesi di comunicazione del recesso dal rapporto di lavoro mediante impiego del servizio postale, la prova dell'avviso di destinazione del relativo documento deve essere particolarmente rigorosa e, se non viene data mediante l'avviso di ricevimento della raccomandata o con l'attestazione del periodo di giacenza di questo presso l'ufficio postale, deve essere fornito con mezzi idonei, anche mediante presunzioni, purché caratterizzate dai requisiti legali della gravità, della precisazione e della concordanza (cfr. Cass. 5.5.1999 n. 4525). Non è quindi esatto affermare che il solo modo per provare la consegna della lettera sia quello previsto dall'art. 149 cpc che riguarda, peraltro, specificamente la materia delle notifiche a mezzo servizio postale.
16. Il terzo motivo non è, invece, fondato.
17. La Corte territoriale ha escluso, in sostanza, la sussistenza di una giusta causa di licenziamento avuto riguardo al fatto che, dalle circostanze del caso concreto, non era emerso che il rifiuto della lavoratrice fosse contrario a buona fede.
18. Invero, il licenziamento nel caso de quo era stato adottato per assenza ingiustificata dal lavoro presso la sede di (…), ove la dipendente era stata trasferita successivamente all'ordine di reintegrazione di cui alla sentenza della Corte di appello di Lecce, Sezione Distaccata di Taranto, n. 1326/2013 in un giudizio avente ad oggetto la nullità del temine di durata apposto al contratto stipulato il 26.5.2001, nella pendenza di un contenzioso tra le parti avente ad oggetto proprio la legittimità dell'assegnazione della lavoratrice ad una sede diversa da quella originaria.

19.1 giudici di seconde cure, pertanto, hanno correttamente proceduto ad una valutazione comparativa degli opposti inadempimenti avuto riguardo alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economica sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse (cfr. Cass. 29.2.2016 n. 3959; Cass. 16.5.2006 n. 11430), rilevando appunto che il rifiuto della D. fosse giustificato, anche alla luce di un primo provvedimento cautelare ad essa favorevole, e non

integrasse violazione degli obblighi di diligenza e correttezza.

20. Con motivazione immune da vizi logici e giuridici, quindi, incensurabile in cassazione (Cass. 24.7.2017 n. 18178; Cass. 23.3.2012 n. 4709) la Corte di merito non ha giustificato, quindi, in via automatica il rifiuto all'osservanza del provvedimento con la conseguente sospensione dell'attività lavorativa, ma ha ritenuto il comportamento della lavoratrice, proprio per il preesistente stato dei rapporti tra le parti, non grave in quanto non arbitrario e contrario a buona fede.
21. Il quarto motivo, infine, è fondato.
22. Infatti, la Corte territoriale, una volta operato il giudizio di gravità della condotta in termini negativi e non essendo stato prospettato, nell'interesse della lavoratrice, uno scollamento tra il comportamento addebitato e le eventuali previsioni della contrattazione collettiva, avrebbe dovuto, in ordine alla valutazione di non proporzionalità rispetto al fatto intimato e come accertato, applicare il disposto di cui all'art. 18 comma V St. lav., rientrando la fattispecie nelle "altre ipotesi" in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, per le quali la suddetta disposizione prevede la tutela indennitaria cd. forte.
23. La novella del 2012, applicabile ratione temporis, ha introdotto una graduazione delle ipotesi di illegittimità della sanzione espulsiva dettata da motivi disciplinari, facendo corrispondere a quelle di maggiore evidenza la sanzione della reintegrazione e limitando la tutela risarcitoria alla ipotesi del difetto di proporzionalità che non risulti dalle previsioni del contratto collettivo, con la conseguenza che il giudice deve procedere ad un giudizio più completo ed articolato rispetto al passato, dovendo accertare non solo se sussistano o meno la giusta causa ed il giustificato motivo di recesso, ma, nel caso in cui lo escluda, anche il grado di divergenza della condotta datoriale dal modello legale e contrattuale (cfr. Cass. 25.5.2017 n. 13178).
24. Alla stregua di quanto esposto, vanno accolti il primo, secondo e quarto motivo del ricorso, mentre deve essere rigettato il terzo; la sentenza deve essere pertanto, cassata in relazione ai motivi accolti e rinviata ad altro giudice, che si individua nella Corte di appello di Lecce, per uno nuovo esame attenendosi ai principi sopra esposti e provvedendo altresì alle spese del giudizio di legittimità.

Corte di Cassazione, Lavoro, sentenza del 16.07.2018, n. 18823

C4 Processo - Ultima notifica a fini di decorrenza del termine per il deposito del ricorso

4. In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di improcedibilità del ricorso principale formulata dal controricorrente sul presupposto che il ricorso principale notificato al Comune di Savona a mezzo di posta elettronica certificata in data 9.6.2017 è stato depositato in cancelleria data 3.7.2017, oltre il termine di venti giorni previsto dall'art. 369 c. 1 cod. proc. civ.
5. L'eccezione è fondata.
6. Dall'esame degli atti del processo emerge che il ricorrente principale ha effettivamente notificato a mezzo PEC al difensore del Comune, procuratore costituito nel giudizio di appello, un ricorso in data 9.6.2017, che risulta ricevuto in pari data da quest'ultimo. Tale ricorso notificato risulta depositato

nella Cancelleria di questa Corte in data 3.7.2017.

7. Emerge, inoltre, che il ricorrente ha notificato, a mezzo del servizio postale, con procedura avviata il 10.6.2017 e compiuta il 14.6.2017, al medesimo difensore del Comune, procuratore costituito nel giudizio di appello, il medesimo atto già notificato a mezzo PEC. Tale atto risulta depositato nella Cancelleria di questa Corte il 3.7.2017.
8. Secondo il principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, che va qui ribadito, l'art. 369, c. 1 cod.proc.civ., che stabilisce che il deposito del ricorso nella cancelleria della Corte va eseguito entro venti giorni dall'"ultima notificazione", deve essere interpretato nel senso che ultima notifica è quella eseguita nei confronti d'una delle più controparti cui il ricorso deve essere notificato e non lo sia ancora stato in precedenza, non già quella reiterata nei confronti della medesima parte, a meno che questa non sia nulla, nel qual caso il termine decorre dalla data della seconda notifica (ex plurimis, 24715/2017, 1958/2016, 14411/2012, 1635/2006).
9. Nella notifica del ricorso notificato a mezzo PEC al controricorrente il 9 giugno 2017, nel quale risulta l'attestazione che l'atto allegato e notificato è conforme all'originale cartaceo e che esso conteneva il ricorso per cassazione e la procura "ad litem", non è riscontrabile alcuna nullità.
10. Tale ricorso deve essere dichiarato improcedibile perché risulta depositato il 3.7.2017, oltre il termine di 20 gg., previsto dal richiamato art. 369 c.p.c., comma 1, decorrente dalla data della notifica avvenuta il 9.6.2017.
11. Alla improcedibilità del ricorso principale consegue l'assorbimento del ricorso incidentale condizionato.
12. Le spese seguono la soccombenza.
13. L'ammissione del ricorrente al gratuito patrocinio determina l'insussistenza allo stato dei presupposti per il versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato previsto dall'art. 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13 inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17 (Cass. 7368/2017, 18523/2014).

Corte di Cassazione, Lavoro, sentenza del 17.07.2018, n. 19024

C4 Società cooperativa, soci lavoratori e riduzione del trattamento economico eccezionale

1. Con il primo motivo, è denunziata violazione o falsa applicazione dell'art. 6 l. 142, con riferimento all'applicazione del comma 1 lett. d) ed e), in rapporto all'art., 3, comma 2, lett. b), ex art. 360, n. 3, c.p.c..
2. Omessa insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c, si lamenta nel secondo motivo, sulla base del rilievo che l'interpretazione della Corte non rispetta né la ratio, né il tenore letterale della norma, atteso che la legge 142/01, con la specifica previsione dell'art. 6 lett. e) introduce una espressa deroga al principio enunciato dall'art. 3 circa l'intangibilità dei trattamenti economici e che il socio lavoratore, nel momento della sottoscrizione del contratto associativo, aderisce alle disposizioni del regolamento

interno, tra cui può esservi la possibilità per la società, in caso di crisi aziendale, di deliberare una riduzione temporanea non solo dei trattamenti economici integrativi, potendo la deliberazione prevedere, altresì, forme di apporto anche "economico" da parte del socio lavoratore al solo scopo di superare la difficoltà economica in cui versa l'impresa, anche in vista dell'esigenza di salvaguardia dell'occupazione.

3. Nei motivi si rileva che la delibera del 2004 era stata assunta proprio contemperando l'esigenza anzidetta con quella del mantenimento di una remunerazione per i soci comunque adeguata ai sensi dell'art. 36 Cost., nonché nel rispetto della l. 142/01, e si ritiene che, in presenza di stato di crisi genuino, non solo debba considerarsi consentita la possibilità di riduzione dei trattamenti economici integrativi, ma anche quella di cui all'art. 6, comma 1, lett. e), relativa al conferimento di "forme di apporto anche economico, da parte dei soci lavoratori, alla soluzione della crisi".
4. In tal caso deve ritenersi possibile, secondo la ricorrente, la riduzione della retribuzione anche sotto il minimo di cui all'art. 3, comma 1, della legge 142/01, con preventiva informazione dei soci, come nella specie era risultato confermato da prova testimoniale.
5. Si evidenzia che il testo della legge è chiara laddove la lettera e), comma 1, dell'art. 6 prevede anche tale possibilità in proporzione alle disponibilità e capacità finanziarie del socio lavoratore ed in consonanza con l'art. 2516 c.c. (principio della parità di trattamento in ambito mutualistico) e che la portata della norma non può essere esclusa sul semplicistico presupposto che l'incipit del comma 2 (salvo quanto previsto alle lett. d) e) ed f) del comma 1 nonché all'art. 3, comma 2 bis, il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie in pejus rispetto al solo trattamento economico minimo di cui all'art. 3 comma 1) sia frutto di una semplice svista.
6. Si aggiunge che anche il Ministero del Lavoro, in sede di interpello del 6 febbraio 2009 (n. 7/2009), e di successivo n. 48/2009 del 5 giugno, in materia di regolamentazione contributiva, ha avallato una tale interpretazione, purché la cooperativa proceda con trasparenza nel rispetto delle regole democratiche della deliberazione assembleare.
7. Si assume che, in ogni caso, la rinuncia della retribuzione è pur sempre, sotto il profilo delle conseguenze dell'azione, una forma di apporto, senza considerare che neanche dall'art. 1, comma 3, si possono trarre spunti interpretativi a sostegno della lettura data dalla Corte territoriale alla norma, non venendo in nessuna disposizione della legge 142/01 operata una specifica distinzione tra elementi retributivi di natura legale e contrattuale, limitandosi la legge a fare riferimento ai "trattamenti retributivi previsti nei contratti collettivi nazionali" e quindi sia a quelli legali che e a quelli di derivazione contrattuale.
8. Si contesta la decisione anche in ordine alla ritenuta lesione, da parte della Corte territoriale, dei diritti fondamentali posti a tutela dei lavoratori per la mancata apposizione di un termine finale allo stato di crisi, non essendovi nella legge alcun preciso riferimento a limiti temporali, né essendone previsto il carattere di essenzialità rispetto alla legittimità della delibera, per essere richiesto unicamente che lo stato di crisi sia effettivo, così come verificatosi nel caso di specie, in cui lo stesso era stato recepito ed avallato dall'accordo Quadro siglato con il sindacato FIT-CISL ed approvato dall'Assemblea dei soci in data 10.7.2008.
9. I due motivi possono essere trattati congiuntamente in relazione alla evidente connessione delle questioni che ne costituiscono l'oggetto, osservandosi che il secondo contiene una denunzia ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. secondo lo schema previsto dalla vecchia formulazione della norma, non più

applicabile ratione temporis a sentenza depositata, come quella qui impugnata, dopo il 12.9.2012.

10. A prescindere dall'evidenziato profilo di inammissibilità, le doglianze si fondano nella sostanza sul rilievo della ritenuta possibilità di ridurre i trattamenti economici anche al di sotto dei trattamenti minimi previsti dalla contrattazione nazionale del settore o della categoria affine, in coerenza con le previsioni normative richiamate, che sarebbero state erroneamente interpretate dalla Corte territoriale.
11. L'art. 3 l. 142/2001, nel prevedere un trattamento economico del socio lavoratore proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato, ne stabilisce una misura minima che non può essere inferiore ai minimi previsti per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, ovvero, per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, non inferiore ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo.
12. Con riguardo al contenuto del regolamento interno delle cooperative previste dall'art. 1 della legge 142/01 dispone l'art. 6 della stessa legge, che enumera le previsioni essenziali che lo stesso deve contenere, tra cui, alla lettera "d), l'attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare, all'occorrenza, un piano di crisi aziendale, nel quale siano salvaguardati, per quanto possibile, i livelli occupazionali e siano altresì previsti: la possibilità di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi di cui al comma 2 lett. b) dell'art. 3, il divieto per l'intero durata del piano, di distribuzione di eventuali utili" ed, alla lettera e), "l'attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare, nell'ambito del piano di crisi aziendale di cui alla lettera d), forme di apporto anche economico, da parte dei soci lavoratori, alla soluzione della crisi, in proporzione alle disponibilità finanziarie...";
13. Lo stesso art. 6 contiene, al comma 2, la seguente previsione: "Salvo quanto previsto alle lettere d), e) ed f) del comma 1 nonché all'art. 3 comma 2 bis, il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie in pejus rispetto al solo trattamento economico minimo di cui all'art. 3, comma 1. Nel caso in cui violi la disposizione di cui al primo periodo, la clausola è nulla".
14. L'art. 9 della legge 14.2.2003 n. 30, in sede di modificazioni alla legge 3 aprile 2001 n. 142, aveva previsto che le parole "ai trattamenti retributivi ed alle condizioni di lavoro previsti dai contratti collettivi nazionali di cui all'art. 3" fossero sostituite dalle seguenti " al solo trattamento economico minimo di cui all'art. 3, comma 1".
15. Il carattere derogatorio rispetto al principio generale di divieto di incidenza in pejus sul trattamento economico minimo di cui all'art. 3 comma 1 anzidetto si evince chiaramente dalla portata dell'art. 6, comma 2, laddove la norma esordisce con la previsione di salvezza delle previsioni di cui alle lett. d) e) ed f) del comma 1 dello stesso articolo, e non vi sono appigli normativi o altre evidenti ragioni plausibili di natura sistematica che conducano ad avallare l'ipotesi di una svista del legislatore, così come sostenuto dalla Corte del merito.
16. Tuttavia, al di là della necessità di considerare l'estensione della portata derogatoria della disposizione, deve, prim'ancora, ritenersi conforme ai canoni di ermeneutica legale la lettura coordinata delle norme suindicate effettuata dalla Corte di Torino in relazione alla temporaneità dello stato di crisi che legittima gli interventi derogatori individuati dall'art. 6, 2 co., l. 142/2001, temporaneità che, benché non prevista espressamente dalle norme scrutinate, è stata ritenuta rilevante ai fini della possibilità di deliberare riduzioni retributive nell'ambito di una crisi aziendale.
17. Ciò è stato argomentato anche dal riferimento, contenuto nella lett. d) dell'art. 6 l. 142/2001 alla

"possibilità di riduzione temporanea dei trattamenti economici (integrativi)" e tale opzione interpretativa risulta conforme ai principi già affermati da questa Corte (cfr. Cass. 28.8.2013 n. 19832) secondo cui, al fine di evitare possibili abusi a danno dei soci lavoratori, la Deliberazione del "piano di crisi aziendale" deve contenere elementi adeguati e sufficienti tali da esplicitare:

- l'effettività dello stato di crisi aziendale che richiede gli interventi straordinari consentiti dalla legge;

- la temporaneità dello stato di crisi e dei relativi interventi;

- uno stretto nesso di causalità tra lo stato di crisi aziendale e l'applicabilità ai soci lavoratori degli interventi in esame.

18. Anche nell'interpello del Ministero del Lavoro 7/2009, richiamato dalla Postal Coop, con riguardo alle ipotesi derogatorie previste dalle lett. d) ed e) dell'art. 6, comma 1 della legge, si fa riferimento alla temporaneità dello stato di crisi per entrambe, indipendentemente dalla previsione solo nell'ipotesi di cui alla lett. d) della temporaneità della riduzione dei trattamenti economici integrativi.
19. La infondatezza del rilievo relativo all' asserita inessenzialità del requisito della apposizione di un termine finale allo stato di crisi, la cui mancanza ha comportato una riduzione retributiva ininterrotta per le lavoratrici socie, assume carattere assorbente rispetto ad ogni altra doglianza prospettata negli stessi motivi.
20. Alla luce delle esposte considerazioni, deve pervenirsi al rigetto del ricorso.
21. Nulla va statuito per le spese del presente giudizio di legittimità, essendo la G. e la C. rimaste intimate.
22. Sussistono le condizioni di cui all'art. 13, comma 1 quater, dPR 115 del 2002.

Corte di Cassazione, Lavoro, sentenza del 18.07.2018, n. 19096

C4 Carichi penali pendenti e rifiuto di assunzione del lavoratore illegittimo

1.1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. cod. civ. e dell'art. 19 del c.c.n.l. per il personale non dirigente di Poste Italiane dell'11/7/2007. Sostiene che l'espressione "certificato penale" di cui al co. 5 debba essere intesa in senso ampio, comprensiva anche del certificato dei carichi pendenti perché la ratio della norma è quella di garantire il datore di lavoro nella fase dell'assunzione e rileva che la certificazione negativa dei carichi pendenti è un documento dal quale la società, per l'importanza dell'attività che svolge, non può prescindere.

1.2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 421 cod. proc. civ.. Sostiene che la Corte territoriale abb. erroneamente respinto la richiesta di detrazione dell'aliunde perceptum ritenendola meramente esplorativa e non abbia utilizzato, come avrebbe dovuto, i poteri d'ufficio.

2. Il primo motivo è infondato.

Innanzitutto non è invocabile a sostegno delle ragioni della società il precedente di questa n. 12086 del 16 maggio 2017.

Nel caso esaminato in tale decisione l'obbligo di produrre anche il certificato di carichi pendenti si è fatto derivare (non dalla clausola contrattuale ma) da un "format di dichiarazione individuale posizione lavorativa di interesse recapito full time", sottoscritto dal lavoratore con il quale quest'ultimo si era impegnato a produrre anche tale certificazione.

Dell'esistenza di un format quale quello sopra indicato non vi è traccia nel presente giudizio nel quale si discute solo della legittimità della richiesta aziendale di estendere i documenti previsti dall'art. 19 del c.c.n.l. fino a ricomprendere tra questi anche il certificato dei carichi pendenti.

Ciò precisato, i rilievi della ricorrente non sono tali da scalfire l'interpretazione dell'art. 19 del c.c.n.l. come offerta dalla Corte territoriale.

Ed infatti appare corretta la rilevanza attribuita innanzitutto al dato letterale secondo il quale tra i documenti da presentare ai fini dell'assunzione vi è il solo "certificato penale di data non anteriore a tre mesi".

La disposizione predetta è assolutamente chiara nella sua formulazione e già solo questa circostanza esclude la necessità del ricorso al meccanismo dell'interpretazione integrativa integrando già un limite logico ad una interpretazione estensiva.

Né è possibile attribuire all'espressione "certificato penale" (che evoca il certificato di cui agli artt. 23 e 25 del T.U. sul casellario giudiziale di cui al d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313) un significato semantico suscettibile di plurime interpretazioni.

In ogni caso si tratta di una disposizione che, condizionando (sospensivamente) l'assunzione alla presenza di determinati requisiti debitamente documentati, non può formare oggetto di interpretazione estensiva perché ciò si risolverebbe nell'introduzione di un limite ulteriore rispetto a quello che le parti contraenti hanno inteso prevedere.

Ed infatti la richiesta del certificato penale integra un limite rispetto alla previsione di cui all'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori ("è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi (...) su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore") che si giustifica con la rilevanza ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore della conoscenza di date informazioni relative all'esistenza di condanne penali passate in giudicato.

Tale limite, in assenza di espressa previsione contrattuale, non può essere dilatato per via interpretativa fino a ricomprendere informazioni relative a procedimenti penali in corso (oggetto del certificato previsto dall'art.

27 del T.U. sopra citato), ciò specie in considerazione del principio costituzionale della presunzione d'innocenza.

Peraltro, nella specie, la Corte territoriale, non si è limitata al dato letterale, ma ha correttamente escluso la possibilità di ricomprendere tra i documenti da presentare ai fini dell'assunzione anche il certificato dei carichi pendenti evidenziando che il solo status di imputato (e cioè di soggetto che si sia venuto a trovare ad avere un procedimento penale pendente a suo carico) non è previsto nel medesimo c.c.n.l. quale motivo di giusta causa di licenziamento il che renderebbe incongrua una previsione che, invece, interpretata nel senso prospettato dalla società, attribuisca rilevanza a tale status al momento dell'assunzione.

2.2. Anche il secondo motivo è infondato.

Come da questa Corte già affermato (v. Cass. 31 gennaio 2017, n. 2499), In tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che invochi l'aliunde perceptum da detrarre dal risarcimento dovuto al lavoratore deve allegare circostanze di fatto specifiche e, ai fini dell'assolvimento del relativo onere della prova su di lui incombente, è tenuto a fornire indicazioni puntuali, rivelandosi inammissibili richieste probatorie generiche o con finalità meramente esplorative.

Inoltre, nel rito del lavoro, il mancato esercizio da parte del giudice dei poteri ufficiosi ex art. 421 cod. proc. civ., preordinato al superamento di una meccanica applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova, non è censurabile con ricorso per cassazione ove la parte non abb. investito lo stesso giudice di una specifica richiesta in tal senso, indicando anche i relativi mezzi istruttori (v. Cass. 12 marzo 2009, n. 6023; Cass. 23 ottobre 2014, n. 22534); in ogni caso, gli indicati poteri d'ufficio non possono essere dilatati fino a richiedere che il giudice supplisca in ogni caso alle carenze allegatorie e probatorie delle parti, in assenza di una pista probatoria rilevabile dal materiale processuale acquisito agli atti di causa (v. ex multis Cass. 6 luglio 2000, n. 9034; Cass. 9 marzo 2001, n. 3516; Cass. 8 agosto 2002, n. 12002; Cass. 21 maggio 2009, n. 11847);

3. Conclusivamente il ricorso va rigettato.
4. La regolamentazione delle spese segue la soccombenza.
5. Va dato atto dell'applicabilità dell'art. 13, co. 1 quater, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, co. 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228.

Corte di Cassazione, Lavoro, sentenza del 17.07.2018, n. 19012

C4 Permesso negato, offesa ai vertici e licenziamento legittimo - Fattispecie

Rilevato che:

1. Con sentenza del 21.4.2016, la Corte di appello di Cagliari - sez. distaccata di Sassari -, in

accoglimento del gravame della società SO.GE.A.AL. p.a. ed in riforma della sentenza impugnata, respingeva il ricorso proposto da Um. Ca. Bo. inteso alla declaratoria di illegittimità del licenziamento intimato a quest'ultimo il 4. 4.2014 per avere proferito alla presenza del Direttore Generale e di un dipendente frasi ingiuriose all'indirizzo del primo, percepite da altri colleghi e da due ospiti esterni, violando i doveri di diligenza buona fede e correttezza e perseverando deliberatamente nella reiterazione di comportamenti scorretti ed inadempienti delle obbligazioni del prestatore di lavoro;

2. la Corte rilevava che era stata raggiunta la prova in ordine alla sussistenza materiale del fatto, peraltro pacificamente sostenuta dall'elemento intenzionale, apparendo inconcepibile la pronunzia delle espressioni attribuite al Ca. ("non me ne frega un c..." e "testa di c....") ivi comprese quelle in ordine alla responsabilità per la rovina dell'azienda, in assenza di volontà offensiva, intrinseca nelle espressioni utilizzate; aggiungeva che la condotta del lavoratore costituiva un comportamento non solo di gravissima insubordinazione, ma contrario alle norme di comune etica e del comune vivere civile, posto in essere in violazione dei doveri di correttezza, diligenza e buona fede ed idoneo a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario ed a giustificare il recesso per giusta causa;
3. di tale decisione domanda la cassazione il Ca., affidando l'impugnazione a tre motivi, cui ha resistito con controricorso la società;
4. entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative ed il P.G. ha fatto pervenire le proprie conclusioni ai sensi dell'art. 380 bis.1 c.p.c.

Considerato che:

1. con il primo motivo, il ricorrente denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 12 Disposizioni sulla legge in generale, in relazione all'art. 2119 c.c. ed all'art. 18 L. 300/70, violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c, violazione e falsa applicazione dell'art. 1362, in relazione all'art. G7 del c.c.n.l. di categoria e dell'art. 111, comma 6, Cost., nonché omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, sul rilievo che nella legge Fornero, applicabile ratione temporis, la sussistenza del fatto contestato va verificata esclusivamente in relazione alla riconducibilità dello stesso alla fattispecie tipica della giusta causa del licenziamento, con ciò indicandosi la necessità di un accertamento dell'idoneità del fatto contestato a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario, e che la verifica doveva estendersi non solo alla mera esistenza del fatto materiale, ma alla valutazione di quest'ultimo nel contesto complessivo in cui si è realizzato (posizione ricoperta dal lavoratore, assenza di contestazioni disciplinari, potenzialità lesiva del comportamento contestato);
2. il Ca. sostiene che la completa irrilevanza giuridica del fatto contestato equivalga alla sua insussistenza materiale, che dà luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18 comma 4 L. 300/70, e che le espressioni attribuite ad esso ricorrente in occasione dell'episodio occorso il 7.2.2014 dovessero essere intese come una reazione puramente emotiva, non controllabile e pertanto priva di alcun valore offensivo e disciplinare;
3. lo stesso osserva che debbano essere valutati la gravità del fatto attribuito al lavoratore e le circostanze in cui lo stesso è commesso, il grado di intenzionalità e la proporzione tra la sanzione inflitta ed il fatto contestato, oltre che la decisività della mancanza di analoghi precedenti nella

carriera professionale del lavoratore, ed evidenzia che la Corte di appello ha omesso di valutare l'atteggiamento assunto in ordine alla richiesta e concessione dei permessi richiesti dal dipendente da parte dall'azienda, che aveva assunto, a dire del ricorrente, una del tutto pretestuosa violazione della prassi aziendale da parte del Bo., scatenandone la reazione emotiva;

4. con il secondo motivo, il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 1362 c.c. in relazione agli artt. 2104, 2105, 2094, 1175 e 1375, 1455 e 2119 c.c. ed all' art. G38 del c.c.n.l. di categoria, violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c, sul rilievo che nessuna grave insubordinazione era stata integrata dal contegno addebitatogli in relazione alle previsioni contrattuali e che non era stata posta in essere una grave infrazione alla disciplina aziendale, né era stato provocato all'azienda grave nocumento morale e materiale, essendo il comportamento privo del carattere di intenzionalità; peraltro, la sentenza era pervenuta al rigetto della domanda senza alcuna considerazione delle dichiarazioni rese da alcuni testi;
5. violazione e falsa applicazione dell'art. 12 delle Preleggi in relazione all'art. 18 L. 300/7, all'art. 1, comma 42 e ss., L. 92/2012 e 1345 c.c., degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c, dell'art. 2909 c.c. e dell'art. 111 co. 6 Cost., nonché omesso esame ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c. sono ascritti alla sentenza impugnata nel terzo motivo, assumendo il ricorrente la mancata valutazione di pregresse azioni denigranti e ritorsive poste in essere da parte dell'azienda attraverso licenziamenti poi annullati, con reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, di precedenti condotte diffamatorie a mezzo stampa nei suoi confronti da parte dell'azienda e di procedimenti pregressi per mala gestio intentati nei suoi confronti dalla società, con denuncia anche per peculato ed abuso d'ufficio, che, tuttavia, non aveva avuto seguito in sede penale;
6. alla stregua di tali rilievi, il Ca. adombra il carattere ritorsivo del presente licenziamento, osservando che dall'istruttoria orale era emerso come la prassi sui permessi era cambiata poco prima del suo licenziamento e che dipendenti inquadrati come lui nel livello I-S non dovessero attendere alcuna autorizzazione per potere godere dei permessi richiesti;
7. le censure contenute nel primo motivo si fondano su considerazioni estranee al reale oggetto della controversia;
8. invero, pure avendo Cass. 13/10/2015 n. 20540, Cass. 20/09/2016 n. 18418 e Cass. 12/5/2016 n. 10019, rilevato come l'insussistenza del fatto contestato comprenda anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità o rilevanza giuridica, e quindi il fatto sostanzialmente inapprezzabile sotto il profilo disciplinare, oltre che il fatto non imputabile al lavoratore, nel caso in esame, la Corte territoriale, con adeguata argomentazione, ha operato la valutazione di gravità alla luce degli standards specifici, desunti dalla realtà aziendale e dalle sue regole, nonché dalle nozioni e dai valori generalmente condivisi. Ha, infatti, esaminato la condotta alla luce del parametro dei doveri del lavoratore come delineati dalla contrattazione collettiva ed ha argomentato che i comportamenti apparivano coerenti e pienamente rientranti nella fattispecie di riferimento sia quanto alla loro portata oggettiva che sotto il profilo della gravità che connota le condotte che legittimano il licenziamento secondo le previsioni della contrattazione collettiva applicabile; ha aggiunto che tali comportamenti erano comunque contrari alle norme dell'etica e del comune vivere civile, posti in essere con violazione dei doveri di correttezza e diligenza e buona fede ed idonei a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario ed a giustificare il recesso per giusta causa;
9. la valutazione è stata correttamente effettuata e non sono evidenziate anomalie nel percorso

valutativo, essendo le critiche rivolte alla mancata considerazione dell'atteggiamento provocatorio assunto dal datore di lavoro, della reazione emotiva del lavoratore seguitane e di altre circostanze asseritamente riferite dai testi che avrebbero dovuto condurre, secondo il ricorrente, a diverse conclusioni;

10. in ogni caso, il giudice del gravame ha escluso motivatamente la provocazione del datore di lavoro, evidenziando come il permesso fosse relativo ad un impegno (visita medica) programmato da tempo sicché bene avrebbe potuto il Ca., non trattandosi di urgenza, richiedere il permesso assicurando al datore il modo ed il tempo opportuni ad organizzare la propria attività;
11. inoltre, dalla lettura della sentenza si evince che il lavoratore nel proferire le frasi all'indirizzo del Direttore Generale "tenne un tono di voce molto elevato tanto da potere essere chiaramente sentito da lavoratori che si trovavano in altri uffici" e che di fatto tali espressioni vennero sicuramente percepite dalla teste Fo. e dal To.;
12. tanto basta per ritenere che, se anche la condotta fosse da inscrivere nell'ambito di una legittima manifestazione del diritto di critica, le espressioni utilizzate correttamente sono state ritenute non rispondenti al principio di continenza sostanziale e formale che deve comunque essere rispettato dal lavoratore che avanzi un giudizio sull'operato del datore di lavoro, alla stregua di quanto affermato da questa Corte, secondo cui l'esercizio da parte del lavoratore del diritto di critica nei confronti del datore di lavoro, con modalità tali che, superando i limiti della continenza sostanziale (nel senso di corrispondenza dei fatti alla verità, sia pure non assoluta ma soggettiva) e formale (nel senso di misura nell'esposizione dei fatti), si traducano in una condotta lesiva del decoro dell'impresa datoriale, è comportamento idoneo a ledere definitivamente la fiducia che sta alla base del rapporto di lavoro, integrando la violazione del dovere scaturente dall'art. 2105 cod. civ., e può costituire giusta causa di licenziamento (cfr. Cass. 18.9.2013 n. 21362);
13. l'esercizio del diritto di critica del lavoratore nei confronti del datore di lavoro è legittimo se limitato a difendere la propria posizione soggettiva, nel rispetto della verità oggettiva, e con modalità e termini inidonei a ledere il decoro del datore di lavoro o del superiore gerarchico e a determinare un pregiudizio per l'impresa (cfr. Cass. 26.10.2016 n. 21649), rilevando i limiti della continenza sostanziale e formale, superati i quali la condotta assume carattere diffamatorio (cfr. Cass. 26.9.2017 n. 22375);
14. il secondo motivo va disatteso sulla base delle assorbenti osservazioni svolte in relazione al primo motivo in ordine alla valutazione del contegno del lavoratore compiuta dalla Corte del merito, aggiungendosi che l'omessa mancata considerazione delle dichiarazioni di alcuni testi addebitata alla sentenza è denunziata senza che le dichiarazioni stesse siano riportate nella loro integrità, essendone trascritti nel corpo del motivo solo ad alcuni stralci;
15. in ogni caso, la censura sollecita una non consentita rivisitazione del merito, oltre che una diversa valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto ad un contegno ritenuto dal ricorrente di nessun danno all'immagine ed alla produttività dell'azienda e la deduzione di malgoverno degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. è anch'essa inammissibile nei termini in cui risulta formulata, atteso che la stessa è giuridicamente appropriata solo allorché il ricorrente alleghi che il giudice di merito abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti, ovvero disposte d'ufficio al di fuori o al di là dei limiti in cui ciò è consentito dalla legge, o abbia fatto ricorso alla propria scienza privata ovvero ritenuto necessitanti di prova fatti dati per pacifici, abbia disatteso, valutandole secondo il suo

prudente apprezzamento, delle prove legali, ovvero abbia considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova che invece siano soggetti a valutazione;

16. in realtà, nessuna di tali situazioni è rappresentata nel motivo anzidetto, sicché le relative doglianze sono mal poste;
17. le considerazioni poste a fondamento del terzo motivo sono ininfluenti ai fini di causa ed attinenti a piani diversi da quello strettamente relativo all'oggetto della contestazione, rispetto alla quale le vicende descritte non rilevano ai fini voluti, essendo l'intenzionalità della condotta non elisa dalle circostanze narrate;
18. quanto alla dedotta natura ritorsiva del licenziamento, a prescindere dalla infondatezza delle censure che mirano a dimostrare la mancanza di giusta causa, invece sorretta, per quanto già esposto, da condivisibili e corrette argomentazioni in diritto del giudice del gravame, consolidata giurisprudenza di questa Corte (ex plurims: Cass. n. 3986/2015; Cass. n. 17087/11; Cass. n. 6282/11; Cass. n. 16155/09) ha affermato non essere sufficiente che il licenziamento sia ingiustificato, essendo piuttosto necessario che il motivo pretesamente illecito sia stato anche determinante, il che non emerge dalle argomentazioni prospettate nell'ultimo motivo, dovendo rilevarsi ancor prima che non è specificato in che termini una tale prospettazione sia stata avanzata nelle fasi del merito e specificamente disattesa;
19. alla stregua delle svolte considerazioni il ricorso deve essere complessivamente respinto;
20. le spese del presente giudizio di legittimità seguono la soccombenza del ricorrente e sono liquidate come da dispositivo;
21. sussistono le condizioni di cui all'art. 13, comma 1 quater, D.P.R. 115 del 2002;

Corte di Cassazione, Lavoro, ordinanza del 18.07.2018, n. 19092

C5 *Tributario - Logica di mercato, principi di economicità della gestione e abuso del diritto

1.La controricorrente eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, non essendo stata depositata copia autentica della sentenza impugnata (notificata in data 3 aprile 2013), e perché l'atto sarebbe stato redatto in violazione dell'art.366, co 1 n.3 cod.proc.civ.

1.1.La prima eccezione è infondata, in fatto, risultando versata agli atti la sentenza impugnata con relata di notificazione (rectie con equipollente attestazione di ricezione presso l’ Ufficio-front office dell'Agenzia delle Entrate Ufficio di Milano) e, in diritto, alla luce del principio affermato, di recente, dalle Sezioni Unite di questa Corte con sentenza n.10648 del 02/05/2017 secondo cui «in tema di giudizio di cassazione, deve escludersi la possibilità di applicazione della sanzione della improcedibilità, ex art. 369, comma 2, n. 2, cod.proc.civ., al ricorso contro una sentenza notificata di cui il ricorrente non abbia depositato, unitamente al ricorso, la relata di notifica, ove quest'ultima risulti comunque nella disponibilità del giudice perché prodotta dalla parte controricorrente ovvero acquisita mediante l'istanza di trasmissione del fascicolo di ufficio»).

1.2.Egualmente infondata è, poi, la seconda eccezione rispondendo il ricorso ai dettami di cui all'art.366, co 1, n.3 c.p.c. in quanto sufficientemente specifico.

2.Con il primo motivo di ricorso si deduce la violazione dell'art.295 c.p.c. e dell'art.39 del d.lgs.n.546/1992 laddove la Commissione tributaria regionale (d'ora in poi C.T.R.) non aveva disposto la sospensione del processo malgrado fosse a conoscenza della pendenza di processo instaurato con l'impugnazione dell'avviso di accertamento fondato sui medesimi fatti e notificato alla stessa Nutricia Italia s.p.a., nella qualità di consolidata.

2.1. La censura, nei termini in cui è formulata, è inammissibile per più ordini di ragioni. Il mezzo di impugnazione, invero, con difetto di specificità, non indica né tanto meno riproduce i presupposti legittimanti la sospensione ex art.295 c.p.c. e si limita ad una censura generica e priva di riferimenti concreti attinenti alla vicenda processuale.

3. Con il secondo motivo di ricorso si deduce la violazione o falsa applicazione dell'art.37 bis D.P.R. 600/1973, dell'art.53 Cost. e del principio di divieto di abuso del diritto, laddove la C.T.R. aveva escluso che, nel caso in esame, si fosse verificata la violazione dell'art.37 bis del D.P.R. n.600/1970. Secondo la prospettazione difensiva, infatti e contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di appello, nella specie ricorrevano tutte le quattro condizioni richieste dalla norma al fine della configurazione dell'abuso. In particolare, l'operazione disconosciuta dall'Amministrazione finanziaria era il finanziamento concesso dalla Nutricia International (all'epoca titolare del 100% delle azioni Mellin e della Nutricia Italia s.p.a.) a quest'ultima Società e utilizzato per l'acquisto dell'intero pacchetto azionario Mellin dalla stessa finanziatrice. Secondo l'Agenzia delle entrate tale operazione, il cui fine ultimo avrebbe potuto ottenersi egualmente attraverso il conferimento della Mellin da Nutricia International a Nutricia Italia s.p.a. nella forma di aumento gratuito del capitale, aveva quale unico scopo l'indebito vantaggio fiscale costituito da una riduzione dell'imponibile in Italia. Infatti, avendo la Nutricia Italia s.p.a. e la Mellin s.p.a. optato per il consolidato nazionale, l'operazione avrebbe permesso di ridurre la base imponibile di quest'ultima Società per effetto degli oneri finanziari corrisposti dalla Nutricia Italia s.p.a. alla sua controllante (Nutricia International) mentre senza i suddetti oneri finanziari la Società italiana (oggi controricorrente) non avrebbe realizzato le perdite fiscali indicate in dichiarazione e, conseguentemente, il reddito complessivo globale della dichiarazione consolidata sarebbe risultato notevolmente più elevato.

4.Con il terzo motivo, infine, si denuncia, ai sensi dell'art.360, co 1, n.5 cod.proc.civ. la sentenza impugnata di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio laddove il Giudice di appello aveva motivato la "convenienza economica" dell'operazione con l'asserita eliminazione di "un grosso" concorrente dal mercato mentre la Mellin s.p.a. tale non era, essendo una Società appartenente allo stesso gruppo.

4.Prima di procedere alla trattazione dei mezzi di impugnazione, appare opportuno premettere in fatto, come incontestato tra le parti, che a fronte dei vari atti con cui il gruppo Numico di diritto olandese (del quale la controricorrente fa parte) ha proceduto all'acquisizione della società Mellin s.p.a., l'operazione disconosciuta dall'Amministrazione finanziaria è l'ultima in ordine temporale, ovvero la vendita dell'intero pacchetto

azionario della Mellin s.p.a. alla Nutricia Italia s.p.a. da potere della Nutricia International BV, all'epoca titolare del 100% sia delle azioni Mellin s.p.a. (per averle avute conferite dalla sua controllante Numico) che della Nutricia Italia s.p.a., il cui prezzo è stato corrisposto grazie a un finanziamento, con interessi semestrali ad un tasso del 4,3725%, effettuato in favore della compratrice dalla stessa venditrice (da cui il disconoscimento della deducibilità dei relativi interessi passivi).

4.1. In diritto, in relazione all'istituto dell'abuso del diritto di elaborazione comunitaria (in relazione ai tributi armonizzati) e successivamente accolto anche dall'ordinamento statale (in relazione alle imposte sui redditi ex art.37 bis D.P.R. n.600/1973) va rilevato che, sulla scia della pronuncia delle Sezioni Unite n. 30055 del 23/12/2008, è, ormai, consolidato l'orientamento di questa Corte nel senso di ritenere che l'operazione economica che abbia quale suo elemento (non necessariamente unico, ma comunque) predominante ed assorbente lo scopo elusivo del fisco costituisce condotta abusiva, ed è, pertanto, vietata allorquando non possa spiegarsi altrimenti (o, in ogni caso, in modo non marginale) che con il mero intento di conseguire un risparmio di imposta, incombendo, peraltro, sull'Amministrazione finanziaria la prova sia del disegno elusivo che delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino operazioni in quel modo strutturate (cfr. tra le altre e di recente Cass.n.5090 del 28.2.2017 la quale ha confermato la sentenza impugnata, che aveva qualificato come abusiva, perché diretta unicamente ad ottenere un risparmio d'imposta, un'operazione con la quale una banca aveva stipulato un contratto di capitalizzazione per un'ingente somma di denaro con un istituto di credito appartenente al medesimo gruppo bancario e, per finanziarlo, aveva contratto, il giorno precedente, un prestito di pari importo con la società capogruppo, ma con interessi passivi più alti ed interamente dedotti dai redditi).

4.2.Gli indici sintomatici ai quali, secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza di questo Giudice di legittimità, occorre attingere per la dimostrazione dell'abusività della condotta, non vanno ricercati nella causa (funzione economico sociale) o negli effetti giuridici del negozio o della complessa operazione negoziale (diretti a disciplinare il regolamento di interessi voluto dalle parti) ma devono essere ricercati nel limite imposto dalla convenienza economica dell'operazione, nel senso che, data la peculiare situazione economico patrimoniale ed il tipo di organizzazione aziendale o societaria del soggetto, rilevate ex ante rispetto alla operazione economica da compiere, detto limite è rispettato se la modifica di tale situazione -mediante l'attività negoziale posta in essere- è rispondente a logiche di mercato ed in ultima analisi ai principi di economicità della gestione: ove tali requisiti di economicità non siano, invece, rinvenibili nell'operazione realizzata, ma la fattispecie negoziale posta in essere consenta, comunque, di realizzare, mediante una diversa allocazione delle risorse economico-patrimoniali preesistenti, un trattamento fiscale più favorevole, allora la duplice combinazione di tali elementi (carente giustificazione economica dell'operazione, realizzazione di un risparmio fiscale) consente di pervenire a qualificare l'operazione come elusiva in quanto diretta esclusivamente ad impedire la verificazione del presupposto di imposta (v.Cass.n.26781/2013; 21782/2011; 1372/2011; 12249/2010).

4.3.Il Giudice di appello, con la sentenza impugnata, ha ritenuto di non avallare la ricostruzione dell'operazione come effettuata dall'Ufficio rilevando come l'Amministrazione finanziaria, con ragionamenti

suoi propri, avesse cercato di mettere in mostra nei propri scritti il fatto che, nel caso de quo, non si sono ravvisate valide ragioni economiche per compiere tutto quello che è stato realizzato, tanto da non sostenere che il requisito delle valide ragioni economiche non va riferito alla validità legale dei negozi giuridici posti in essere, bensì alla loro apprezzabilità economica gestionale. La C.T.R. ha, così, ritenuto che i fatti economici riconducibili all'acquisizione di azioni societarie non possono essere ricondotte alla normativa antielusiva di cui all'art.37 bis del D.P.R. 600/1973 ....e che contrariamente a quanto sostenuto dall'Ufficio, con le operazioni poste in essere dalla Nutricia Italia quest'ultima ha dato esecuzione all'acquisto del 100% di Mellin con istituti giuridici del tutto leciti, tenuto conto che l'attuale Società appellata rappresentava il quarto operatore nel settore di prodotti alimentari dell'infanzia.

La sentenza impugnata continua poi ad illustrare i vantaggi e le opportunità economiche che sono state raggiunte in quanto la Società ha eliminato un grosso concorrente, tenuto conto tra l'altro l'interesse economico all'acquisto della partecipazione totalitaria è stato raggiunto in modo trasparente per poi concludere che, in tale contesto, era logico ed economicamente conveniente che fosse la Società italiana a sostenere l'onere dell'indebitamento e che, con l'operazione conclusa le sinergie esistenti fra le due società hanno consentito di realizzare importanti risparmi di costi.

4.4.Tutto l'iter motivazionale seguito dal Giudice di appello, come sopra riportato -e che, sinteticamente può riassumersi nell'opinione che l'intera operazione di acquisizione del pacchetto della Mellin s.p.a., siccome attuata attraverso strumenti giuridici legittimi e integrante essa stessa la valida ragione economica sottostante fosse trasparente costituendo, altresì, l'operazione di finanziamento una obbligata scelta imprenditoriale e non l'aggiramento di un obbligo o divieto- si pone in assoluto contrasto rispetto alla normativa di riferimento come interpretata da questa Corte e sopra illustrata. La C.T.R., infatti, da un canto, ha valorizzato la liceità e legittimità degli strumenti giuridici complessivamente utilizzati per pervenire all'acquisizione del pacchetto azionario della Mellin s.p.a., laddove, come sopra illustrato, l'utilizzo di strumenti e negozi leciti è una delle connotazioni tipiche delle operazioni elusive, ma soprattutto ha erroneamente rapportato l'esistenza di valide ragioni economiche agli effetti giuridici, quali diretti a disciplinare i pregressi regolamenti di interessi voluto dalle parti, della complessa operazione negoziale e non, come avrebbe dovuto, all'operazione infragruppo contestata, ovvero al finanziamento concesso dalla Nutricia International B.V., all'epoca titolare del 100% delle azioni Mellin (per averle avute conferite da Numico sua controllante) e della Nutricia Italia s.p.a., a quest'ultima Società e utilizzato per l'acquisto dell'intero pacchetto azionario Mellin dalla stessa finanziatrice, rispetto alla quale le ragioni evidenziate dalla controricorrente (ovvero la mancanza di autonomia decisionale della controllata) sono inidonee a rappresentare l'economicità della scelta imprenditoriale.

4.1.Procedendo all'esame del terzo motivo lo stesso può ritenersi assorbito dall'accoglimento del secondo. Ed invero, respinte le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla controricorrente alla luce dei principi espressi dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n.8053/2014 (che ha ritenuto applicabile le disposizioni sul ricorso per cassazione, di cui all'art. 54 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, circa il vizio denunciabile ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. ed i limiti d'impugnazione della "doppia conforme" ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 348-ter cod. proc. civ. anche al ricorso avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale) e da questa Corte con le sentenze n.26860 del 18/12/2014, n.26774 del 22/12/2016 (le quali hanno ribadito che la previsione d'inammissibilità

del ricorso per cassazione, di cui all'art. 348 ter, quinto comma, cod. proc. civ., non si applica, agli effetti dell'art. 54, comma 2, del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, per i giudizi di appello introdotti con ricorso depositato o con citazione di cui sia stata richiesta la notificazione anteriormente all'11 settembre 2012), laddove nell'odierna controversia l'appello è stato incoato con atto del 16 febbraio 2012, l'omesso esame del fatto "storico" costituito dalla circostanza che la Mellin non fosse un concorrente in quanto appartenente allo stesso gruppo (in quanto integralmente posseduta da Nutricia International BV detentrice dell'intero pacchetto azionario), a fronte dell'accoglimento del secondo motivo, non costituisce "fatto" decisivo ai sensi dell'art.360, I comma, n.5 cod.proc.civ.

6. In conclusione, in accoglimento del secondo motivo di ricorso, rigettato il primo ed assorbito il terzo, la sentenza impugnata va cassata e non essendo necessari ulteriori accertamenti (essendo i fatti, per come sopra esposto, incontestati tra le parti), la controversia può essere decisa nel merito, con il rigetto del ricorso introduttivo della contribuente.

7.La controricorrente, soccombente, va, pertanto, condannata alle spese del giudizio di legittimità, come liquidata in dispositivo, mentre le peculiarità della fattispecie inducono a compensare integralmente tra le parti le spese processuali dei gradi di merito.

Corte di Cassazione, V, sentenza del 13.07.2018, n. 18633

C5 Tributario - Redditi di lavoro autonomo, scomputo della ritenuta d'acconto e certificazione legale

1.1. Con il primo motivo di ricorso, il ricorrente denuncia la nullità della sentenza impugnata per l'omessa pronuncia su uno dei motivi di appello e la violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n.4, c.p.c.

Secondo il ricorrente i giudici di secondo grado non avrebbero pronunciato su alcuni punti del motivo di appello n. 3, attinenti all'illegittimo disconoscimento delle spese di ristrutturazione, illegittimo disconoscimento degli oneri deducibili relativi ai contributi INPS ed ai premi assicurativi, illegittimo disconoscimento degli oneri relativi al fondo pensione integrativo in favore del coniuge fiscalmente a carico, errato calcolo dei contributi versati alla cassa forense.

1.2. Il motivo è infondato e deve essere rigettato.

1.3. Ed invero, a pagina 7 della sentenza impugnata, la C.T.R. della Puglia rileva che "l'Agenzia ha reiteratamente invitato il contribuente a fornire la certificazione rilasciata dal sostituto d'imposta; la documentazione del contributo integrativo, per altro indeducibile; del premio assicurativo intestato al coniuge fiscalmente non a carico, nonché delle spese di ristrutturazione, stante la mancata comunicazione al Centro Servizi delle II.DD., da effettuarsi per legge prima dell'inizio dei lavori ed alla quale avrebbe dovuto far

seguito l'invio delle relative fatture".

Il giudice di appello, quindi, sia pure sinteticamente, si è pronunciato su tutti i punti oggetto del terzo motivo di appello, ritenendoli infondati, perché carenti di prova, non avendo il contribuente prodotto la documentazione che l'Amministrazione gli aveva richiesto, evidentemente sul presupposto che, in tema di accertamento tributario, l'omessa o intempestiva esibizione da parte del contribuente di dati e documenti in sede amministrativa è sanzionata con la preclusione processuale della loro allegazione e produzione in giudizio. Inoltre, la C.T.R. si è anche espressa sull'indeducibilità del contributo integrativo e dei premi assicurativi in favore del coniuge non fiscalmente a carico, nonché sulla mancanza della previa comunicazione per la deduzione dei lavori di ristrutturazione.

Il motivo di ricorso, risulta, quindi, infondato, perché, indipendentemente da ogni considerazione sulla condivisibilità della decisione, non è ravvisabile la denunciata omissione di pronuncia.

2.1. Con il secondo motivo, il ricorrente lamenta l'omessa valutazione della documentazione probatoria tempestivamente prodotta nel giudizio di appello, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., del tutto idonea a dimostrare l'avvenuta effettuazione delle ritenute d'imposta da parte dei clienti dell'avv. L.. Secondo il ricorrente, la C.T.R. avrebbe omesso di esaminare la dichiarazione sostitutiva, le fatture e la documentazione bancaria, da cui sarebbe dato evincersi la prova dell'effettivo assoggettamento a ritenuta dei compensi per le prestazioni professionali, pure in assenza della certificazione rilasciata dai sostituti di imposta.

Con il quarto motivo, connesso al secondo, il ricorrente denuncia l'illegittimità della sentenza impugnata per la violazione e falsa applicazione dell'art. 4, comma 6 ter, D.P.R. n. 322/98 e dell'art. 22 D.P.R. n. 917/86. Sostiene il ricorrente che la decisione impugnata non sarebbe conforme alla normativa citata nel ritenere che la mancata esibizione della certificazione di cui all'art. 4, comma 6 ter, D.P.R. n. 322/98 legittima il disconoscimento delle ritenute d'acconto subite dal contribuente e dimostrate dalle fatture, dai versamenti bancari e dalla dichiarazione di notorietà del contribuente. Afferma, inoltre, di aver tempestivamente prodotto, su richiesta dell'Ufficio, una copia delle certificazioni rilasciate dai sostituti di imposta con riferimento ai redditi di lavoro professionale conseguiti nell'anno 2003 e di non aver potuto produrre le altre, perché mai rilasciate al contribuente dai sostituti di imposta.

2.2. I motivi sono fondati e vanno accolti.

2.3. Già secondo risalenti pronunce di questa Corte, l'inosservanza dell’obbligo del sostituto d’imposta di inviare tempestivamente la certificazione attestante le ritenute operate non toglie al contribuente sostituito il diritto di provare la reale entità della base imponibile, evitando la duplicazione di un'imposizione già scontata alla fonte (Cass. 4 agosto 1994, n. 7251, Rv. 487652). Ancor prima, la Corte ha affermato che il contribuente non può essere assoggettato di nuovo all'imposta sol perché chi ha operato la ritenuta non voglia consegnargli l'attestato da esibire al fisco (Cass. 3 luglio 1979, n. 3725, Rv. 400153).

"La norma, attualmente vigente, dedicata allo sconputo delle ritenute d'acconto ne subordina la legittimità alla sola condizione che esse siano state «operate» (art. 22 d.P.R. 917/1986). Rileva, quindi, un fatto storico

(decurtazione del corrispettivo), che, seppur viene provato tipicamente mediante la certificazione di chi ha operato la ritenuta, può essere provato con mezzi equivalenti da chi la ritenuta ha subito. Significativo appare che la stessa Agenzia delle entrate si sia infine determinata a consentire lo scomputo delle ritenute non certificate, ove il contribuente ne dia prova equivalente al certificato (risoluzione 19 marzo 2009, n. 68/E). La norma sul controllo formale delle dichiarazioni, usualmente intesa come fonte del recupero delle ritenute non certificate, deve essere integrata secondo i principi generali della prova. In altri termini, quando stabilisce che gli uffici «possono» escludere lo scomputo delle ritenute d'acconto non risultanti da certificazioni dei sostituti d'imposta, l'art. 36-ter d.P.R. 600/1973 deve essere interpretato nel senso che gli uffici finanziari (e a fortiori i giudici tributari) «possono» apprezzare anche prove diverse dal certificato, ad esso equipollenti" (Cass. sent. n. 14138/2017).

Nel caso di specie, la C.T.R. della Puglia ha escluso che il contribuente potesse provare le ritenute alla fonte in modo diverso dall'esibizione della certificazione del sostituto d'imposta. Inoltre, su tale erroneo presupposto, ha omesso una valutazione complessiva della documentazione (atto notorio, fatture, versamenti bancari) prodotta dal contribuente, limitandosi a rilevare l'insufficienza, ai fini probatori, della dichiarazione di responsabilità dello stesso contribuente, priva dei codici fiscali e dei dati identificativi dei clienti, senza chiarire se la genericità della dichiarazione potesse essere superata dall'ulteriore documentazione prodotta.

Il secondo ed il quarto motivo di ricorso, quindi, devono essere accolti e la sentenza cassata, con rinvio per nuovo esame e regolamento delle spese.

Il giudice di rinvio si atterrà al seguente principio di diritto: «in tema di imposte sui redditi, ai fini dello scomputo della ritenuta d'acconto, l'omessa esibizione del certificato del sostituto d'imposta attestante la ritenuta operata non preclude al contribuente sostituito di provare la ritenuta stessa con mezzi equipollenti, onde evitare un duplice prelievo», (cfr. Cass. sent. n. 14138/2017).

3.1. Con il terzo motivo, il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 7, comma 2, lett. a) L. n.212/00 ed 8 L. n. 241/90, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.cp.c., nella parte in cui la sentenza impugnata non ritiene che la mancata indicazione del responsabile del procedimento nella cartella di pagamento non ne determini l'illegittimità.

3.2. Il motivo è infondato.

3.3. "L'indicazione del responsabile del procedimento negli atti dell'Amministrazione finanziaria non è richiesta, dall'art. 7 della legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto del contribuente), a pena di nullità, in quanto tale sanzione è stata introdotta per le sole cartelle di pagamento dall'art. 36, comma 4-ter, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, nella legge 28 febbraio 2008, n. 31, applicabile soltanto alle cartelle riferite ai ruoli consegnati agli agenti della riscossione a decorrere dal 1 giugno 2008 "(S.U. n. 11722/2010; ord. n. 11856/17).

In particolare, ai sensi dell'art. 36, comma 4 ter, D.L. 248/07, come ricordato dallo stesso ricorrente, la mancata indicazione del responsabile del procedimento, con riferimento a cartelle di pagamento relative a

ruoli consegnati prima del 1 giugno 2008, non è causa di nullità delle stesse.

Né può ritenersi fondata le tesi secondo cui, in caso di omessa indicazione del responsabile, le cartelle emesse entro il 31/5/2008 sono annullabili, mentre quelle emesse dal 1/6/08 sono nulle.

"La cartella esattoriale che ometta di indicare il responsabile del procedimento, se riferita a ruoli consegnati agli agenti della riscossione in data anteriore al 1° giugno 2008, pur essendo in violazione dell'art. 7, comma 2, lett. a) della legge 27 luglio 2000, n. 212, non è affetta né da nullità, atteso che l'art. 36, comma 4-ter, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, ha previsto tale sanzione solo in relazione alle cartelle riferite ai ruoli consegnati agli agenti della riscossione a decorrere dal 1° giugno 2008, né da annullabilità, perché, essendo la disposizione di cui all'art. 7 della legge n. 212 del 2000 priva di sanzione, e non incidendo direttamente la violazione in questione sui diritti costituzionali del destinatario, trova applicazione l'art. 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale, allo scopo di sanare con efficacia retroattiva tutti gli eventuali vizi procedimentali non influenti sul diritto di difesa, prevede la non annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, come nel caso di cartella esattoriale, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" (Cass. sent. n. 4516/2012; n. 332/16; vedi anche S.U. sent. n. 14878/09).

4.1. Con il quinto motivo il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 36 ter D.P.R. n.600/73, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., per l'intempestivo esercizio del controllo del Modello unico 2004 per l'anno imposta 2003. Deduce il ricorrente che la sentenza impugnata, nel ritenei tempestiva l'iscrizione a ruolo e la notifica delle cartelle di pagamento, ai sensi dell'art. 1, comma 5 ter, lett. b) del D.Lgs. n. 106/2005, convertito in legge n. 156 del 31/7/2005 (cioè entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione per l'anno 2003, entro il terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione per l'anno 2004), avrebbe erroneamente trascurato che il controllo formale della dichiarazione dovesse essere espletato entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, a pena di decadenza.

4.2. Il motivo è infondato.

4.3. Ed invero, da una lettura sistematica degli artt. 36 bis e 36 ter D.P.R. n. 600/73, in relazione all'art. 1, comma 5 ter, lett. b) del D.Lgs. n. 106/2005, convertito in legge n. 156 del 31/7/2005, appare evidente che il termine per l'esercizio del potere di accertamento ex art. 36 ter D.P.R. n. 600/73 non è perentorio, poiché l'unico termine che prevede una decadenza per l'amministrazione è quello stabilito per la notifica della cartella di pagamento, in relazione al quale la C.T.R. ha verificato la tempestività dell'azione amministrativa, senza che il ricorrente abbia impugnato sul punto.

5.1. In conseguenza dell'accoglimento del secondo e del quarto motivo di ricorso, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio per nuovo esame e regolamento delle spese.

Corte di Cassazione, V, sentenza del 17.07.2018, n. 18910

C5 *Incertezza normativa - Presupposti e requisiti

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce violazione di legge, ai sensi dell'art. 360 c.p.c, n. 3, in relazione al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 60 vigente ratione temporis. Sostiene che la CTR non ha correttamente compreso la complessa struttura contrattuale - che non contemplava in alcun modo l'effettuazione di pagamenti che si configuravano come remunerazione dei lavori fino a quel momento eseguiti e capaci di soddisfare le esigenze dell'utilizzatore finale - ed aveva fatto scorretta applicazione dell'art. 60 citato. Invero l'espressione milestone utilizzata dai contraenti esprimeva un determinato momento della complessiva lavorazione che, per la sola volontà delle parti espressa in contratto e non per il grado di avanzamento dei lavori, assumeva rilevanza decisiva ai fini del versamento degli acconti. Inoltre la CTR aveva fornito un'interpretazione illegittima dell'art. 60 del Tuir poichè, allorquando la norma stabilisce che per le opere coperte da stati di avanzamento dei lavori la valutazione delle rimanenze deve essere svolta in base ai corrispettivi liquidati non vuoi dire che alle rimanenze deve essere attribuito il medesimo valore dell'ammontare liquidato attribuendo a tali importi rilevanza reddituale. Invero tale disposizione trova applicazione solo dove esista uno stato di avanzamento lavori che non sia tale, per la rilevanza negoziale che le parti hanno inteso attribuirgli, da rendere definitiva la liquidazione del corrispettivo e, di conseguenza divisibile in lotti l'opera complessiva.
2. Con il secondo motivo deduce nullità della sentenza, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4, per aver la CTR omesso di pronunciarsi sulla domanda svolta dalla contribuente nel giudizio di appello relativa alla intrinseca contraddittorietà della motivazione dell'avviso di accertamento laddove conteneva il richiamo sia all'art. 60, comma 5, del Tuir sia all'art. 60, comma 2, prima parte, del Tuir che sono disposizioni tra loro inconciliabili poichè fanno riferimento a due distinti criteri contabili. Invero dell'avviso di accertamento l'ufficio aveva affermato: "da quanto specificato è evidente che la valutazione delle rimanenze dei lavori in corso si è ispirata ai principi enunciati nel D.P.R. n. 917 del 1986, art. 60, comma 5 senza che siano stati rispettati gli adempimenti previsti dallo stesso comma. Infatti nessuna autorizzazione è stata richiesta, nè concessa, per poter derogare ai fini della determinazione del reddito alle disposizioni generali contenute nei precedenti commi dello stesso articolo".
3. Con il terzo motivo deduce nullità della sentenza, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4, per aver la CTR omesso di pronunciarsi in ordine al rilievo afferente l'omessa motivazione dell'atto impugnato relativamente alla determinazione delle sanzioni essendo esso motivato nel modo che segue: "le sanzioni scaturenti dai rilievi evidenziati nel presente atto sono irrogate ai sensi del D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 17 nelle misure scaturenti dei criteri previsti dagli artt. 7 e 12 dello stesso decreto".
4. Con il quarto motivo deduce insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5. Sostiene che la CTR non ha motivato adeguatamente circa la mancanza delle obiettive condizioni di incertezza che avrebbero legittimato la disapplicazione delle sanzioni.
5. Con il quinto motivo deduce violazione di legge, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, in relazione al D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 8 e D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 6, comma 2. Sostiene che la CTR ha

errato nel ritenere che non sussistessero i presupposti per la disapplicazione delle sanzioni. Ciò in quanto il requisito dell'incertezza sulla portata della norma sussiste quando vi è carenza di razionalità e coerenza sistematica nel testo normativo ed occorre, per escludere l'incertezza sulla portata della norma, che la sua formulazione letterale sia assolutamente chiara mentre, nel caso di specie, tale chiarezza non era ravvisabile poichè la norma non consentiva l'individuazione di un significato preponderante e secondo una valutazione che andava fatta di volta in volta sul piano meramente oggettivo.

6. Osserva la Corte che il primo motivo di ricorso è inammissibile. La ricorrente ha censurato sotto il profilo della violazione di legge l'interpretazione del contratto compiuta dalla CTR, la quale ha ritenuto che i pagamenti effettuati dalla committente al raggiungimento delle c.d. milestones si dovevano considerare remunerazione dei lavori fino a quel momento eseguiti ritenuti capaci di soddisfare le esigenze dell'utilizzatore finale e non semplici acconti. Mette conto considerare che la Corte di legittimità ha più volte affermato il principio secondo cui l'interpretazione del contratto e degli atti di autonomia privata costituisce un'attività riservata al giudice di merito, ed è censurabile in sede di legittimità soltanto per violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale ovvero per vizi di motivazione, qualora la stessa risulti contraria a logica o incongrua, cioè tale da non consentire il controllo del procedimento logico seguito per giungere alla decisione. Ai fini della censura di violazione dei canoni ermeneutici non è, peraltro, sufficiente l'astratto riferimento alle regole legali di interpretazione, ma è necessaria la specificazione dei canoni in concreto violati, con la precisazione del modo e delle considerazioni attraverso i quali il giudice se ne è discostato. In ogni caso, per sottrarsi al sindacato di legittimità, non è necessario che quella data dal giudice sia l'unica interpretazione possibile, o la migliore in astratto, sicchè, quando di una clausola siano possibili due o più interpretazioni, non è consentito alla parte, che aveva proposto l'interpretazione disattesa dal giudice, dolersi in sede di legittimità del fatto che ne sia stata privilegiata un'altra (Cass. n. 31122 del 29/12/2017; Cass. 03/09/2010, n. 19044; Cass. 12/07/2007, n. 15604; Cass. 07/03/2007, n. 5273; Cass. 22/02/2007, n. 4178).
7. Il secondo motivo è inammissibile per difetto di autosufficienza, ai sensi dell'art. 366 c.p.c.. Ciò in quanto la ricorrente si è doluta del non aver la CTR pronunciato in ordine al rilievo della contraddittorietà dell'avviso di accertamento per aver esso fatto riferimento alla norma di cui all'art. 60, comma 5, del Tuir che è norma affatto diversa da quella dell'art. 60, comma 2. Tuttavia la ricorrente non ha riprodotto nel ricorso il testo integrale dell'avviso di accertamento ma un solo passo di esso sicchè non è dato accertare se il richiamo operato nell'avviso di accertamento all'art. 60, comma 5, fosse stato effettuato al fine di illustrare una possibile ricostruzione alternativa della fattispecie. Invero, qualora l'accertamento fosse stato motivato principalmente sulla base della violazione dell'art. 60, comma 2, seconda parte, e solo in via alternativa sull'art. 60, comma 5, la CTR, la quale ha ritenuto applicabile il ridetto art. 60, comma 2, seconda parte, non sarebbe stata tenuta a motivare anche in ordine alla contestazione alternativa.

Omettendo di trascrivere il testo integrale dell'avviso di accertamento, la ricorrente non ha consentito la verifica esclusivamente in base al ricorso medesimo, dovendosi considerare che il predetto avviso non è un atto processuale, bensì amministrativo, la cui legittimità è necessariamente integrata dalla motivazione dei presupposti di fatto e dalle ragioni giuridiche poste a suo fondamento (cfr. Cass. n. 9536 del 19/04/2013;

Cass. n. 8312 del 04/04/2013).

3. Il quinto motivo di ricorso va esaminato prima del terzo e del quarto in quanto avente carattere assorbente di essi.

La Corte di legittimità (cfr. Cass. n. 13076 del 24/06/2015; Cass. n. 4394 del 24/2/2014; Cass. n. 3113 del 12/2/2014; Cass. n. 24670 del 28/11/2007) è ripetutamente intervenuta a definire l'ambito di non debenza delle sanzioni enunciando i seguenti principi di diritto: per "incertezza normativa oggettiva tributaria" deve intendersi la situazione giuridica oggettiva, che si crea nella normazione per effetto dell'azione di tutti i formanti del diritto, tra cui in primo luogo, ma non esclusivamente, la produzione normativa, e che è caratterizzata dall'impossibilità, esistente in sè ed accertata dal giudice, d'individuare con sicurezza ed univocamente, al termine di un procedimento interpretativo metodicamente corretto, la norma giuridica sotto la quale effettuare la sussunzione di un caso di specie; l'incertezza normativa oggettiva costituisce una situazione diversa rispetto alla soggettiva ignoranza incolpevole del diritto come emerge dal D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, art. 6 che distingue in modo netto le due figure dell'incertezza normativa oggettiva e dell'ignoranza (pur ricollegandovi i medesimi effetti) e perciò l'accertamento di essa è esclusivamente demandata al giudice e non può essere operato dalla amministrazione; l'incertezza normativa oggettiva non ha il suo fondamento nell'ignoranza giustificata, ma nell'impossibilità, abbandonato lo stato d'ignoranza, di pervenire comunque allo stato di conoscenza sicura della norma giuridica tributaria. L'essenza del fenomeno dell'incertezza normativa oggettiva si può rilevare attraverso una serie di fatti indice, che spetta al giudice accertare e valutare nel loro valore indicativo, e che sono stati individuati a titolo di esempio e, quindi, non esaustivamente: 1) nella difficoltà d'individuazione delle disposizioni normative, dovuta magari al difetto di esplicite previsioni di legge; 2) nella difficoltà di confezione della formula dichiarativa della norma giuridica; 3) nella difficoltà di determinazione del significato della formula dichiarativa individuata; 4) nella mancanza di informazioni amministrative o nella loro contraddittorietà; 5) nella mancanza di una prassi amministrativa o nell'adozione di prassi amministrative contrastanti; 6) nella mancanza di precedenti giurisprudenziali; 7) nella formazione di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, magari accompagnati dalla sollecitazione, da parte dei Giudici comuni, di un intervento chiarificatore della Corte costituzionale; 8) nel contrasto tra prassi amministrativa e orientamento giurisprudenziale; 9) nel contrasto tra opinioni dottrinali; 10) nell'adozione di norme di interpretazione autentica o meramente esplicative di norma implicita preesistente. Tali fatti indice devono essere accertati, esaminati ed inseriti in procedimenti interpretativi della formazione che siano metodicamente corretti e che portino inevitabilmente a risultati tra loro contrastanti ed incompatibili. Costituisce, quindi, causa di esenzione del contribuente dalla responsabilità amministrativa tributaria una condizione di inevitabile incertezza sul contenuto, sull'oggetto e sui destinatari della norma tributaria, ossia l'insicurezza ed equivocità del risultato conseguito attraverso la sua interpretazione".

Nella fattispecie sussistono le obiettive condizioni di incertezza nell'applicazione dell'articolo 60 del Tuir idonee ad escludere la funzionalità della condotta. Ciò in quanto da un lato la norma in sè non è chiara poichè non consente di pervenire alla distinzione basata su dati obiettivi dei pagamenti effettuati a seguito di stati di avanzamento e di quelli effettuati al titolo di acconto, dall'altro mette conto considerare che sussisteva incertezza sia in ordine alla prassi indicata dall'amministrazione finanziaria con circolari e note sia in ordine all'interpretazione dottrinale delle norme, di talchè le sanzioni non appaiono dovute.

4. Va, dunque, accolto il quinto motivo, assorbiti il terzo ed il quarto e vanno dichiarati inammissibili il primo ed il secondo. L'impugnata sentenza va cassata; non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa va decisa nel merito, a norma dell'art. 384 c.p.c., comma 2, e il ricorso originario della contribuente va parzialmente accolto dichiarandosi non dovute le sanzioni. Le spese dell'intero giudizio si compensano in considerazione della reciproca soccombenza e della mancanza di giurisprudenza univoca in ordine al punto controverso.

Corte di Cassazione, Tributaria, sentenza del 12.07.2018, n. 18405

C6 Famiglia - Lavoro - Separazione, licenziamento intimato al coniuge e assegno di mantenimento

Il ricorrente ha denunciato motivazione mancante, o insufficiente

per non avere valutato il suo stato di disoccupazione dal marzo 2010, per avere illogicamente affermato che egli aveva attitudine e capacità lavorativa, per avere dato rilievo a fatti estranei al contenzioso (come il percepimento del prezzo di una vendila immobiliare e della buona uscita dalla società della moglie) e per avere erroneamente ritenuto non provato il tenore di vita dei coniugi, mentre era documentalmente provato lo squilibrio economico tra le parti.

Il ricorso è inammissibile, risolvendosi, da un lato, nella critica dell'accertamento del fatto compiuto dal giudice di merito che è insindacabile in sede di legittimità in presenza di motivazione idonea a rivelare la ratio decidenti e, dall'altro, nella critica della sufficienza del ragionamento logico posto dal medesimo giudice a base dell'interpretazione degli elementi probatori del processo e, in sostanza, nella richiesta di una diversa valutazione degli stessi, ipotesi integrante un vizio motivazionale non più proponibile, a norma del novellato art. 360 n. 5 c.p.c. (Cass., sez. un., n. 8053 e 8054 del 2014).

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

Corte di Cassazione, VI- 1, ordinanza del 17.07.2018, n. 18894

C6 *Famiglia - Possesso e diritti reali - Comunione legale dei beni, coniugi e riparto dell'onere probatorio - Fattispecie

Rilevato che:

1. il tribunale di benevento, con sentenza n. 620/2015, in accoglimento della domanda proposta da b.r. , nei confronti di s.s. , ha disposto lo scioglimento della comunione legale fra i coniugi mediante

versamento in favore della sig.ra b. della somma di euro 81.669,80, pari al 50% della somma prelevata dal sig. s. dal conto corrente cointestato con la b. e versata su un conto corrente intestato in via esclusiva al s. il 18 giugno 2004 e cioè sei giorni prima della omologazione della separazione del 22 giugno 2004. il tribunale ha ritenuto infondata la difesa del convenuto il quale ha dedotto che la somma in questione corrispondeva allo stipendio percepito dal suo datore di lavoro e alle entrate derivanti dalla sua attività amatoriale di musicista ed era stata destinata al soddisfacimento di esigenze della propria famiglia.

2. la corte di appello di napoli, con sentenza n. 106/2017, ha respinto l'appello di s.s. rilevando che non è stata offerta la prova della provenienza della somma oggetto del giudizio dai proventi dell'attività professionale e amatoriale del s. , che i titoli depositati sul conto corrente erano anch'essi cointestati ai coniugi s. -b. , che non vi era alcuna prova che le somme prelevate fossero state impiegate per il soddisfacimento di esigenze familiari e anzi dalla deposizione del figlio s.f. risultava il contrario.
3. ricorre per cassazione s.s. che deduce: a) violazione e falsa applicazione degli artt. 117 c.c. lett. b) e c) e dell'art. 178 c.c., in relazione all'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c.; b) violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c.., in relazione all'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c. omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio.
4. si difende con controricorso b.r. .

Ritenuto che:

5. Il ricorso è inammissibile. La ragione sottostante alla decisione della Corte di appello è consistita nel ritenere fondato il diritto della B. sia sotto il profilo della appartenenza della somma a un conto cointestato, e quindi sulla base della disciplina della comunione ordinaria, che sotto il profilo della appartenenza della somma alla comunione de residuo fra i coniugi. Sotto entrambi i profili la Corte di appello ha rilevato che, ai fini della esclusione del diritto della B. , gravava sull'odierno ricorrente l'onere di provare la provenienza delle somme prelevate dalla sua attività professionale e amatoriale e la avvenuta destinazione delle stesse ad esigenze familiari. Nessuna di queste circostanze è stata provata dal S. secondo la Corte di appello che ha pertanto ritenuto le somme comuni ab origine e comunque soggette al regime della comunione de residuo.
6. Il ricorrente non censura, se non genericamente, la motivazione della Corte di appello per ciò che concerne la applicazione delle norme in materia di comunione e di comunione legale fra i coniugi. Non specifica inoltre quali sono fatti i decisivi che la Corte di appello non avrebbe valutato.
7. Va pertanto dichiarata la inammissibilità del ricorso con condanna del ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione.

Corte di Cassazione, VI- 1, ordinanza del 17.07.2018, n. 18869

C6 *Obbligazioni e contratti - Preliminare, inadempimento e prova del danno personale

I signori A.E. e P.G. propongono due motivi di ricorso per cassazione illustrati da memoria avverso la sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 2979 del 2016, depositata il 14 luglio 2016, non notificata, nei confronti del Gruppo Antiope s.r.l..

L'intimato non ha svolto attività difensiva in questa sede.

Il ricorso è stato avviato alla trattazione in camera di consiglio, in applicazione degli artt. 376, 380 bis e 375 cod. proc. civ., su

proposta del relatore, in quanto ritenuto manifestamente infondato.

Il Collegio, all'esito della camera di consiglio, ritiene di condividere la soluzione proposta dal relatore.

Questa la vicenda, per quanto qui interessa:

- nel 2009 il gruppo Antiope s.r.l. si impegnava con contratto preliminare ad acquistare dai ricorrenti la piena proprietà di un fabbricato in Comune di Milano. Il preliminare veniva trascritto. I ricorrenti intraprendevano le pratiche edilizie per il recupero e l'elevazione del sottotetto, come richiesto dai promittenti acquirenti, ma questi, adducendo a pretesto, nella ricostruzione dei ricorrenti, una lettera di un vicino che richiamava una clausola altius non tollendi contenuta in un precedente contratto del 1953, rifiutavano di concludere il definitivo;

- il gruppo Antiope s.r.l. conveniva in giudizio i ricorrenti, chiedendo si accertasse la legittimità del proprio recesso e la condanna dei ricorrenti alla restituzione del doppio della caparra ricevuta, in subordine la risoluzione del preliminare per fatto e colpa dei ricorrenti;

- il Tribunale di Milano rigettava la domanda di recesso e dichiarava, in accoglimento della riconvenzionale avversaria, il preliminare risolto per grave inadempimento della società attrice, con condanna dei ricorrenti alla restituzione della caparra e condanna di Antiope al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale;

- la corte d'appello invece, in parziale accoglimento dell'appello di Antiope, rigettava la domanda dei ricorrenti volta al risarcimento del danno non patrimoniale e poneva a loro carico le spese del grado di appello, compensando al 50% quelle di primo grado.

Con il primo motivo di ricorso, i signori A. e P. contestano la violazione degli artt. 1225 e 1226 c.c. in relazione al mancato riconoscimento dei danni non patrimoniali conseguenti all'inadempimento delle obbligazioni assunte col preliminare e alla mancata cancellazione della trascrizione del preliminare stesso.

Contestano in particolare la decisione di appello laddove, contrariamente al primo grado, ha ritenuto non dimostrato, in capo ai ricorrenti, un danno apprezzabile, che vada al di sopra della soglia del fastidio o del mero disagio, connesso alla prolungata situazione di incertezza originata dal comportamento inadempiente di

Antiope.

Lamentano una violazione dei già affermati principi giurisprudenziali in base ai quali il danno non patrimoniale può essere provato per presunzioni, e anche ricorrendo al notorio, e per cui anche l'inadempienza contrattuale può essere fonte di pregiudizio ad un diritto inviolabile della persona.

Il motivo è infondato. La corte d'appello non ha infatti inteso discostarsi dai consolidati principi in base ai quali il danno morale, inteso come sofferenza soggettiva, rappresenta una voce dell'ampia categoria del danno non patrimoniale e ben può derivare da un inadempimento contrattuale che pregiudichi un diritto inviolabile della persona (nella specie, il diritto alla salute) (Cass. n. 21999 del 2011); ha ritenuto al contrario non provato da parte dei ricorrenti che il disagio sicuramente derivante dalla situazione di incertezza in cui si sono venuti a trovare a seguito dell'inadempimento di Antiope sia stato di tale afflittività da costituire un pregiudizio per la salute e per altro diritto costituzionalmente garantito.

Con il secondo motivo, denunciano la violazione dell'art. 112 c.p.c. per la mancata pronuncia sulla domanda di integrale risarcimento del danno patrimoniale. La corte d'appello non avrebbe infatti accolto la loro domanda laddove chiedevano che, ai fini del risarcimento del danno patrimoniale, si tenesse conto dell'intero importo del canone di locazione che avevano inutilmente assunto l'obbligo di pagare, nella prospettiva di dover liberare l'immobile, e di non aver liquidato loro il danno da perdita di chance per non aver potuto mettere in vendita l'immobile nel periodo della causa, anche in ragione della trascrizione del contratto preliminare.

Il motivo è inammissibile, ai sensi dell'art. 366 primo comma n. 6 c.p.c., atteso che, per sostenere l'omessa pronuncia i ricorrenti avrebbero dovuto indicare, riproducendolo direttamente od indirettamente (con precisazione della parte dell'appello incidentale in cui l'indiretta riproduzione troverebbe corrispondenza), il tenore del loro appello incidentale nel quale ponevano le richieste che il motivo elenca.

Il ricorso va pertanto rigettato.

Nulla sulle spese, non avendo l'intimato svolto attività difensiva in questa sede.

Atteso che il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, ed in ragione della soccombenza della ricorrente, la Corte, ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

Corte di Cassazione, VI– 3, ordinanza del 18.07.2018 n. 19101

C6 *Obbligazioni e contratti - Processo - Opposizione a decreto ingiuntivo per canoni e domanda di risoluzione del contratto di locazione

Rilevato che:

il Fallimento n. 369/2011 di (omissis) s.r.l. convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Pescara F.S. chiedendo la dichiarazione di risoluzione del contratto di locazione ed il risarcimento del danno per inidoneità dell'immobile all'uso in quanto privo di concessione edilizia e certificato di agibilità. Il Tribunale adito accolse la domanda, dichiarando risolto il contratto e condannando il convenuto al pagamento della somma di Euro 59.267,38 oltre interessi. Avverso detta sentenza propose appello il F. . Con sentenza di data 30 novembre 2016 la Corte d'appello di L'Aquila rigettò l'appello.

Osservò la corte territoriale, per quanto qui rileva, che non si era formato il giudicato sull'oggetto della domanda proposta dal Fallimento in sede di opposizione al decreto ingiuntivo emesso in favore del F. posto che la sentenza n. 821/2011, indicata dall'appellante, non solo non era stata prodotta (vi era in atti solo il dispositivo sub doc. 4 del fascicolo dell'appellante), ma se era quella che si limitava a dichiarare improcedibile l'opposizione ed a dichiarare esecutivo il decreto ingiuntivo, essa non impediva la riproposizione della domanda riconvenzionale non coltivata, mentre oggetto del decreto ingiuntivo era solo il pagamento dei canoni.

Ha proposto ricorso per cassazione F.S. sulla base di un motivo e resiste con controricorso la parte intimata. Il relatore ha ravvisato un'ipotesi di manifesta fondatezza del ricorso. Il Presidente ha fissato l'adunanza della Corte e sono seguite le comunicazioni di rito. È stata presentata memoria.

Considerato che:

con il motivo di ricorso si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2909 cod. civ. e 647 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.. Osserva il ricorrente che, a parte la presenza nel fascicolo della sentenza per esteso (sub doc. 15) prodotta innanzi al Tribunale, il giudicato sostanziale formatosi sul decreto ingiuntivo copriva sia il dedotto che il deducibile e che con l'opposizione risultata poi fuori termine il Fallimento aveva avuto la possibilità di far valere la risoluzione del contratto.

Il motivo è manifestamente fondato. Secondo il consolidato orientamento di questa Corte il giudicato di accoglimento formatosi a seguito della mancata opposizione avverso un decreto ingiuntivo recante intimazione di pagamento di canoni arretrati in relazione ad un rapporto di locazione, non si limita a fare stato, tra le stesse parti circa l'esistenza e validità del rapporto corrente fra le parti e sulla misura del canone preteso, ma anche circa l'inesistenza di tutti i fatti impeditivi o estintivi, anche non dedotti, ma deducibili nel giudizio d'opposizione, quali quelli atti a prospettare l'insussistenza totale o parziale, del credito azionato in sede monitoria dal locatore a titolo di canoni insoluti, per effetto di controcrediti del conduttore per somme indebitamente corrisposte in ragione di maggiorazioni "contra legem" del canone (Cass. 11 giugno 1998, n. 5801; 24 luglio 2007, n. 16319; 26 giugno 2015, n. 13207; 11 luglio 2017, n. 17049).

Alla base dell'orientamento della giurisprudenza vi è la consapevolezza, analogamente a quanto affermato

da Cass. Sez. U. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 con riferimento alla diversa ipotesi delle domande di impugnativa contrattuale, che quando oggetto del giudizio è un singolo effetto del rapporto giuridico complesso, quale la singola coppia pretesa-obbligo, il giudicato ha ad oggetto l'intero rapporto, e non il singolo effetto. L'accertamento dell'esistenza del singolo effetto, implicando la cognizione dell'intero rapporto complesso, presuppone quindi l'esistenza di tutti i fatti costitutivi e l'inesistenza di tutti i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, dedotti o deducibili.

Il decreto ingiuntivo non opposto è assimilabile ad una sentenza di condanna passata in giudicato. Il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito ed il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione (Cass. 11 maggio 2010, n. 11360; 24 marzo 2006, n. 6628).

Il giudicato conseguente alla mancata tempestiva opposizione avverso un decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento dei canoni del rapporto di locazione copre quindi anche il fatto impeditivo rappresentato sia dall'inadempimento del locatore quale causa di risoluzione del contratto che dal relativo controcredito risarcitorio del conduttore.

È appena il caso di aggiungere che è questione diversa quella posta dalla parte intimata con la memoria, la quale attiene all'opponibilità del decreto ingiuntivo al fallimento e non all'efficacia di giudicato in quanto tale del decreto ingiuntivo non opposto.

Non essendo necessari altri accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito. La domanda deve essere rigettata stante l'accertamento contenuto nel giudicato relativo al decreto ingiuntivo non opposto in relazione alla validità ed efficacia del rapporto e all'inesistenza di fatti impeditivi del credito di cui all'ingiunzione di pagamento.

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza. Seguono la soccombenza anche le spese del doppio grado di merito, liquidate come in dispositivo.

Corte di Cassazione, VI– 3, ordinanza del 18.07.2018, n. 19113

C6 *Processo - Atto di precetto nullo, opposizione del debitore e sanatoria

O.S. propone due motivi di ricorso per cassazione avverso la sentenza del Tribunale di Messina in unico grado n. 1614 del 2017, depositata l'8.6.2017, non notificata, nei confronti di M.M. .

L'intimato non ha svolto attività difensiva in questa sede.

Il ricorso è stato avviato alla trattazione in camera di consiglio, in applicazione degli artt. 376, 380 bis e 375 cod. proc. civ., su proposta del relatore, in quanto ritenuto manifestamente fondato. Il Collegio, all'esito della camera di consiglio, ritiene di condividere la soluzione proposta dal relatore.

Questa la vicenda, per quanto qui interessa:

- la O. provvedeva a notificare al marito sig. M. il verbale di separazione consensuale omologato, e poi il decreto di revisione dell'assegno di mantenimento e il successivo decreto presidenziale di parziale modifica delle condizioni economiche della separazione emesso nel corso del procedimento di divorzio;

- a fronte del mancato adempimento del marito, gli notificava il precetto, nel quale menzionava i titoli e la loro avvenuta notifica;

- il M. proponeva opposizione a precetto, deducendo che il precetto non conteneva l'indicazione della data in cui era avvenuta la notificazione dei titoli;

- il Tribunale di Messina accoglieva l'opposizione agli atti esecutivi, rilevando che la copia notificata dell'atto di precetto era priva della indicazione della data di notifica dei titoli esecutivi e quindi nulla per violazione dell'art. 480 c.p.c., nullità non sanata con il raggiungimento dello scopo, in quanto lo scopo sarebbe stato il pagamento della somma precettata, e non la proposizione della opposizione, proposta proprio per far rilevare la nullità stessa.

Con il primo motivo di ricorso, la signora O. denuncia la violazione dell'art. 156 ult. comma c.p.c. in quanto i titoli esecutivi erano stati regolarmente notificati, prima della notifica del precetto, e la proposizione dell'opposizione ex art. 617 era idonea a produrre l'effetto di sanatoria per il raggiungimento dello scopo. Richiama Cass. n. 25900 del 2016 e sostiene che, in questo caso, la stessa proposizione dell'opposizione a precetto consente di ricostruire che, benché esistesse il vizio formale della mancata indicazione nella copia notificata del precetto della data di notifica dei titoli, la notifica precedente fosse avvenuta, e non era stata minimamente messa in discussione, e pertanto che lo scopo di dare al debitore la possibilità di pagare spontaneamente dopo la notifica del titolo era stato comunque raggiunto, come pure era stata data conoscenza al debitore della volontà del creditore di procedere ad esecuzione forzata.

Il motivo è fondato.

Come già affermato da Cass. n. 25900 del 2016, "La disciplina dell'opposizione agli atti esecutivi deve essere coordinata con le regole generali in tema di sanatoria degli atti nulli, sicché con l'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. non possono farsi valere vizi, quali la nullità della notificazione del titolo esecutivo e del precetto, quando sanati per raggiungimento dello scopo ex art. 156, ultimo comma, c.p.c., in virtù della proposizione dell'opposizione da parte del debitore, quella al precetto in particolare costituendo prova evidente del conseguimento della finalità di invitare il medesimo ad adempiere, rendendolo edotto del proposito del creditore di procedere ad esecuzione forzata in suo danno. Né, in contrario, vale invocare il disposto dell'art. 617, comma 2, c.p.c., attinente alla diversa ipotesi in cui il vizio della notificazione, per la

sua gravità, si traduce nella inesistenza della medesima, così come la circostanza che, per effetto della nullità della notificazione, possa al debitore attribuirsi un termine inferiore a quello minimo di dieci giorni previsto dall'art. 480 c.p.c.".

L'applicabilità del principio della sanatoria per il raggiungimento dello scopo grazie alla proposizione della opposizione a precetto è stato` ammesso, da questa Corte fin da Cass. n. 700 del 1971, secondo la quale l'opposizione al precetto, ex art. 617 cod. proc. civ., sana la nullità del precetto stesso, derivante dalla mancata indicazione della data di notificazione del titolo esecutivo in virtù del principio di ordine generale, sancito dall'art. 156 cod. proc. civ., secondo il quale la nullità non può essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui era destinato (nella fattispecie, la sussistenza della nullita del precetto era stata anche esclusa, giacche nel contesto del precetto risultava individuato il titolo, sentenza esecutiva regolarmente notificata, in base al quale si era proceduto alla esecuzione).

Si aggiunga che l'opponente non lamenta neppure di aver subito un particolare pregiudizio, a seguito della irregolarità formale dell'atto, ed in particolare di aver riportato un pregiudizio non sanabile a mezzo della proposizione dell'opposizione, quale avrebbe potuto, in ipotesi, essere quello di non poter disporre di un congruo termine per adempiere, tra la notifica del precetto e l'inizio dell'opposizione. Nel caso in esame, infatti, il debitore ha ricevuto la notifica dei titoli (perché non lo contesta) precedentemente al precetto.

Si è già in passato più volte affermato che l'omessa o inesatta indicazione nell'atto di precetto della data di notifica del titolo esecutivo giudiziale non importa la nullità dello stesso precetto, se da questo risultino altri elementi idonei a far individuare senza incertezze la sentenza in forza della quale si intende procedere esecutivamente (Cass. n. 8506 del 1991 e Cass. n. 3321 del 1992).

Può di conseguenza affermarsi che la presenza di irregolarità formali nel precetto può ritenersi sanata per il raggiungimento dello scopo a seguito della proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi in tutti i casi in cui l'opposizione stessa si limiti a lamentare l'esistenza della irregolarità formale in sé, senza lamentare alcun pregiudizio ai suoi diritti, tutelati dal regolare svolgimento della procedura esecutiva, conseguente alla irregolarità stessa (nel caso di specie, l'opponente lamentava esclusivamente la mancata indicazione sul precetto della data di precedente notifica dei titoli esecutivi, senza contestare che la precedente notifica fosse stata effettuata, e neppure di averla ricevuta, e quindi di essere stato messo in condizione di adempiere spontaneamente prima ancora della notifica del precetto, né di essere stato efficacemente richiamato alla sua posizione di parte inadempiente, con la notifica del precetto, e messo in condizione di adempiere nel termine indicato nel precetto stesso, evitando l'esecuzione forzata).

Il secondo motivo formalmente denuncia la violazione dell'art. 91 c.p.c. ma in realtà non lamenta la violazione del principio della soccombenza ma l'esito a sé negativo della causa, in conseguenza del quale - ed in corretta applicazione del principio della soccombenza - è stata condannata a pagare. Esso è comunque assorbito dall'accoglimento del primo.

Il primo motivo di ricorso va dunque accolto, assorbito il successivo, e la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio al Tribunale di Messina in diversa composizione, che deciderà anche sulle spese del

presente giudizio.

Corte di Cassazione, VI– 3, ordinanza del 18.07.2018, n. 19105

C6 Previdenza - Presupposti per l'indennità di accompagnamento

Rilevato che:

con sentenza pubblicata il 7/7/2015, la Corte d’appello di Napoli ha rigettato l’appello proposto da B.F. contro la sentenza resa dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, di rigetto della sua domanda volta ad ottenere l’indennità di accompagnamento; la Corte territoriale ha confermato il giudizio del consulente tecnico d’ufficio circa la insussistenza dei presupposti per il riconoscimento della provvidenza, rilevando altresì che questa era l’unica prestazione richiesta;

contro la sentenza il B. propone ricorso per cassazione, sostenuto da due motivi, cui resiste con controricorso l’Inps;

la proposta del relatore, ai sensi dell’art. 380-bis c.p.c., è stata comunicata alle parti, unitamente al decreto di fissazione dell’adunanza in camera di consiglio;

.... Memoria;

Considerato:

con il primo motivo la parte denuncia la violazione dell’art. 112 cod.proc.civ., con conseguente nullità della sentenza e del procedimento, lamentando l’omessa pronuncia da parte dei giudici di merito sulla domanda diretta ad ottenere la pensione di inabilità ai sensi della legge n. 118 del 1971;

con il secondo motivo si denuncia l’omesso o errato esame di un fatto controverso decisivo per il giudizio costituito dalla sussistenza dei requisiti sanitario e reddituale per il riconoscimento della pensione di inabilità;

il primo motivo di ricorso è manifestamente fondato, con conseguente assorbimento della seconda censura;

va invero rilevato che il principio secondo cui l’interpretazione delle domande, eccezioni e deduzioni delle parti dà luogo ad un giudizio di fatto, riservato al giudice di merito, non trova applicazione quando si assume che tale interpretazione abbia determinato un vizio riconducibile alla violazione del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato (art. 112 cod. proc. civ.) o a quello del "tantum devolutum quantum appellatum" (art. 345 cod. proc. civ.), trattandosi in tal caso della denuncia di un "error in procedendo" che attribuisce alla Corte di cassazione il potere-dovere di procedere direttamente all’esame ed all’interpretazione degli atti processuali e, in particolare, delle istanze e deduzioni delle parti (Cass.

10/10/2014, n. 21421; Cass., 22/07/2009, n. 17109; Cass. Sez. Un., 22/5/2012, n. 8077);

dalla lettura del ricorso di primo grado, debitamente trascritto dal ricorrente in ossequio al principio di autosufficienza, risulta che egli ha chiesto il riconoscimento delle "provvidenze economiche, di cui alle L. 118/1971, 18/1980, 508/1980 e successive modificazioni"; ha dedotto nella parte narrativa del suo ricorso di essere affetto da patologie che comportano una riduzione permanente della capacità lavorativa nella misura del 100% e che sussistevano i requisiti economici per il riconoscimento delle prestazioni;

a fronte della pronuncia di rigetto del tribunale, motivata unicamente con riguardo alla indennità di accompagnamento - esclusa dal CTU, che ha tuttavia riconosciuto un grado di inabilità pari al 100% a decorrere dal mese di marzo 2007 - il B. ha lamentato l'omessa pronuncia da parte del tribunale sulla domanda di "riconoscimento del proprio stato invalidante e permanente inabilità lavorativa al 100%, con conseguente corresponsione delle provvidenze economiche, di cui alle leggi 118/71, 18/80, 508/80 e successive modificazioni";

procedendo all'esame diretto degli atti alla luce della giurisprudenza sul richiamata, deve rilevarsi che tanto il riferimento allo "stato invalidante e permanente di inabilità lavorativa al 100%" quanto il riferimento alla legge n. 118 del 1971, quanto, infine, la deduzione della sussistenza del requisito economico, richiesto solo per la pensione di inabilità e non anche per l'indennità di accompagnamento, sono espressione della volontà della parte di richiedere tutte le prestazioni assistenziali connesse al suo stato di invalidità, compresa la pensione di inabilità; l'interpretazione compiuta dalla Corte territoriale, correttamente investita dalla censura di omessa pronuncia da parte del tribunale, appare pertanto riduttiva rispetto al contenuto sostanziale della domanda, volta ad ottenere - sia pure con formula generica ma non per questo meno chiara - le prestazioni assistenziali previste dalle leggi indicate, compresa pertanto la pensione di inabilità disciplinata dalla L. n. 118/1971;

il ricorso deve pertanto essere accolto, la sentenza cassata e rinviata alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, perché valuti la sussistenza dei requisiti di legge per il riconoscimento della pensione di inabilità civile;

il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

Corte di Cassazione, VI – L, ordinanza del 17.07.2018, n. 19027

CM Possesso e diritti reali - Commerciale - Società cooperativa e funzioni di amministratore di condominio

Nel merito, si ritiene che il ricorso sia infondato.

Innanzitutto, tra le ipotesi di grave irregolarità che giustificherebbero le misure di cui all'art. 2409 c.c., viene citata la sentenza della Corte d'Appello di Bologna n. 2454 del 14.11.2016 (doc. 12 di parte ricorrente), che lungi dall'affermare i principi esposti nel ricorso (riconoscimento del titolo di legittimazione al compenso nei confronti dell'amministratore condominiale in proprio), confermava la sentenza di primo grado che aveva dichiarato la carenza di legittimazione della società AM.CO a richiedere il pagamento delle fatture per prestazioni di amministrazione condominiale, nel caso specifico sottoposto al suo esame, in cui il mandato ad amministrare il condominio era stato conferito a VACONDIO Tiziano in proprio, quale persona fisica, anziché nei confronti della società AM.CO, avuto riguardo al contenuto delle delibere assembleari del condominio.

E' certo che risulta legittimato a richiedere il compenso il soggetto (persona fisica o giuridica) che, nel singolo caso, sia stato nominato dal condominio quale amministratore; non sussiste, invece, un principio generale di legittimazione in favore soltanto delle persone fisiche, che tra l'altro confliggerebbe col disposto dell'art. 71 bis. Co. 3 disp. att. c.p.c.. Trattasi, pertanto, di questione che riguarda non l'organizzazione o la gestione della società AM-CO, bensì i rapporti tra la stessa e i terzi.

Oltretutto, la sentenza della Corte d'Appello di Bologna, sopra citata, nella motivazione affermava che non era in discussione la possibilità – ritenuta pacifica – che una società (anche cooperativa, come la AM-CO) potesse svolgere l'incarico di amministratore condominiale. Del resto, il principio affermato dall'art. 71 bis disp. att. c.c., che rinvia alle disposizioni di cui al titolo V, libro V c.c. relative alle società commerciali di persone e capitali, viene comunemente esteso, nell'interpretazione giurisprudenziale, alle società cooperative, sul presupposto che il fine mutualistico è pienamente compatibile con la prestazione di servizi a terzi, concretandosi detto fine nella creazione di occasioni di lavoro per i soci stessi (Trib. Gorizia 27.11.2016, Giudice di Pace di Gorizia 29.10.2014, citate da parte resistente).

Quanto alla necessità che i requisiti indicati dall'art. art. 71 bis disp. att. c.c. siano presenti in capo a tutti gli amministratori della società (oltre che ai soci illimitatamente responsabili e a coloro che svolgono le funzioni di amministratore di condominio), si rileva, dalle allegazioni di parte resistente, che nella società AM-CO (in cui tutti i soci erano componenti del CDA, quantomeno fino alle dimissioni dei ricorrenti) attualmente almeno quattro di essi sono in possesso dei requisiti richiesti (verbale del 13.02.2018 doc. 28). Peraltro, l'eventuale violazione della norma, in relazione alla mancanza dei requisiti in capo a tutti gli amministratori, non pare possa integrare un'ipotesi di grave irregolarità nella gestione, idonea a giustificare l'intervento dell'autorità giudiziaria ex art. 2409 c.c., tenuto conto, da un lato, che i requisiti prescritti venivano comunque garantiti in capo ai soci che di fatto svolgevano l'attività di amministratore di condominio (la cui mancanza può determinare la cessazione dell'incarico), dall'altro che, alla luce delle deduzioni dei resistenti, l'organizzazione della società prevedeva che i soci entranti venissero man mano preparati professionalmente, con la partecipazione ad attività di formazione finanziate dalla cooperativa per l'acquisizione del relativo titolo professionale. Parte resistente ha poi documentato che, nel termine di legge, era stato ricostituito il numero legale minimo di nove soci della cooperativa, previsto dall'art. 2522 c.c. (doc. 29).

Le ulteriori contestazioni svolte dai ricorrenti appaiono generiche e indeterminate.

In ordine alla posizione assunta dal consulente nominato dai soci di maggioranza, BADODI Werther, i ricorrenti non hanno provato né lo svolgimento da parte sua del ruolo di amministratore di fatto della cooperativa (non avendo neppure indicato gli atti gestori posti in essere), né in che modo egli abbia "travalicato l'autonomia determinativa degli organi sociali" (pag. 13 del ricorso), al di là del ruolo svolto nella sua qualità di consulente.

Quanto all'esercizio congiunto da parte di MANINI Paolo dei servizi contabili e dell'attività di revisione dei conti, si i resistenti, sia il MANINI – sentito all'udienza del 17.10.2017 – hanno dichiarato, in assenza di prova contraria, che la società di servizi di cui il MANINI era socio si limitava a trasmettere, per conto della AM-CO, le dichiarazioni dei redditi e i bilanci, in via telematica, agli Uffici competenti.

La stipulazione di contratti e convenzioni, per garantire ai condomìni i necessari servizi di manutenzione, non appare incompatibile con lo svolgimento del mandato conferito agli amministratori di condominio, trattandosi di un servizio accessorio svolto in osservanza dello statuto e nel rispetto dei principi di autonomia contrattuale, in assenza di irregolarità contabili, neppure dedotte dai ricorrenti.

In relazione alle contestazioni riguardanti presunte poste fittizie di bilancio, si osserva quanto segue.

In ordine alla voce relativa a "ricavi delle vendite e prestazioni" per € 17.902,08, le deduzioni dei ricorrenti appaiono generiche e formali, in ragione del richiamo alla presunta violazione dell'art. 21 lett. g) D.P.R. 633/72 nella compilazione delle fatture; non risulta invece dimostrato che alle fatture non corrispondessero poste effettive. Per di più, parte resistente ha illustrato che detta voce di bilancio riguardava i costi sostenuti dalla cooperativa per conto dei condomìni in gestione, in relazione ad opere di manutenzione, costi che venivano poi riaddebitati ai condomìni medesimi; ha inoltre documentato, con la produzione delle schede contabili, le relative movimentazioni e l'incasso delle fatture (docc. 4, 5, 6).

Quanto all'iscrizione in bilancio di ratei attivi per € 262.532,72, non si ravvisano irregolarità, avuto riguardo ai principi contabili di continuità delle valutazioni di bilancio e di competenza, ai sensi dell'art. 2424 bis co. 6 c.c., a prescindere dalla data dell'incasso ex. art. 2423 bis co. 1 n. 3c.c.: si tratta, in particolare, di ricavi relativi ai compensi degli amministratori di condominio, riferibili all'anno di maturazione, benché abbiano di regola manifestazione finanziaria nell'anno successivo, quando vengono imputati ai singoli condomìni. Dunque, non sarebbe stato veritiero né corretto ometterne l'iscrizione nell'anno di competenza, sulla base della mera presunzione di un fatto negativo, futuro e incerto (mancata approvazione da parte delle assemblee condominiali).

Ciò veniva confermato dal revisore dei conti, MANINI Paolo, sentito all'udienza del 17.10.2017, il quale oltre a riconoscere la regolarità contabile dell'iscrizione dei ratei attivi nell'anno di competenza, affermava che essi erano sottoposti a verifica nell'anno successivo e se del caso stornati, come poteva accadere nell'ipotesi di revoca da parte del condominio dell'incarico conferito alla società, evenienza peraltro mai verificatasi nel corso della sua esperienza presso AM-CO.

Del resto, i ricorrenti non hanno fornito la prova della natura fittizia di tale posta attiva, essendosi limitati a

produrre una comunicazione del VACONDIO del 2017, contenente l'elenco dei condomìni che al momento non avevano ancora provveduto all'approvazione del bilancio (doc. 11). Al contrario, i resistenti hanno documentato l'avvenuta approvazione dei bilanci del 2016, da parte di quasi tutte le assemblee condominiali (docc. 12-23).

Quanto alle perdite di bilancio, sia i resistenti, sia il MANINI dichiaravano che esse erano dipese da un evento straordinario, e cioè dalla sopravvivenza passiva dovuta al mancato incasso del credito spettante alla società nei confronti di uno dei condomìni in gestione, con cui era intercorso un contenzioso giudiziario.

Non è comunque ravvisabile una situazione di difficoltà finanziaria della società AM-CO; del resto, anche i ricorrenti riferivano che le perdite erano state ripianate con le riserve di bilancio.

Si osserva, infine, che nel corso del procedimento SASSI Cristina ha esercitato il recesso dalla società (docc. 28, 29 di parte resistente), con conseguente venir meno dell'interesse ad agire della ricorrente, non avendo la stessa rappresentato la persistenza di un concreto interesse ad ottenere, anche dopo la perdita della qualità di socio, i provvedimenti invocati nel ricorso.

Alla luce di quanto esposto, si ritiene che non sussistano i presupposti della tutela prevista dagli artt. 2409 e 2545 *quinquiesdecies* c.c., in quanto non è ravvisabile a carico degli amministratori della AM-CO il fondato sospetto di gravi irregolarità nella gestione, che possano arrecare danno alla società.

Le spese del procedimento seguono la soccombenza, secondo i principi generali, e debbono essere liquidate come in dispositivo, in base ai valori medi previsti nei parametri allegati al D.M. 55/2014, in relazione ai procedimenti di volontaria giurisdizione, per cause di valore indeterminabile.

Tribunale di Bologna, sez. spec. impr., decreto 15 marzo 2018, n. 12

CM Obbligazioni e contratti- Processo Parere del COA su compenso avvocato e decreto ingiuntivo denegato

Il Giudice, letto il ricorso con il quale l'Avv. ricorrente chiede l'emissione del decreto ingiuntivo per compensi professionali il cui ammontare non è stato previamente concordato con il cliente, rileva quanto segue.

L'art. 633 c.p.c. legittima al rito monitorio il creditore di una somma "liquida" di danaro; il credito è liquido quando risulti determinato nel suo ammontare.

Al giudice che emette il decreto ingiuntivo è quindi inibito di procedere egli stesso alla "liquidazione" di un credito non (ancora) liquido.

La previsione di cui all’art. 636 cpc era strettamente ancorata al sistema delle tariffe professionali che risulta integralmente abrogato (non solo per gli avvocati ma per tutte le professioni inserite nel sistema ordinistico) dall’art. 9 della legge n. 27 del 2012 che al comma 4° ha previsto che: “Il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale. Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente con un preventivo di massima. Il comma 5° dispone: “Sono abrogate le disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviano alle tariffe di cui al comma 1.”.

Proprio in virtù della suddetta norma di legge una parte della giurisprudenza di merito aveva ritenuto implicitamente abrogato il potere di opinamento delle associazioni professionali in quanto esso si basava sul sistema tariffario ormai non più in vigore (in tal senso Tribunale, Varese, sez. I civile, decreto 11/10/2012; Tribunale di Verona, decreto del 25.09.2013).

Successivamente, con legge del 31/12/2012 n° 247 è stata introdotta la nuova disciplina della professione forense. E’ qui d’interesse l’art. 13 che disciplinando il conferimento dell'incarico ed il compenso ha previsto:

al 1° comma che l’incarico può essere anche svolto a titolo gratuito; Firmato Da: CASTALDO RENATO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 6916e903de5f1c741106102f01b552b6

Decreto di rigetto n. cronol. 15707/2018 del 07/05/2018

RG n. 23183/2018

al 2° comma che Il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale.

Al 5° comma che Il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico; è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale.

Al 6° comma che I parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNF, ogni due anni, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, si applicano quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge.

Al 9° comma che In mancanza di accordo tra avvocato e cliente, ciascuno di essi può rivolgersi al consiglio dell'ordine affinché esperisca un tentativo di conciliazione. In mancanza di accordo il consiglio, su richiesta dell'iscritto, può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato in relazione all'opera prestata.

Questo testo normativo, entrato in vigore dopo l'abrogazione del sistema tariffario, non ne ha certamente determinato la reviviscenza per i soli esercenti le professioni legali, conclusione che risulterebbe sistematicamente inspiegabile per l'ingiustificata differenziazione del trattamento rispetto a quello riservato a tutte le altre professioni. Tanto ciò è vero che è stata ribadita e rafforzata la regola della libera contrattazione del compenso all'atto del conferimento dell'incarico (comma 2). La giurisprudenza di legittimità ha ammesso, peraltro, che la pattuizione del compenso possa avvenire anche successivamente (Cass. Civ, Sez. III, sent. n. 2169 del 4 febbraio 2016).

Ai fini che qui interessano si tratta di stabilire se il credito del professionista possa ritenersi liquido, sebbene non pattuito, per effetto del parere rilasciato dall'ordine professionale in forza del comma 9 dell'art. 13.

E la risposta è negativa in forza delle seguenti considerazioni.

Una volta affermata (art. 9, comma 4, l. n. 27 del 2012) e ribadita (art. 13, comma 2, l. n. 247 del 2012) la regola della pattuizione del compenso all'atto del conferimento dell'incarico, non può postularsi la coesistenza di un sistema di liquidazione del credito del professionista rimesso alla sua associazione professionale secondo uno schema non dissimile da quello operante prima della generalizzata abrogazione del sistema tariffario. Se non al prezzo di tradire la duplice voluntas legis di liberalizzare Firmato Da: CASTALDO RENATO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 6916e903de5f1c741106102f01b552b6

Decreto di rigetto n. cronol. 15707/2018 del 07/05/2018

RG n. 23183/2018

il mercato delle professioni e di non sottoporre il cliente a pretese che non siano state previamente concordate e rese a lui note (ancora una volta art. 9, comma 4, l. n. 27 del 2012 e art. 13, comma 5°, l. n. 247 del 2012).

Deve pertanto escludersi che il parere previsto dall'art. 9 della legge professionale coincida o sostituisca quello che l'art. 636 cpc poneva a presupposto della concessione del decreto ingiuntivo all'avvocato operante nel previgente sistema tariffario.

Il parere che l'Ordine rilascia all'interessato in forza dell'art. 9 può, piuttosto, svolgere un ruolo di supporto nel giudizio semplificato - ma a contradditorio pieno - per la liquidazione del compenso dell'avvocato; ovvero potrà persuadere il cliente, anche al di fuori e prima del giudizio, circa la fondatezza e la congruità della pretesa del suo creditore essendo formulato sulla base degli stessi parametri ai quali il giudice farà riferimento nella sua attività tesa a liquidare il credito del professionista.

Deve, tuttavia, escludersi che su detto parere possa oggi fondarsi un comando giudiziale come quello contenuto nel decreto ingiuntivo – sebbene instabile in quanto passibile di opposizione – tanto più se si considera che secondo lo schema dell'art. 636 cpc al giudice è inibito di discostarsene se non per la correzione di meri errori materiali.

Tribunale di Roma, decreto del 07.05.2018, n. 15707

PENALE
P1 Armi e cattiva custodia - Fattispecie

1. Il ricorso è fondato.

2. Il Tribunale di Livorno ha ravvisato il reato di cui all'art. 20 della legge n. 110 del 1975 (rubricato "custodia delle armi e degli esplosivi") nella condotta, ascritta all'odierno ricorrente, consistita nell'avere collocato due fucili, regolarmente dichiarati, all'interno di un sacco stivato in un ripostiglio, la cui porta non era stata, però, chiusa a chiave. In questo modo, secondo il primo giudice, non sarebbero state adottate le necessarie cautele, dal momento che chiunque, accedendo all'abitazione di Ca. DI SI., avrebbe potuto entrare nel ripostiglio e impossessarsi delle armi.
3. Ritiene, tuttavia, il Collegio che non possa condividersi la qualificazione giuridica del fatto operata alla stregua della menzionata disposizione incriminatrice, a mente della quale "la custodia delle armi di cui ai precedenti articoli 1 e 2 e degli esplosivi deve essere assicurata con ogni diligenza nell'interesse della sicurezza pubblica".

Invero, secondo il condiviso orientamento di questa Corte, quando non si tratti di soggetti che esercitino professionalmente attività in materia di armi ed esplosivi, tale obbligo di diligenza "deve ritenersi adempiuto alla sola condizione che risultino adottate le cautele che, nelle specifiche situazioni di fatto, possono esigersi da una persona di normale prudenza, secondo il criterio dell'id quod plerumque accidit" (Sez. 1, n. 16609 del 11/02/2013, dep. 12/04/2013, Quaranta, Rv. 255682; Sez. 1, n. 1868 del 21/01/2000, dep. 18/02/2000, Romeo, Rv. 215211). E nel caso di specie non può revocarsi in dubbio che l'imputato, riponendo le armi all'interno di un locale della propria abitazione, avesse adottato tutte le cautele ragionevolmente esigibili da un soggetto della sua condizione socio-personale, rispondendo a una massima di comune esperienza che la custodia di un'arma all'interno di un luogo di privata dimora, come tale non accessibile da soggetti estranei, valga a impedire la possibilità, per eventuali terze persone, di entrare nella disponibilità della stessa.

4. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto, sicché la sentenza impugnata deve essere annullata, senza rinvio, perché il fatto non sussiste.
5. La natura non particolarmente complessa della questione e l'applicazione di principi giurisprudenziali consolidati consente di redigere la motivazione della decisione in forma semplificata.

Corte di Cassazione, I, sentenza del 16.07.2018, n. 32592

P1 *Atti idonei ed inequivoci orientati alla morte della vittima e tentato omicidio - Fattispecie

1. Il ricorso è infondato e, pertanto, deve essere respinto.
2. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 56 e 575 cod. pen., il delitto di tentato omicidio, contestato

al capo a), ricorre nel caso in cui l'agente abbia posto in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco a cagionare la morte di una persona.

I due requisiti della "idoneità degli atti" e della "direzione non equivoca" degli atti vengono ricostruiti, dalla giurisprudenza di legittimità, secondo ormai consolidate coordinate sistematico-interpretative.

La prima nozione rinvia alla capacità della condotta posta in essere dall'agente di realizzare il risultato tipico, costituito dal reato consumato; capacità che viene valutata alla stregua del paradigma della cd. prognosi postuma a base parziale. In altri termini, successivamente al mancato verificarsi della consumazione del reato voluto dall'agente, deve essere esperito un tipico giudizio controfattuale, realizzato riportando la sequenza criminosa al momento della estrinsecazione della condotta e ipotizzando se fosse probabile, in tale frangente, la verificazione del risultato tipico voluto, assumendo quale base del giudizio in questione il complesso delle circostanze conosciute o conoscibili dall'agente in quella fase dell'iter criminis (Sez. 1, n. 32851 del 10/06/2013, dep. 29/07/2013, Ciancio Cateno, Rv. 256991).

Quanto, invece, alla nozione di direzione non equivoca degli atti, la soluzione ricostruttiva qui accolta richiede la realizzazione non già degli atti esecutivi veri e propri, ma anche eventualmente di quegli atti che, pur classificabili come preparatori, facciano fondatamente ritenere che l'agente, avendo definitivamente approntato il piano criminoso in ogni dettaglio, abbia iniziato ad attuarlo, che l'azione abbia la significativa probabilità di conseguire l'obiettivo programmato e che il delitto sarà commesso a meno che si verifichino eventi non prevedibili, indipendenti dalla volontà del reo, che ne impediscano la realizzazione (Sez. 5, n. 18981 del 22/02/2017, dep. 20/04/2017, Macori e altro, Rv. 269931).

2.1. La difesa opina che la condotta ascritta all'odierno ricorrente non sarebbe stata idonea a cagionare la morte di H.A. . Ciò in quanto i pallini sparati con il colpo di fucile esploso da Z.A. non avrebbero avuto l'energia cinetica sufficiente a perforare le ossa del cranio e a attingere l'encefalo o altri parti vitali della persona offesa, come dimostrato dal fatto che gli stessi pallini si sarebbero arrestati negli strati superficiali del capo della vittima.

Rileva, nondimeno, il Collegio che le osservazioni critiche svolte dalla difesa in relazione alle risultanze degli accertamenti balistici compiuti dal perito osservazioni volte a dimostrare l'inidoneità dei pallini a infrangere le parti ossee del capo e a penetrare, in profondità, nei tessuti molli, cagionando la morte della persona offesa - finiscano per attingere al materiale probatorio acquisito nel corso del processo, proponendone una lettura alternativa pacificamente non consentita nel giudizio di cassazione. Tanto più che la descritta operazione viene realizzata, dal ricorrente, attraverso la deduzione di una serie di circostanze fattuali - inerenti alle caratteristiche dell'arma e del munizionamento nonché delle lesioni corporali refertate - in nessun modo verificabili in questa sede, in quanto del tutto estranee alla piattaforma cognitiva del giudice di legittimità, con un conseguente chiaro deficit di autosufficienza della relativa prospettazione.

In termini più generali, poi, deve osservarsi che attraverso le argomentazioni difensive più sopra riassunte, il ricorso ha mostrato di non confrontarsi in alcun modo con la ricostruzione fattuale accolta nella sentenza impugnata; sicché anche sotto tale profilo le doglianze formulate non possono essere accolte.

Secondo quanto posto in luce sia dal giudice dell'udienza preliminare, sia dalla stessa Corte territoriale, infatti, la circostanza che i pallini fossero dotati dell'energia cinetica necessaria a perforare anche le parti ossee del capo della persona offesa è stata adeguatamente dimostrata, sul piano logico, dalla avvenuta rottura, in due punti, delle mandibole; profilo, questo, che è stato totalmente obliterato dalle critiche difensive.

Ma soprattutto è stato evidenziato, con motivazione niente affatto illogica, che, in ogni caso, i distretti corporei attinti dalla "rosata" presentavano parti, non protette da strutture ossee, che, nel caso in cui fossero state raggiunte dai pallini, avrebbero comunque potuto subire lesioni tali da condurre alla morte della persona offesa, come nel caso in cui quest'ultima fosse stata attinta alla carotide, non colpita solo per una fortunata casualità.

3. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere rigettato, con condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Corte di Cassazione, I, sentenza del 16.07.2018, n. 32590

P1 *Molestie nei confronti di pubblico ufficiale - Fattispecie

1. Con sentenza emessa in data 18 novembre 2013 il Tribunale di Vasto mandava assolto Pr. Ro. dalle contestazioni relative ai reati di molestie e calunnia per insussistenza del fatto, ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p..

1.1 Pr. Ro. era stato tratto a giudizio, in relazione al reato di cui all'art. 660 c.p., poiché, secondo l'accusa, in luogo pubblico, per biasimevole motivo, seguiva continuamente Na. Ga. durante lo svolgimento del servizio di agente di Polizia Municipale, scattandole fotografie, nonché riferendo frequentemente al comandante di lei il luogo dove egli aveva visto la Na. svolgere la propria attività, al fine di sindacare se la stessa osservasse gli ordini di servizio.

In riferimento al reato di cui all'art. 368 c.p. , secondo la contestazione, Pr. con una pluralità di denunce dirette al Comando Stazione Carabinieri di Casalbordino, al Prefetto e alla Procura della Repubblica, incolpava la Na. di utilizzare l'auto di servizio per fini personali, di agire con parzialità nel contravvenzionare soltanto alcuni veicoli, lasciando altri (in violazione delle norme del codice della strada) privi di sanzione in quanto appartenenti a soggetti dalla stessa conosciuti di omettere il rispetto delle norme quale proprietaria del cantiere edile allestito in via (omissis...).

1.2 II Tribunale ha assolto l'imputato affermando che non era stata dimostrata una condotta molesta ai fini di cui all'art.660 cod.pen., atteso che come dichiarato dai testi, soltanto in alcune occasioni il Pr. ha seguito l'auto di servizio dei vigili sulla quale talvolta viaggiava anche la Na.; per il reato di cui all'art. 368 c.p., inoltre, l'imputato aveva ritenuto che le condotte poste in essere dalla Na. e denunciate all'autorità configurassero delle ipotesi di reato in quanto lo stesso, nello sporgere i tre esposti, ha denunciato

comportamenti della parte offesa che egli riteneva essere illeciti, avendo visto la Na. utilizzare l'auto di servizio durante le ore di lavoro per fini che l'imputato ha creduto fossero esclusivamente personali; appare inoltre provato che - sulla base di fotografie scattate dal figlio - l'imputato denunciò la mancanza, nel cantiere dei lavori edili che la parte offesa stava facendo eseguire, di dispositivi di sicurezza nelle impalcature e l'omesso posizionamento del cartello.

Viene evidenziato, in sostanza, che in talune occasioni le denunzie del Pr. contenevano elementi di verità ed aderenza ai fatti e ciò determinava carenza di elemento psicologico in riferimento ad entrambe le ipotesi di reato.

2. In esito alla sentenza di primo grado la parte civile proponeva appello chiedendo, ritenuta la responsabilità civile del prevenuto per i fatti ascritti, la condanna del medesimo al risarcimento dei danni patiti oltre alla rifusione delle spese processuali.

2.1 La parte civile, a sostegno delle proprie richieste, sosteneva che per il reato di cui all'art. 660 c.p. i testi sentiti ai sensi dell'art. 507 c.p.p., colleghi della Na., avevano riferito che il Pr. seguiva giornalmente la stessa, anche quando questa non era in servizio, scattandole ripetutamente fotografie. Veniva altresì impugnata la decisione assolutoria anche in riferimento al reato di calunnia.

2.1 La Corte di Appello di L'Aquila, con sentenza del 28 gennaio 2016, riteneva di accogliere solo in parte l'appello, relativamente alla condotta rubricata come molestie.

A parere della Corte di merito le emergenze processuali sono più che sufficienti per poter escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di calunnia in capo al Pr.. Il giudice di secondo grado, sul punto, confermava la prima decisione.

2.2 Per quanto riguarda il reato di cui all'art. 660 c.p. la Corte d'Appello osserva che dal compendio probatorio in atti è emersa la sussistenza di una condotta posta in essere dal Pr., in maniera reiterata ed assillante, tale da integrare il reato di molestia o disturbo alle persone. I testi sentiti avevano infatti concordemente dichiarato che il soggetto in esame seguiva continuamente la Na. durante il servizio, sia nel momento di timbratura del cartellino della stessa, sia durante lo svolgimento del servizio lavorativo, per arrivare persino a pedinarla scattandole continuamente fotografie. Date queste premesse la Corte sostiene si tratti di un comportamento oggettivamente idoneo a molestare e a disturbare la parte offesa, interferendo nella sua vita ed alterando le normali condizioni di tranquillità alle quali la medesima aveva diritto nello svolgimento della propria attività lavorativa. La Corte d'Appello riformava quindi, sia pure in parte, la sentenza di primo grado, dichiarando l'imputato responsabile ai soli fini civilistici del fatto-reato de quo, di cui ricorrono tutti gli elementi.

Per l'effetto condannava il prevenuto al risarcimento del danno in favore della parte civile costituita, liquidato in Euro 5.000,00, comprensivi di interessi e rivalutazione, condannandolo inoltre alla rifusione della metà delle spese legali sostenute dalla parte civile nei due gradi di giudizio.

3. Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione - a mezzo del difensore - Pr. Ro., articolando distinti motivi.

3.1 Con il primo motivo si deduce la mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione in riferimento all'avvenuto apprezzamento delle dichiarazioni testimoniali rese da Bu. Mi. e Be. Be., contrastanti con altri dati istruttori.

Il ricorrente si duole del fatto che, acriticamente e senza adeguata motivazione, la Corte di Appello ha ritenuto credibili le dichiarazioni rese in merito alle molestie dai colleghi della parte civile, Bu. e Be..

Queste ultime, però, non erano state ritenute credibili dal Tribunale di Vasto, tant'è che il giudizio di non colpevolezza del Pr., in merito alla calunnia, si basa sulle deposizioni di Ul. Ca. e Della Pe. Ro., unitamente agli altri testi della difesa. Secondo la difesa, quindi, era giuridicamente doveroso per il giudice di secondo grado, spiegare nella parte motiva del provvedimento, le ragioni per le quali la responsabilità del Pr., per il reato di molestia, si fonda sulle dichiarazioni dei vigili di Casalbordino, colleghi della Na., in special modo Bu. e Be., mentre le stesse dichiarazioni non sono state ritenute credibili per integrare il delitto di calunnia, atteso il palese contrasto con le deposizioni dei testi della difesa.

3.2 Col secondo motivo si deduce vizio di motivazione in riferimento a quanto previsto dall'art. 533 cod.proc.pen..

Non vi sarebbero, nella decisione impugnata, argomentazioni sufficienti a ribaltare l'esito assolutorio di primo grado, con violazione della regola di giudizio di cui all'art.533 co.2 cod.proc.pen..

3.3 Con il terzo motivo di ricorso la difesa deduce inosservanza ed erronea applicazione della legge penale in relazione all'art. 660 cod.pen..

Si lamenta il fatto che, considerando che ai fini di configurare il reato di cui all'art. 660 c.p. la molestia o il disturbo devono essere arrecati per petulanza o altro biasimevole motivo, la condotta del soggetto attivo in questione non possa integrare tale reato. La difesa sostiene quindi che l'elemento soggettivo sia mancante nel caso di specie, in quanto nel comportamento dello stesso non vi è traccia della consapevolezza e della volontà verso il fine specifico di interferire opportunatamente nell'altrui sfera di libertà, in quanto unico intento del soggetto era portare a conoscenza delle competenti autorità l'agire illecito del pubblico ufficiale.

4. Il ricorso è fondato, per le ragioni che seguono.

4.1 Va premesso che il giudice di primo grado ha affermato in motivazione che alcune delle accuse mosse da Pr. Ro. nei confronti della Na. avevano un fondamento di verità, indicando taluni episodi specifici .

Da ciò è derivata l'assoluzione dal reato di calunnia, aspetto che risulta essere - al di là dei profili in fatto relativi alla condotta materiale - rilevante anche in riferimento all'ipotesi di reato di cui aH'art.660 cod.pen..

Ciò perchè la fattispecie di cui all'art. 660 cod.pen. richiede a fini di punibilità la verifica della ricorrenza di elementi caratterizzanti la illiceità della condotta - la petulanza o altro biasimevole motivo - che ricadono inevitabilmente nella connotazione dell'elemento psicologico tanto da imporre l'apprezzamento del dolo (tra le altre, Sez. I n. 25033 del 8.5.2012) , consistente nella volontà di interferire in modo inopportuno - per ragioni che vanno apprezzate e qualificate attraverso un giudizio di valore - nell'altrui sfera di libertà.

4.2 La Corte di Appello, a fronte di tali argomentazioni espresse in primo grado, si limita a compiere una rivalutazione della condotta materiale - in riferimento alla assiduità della presenza, in un determinato periodo, dell'imputato nei luoghi pubblici ove la Na. svolgeva il servizio - ma non affronta minimamente il tema dell'elemento psicologico e della caraterrizzazione finalistica della condotta in termini di 'petulanza o altro biasimievole motivo', realizzando - pertanto - un evidente vizio argomentativo e di interpretazione della previsione incriminatrice.

Va qui ribadito, peraltro, non soltanto che in caso di riforma di una prima decisione assolutoria occorre - in ogni caso - realizzare una motivazione 'rafforzata' (v. Sez. VI n. 1514 del 19.12.2012, rv 253940, ove si è affermato che è illegittima la sentenza d'appello che in riforma di quella assolutoria affermi la responsabilità dell'imputato, sia pure ai soli fini civili, sulla base di una alternativa e non maggiormente persuasiva interpretazione del medesimo compendio probatorio utilizzato nel primo grado di giudizio), ma anche che la trattazione e la decisione della particolare impugnazione de qua richiede la valutazione, sia pure a soli fini risarcitori, della sussistenza del reato in tutti i suoi elementi costitutivi (di recente v. Sez. V n. 54300 del 14.9.2017, rv 272082). Nel caso in esame non vi è alcun impiego di quella «forza persuasiva superiore» che legittima il ribaltamento della prima decisione e che è richiesta anche in caso di impugnazione proposta ai soli fini civili.

Va pertanto disposto l'annullamento della decisione impugnata, con rinvio per nuovo giudizio al giudice competente per valore in grado di appello (ai sensi dell'art. 622 cod.proc.pen.).

Corte di Cassazione, I, sentenza del 13.07.2018, n. 32251

P2 *Famiglia - Prossimi congiunti e punibilità dell'estorsione

Il ricorso è manifestamente infondato.

1. La questione della ritualità della contestazione della recidiva poggia, in sostanza, sul confuso affastellamento delle norme di riferimento che si riscontra nell’imputazione, che, però, è completata dall’indicazione "naturalistica" dei requisiti della reiterazione, della specificità e dell’infraquinquennalità, che non lasciano dubbi sul fatto che il tipo di recidiva contestata corrisponda alla previsione dell’art. 99 quarto comma cod. pen., nulla avendo peraltro osservato la difesa sulla effettiva corrispondenza del tipo ai precedenti del ricorrente.
2. La condotta estorsiva, contrariamente a quanto sostiene la difesa, ben può essere indirizzata verso

soggetti diversi da quello destinato a subire la diminuzione patrimoniale quando, come nella specie, essa si manifesti in un contesto spazio-temporale nel quale sia contemporaneamente presente anche il soggetto titolare dell'utilità aggredita. Le violenze del ricorrente nei confronti della sorella, alla presenza della madre, rileverebbero quindi senz'altro ai fini della punibilità del fatto, come ulteriore strumento di pressione nei confronti della M. . Ma la Corte di merito bene osserva, ulteriormente, al riguardo, come anche gli altri familiari debbano considerarsi persone offese dal reato, perché, piegandosi alle violenze, avrebbe dovuto, nelle intenzioni del ricorrente, procurargli direttamente la somma, prelevandola dalle disponibilità della madre.

3. Anche i delitti tentati contro il patrimonio sono riconducibili alla norma di chiusura dell'ultimo comma dell'art. 649 cod. pen (Cass. 28210/2010), conseguendone che sia del tutto erronea, in diritto, la tesi difensiva secondo cui l'estorsione ai danni di familiari sia non punibile nella forma tentata anche quando commessa con violenza fisica. Il problema sì è posto, semmai, in giurisprudenza, in termini esattamente opposti, cioè se il delitto tentato contro il patrimonio sia punibile nelle situazioni previste dall'art. 649 cod. pen. anche nel caso di impiego di violenze soltanto morali o psichiche (per la soluzione negativa, cfr., ancora, Cass. 28210/2010).
4. I motivi sulle presunte carenze motivazionali della sentenza impugnata sul tema della responsabilità penale indugiano su minimi particolari della ricostruzione dei fatti e su presunte incongruenze nelle dichiarazioni testimoniali. La Corte di merito sottolinea, però, efficacemente, che il contesto di violenze in cui si svolsero i fatti è risultato confermato, tra l'altro, dalla deposizione di un teste assolutamente estraneo alle contese familiari, un militare dell'arma dei carabinieri che nell'ispezionare lo stato dei luoghi notò una cassapanca lesionata nel punto in cui era stata lanciata una maniglia, e più seriamente danneggiata in un altro punto (quello da dove sarebbe stato divelto, alla stregua dell'imputazione, un pezzo di legno brandito poi dal ricorrente all'indirizzo dei familiari) e notò, ancora, la sorella del ricorrente in stato di agitazione e con gli occhiali rotti (circostanza, quest'ultima, che rimanda chiaramente allo schiaffo secondo l'accusa infertole dal fratello) e le figlie della coppia V. - D.S. rinchiuse in una camera separata dal teatro degli eventi (evidentemente "al riparo").

4.1. La stessa immediata sollecitazione, da parte delle vittime, dell'intervento sul posto delle forze dell'ordine assume peraltro un chiaro significato di conferma di una disputa degenerata, ad opera del ricorrente, in modi apertamente incivili e penalmente illeciti.

Alla stregua delle precedenti considerazioni il ricorso va pertanto dichiarato inammissibile, con la condanna del ricorrente, ai sensi dell'art. 616 cod. proc. pen. al pagamento delle spese processuali e al versamento della somma di Euro 2000 alla Cassa delle Ammende, commisurata all'effettivo grado di colpa dello stesso ricorrente nella determinazione della causa di inammissibilità.

Corte di Cassazione, II, sentenza del 17.07.2018, n. 33073

P2 *Processo - Condanna in primo grado per truffa, assoluzione in appello, presunzione di innocenza e ragionevole dubbio

1. In punto di diritto, va premesso che, in tema di motivazione della sentenza, il giudice di appello sia che riformi la decisione di condanna di primo grado, (Cass. 7630/2014 Rv. 231136; Cass. 46742/2013 Rv. 257332; Cass. 1253/2013 Rv. 258005) sia che riformi una decisione assolutoria (Cass. 35762/2008 Rv. 241169; Cass. 42033/2008 Rv. 242330; Cass. 22120/2009 Rv. 243946), ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato (SSUU 33748/2005 Rv. 231679). Si è, infatti, osservato che, in tali fattispecie, la motivazione della sentenza di appello si caratterizza per un obbligo peculiare e "rafforzato" di tenuta logico-argomentativa, che si aggiunge a quello generale della non apparenza, non manifesta illogicità e non contraddittorietà (art. 606/1 lett. e c.p.p.), dovendo il giudice di appello non solo indicare l'iter logico argomentativo posto a sostegno del proprio alternativo ragionamento probatorio, ma anche di confutare specificamente i più rilevanti argomenti contenuti nella motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, non potendosi limitarsi ad imporre la propria valutazione del compendio probatorio perché ritenuta preferibile a quella del primo giudice.

In tal senso, da ultimo, si sono pronunciate anche le SSUU le quali ribadendo quanto statuito dalle precedenti SSUU Dasgupta e Patalano - hanno affermato che "Nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice di appello non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado. Tuttavia, il giudice di appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell'art. 603 cod. proc. pen.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado": SSUU n. 14800/2018.

In particolare, le SSUU hanno chiarito che, nel caso in cui il giudice di appello pronunci sentenza di assoluzione a fronte di una sentenza di condanna in primo grado, "può limitarsi a giustificare la perdurante sostenibilità di ricostruzioni alternative del fatto, sulla base di un'operazione di tipo essenzialmente demolitivo. Deve trattarsi, peraltro, di ricostruzioni non solo astrattamente ipotizzabili in rerum natura, ma la cui plausibilità nella fattispecie concreta risulti ancorata alle risultanze processuali, assunte nella loro oggettiva consistenza. È dunque necessario che il dubbio ragionevole risponda non solo a criteri dotati di intrinseca razionalità, ma sia suscettibile di essere argomentato con ragioni verificabili alla stregua del materiale probatorio acquisito al processo. Movendo da tali postulati va inoltre sottolineato come, all'assenza di un obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa in caso di ribaltamento assolutorio, debba affiancarsi l'esigenza che il giudice d'appello strutturi la motivazione della decisione assolutoria in modo rigoroso, dando puntuale ragione delle difformi conclusioni assunte".

La conclusione è quindi la seguente: pur dovendo il giudice di appello motivare in modo rafforzato, tuttavia l'assoluzione dopo una condanna non deve superare alcun dubbio, perché è la condanna che deve intervenire

al di là di ogni ragionevole dubbio, non certo l'assoluzione, possibile anche ex art. 530, comma 2, cod. proc. pen. Presunzione di innocenza e ragionevole dubbio impongono soglie probatorie asimmetriche in relazione alla diversa tipologia dell'epilogo decisorio: la certezza della colpevolezza per la condanna, il dubbio processualmente plausibile per l'assoluzione: SSUU 14800/2018 cit.

2. Alla stregua dei suddetti principi di diritto, non resta che verificare se la Corte di Appello ad essi si sia attenuta, verifica che può che essere effettuata solo comparando l'iter motivazionale della sentenza di primo grado con quello di appello.

Orbene da un semplice raffronto delle due sentenze di merito, emerge che la Corte di Appello ha assolto all'obbligo della motivazione rafforzata.

Il primo giudice (pag. 4 sentenza di primo grado), dopo avere analizzato l'esito della svolta istruttoria, concluse ritenendo che le circostanze emerse (svolgimento di attività incompatibili con la patologia dichiarata) fossero "tutte chiaramente evidenzianti il carattere meramente strumentale del ricorso da parte dell'imputato all'induzione di certificazione di malattie e/o di indisposizioni fisiche - nella specie sostanzialmente riferibili a riacutizzazione dei sintomi di cervicalgia da colpo di frusta, come tali prettamente riconducibili a sensazioni dolorose e sintomatologiche riferite dal paziente - astrattamente incompatibili con la prestazione di servizio ma da ritenersi invece concretamente inesistenti in quanto oggettivamente incompatibili con l'efficienza fisica richiesta per lo spostamento di carichi e/o l'esercizio dell'attività venatoria, e dunque da ritenersi artificiosamente addotte ai sanitari al solo fine di ottenere l'indebito prolungamento dell'assenza dal servizio con fraudolento conseguimento dell'intera retribuzione mensile con pari danno patrimoniale sia del datore di lavoro sia dell'Inail tenuti per legge a corrispondere pro quota quest'ultima (...)".

La Corte di Appello (pag. 6) ha confutato la suddetta motivazione sulla base dei seguenti argomenti: "La soluzione accolta dal giudicante, fondata sull'assunto secondo il quale si tratterebbe di sintomatologia essenzialmente soggettiva - dunque, pare di capire, non accertabile in base a metodologie oggettive - non appare convincente alla luce, per l'appunto, non solo delle certificazioni mediche, i cui contenuti non risultano smentiti in atti, certificazioni che danno conto non solo del riferito del paziente ma di esami radiografici, manipolazioni dei sanitari sulla parte dolorante, visite obiettive, ma dalla presenza, anch'essa certificata, di concreti episodi di svenimento, vomito e malessere, in relazione ad uno dei quali il R. fu anche ricoverato per qualche giorno; in tal senso, deve darsi atto che: 1) nessuno dei numerosi medici della struttura pubblica che visitarono, in occasione della scadenza di ciascun periodo di malattia, l'imputato ebbe a sollevare dubbi sulla esistenza della patologia (distorsione rachide cervicale), sulla congruità alla stessa della sintomatologia manifestata (episodi sincopali, cervicalgia recidivante e vertiginosa, nausee e vomito) e sulla sua riconducibilità all'infortunio del (omissis) ; 2) il paziente fu sottoposto a svariati esami (Eeg, Rx, Tac, ecodoppler) e a terapia medica e fisiatrica; 3) il (omissis) fu ricoverato in osservazione al Pronto soccorso dell'ospedale di (…) a seguito di caduta, con trauma gluteo sx, per svenimento e perdita di coscienza; nel relativo certificato si dà atto di "capogiri" nel passaggio alla posizione seduta" e di "lieve dolenzia lombare dx" nonché di un precedente episodio sincopale, accaduto qualche giorno prima, testimoniata da un amico".

Come, quindi, può notarsi non solo la motivazione è rafforzata ma la Corte ha preso in esame tutto il materiale - anche quello non considerato dal primo giudice: in particolare la documentazione medica di parte nonché gli episodi sincopali - giungendo ad una conclusione opposta a quella del primo giudice proprio sulla base del "ragionevole dubbio" (cfr supra in parte narrativa al § 1).

Le censure dedotte dal ricorrente in questa sede non hanno una valenza tale da scalfire l'ordito motivazionale della sentenza impugnata in quanto, a ben vedere, si fondano tutte su una rilettura - in senso accusatorio - degli atti processuali e su pretese manifeste illogicità che tali non sono.

Infatti, la Corte ha fondato il proprio convincimento non sull'aprioristico "presupposto indimostrato e non spiegato che la patologia dell'imputato pur potendo astrattamente impedire l'attività lavorativa, non sia ostativa all'attività venatoria ed ai lavori di ristrutturazione dell'abitazione", ma su un coacervo di dati processuali (accertamenti medici; oggettiva sintomatologia: episodi sincopali, cervicalgia recidivante e vertiginosa, nausee e vomito; ricoveri in ospedali pubblici) neppure presi in considerazione dal primo giudice e che inficiano, sotto il profilo del ragionevole dubbio, il giudizio di colpevolezza.

Non è ravvisabile, poi, neppure la contraddizione evidenziata dalla ricorrente secondo la quale la motivazione era intrinsecamente contraddittoria nella parte in cui la Corte aveva ritenuto, da una parte, che le mansioni svolte (porto di armi e pattugliamento) fossero incompatibili con la patologia lamentata, e, poi, dall'altra, che quelle stesse attività fossero, invece, compatibili con l'attività svolta privatamente (caccia e sollevamenti di carichi) che implicava lo svolgimento di quegli stessi movimenti fisici che l'imputato compiva nello svolgimento delle sue mansioni.

Infatti, la Corte di Appello (pag. 5 della sentenza impugnata) ha confutato il suddetto argomento scrivendo che, quanto al saltuario sollevamento, tramite verricello, di un secchio contenente materiale, si ignorava quale ne fosse il peso e che le battute di caccia erano "connotate dalla prolungata sosta in una postazione fissa, raggiunta con auto guidate da altri".

3. In conclusione, non ravvisandosi nella sentenza impugnata alcun vizio attinenti all'obbligo della motivazione rafforzata, ed essendo l'assoluzione pronunciata sotto il profilo del ragionevole dubbio, l'impugnazione deve rigettarsi con conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Corte di Cassazione, II, sentenza del 17.07.2018, n. 33088

P2 *Reati abituali, truffa e non applicabilità del fatto di lieve entità - Fattispecie

Il ricorso è fondato.

1. Deve premettersi (Sez. 2, Ordinanza n. 2153 del 16/12/2016, dep. 2017, Rv. 269002) che la sentenza che dichiara l'improcedibilità dell'azione penale o l'estinzione del reato, quantunque resa su conformi conclusioni del P.M. e della difesa, se pronunciata - come nel caso di specie - in pubblica udienza dopo la costituzione delle parti, va comunque considerata come sentenza dibattimentale ed è, pertanto, soggetta all'appello, qualunque sia il nomen iuris attribuitole dal giudice.

1.1. Ne consegue che l'odierno ricorso risulta proposto dal PM per saltum, ex art. 569 c.p.p..

2. Questa Corte (Sez. U, Sentenza n. 13681 del 25/02/2016, Rv. 266591) ha già chiarito che, ai fini del presupposto ostativo alla configurabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. della "non abitualità del comportamento criminoso", previsto dalla medesima disposizione, il comportamento è abituale quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, abbia commesso almeno due illeciti, oltre quello preso in esame; ai fini della valutazione del predetto presupposto, il giudice può fare riferimento non solo alle condanne irrevocabili ed agli illeciti sottoposti alla sua cognizione nel caso in cui il procedimento riguardi distinti reati della stessa indole, anche se tenui -, ma anche a reati già in precedenza ritenuti non punibili ex art. 131-bis cod. pen..

2.1. La nozione di "reati della stessa indole" va necessariamente desunta dall'art. 101 cod. pen..

In proposito, questa Corte (Sez. 1, Sentenza n. 44255 del 17/09/2014, Rv. 260800; Sez. 6, Sentenza n. 53590 del 20/11/2014, Rv. 261869) ha già ritenuto che vanno considerati "della stessa indole", ai sensi della citata disposizione, non soltanto i reati che violano una medesima disposizione di legge, ma anche quelli che presentano profili di omogeneità:

- sul piano oggettivo, in relazione al bene tutelato ed alle modalità esecutive...

-... ovvero sul piano soggettivo, in relazione ai motivi a delinquere che hanno avuto efficacia causale nella decisione criminosa (come nel caso di delitti tutti connotati dallo scopo di lucro).

2.1.1. In applicazione del principio, è stata unanimemente configurata la medesimezza di indole tra reati contro il patrimonio e reati di traffico di sostanze stupefacenti ex art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, proprio perché tutti connotati dallo scopo di lucro.

Così, in particolare, si sono espresse:

- Sez. 1, Sentenza n. 2097 del 12/07/1988, dep. 1989, Rv. 182164, che ha ravvisato la stessa indole nel reato di detenzione di sostanze stupefacenti ed in quello di furto in abitazione, in quanto connotati da una identica finalità di profitto;

- Sez. 2, Sentenza n. 10185 del 01/10/1992, Rv. 192288, che ha ravvisato la stessa indole nel reato di spaccio di sostanze stupefacenti ed in quello di furto;

- Sez. 1, Sentenza n. 44255 del 17/09/2014, Rv. 260800 cit., che ha ravvisato la stessa indole nel reato di cessione di sostanze stupefacenti ed in quello di ricettazione, in quanto connotati da una identica finalità di profitto;

- Sez. 6, Sentenza n. 53590 del 20/11/2014, Rv. 261869 cit., che ha ravvisato la stessa indole nel reato di spaccio di sostanze stupefacenti ed in quello di furto in abitazione, assumendo rilevanza, in entrambi i casi, omologhi motivi di indebito lucro.

2.1.2. Si è precisato che, ai fini della configurabilità dell'abitualità del comportamento, ostativa all'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-bis cod. pen., l'identità dell'indole dei reati eventualmente commessi deve essere valutata dal giudice in relazione al caso esaminato, verificando se in concreto i reati presentino caratteri fondamentali comuni (Sez. 4, Sentenza n. 27323 del 04/05/2017, Rv. 270107: in applicazione del principio, la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza impugnata che aveva escluso la applicabilità della causa di non punibilità essendo l'imputato gravato da precedenti condanne per reati contro il patrimonio, senza tuttavia confrontarsi con la condotta in concreto contestata, relativa ad una ipotesi di concorso in spaccio di stupefacenti commesso al fine di ottenere una somma pari ad Euro 2, da ritenersi, pertanto, talmente esigua da rendere irrilevante il fine di lucro).

3. Ciò premesso, osserva il collegio che, senza alcuna argomentazione, ed allo stato erroneamente, il Tribunale ha escluso a carico dell'imputato l'esistenza di precedenti per reati della stessa indole della truffa contestata, osservando unicamente che l'imputato "presenta modesti precedenti penali, non specifici", nonostante il fatto che l'imputato, come documenta il PM ricorrente, fosse gravato da ben due precedenti per reati ex art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990, senz'altro potenzialmente valorizzabili come reati della stessa indole di quello contestato.

3.1. Ne consegue che la sentenza impugnata va annullata con rinvio per il giudizio alla Corte di appello di Ancona, che si uniformerà al seguente principio di diritto:

"Ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen., per valutare la configurabilità del presupposto ostativo della "non abitualità del comportamento criminoso", vanno considerati "della stessa indole" non soltanto i reati che violano una medesima disposizione di legge, ma anche quelli che presentano profili di omogeneità sul piano oggettivo (in relazione al bene tutelato ed alle modalità esecutive) ovvero sul piano soggettivo (in relazione ai motivi a delinquere che hanno avuto efficacia causale nella decisione criminosa, come nel caso di delitti tutti connotati dallo scopo di lucro). È possibile ravvisare la medesima indole di reati contro il patrimonio e reati in materia di sostanze detenzione che siano connotati da una identica finalità di profitto".

Corte di Cassazione, II, sentenza del 16.07.2018, n. 32577

P3 Processo - Condanna patteggiata, estinzione del reato per decorso dei termini e computo della recidiva

1. Il ricorso è fondato e va accolto.
2. Come si evince della lettura del certificato del casellario giudiziale in atti, il ricorrente ha due precedenti costituiti da due sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, irrevocabili, l'una (del 1.3.1996) il 25.6.1996 e l'altra (del 24.6.1997) il 18.7.1997.

Non risulta che il ricorrente abbia commesso, successivamente alla sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile, il 18.7.1997, altro reato nei cinque anni successivi e, quindi la recidiva è stata erroneamente contestata e ritenuta, quale recidiva reiterata specifica.

Dal combinato disposto degli artt. 445, comma 2, cod.proc.pen. e 106 cod. pen. si evince chiaramente che la prima disposizione prevede che l'estinzione del reato comporta anche quella di ogni effetto penale e l'articolo 106 del codice penale dispone al comma 2, in deroga al comma 1, che, qualora vi sia l'estinzione degli effetti penali, della precedente condanna non si debba tener conto agli effetti della recidiva.

Inoltre, va ricordato che l'estinzione del reato oggetto della sentenza di patteggiamento in conseguenza del verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445, comma 2, cod. proc. pen. opera ipso iure, senza che sia necessaria una specifica pronuncia del giudice dell'esecuzione (in tal senso Sez. 6, n. 6673 del 29/01/2016, Mandri, Rv. 2661200: "L'estinzione del reato oggetto di sentenza di patteggiamento, in conseguenza del verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445, comma secondo, cod. proc. pen., opera "ipso jure" e non richiede una formale pronuncia da parte del giudice dell'esecuzione"; nello stesso senso vedi anche Sez. 5, n. 20068 del 22/12/2014, dep. 14/05/2015, Valente, Rv. 2635030).

Ne consegue, quindi, l'affermazione che, in tema di patteggiamento, la declaratoria di estinzione del reato conseguente al decorso dei termini e al verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445 cod. proc. pen. comporta l'esclusione degli effetti penali anche ai fini della recidiva (Sez.3, n.7067 del 12/12/2012, dep.13/02/2013, Rv. 254742; Sez.6, n.6673 del 29/01/2016, Rv. 266119).

È dunque errata l'affermazione della Corte di appello con cui esclude l'applicabilità del disposto dell'art. 445, comma 2, cod.proc.pen. ai fini della valutazione e qualificazione della recidiva, che, risulta, pertanto, erroneamente qualificata quale recidiva reiterata specifica.

Di conseguenza la sentenza va annullata sul punto, dovendo procedere la Corte territoriale alla riqualificazione della recidiva tenendo conto dei principi di diritto suesposti e, all'esito alla rideterminazione della pena; ai sensi dell'art. 624 cod. proc. pen. va dichiarata l'irrevocabilità della sentenza in ordine all'affermazione di responsabilità.

Corte di Cassazione, III, sentenza del 16.07.2018, n. 32492

P3 *Commerciale - Acronimo di marchio fuorviante e frode commerciale - Fattispecie

1. Il ricorso, al limite dell'inammissibilità, è, nel complesso, infondato e deve perciò essere rigettato.
2. I primi due motivi di doglianza, unitamente al secondo dedotto con i motivi aggiunti, possono essere trattati congiuntamente, perché attengono al carattere ingannevole del marchio CE (China Export) apposto sulla merce oggetto dell'imputazione ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 515 c.p.. Orbene, i motivi sono infondati, non avendo pregio, per escludere la sussistenza del delitto in esame, l'assunto difensivo secondo cui, per i prodotti in esame, non era obbligatoria la marchiatura "CE".

2.1. Va ricordato che la marcatura "CE" è stata istituita dalla normativa comunitaria in quanto, con l'apposizione della stessa, il produttore o il suo legale rappresentante dichiara che è stata certificata la conformità del suo prodotto con i requisiti essenziali richiesti dal mercato Europeo. La funzione della marcatura "CE", infatti, è quella di tutelare gli interessi pubblici della salute e sicurezza degli utilizzatoti dei prodotti, assicurando che essi siano adeguati a tutte le disposizioni comunitarie che prevedono il loro utilizzo. Detta marcatura, pur non fungendo da marchio di qualità o di origine, costituisce tuttavia un marchio amministrativo, che segnala che il prodotto marcato può circolare liberamente nel mercato unico dell'Unione Europea (vedi Cass., Sez. 2 18.9.2009, n. 36228, Wang).

2.2. Orbene, tale marchiatura, ove fasulla o ingannevole, rileva proprio ai sensi dell'art. 515 cod. pen., in quanto incide (non sulla provenienza ma) sulla qualità e sulla sicurezza del prodotto, il quale, appunto, è (falsamente) dichiarato essere conforme agli standard Europei. Deve perciò essere ribadito il principio secondo cui integra il reato di frode nell'esercizio del commercio la detenzione di merce recante la marcatura CE (indicativa della locuzione "China Export") apposta con caratteri tali da ingenerare nel consumatore la erronea convinzione che i prodotti rechino, invece, il marchio CE (Comunità Europea), poiché l'apposizione di quest'ultimo ha la funzione di certificare la conformità del prodotto ai requisiti essenziali di sicurezza e qualità previsti per la circolazione dei beni nel mercato Europeo (Sez. 3, n. 45916 del 18/09/2014 - dep. 06/11/2014, Tebai, Rv. 260914; Sez. 3, 9 giugno 2009, n. 23819, concernente proprio un'ipotesi di tentativo di frode in commercio posto in essere anche attraverso la commercializzazione di prodotti recanti il marchio CE contraffatto, indicativo della locuzione "China - Export").

2.3. Invero, poiché l'interesse tutelato dalla disposizione incriminatrice in esame è quello dello Stato e del consumatore al leale esercizio del commercio e il reato in essa previsto è integrato dalla semplice messa in vendita di un bene difforme da quello dichiarato, è evidente che la consegna di merce recante una marcatura ingannevole, che parrebbe attestare la rispondenza a specifiche costruttive che assicurano la sussistenza dei requisiti di sicurezza e qualità richiesti dalla normativa comunitaria, determina quella divergenza qualitativa che configura l'illecito penale. Infatti, la decettività della marcatura CE (China Export), che si distingue da quella Europea per la sola, impercettibile, diversa distanza tra le due lettere, è da sola sufficiente ad ingenerare nel consumatore la convinzione che la merce abbia le caratteristiche e gli standard Europei. Ne può darsi, neanche in astratto, l'ipotesi di merci prive della marcatura CE (Comunità Europea) che siano comunque dotate di tutti tali requisiti, perché l'apposizione del marchio CE da parte del produttore ha la funzione di certificare la conformità del prodotto con i requisiti essenziali richiesti dal mercato Europeo; e

tale certificazione costituisce in sé un essenziale elemento qualitativo del prodotto.

2.4. Va, infine, osservato che, nel caso di specie, non trova applicazione il disposto dell'art. 15, comma 6, d.lgs. n. 194 del 2007, vigente al momento del fatto, il quale configura un mero illecito amministrativo nei confronti di "chiunque appone marchi che possono confondersi con la marcatura CE", perché detta normativa - la quale disciplina le apparecchiature, che, come si ricava dall'art. 3, possono generare perturbazioni elettromagnetiche - all'evidenza non si applica né alle sveglie, né alle tastiere dei computer.

3. Manifestamente infondato è il terzo motivo, che, per omogeneità delle censure, può essere trattato unitamente al primo dei motivi aggiunti.

Secondo quanto accertato in sede di merito, la merce sequestrata, su cui era apposta la marcatura CE, era collocata sugli espositori per la vendita, ubicati presso la sede della Dolce capanna srl, esercente l'attività di commercio all'ingrosso di articoli da regalo, articoli per la casa e materiale elettrico ed elettronico. Orbene, a fronte di tale accertamento fattuale, non vi è dubbio che la merce fosse destinata alla vendita, il che integra gli estremi del tentativo di frode in commercio. In tal senso, peraltro, si è già espressa questa Corte, affermando che integra il reato di tentativo di frode in commercio il detenere, anche presso un esercizio commerciale di distribuzione e vendita all'ingrosso, prodotti privi di marcatura "CE" o con marcatura "CE" contraffatta (Sez. 3, n. 27704 dei 21/04/2010 - dep. 16/07/2010, Amato, Rv. 248133: in motivazione la Corte ha precisato che la presenza della marcatura è finalizzata ad attestare la conformità del prodotto a standard minimi di qualità).

4. Infondato è il quarto motivo, stante la sua genericità.

Invero, pur non avendo il Tribunale preso posizione in ordine al diniego delle circostanze attenuanti generiche, il ricorrente non ha, tuttavia, indicato alcun elemento idoneo a giustificare un trattamento di speciale benevolenza in favore dell'imputato, il quale, peraltro, è stato condannato alla multa, pur prevedendo l'art. 515 cod. pen. la pena alternativa.

Corte di Cassazione, III, sentenza del 18.07.2018, n. 33397

P3 *Urbanistica ed edilizia - Responsabilità del direttore dei lavori per omessa vigilanza - Fattispecie

1. Il ricorso proposto nell'interesse di N.E. è inammissibile per manifesta infondatezza genericità, avendo la Corte territoriale richiamato e correttamente applicato la giurisprudenza di legittimità in materia di affermazione della penale responsabilità per reati urbanistici ed edilizi del comproprietario dell'autore materiale del reato.

1.1. Al proposito, è noto come questa Corte abbia da tempo composto un contrasto di giurisprudenza che

aveva al proposito visto contrapporsi due diversi orientamenti.

Secondo una prima tesi, il proprietario che, essendo consapevole che sul suo terreno viene eseguita da un terzo una costruzione abusiva e potendo intervenire, deliberatamente se ne astiene, realizzerebbe una condotta omissiva che renderebbe possibile la commissione dell'abuso, il quale, quindi, sarebbe conseguenza diretta anche della sua omissione, sicché l'ipotesi si inquadrerebbe nella previsione del primo e non del secondo comma dell'art. 40 cod. pen., senza che per l'esistenza del rapporto di causa-effetto occorra un ulteriore obbligo giuridico di impedire l'evento (Sez. 3, 12/07/1999, Cuccì; Sez 3, 14/07/1999 Mareddu e a.; Sez. 3, 14/10/1999, Di Salvo). In ogni caso - aggiungeva la citata giurisprudenza - la posizione di garanzia sarebbe ricavabile dall'art. 42, secondo comma, Cost., nella parte in cui pone limiti al diritto di proprietà ai fini di assicurarne la funzione sociale, sicché la responsabilità deriverebbe comunque dalla generale previsione di cui all'art. 40 cpv. cod. pen. Da ultimo si poneva in luce che in tali situazioni sarebbe comunque ravvisabile un concorso morale, poiché "grazie alla tolleranza del proprietario, l'autore dell'illecito è lasciato nella disponibilità del terreno che gli consente di costruire l'opera senza concessione: il che è assai più che dar luogo ad un rafforzamento della volontà dell'autore" (Sez. 3, 12/07/1999, Cuccì; Sez 3, 14/07/1999 Mareddu e a.; Sez. 3, 14/10/1999, Di Salvo. La conclusione è stata successivamente condivisa da Sez. 3, 12/02/2000, Isaia; Sez. 3, 12/11/2002, Bombaci).

Secondo un opposto orientamento, invece, "il proprietario di un'area su cui viene realizzata una costruzione abusiva, il quale sia rimasto estraneo alla relativa attività edilficatoria anche in veste di semplice committente dei lavori, non ha - perché non impostogli da alcuna norma di legge - l'obbligo giuridico di impedire o di denunciare l'attività illecita di costruzione abusiva da altri su detta area posta in essere" (Sez. 3, 16/05/2000, Molinaro e a.). Anzi, si osservava richiamandosi la previsione oggi contenuta nell'art. 29 d.P.R. 380 del 2001, la legge, "pur indicando alcuni soggetti (il titolare della concessione edilizia, il committente, il costruttore, il direttore dei lavori) che sono tenuti a garantire la conformità dell'opera alla concessione edilizia e pertanto sono da ritenere responsabili dell'eventuale costruzione in assenza di concessione, tra essi non include il proprietario del terreno. Or se non v'è alcuna norma di legge che impone a carico del proprietario dell'area l'obbligo di impedire la costruzione abusiva, è da escludere che un tale soggetto possa rispondere del reato edilizio sol perché è rimasto inerte dinanzi all'illecito commesso da altri" (Sez. 3, 04/04/1997, Celi; Sez. 3, 09/01/2003, Costa; nello stesso senso, più di recente, Sez. 3, n. 47083 del 22/11/2007, Tartaglia, Rv. 238471; Sez. 3, n. 44202 del 10/10/2013, Menditto, Rv. 257625).

Quest' impostazione - divenuta largamente maggioritaria nella giurisprudenza di legittimità - è senza dubbio condivisibile, poiché l'inerzia di chi non rivesta una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 29 d.P.R. 380 del 2001 non ha rilievo penale. La vera natura di tale disposizione, di fatti, non è quella assegnatale dalla giurisprudenza tradizionale - di individuare i soggetti attivi di un presunto reato proprio che, salvo specifiche ipotesi, tale invece non è (v., di recente, Sez. 3, Sentenza n. 45146 del 08/10/2015, Fiacchino e a., Rv. 265443), bensì quella di estendere la responsabilità penale delle figure indicate nel caso di omesso, costante, controllo, anche sulla condotta altrui, circa la conformità delle opere in corso d'esecuzione ai parametri di legalità sostanziale contenuti nel titolo, negli strumenti urbanistici, nelle disposizioni di legge. Tale forma di responsabilità non può dunque essere ascritta a soggetti diversi da quelli indicati nell'art. 29 TUE, e quindi non può riguardare il (com)proprietario dell'immobile sul quale si eseguono i lavori abusivi che - non

rivestendo alcuna delle altre qualità indicate nella disposizione - resti del tutto inerte rispetto all'altrui condotta illecita.

1.2. La conclusione, evidentemente, non esclude la possibile responsabilità penale del proprietario che - pur non essendo committente, costruttore o titolare del permesso di costruire (né, ovviamente, direttore dei lavori) - ponga in essere qualche contributo, materiale o anche soltanto morale, all'attività di illecita trasformazione del territorio posta in essere direttamente da terzi. Laddove, come nella specie con riguardo alla ricorrente N., vi sia un vincolo di parentela o coniugio - ciò che peraltro spesso accade nella pratica - un consolidato orientamento di questa Corte ammette la possibilità di utilizzare elementi di prova indiziaria desunti dalla fattispecie concreta per dimostrare la sussistenza della responsabilità concorsuale.

Si è dunque affermato che in tema di reati edilizi, l'individuazione del comproprietario non committente quale soggetto responsabile dell'abuso edilizio può essere desunta da elementi oggettivi di natura indiziaria della compartecipazione, anche morale, alla realizzazione del manufatto, desumibili dalla presentazione della domanda di condono edilizio, dalla piena disponibilità giuridica e di fatto del suolo, dall'interesse specifico ad edificare la nuova costruzione, dai rapporti di parentela o affinità tra terzo e proprietario, dalla presenza di quest'ultimo in loco e dallo svolgimento di attività di vigilanza nell'esecuzione dei lavori o dal regime patrimoniale dei coniugi (Sez. 3, n. 52040 del 11/11/2014, Langella e a., Rv. 261522; Sez. 3, n. 25669 del 30/05/2012, Zeno e a., Rv. 253065). Pena la sostanziale applicazione del ripudiato principio della responsabilità formale per il mero possesso della qualità, si è successivamente chiarito che la prova della responsabilità del proprietario non committente delle opere abusive non può essere desunta esclusivamente dalla piena disponibilità giuridica e di fatto del suolo e dall'interesse specifico ad edificare la nuova costruzione, ma necessita di ulteriori elementi, sintomatici della sua compartecipazione, anche morale, alla realizzazione del manufatto quali quelli più sopra indicati (Sez. 3, n. 38492 del 19/05/2016, Avanato, Rv. 268014).

2. Nel caso di specie, per la signora N. la Corte territoriale ha innanzitutto valorizzato la disponibilità giuridica e di fatto del terreno di cui ella era comproprietaria con il marito e l'interesse alla realizzazione delle opere abusive, ricavandoli logicamente - in conformità alla citata giurisprudenza - dal fatto che ella aveva richiesto (e ottenuto) insieme al marito i due permessi di costruire per la recinzione del fondo agricolo e aveva altresì sottoscritto la dichiarazioni di ultimazione dei lavori di cui al primo dei due.

In secondo luogo, nella sentenza impugnata si legge che "il rapporto di coniugio intercorrente tra i due imputati non potrebbe non rilevare quale indice univoco della compartecipazione, anche solo morale, della N. nel reato commesso dal marito, non essendo ragionevole pensare che quest'ultimo potesse aver tenuto la moglie all'oscuro della realizzazione di opere delle dimensioni di quelle in contestazione e potesse averle realizzate senza il consenso della medesima". Si aggiunge che "non sono in alcun modo emersi né sono stati allegati dalla difesa - dati precisi che consentano di...propendere per la ricorrenza nel caso di specie di una dissociazione tra proprietà e signoria effettiva sul bene che induca a negare la partecipazione della medesima al reato contestatole".

Diversamente da quanto si deduce in ricorso, tali ultimi elementi non sottendono un'inammissibile inversione dell'onere di prova circa la sussistenza di un contributo concorsuale e, dunque, di un presupposto della responsabilità penale che compete invece all'accusa di dimostrare al di là di ogni ragionevole dubbio, ma confortano sul piano indiziario la conclusione raggiunta nelle concordi valutazioni dei giudici di primo e secondo grado e trovano fondamento giuridico anche in quel particolare obbligo di vigilanza ed in quella posizione di garanzia che, per l'art. 29 d.P.R. 380 del 2001, la signora N. aveva assunto quale (con)titolare dei due permessi di costruire richiesti ed ottenuti, posto che - come chiaramente emerge dai principi più sopra richiamati - la circostanza vale a qualificare diversamente la posizione del comproprietario che pure non abbia materialmente commesso l'abuso.

Ed invero, le opere oggetto di contestazione - hanno accertato i giudici di merito - sono state realizzate sul medesimo terreno (che, al di là delle diverse particelle catastali, era un unico fondo agricolo di 5.452 mq., come si legge nella sentenza di primo grado) e furono sostanzialmente coeve e, in ogni caso, realizzate prima della comunicazione dell'ultimazione dei lavori di cui al secondo permesso di costruire, sicché la citata disposizione poneva in capo alla comproprietaria e titolare del permesso di costruire l'obbligo di vigilare affinché i lavori edilizi effettuati fossero conformi al titolo (anche) da lei ottenuto. La circostanza che ella - pur risiedendo con il marito, notano peraltro i giudici di merito, nello stesso paese dove insisteva, a circa un km. di distanza dalla sua abitazione, il fondo in questione - costituisce al contempo un logico, ulteriore, fortissimo indizio di corresponsabilità quantomeno morale, sicché la valutazione di merito si sottrae a sindacato in sede di legittimità.

2.1. Deve, peraltro, osservarsi, che, essendo stata appunto contestata e ritenuta anche l'esecuzione del muro di recinzione in totale difformità dai permessi di costruire - ipotesi che, di per sé, giustifica l'integrazione dell'ascritto reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), d.P.R. 380 del 2001, la ricorrente ha non censurato in alcun modo questa seconda ratio decidendi sicché il ricorso è generico, avendo questa Corte ripetutamente affermato il difetto di specificità, con violazione dell'art. 581 cod. proc. pen., del ricorso per cassazione che si limiti alla critica di una sola delle rationes decidendi poste a fondamento della decisione, ove siano entrambe autonome ed autosufficienti (Sez. 3, n. 30021 del 14/07/2011, Rv. 250972; Sez. 3, n. 30013 del 14/07/2011, Melis e Bimonte, non massimata) e, sotto altro angolo visuale, negli stessi casi, il difetto di concreto interesse ad impugnare, in quanto l'eventuale apprezzamento favorevole della doglianza non condurrebbe comunque all'accoglimento del ricorso (Sez. 6, n. 7200 del 08/02/2013, Koci, Rv. 254506).

2.2. Del pari generico ed inammissibile è il secondo motivo del ricorso proposto da N.E., con cui la medesima contesta il vizio di motivazione circa la reiezione della doglianza volta ad ottenere la riduzione della pena.

Nel respingere sul punto il gravame, la Corte territoriale ha osservato che la pena inflitta all'imputata - come ai correi - era del tutto congrua in rapporto alla pluralità delle opere abusive (parte in assenza di permesso di costruire e parte in totale difformità) e la doglianza era peraltro generica, non essendo stato allegato alcun concreto elemento da cui si potesse desumere l'eccessività della pena inflitta.

Al di là della genericità anche dell'odierno ricorso - che si limita ad indicare che la Corte non avrebbe

differenziato le posizioni dei diversi correi, rilievo che ovviamente non vale per l'autore materiale del fatto C.C., che ha riportato condanna a pena ben superiore - la sentenza si sottrae a censure, posto che il percorso logico seguito dai giudici di merito è stato adeguatamente esposto, non appare inficiato da illogicità manifesta e non è dunque sindacabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen. D'altra parte, può altresì richiamarsi il principio secondo cui, in tema di determinazione della pena, nel caso in cui venga irrogata una pena al di sotto della media edittale - di gran lunga è quella nella specie applicata alla signora N. - non è necessaria una specifica e dettagliata motivazione da parte del giudice, essendo sufficiente il richiamo al criterio di adeguatezza della pena, nel quale sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 cod. pen. (Sez. 4, n. 46412 del 05/11/2015, Scaramozzino, Rv. 265283; Sez. 4, n. 21294 del 20/03/2013, Serratore).

3. Ad identiche conclusioni deve giungersi con riguardo al ricorso proposto da T.A., del pari inammissibile per genericità e manifesta infondatezza.

A differenza di quanto accade per il mero (com)proprietario e similmente invece al (con)titolare del permesso di costruire, all'evidente fine di realizzare una tutela più forte dei beni oggetto di protezione penale, il legislatore ha da tempo configurato in capo al direttore dei lavori una posizione di garanzia per il rispetto della normativa urbanistica ed edilizia (Sez. 3, 24/02/2004, Soldà) e lo ha fatto non soltanto addebitandogli le conseguenze penali dell'omesso controllo sulla corretta esecuzione delle opere rispetto al permesso di costruire (art. 29, comma 1, d.P.R. 380 del 2001), ma imponendogli altresì di "dissociarsi" dalla condotta illecita da altri commessa, anche se trattisi del suo stesso committente. In particolare, "il direttore dei lavori non è responsabile qualora abbia contestato agli altri soggetti la violazione delle prescrizioni del permesso di costruire, con esclusione delle varianti in corso d'opera, fornendo al dirigente o responsabile del competente ufficio comunale contemporanea e motivata comunicazione della violazione stessa. Nei casi di totale difformità o di variazione essenziale rispetto al permesso di costruire, il direttore dei lavori deve inoltre rinunciare all'incarico contestualmente alla comunicazione resa al dirigente" (art. 29, comma 2, d.P.R. 380 del 2001). Se quest'ultima disposizione prevede una causa personale di non punibilità che vale esclusivamente per il reato nella forma omissiva e che consente al professionista di sfuggire all'applicazione delle sanzioni qualora adempia alle prescrizioni previste nel tassativo modello legale, essa - letta unitamente alla norma contenuta nel primo comma - individua invece una vera e propria posizione di garanzia che fonda la penale responsabilità del direttore dei lavori nel caso di condotta da altri commessa. Non si tratta, tuttavia, di una responsabilità oggettiva, essendo sempre necessario che il tecnico "sia cosciente della esecuzione illecita e, volutamente o per negligenza, non ponga in essere quanto gli si impone" (Sez. 3, 04/02/1994, Romagnolo).

3.1. Il ricorrente non deduce il difetto di elemento soggettivo, limitandosi invece a porre una questione formale - che appare formalistica e che, in ogni caso, è stata logicamente disattesa dalla sentenza impugnata - sul fatto che non vi sarebbe prova della particella sui cui furono edificati i due manufatti completamente abusivi perché non oggetto dei due permessi di costruire, esclusivamente relativi a muri di recinzione del fondo, presentati a seguito di progetto predisposto dal geom. T. e rispetto alla cui realizzazione questi aveva altresì assunto il formale ruolo di direttore dei lavori. Se la particella fosse quella oggetto dell'edificazione del primo tratto di muro di recinzione - allega il ricorrente - la sua responsabilità non potrebbe essere

invocata perché egli era cessato dalla qualità di direttore dei lavori con la comunicazione di ultimazione delle opere del 10 luglio 2012.

Il ricorrente, tuttavia, non si confronta con la sentenza impugnata, la quale afferma che i lavori oggetto del secondo permesso di costruire - iniziati il 14 febbraio 2012 - erano relativi al "completamento della recinzione del terreno sul quale le opere abusive furono eseguite", sicché non v'è dubbio che, sia che fossero state effettuate prima del febbraio 2012 quando si svolgevano i lavori del primo permesso di costruire, rilasciato nel luglio 2009, sia che fossero state effettuate dopo, quando il geom. T. ancora non aveva concluso il suo mandato, egli aveva l'obbligo penalmente sanzionato di vigilare sulla corretta esecuzione delle opere e dissociarsi dalla condotta illecita di C.C. secondo le modalità più sopra descritte.

Manifestamente infondato, poi, è il rilievo secondo cui dalla deposizione testimoniale del tecnico comunale A. si ricaverebbe che alla data del sopralluogo anche il secondo muro di recinzione era terminato: la circostanza, desumibile anche dalla sentenza impugnata, che descrive opere ultimate, non scalfisce la tenuta logica della sentenza, essendo evidente che ciò che viene imputato al direttore dei lavori è, appunto, l'omissione di vigilanza rispetto alla realizzazione di opere di fatto eseguite in difformità dal permesso di costruire.

3.2. Quanto al fatto che rispetto alla difformità nell'esecuzione dei muri di recinzione - realizzati per un'altezza di mt. 2,5 anziché di mt. 1 con sovrastante recinzione metallica - vi sarebbe stata sanatoria e sul punto la sentenza impugnata non rende alcuna motivazione, si tratta di motivo inammissibile perché non risulta essere stata dedotto nel gravame di merito.

Richiamando consolidati principi affermati con riguardo alla causa di inammissibilità di cui all'art. 606, comma 3, ult. parte, cod. proc. pen., deve ribadirsi che laddove si deduca con il ricorso per cassazione il mancato esame da parte del giudice di secondo grado di un motivo dedotto con l'atto d'appello, occorre procedere alla specifica contestazione del riepilogo dei motivi di gravame, contenuto nel provvedimento impugnato, che non menzioni la doglianza proposta in sede di impugnazione di merito, in quanto, in mancanza della predetta contestazione, il motivo deve ritenersi proposto per la prima volta in cassazione (Sez. 2, n. 31650 del 03/04/2017, Ciccarelli e a., Rv. 270627; Sez. 2, n. 9028/2014 del 05/11/2013, Carrieri, Rv. 259066). Nella specie ciò non è stato fatto e per ciò solo il ricorso sarebbe inammissibile per genericità.

Deve aggiungersi che l'esame dell'atto d'appello ha consentito al Collegio di verificare che la questione in parola non era stata effettivamente dedotta, sicché non può sul punto prospettarsi il vizio di motivazione, ricavandosi peraltro dal disposto di cui all'art. 606, comma 3, cod. proc. pen. il principio secondo cui è precluso dedurre per la prima volta in sede di legittimità questioni di cui il giudice dell'impugnazione sul merito non era stato investito (cfr. Sez. 5, n. 3560 del 10/12/2013, dep. 2014, Palmas e aa., Rv. 258553).

4. A diverse conclusioni deve invece giungersi con riguardo al ricorso proposto nell'interesse di C.B., a differenza della madre non (com)proprietario né (con)titolare dei permessi di costruire. La sua affermazione di responsabilità - nel capo d'imputazione fondata sul ruolo di committente delle opere che il medesimo avrebbe rivestiti, ma che non ha trovato conferma nelle prove acquisite - è stata

fondata, oltre che sullo strettissimo legame di parentela con il padre, reo confesso dell'abuso, unicamente sul fatto che al momento del sopralluogo egli fu trovato presente e fu riscontrato l'utilizzo da parte sua degli immobili abusivi.

Se, tuttavia, il rapporto di parentela con l'autore materiale dell'abuso non vale ovviamente quale indizio di corresponsabilità al di fuori della contitolarità del bene, il fatto che egli utilizzasse le opere abusive quando le stesse erano già, pacificamente, ultimate, non può certo consentire di desumerne, in assenza di ulteriori indizi, un ruolo concorsuale. Deve pertanto essere ritenuta manifestamene illogica l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata secondo cui non "risulta provato, con certezza, che le opere abusive fossero state ultimate prima che egli ne acquisisse la disponibilità", trattandosi di un'inammissibile inversione dell'onere della prova circa un forte elemento indiziario posto a base della condanna ed eliminando il quale la stessa rivela la propria assoluta inconsistenza.

5. Limitatamente al ricorrente C. - restando assorbito il secondo motivo di ricorso - la sentenza impugnata deve dunque essere annullata, senza rinvio per essere nel frattempo maturata la prescrizione massima quinquennale (il reato è stato accertato, con opere già ultimate, il 27 novembre 2012 e non risultano sospensioni del termine di prescrizione).

Alla declaratoria di inammissibilità dei restanti due ricorsi, tenuto conto della sentenza Corte cost. 13 giugno 2000, n. 186 e rilevato che nella presente fattispecie non sussistono elementi per ritenere che la parte abbia proposto il ricorso senza versare in colpa nella determinazione della causa di inammissibilità, consegue, a norma dell'art. 616 cod. proc. pen., oltre all'onere del pagamento delle spese del procedimento anche quello del versamento in favore della Cassa delle Ammende della somma equitativamente fissata in Euro 2.000,00 ciascuno.

Corte di Cassazione, III, sentenza del 18.07.2018, n. 33387

P3 *Apprezzamenti volgari, bacio senza consenso e violenza sessuale verso minorenne - Fattispecie

3. Il ricorso è inammissibile perché i motivi di ricorso sono manifestamente infondati e ripetitivi dei motivi di appello, senza critiche specifiche alle motivazioni della sentenza impugnata. Inoltre il ricorso, articolato in fatto, valutato nel suo complesso richiede alla Corte di Cassazione una rivalutazione del fatto non consentita in sede di legittimità.

La decisione della Corte di appello (e la sentenza di primo grado, in doppia conforme) contiene adeguata motivazione, senza contraddizioni e senza manifeste illogicità, sulla responsabilità del ricorrente, e sulla piena attendibilità delle due parti offese.

In tema di giudizio di Cassazione, sono precluse al giudice di legittimità la rilettura degli elementi di fatto

posti a fondamento della decisione impugnata e l'autonoma adozione di nuovi e diversi parametri di ricostruzione e valutazione dei fatti, indicati dal ricorrente come maggiormente plausibili o dotati di una migliore capacità esplicativa rispetto a quelli adottati dal giudice del merito. (Sez. 6, n. 47204 del 07/10/2015 - dep. 27/11/2015, Musso, Rv. 265482).

In tema di motivi di ricorso per Cassazione, non sono deducibili censure attinenti a vizi della motivazione diversi dalla sua mancanza, dalla sua manifesta illogicità, dalla sua contraddittorietà (intrinseca o con atto probatorio ignorato quando esistente, o affermato quando mancante), su aspetti essenziali ad imporre diversa conclusione del processo; per cui sono inammissibili tutte le doglianze che "attaccano" la persuasività, l'inadeguatezza, la mancanza di rigore o di puntualità, la stessa illogicità quando non manifesta, così come quelle che sollecitano una differente comparazione dei significati probatori da attribuire alle diverse prove o evidenziano ragioni in fatto per giungere a conclusioni differenti sui punti dell'attendibilità, della credibilità, dello spessore della valenza probatoria del singolo elemento. (Sez. 6, n. 13809 del 17/03/2015 - dep. 31/03/2015, O., Rv. 262965). In tema di impugnazioni, il vizio di motivazione non può essere utilmente dedotto in Cassazione solo perché il giudice abbia trascurato o disatteso degli elementi di valutazione che, ad avviso della parte, avrebbero dovuto o potuto dar luogo ad una diversa decisione, poiché ciò si tradurrebbe in una rivalutazione del fatto preclusa in sede di legittimità. (Sez. 1, n. 3385 del 09/03/1995 - dep. 28/03/1995, Pischedda ed altri, Rv. 200705).

4. La Corte di appello (e il Giudice di primo grado), come visto, ha con esauriente motivazione, immune da vizi di manifesta illogicità o contraddizioni, dato conto del suo ragionamento che ha portato alla valutazione di attendibilità delle parti offese.

Infatti, in tema di reati sessuali, poiché la testimonianza della persona offesa è spesso unica fonte del convincimento del giudice, è essenziale la valutazione circa l'attendibilità del teste; tale giudizio, essendo di tipo fattuale, ossia di merito, in quanto attiene il modo di essere della persona escussa, può essere effettuato solo attraverso la dialettica dibattimentale, mentre è precluso in sede di legittimità, specialmente quando il giudice del merito abbia fornito una spiegazione plausibile della sua analisi probatoria. (Sez. 3, n. 41282 del 05/10/2006 -dep. 18/12/2006, Agnelli e altro, Rv. 235578).

Le dichiarazioni della persona offesa possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve, in tal caso, essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. A tal fine è necessario che il giudice indichi le emergenze processuali determinanti per la formazione del suo convincimento, consentendo così l'individuazione dell'iter logico-giuridico che ha condotto alla soluzione adottata; mentre non ha rilievo, al riguardo, il silenzio su una specifica deduzione prospettata con il gravame qualora si tratti di deduzione disattesa dalla motivazione complessivamente considerata, non essendo necessaria l'esplicita confutazione delle specifiche tesi difensive disattese ed essendo, invece, sufficiente una ricostruzione dei fatti che conduca alla reiezione implicita di tale deduzione senza lasciare spazio ad una valida alternativa. (Sez. 5, n. 1666 del 08/07/2014 - dep. 14/01/2015, Pirajno e altro, Rv. 261730); le regole dettate dall'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen. non si applicano alle

dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. (Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012 - dep. 24/10/2012, Bell'Arte ed altri, Rv. 253214).

4. 1. Nel caso di specie le analisi delle due decisioni (conformi) sono precise, puntuali e rigorose nel l'affrontare l' attendibilità della ragazza, e individuano anche riscontri (anche se non necessari, ovvero la testimonianza del fratello della ragazza), rilevando che: «Il narrato non presenta illogicità e incongruenze di sorta né tantomeno le inverosimiglianze lamentate nell'atto d'appello. Il fatto che l'imputato fosse incensurato è anziano (peraltro appena 65enne) non rende affatto inverosimile la ricostruzione dei fatti come sopra esposta, non incidendo dette caratteristiche sulla concreta possibilità che l'imputato, benché non avesse mai avuto in precedenza problemi con la giustizia e benché non fosse più giovanissimo, abbia posto in essere condotte che non richiedono alcuna energia particolare legata all'età. Ne sono inverosimile le modalità del primo approccio, essendo evidente che l'imputato, pur avendo effettivamente cercato di baciare ed essere baciato dalla Ni. nel più appartato reparto di ortofrutta dove l'aveva condotta con il pretesto di dover acquistare della frutta, essendosi la ragazza fin da subito infastidita anche agli inopportuni e molesti apprezzamenti sul suo corpo e quindi allontanata dal reparto, l'afferrava nei pressi della cassa, non volendo evidentemente desistere dal suo proposito e rinunciare al voluto contatto fisico, certo che nessuno era presente, come si era ben premurato di chiedere fin dal suo ingresso in negozio proprio per evitare ogni rischio, minimo in ogni caso attesa la repentinità del gesto. È da escludere che l'imputato volesse limitarsi a dei complimenti affettuosi nei confronti della ragazza: a smentire tale tesi, peraltro disancorata dalla ricostruzione fatta dalla parte offesa della cui all'attendibilità - giova ripeterlo -l'appellante non disquisisce affatto, oltre alla dichiarazione della Ni., vale anche la considerazione che l'imputato ha sempre fatto attenzione a parlare e ad agire quando era certo che in negozio vi fosse solo la giovane. Se avesse voluto rivolgere alla Ni. solo espressione affettuose, scherzose, certo l'avrebbe fatto anche dinanzi ad altre persone e comunque non avrebbe poi posto in essere le condotte violente volte a costringere la ragazza ad essere baciata e a baciarlo».

Inoltre, puntualmente rileva la Corte di appello, come il fratello della parte offesa ha assistito ad una scena tra l'imputato e la sorella rimanendo nascosto, in quanto la sorella gli aveva riferito della precedente aggressione sessuale.

5. Il ricorrente nel suo ricorso esprime solo dubbi soggettivi, ipotesi teoriche, non valutabili in sede di legittimità, pone delle domande ipotetiche completamente scollegate dagli atti (vedi espressamente Cassazione, Sez. 5, n. 18999 del 19/02/2014 - dep. 08/05/2014, C e altro, Rv. 260409: "La regola dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio», secondo cui il giudice pronuncia sentenza di condanna solo se è possibile escludere ipotesi alternative dotate di razionalità e plausibilità, impone all'imputato che, deducendo il vizio di motivazione della decisione impugnata, intenda prospettare, in sede di legittimità, attraverso una diversa ricostruzione dei fatti, l'esistenza di un ragionevole dubbio sulla colpevolezza, di fare riferimento ad elementi sostenibili, cioè desunti dai dati acquisiti al processo, e

non meramente ipotetici o congetturali").

6. I fatti rientrano pienamente ed incontrovertibilmente nella fattispecie contestata, art. 609 bis, cod. pen. (fatti del resto nemmeno contestati nella materialità, il bacio sul collo e il tentativo di bacio sulla bocca), come adeguatamente motivato dalle sentenze di merito, con applicazione corretta delle decisioni della Corte di Cassazione.

Ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, la rilevanza di tutti quegli atti che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente definibili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo, anche con finalità del tutto diverse, come i baci o gli abbracci, costituisce oggetto di accertamento da parte del giudice del merito, secondo una valutazione che tenga conto della condotta nel suo complesso, del contesto sociale e culturale in cui l'azione è stata realizzata, della sua incidenza sulla libertà sessuale della persona offesa, del contesto relazionale intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante. (In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto penalmente rilevante la condotta di un medico di guardia presso una casa di riposo, che si avvicinava velocemente ad una operatrice sanitaria alla quale non era legato da alcun particolare rapporto confidenziale o affettivo e la baciava alla bocca con una forte pressione). (Sez. 3, n. 964 del 26/11/2014 - dep. 13/01/2015, R, Rv. 26163401).

Nel caso in giudizio le sentenze di merito analizzano puntualmente tutta la vicenda, e la particolare morbosità dell'imputato che reiteratamente (in più occasioni), anche con frasi inequivoche, a contenuto sessuale (quanto sei bona, guarda quanto ben di Dio [...] a poterci mettere le mani), ha aggredito la sfera sessuale della ragazza con bacio non voluto al collo e tentativi di altri baci.

Del tutto generica, poi, risulta la richiesta di applicazione dell'art. 49, comma 2, cod. pen. Niente dice il ricorrente in fatto ed in diritto per la sua applicazione.

Alla dichiarazione di inammissibilità consegue il pagamento in favore della Cassa delle ammende della somma di Euro 2.000,00, e delle spese del procedimento, ex art 616 cod. proc. pen.

Corte di Cassazione, III, sentenza del 17.07.2018, n. 32883

P3 *Assunzione volontaria di alcol da parte della vittima e violenza sessuale di gruppo aggravata

3. I ricorsi sono inammissibili, per manifesta infondatezza dei motivi e per genericità, peraltro articolati in fatto, ad eccezione del solo motivo relativo alla sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 609 ter, comma 1, n. 2, cod. pen., che risulta fondato.

Un dato risulta pacifico, sia nelle sentenze di merito, e sia nei ricorsi per Cassazione, la certa ubriachezza della parte offesa, circostanza questa non contestata dai ricorrenti, anzi rappresentata al fine dell'annullamento della sentenza e per P.I. , per l'esclusione dell'aggravante in considerazione della

rappresentata assunzione volontaria dell'alcol da parte di Pe.An.Cr. .

"In tema di violenza sessuale di gruppo, rientrano tra le condizioni di "inferiorità psichica o fisica ", previste dall'art. 609-bis, secondo comma, n. 1, cod. pen., anche quelle conseguenti alla volontaria assunzione di alcolici o di stupefacenti, in quanto anche in tali casi la situazione di menomazione della vittima, a prescindere da chi l'abbia provocata, può essere strumentalizzata per il soddisfacimento degli impulsi sessuali dell'agente" (Sez. 3, n. 45589 del 11/01/2017 - dep. 04/10/2017, P.M. in proc. B, Rv. 27101701; vedi anche Sez. 3, n. 39800 del 21/06/2016 - dep. 26/09/2016, C, Rv. 26775701, e già Sez. 3, n. 40565 del 19/04/2012 - dep. 16/10/2012, D. N., Rv. 25366701).

Orbene le condizioni per esprimere un valido consenso (la capacità) al rapporto sessuale prescindono dalla condotta di cagionare l'incapacità o l'incoscienza - nel caso l'ubriachezza -; anche l'incapacità derivante da una volontaria assunzione di alcol, deve valutarsi ai fini della sussistenza del consenso all'atto sessuale.

Sul punto della responsabilità quindi i ricorsi risultano inammissibili, in quanto le condizioni della vittima, pacifiche, non consentivano un consenso ai rapporti sessuali, come adeguatamente motivato, senza contraddizioni e senza manifeste illogicità, nella decisione impugnata, con motivazione peraltro esaustiva, rafforzata.

4. Può conseguentemente affermarsi il seguente principio di diritto: "Integra il reato di violenza sessuale di gruppo (art. 609 octies cod. pen.), con abuso delle condizioni di inferiorità psichica o fisica, la condotta di coloro che inducano la persona offesa a subire atti sessuali in uno stato di infermità psichica determinato dall'assunzione di bevande alcooliche, essendo l'aggressione all'altrui sfera sessuale connotata da modalità insidiose e subdole, anche se la parte offesa ha volontariamente assunto alcool e droghe, rilevando solo la sua condizione di inferiorità psichica o fisica seguente all'assunzione delle dette sostanze".
5. Relativamente ai denunciati travisamenti, sia delle s.i.t. di A.P. e sia della relazione di pronto soccorso, del (omissis) , a firma di Pa.Ri. , si deve rilevare come, in considerazione di quanto sopra detto, nessuna decisività potrebbe ritenersi per queste prove. Tuttavia nei due ricorsi non vengono allegati per intero (o trascritti interamente) i due atti ritenuti travisati, e quindi il motivo risulta palesemente inammissibile: "Il ricorso per Cassazione, per difetto di motivazione in ordine alla valutazione di una dichiarazione testimoniale, deve essere accompagnato, a pena di inammissibilità, dalla integrale produzione dei verbali relativi o dalla integrale trascrizione in ricorso di detta dichiarazione, al fine di verificare la corrispondenza tra il senso probatorio dedotto dal ricorrente ed il contenuto complessivo della dichiarazione" (Sez. 3, n. 19957 del 21/09/2016 - dep. 27/04/2017, Saccomanno, Rv. 26980101).
6. Generico, e del resto manifestamente infondato, risulta il motivo sul trattamento sanzionatorio proposto da P.I. , in quanto la decisione risulta adeguatamente motivata, senza contraddizioni e senza manifeste illogicità, con la concessione delle circostanze attenuanti generiche, peraltro prevalenti all'aggravante contestata, con l'irrogazione di una pena vicino al minimo edittale.

Del resto "In tema di determinazione della pena, nel caso in cui venga irrogata una pena al di sotto della

media edittale, non è necessaria una specifica e dettagliata motivazione da parte del giudice, se il parametro valutativo è desumibile dal testo della sentenza nel suo complesso argomentativo e non necessariamente solo dalla parte destinata alla quantificazione della pena" (Sez. 3, n. 38251 del 15/06/2016 - dep. 15/09/2016, Rignanese e altro, Rv. 26794901; vedi anche Sez. 4, n. 46412 del 05/11/2015 - dep. 23/11/2015, Scaramozzino, Rv. 26528301 e Sez. 2, n. 28852 del 08/05/2013 - dep. 08/07/2013, Taurasi e altro, Rv. 25646401).

7. Relativamente, invece, all'aggravante dell'art. 609 ter, comma 1, n. 2, cod. pen. si deve rilevare che l'assunzione volontaria dell'alcol esclude la sussistenza dell'aggravante, poiché la norma prevede l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti (o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa). L'uso delle sostanze alcoliche deve essere, quindi, necessariamente strumentale alla violenza sessuale, ovvero deve essere il soggetto attivo del reato che usa l'alcol per la violenza, somministrandolo alla vittima; invece l'uso volontario, incide sì, come visto, sulla valutazione del valido consenso, ma non anche sulla sussistenza dell'aggravante.

È pur vero che l'aggravante è stata neutralizzata dal giudizio di comparazione, per effetto della prevalenza delle circostanze attenuanti generiche, ma la considerazione della stessa potrebbe aver inciso sulla pena finale, poiché la riduzione della pena per le circostanze attenuanti generiche non è stata applicata nella massima estensione.

7. Ai sensi dell'art. 624, comma 2, cod. pen. deve dichiararsi irrevocabile l'accertamento di responsabilità, e il rinvio, ad altra sezione della Corte di appello di Torino, è limitato alla valutazione della sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 609 ter, comma 1, n. 2, cod. pen.; si rimette alla Corte di appello in sede di rinvio la liquidazione delle spese sostenute dalla parte civile nel presente grado di legittimità.

Corte di Cassazione, III, sentenza del 16.07.2018, n. 32462

P3 *Tributario - Processo - Pagamento da parte del contribuente e sequestro preventivo finalizzato alla confisca non operabile

1. Il ricorso è fondato.
2. Premesso che, in questa sede, non è in discussione la sussistenza del delitto di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000, ma solo le condizioni legittimanti il disposto sequestro del profitto del reato in esame, ritiene il Collegio che l'ordinanza impugnata non abbia fatto corretta applicazione dell'art. 12 bis, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000, secondo cui "la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro".
3. Invero, il sequestro in questione è stato disposto come misura prodromica volta a garantire l'effettività dell'eventuale successiva confisca del profitto del reato; orbene, osserva la Corte come la circostanza che il contribuente abbia interamente versato all'erario gli importi richiesti dall'Agenzia

delle Entrate, con riguardo a tutte le annualità in contestazione, si pone come elemento necessariamente ostativo alla possibilità di procedere alla confisca di quello che, dal Tribunale, è ritenuto essere il profitto del reato e, per l'effetto, al sequestro finalizzato alla confisca medesima.

3.1 Né può avere un qualche rilievo il fatto, che, nel caso di specie, vi sia divergenza fra la quantificazione dell'imposta evasa compiuta dal Tribunale peraltro in forza di una discutibile interpretazione che nega efficacia retroattiva delle norme più favorevoli introdotte dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 (il quale ha aggiunto, all'art. 6 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, i commi 9-bis.1, 9-bis.2 e 9-bis.3) in tema di disciplina sanzionatoria delle operazioni soggette a reverse charge - e l'accertamento del suo ammontare da parte dell'Erario, ossia del creditore, il quale, per contro, ha applicato retroattivamente le disposizioni indicate e le conseguenti sanzioni, come ritenuto dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 16/E del 11 maggio 2017.

3.2 Questa Corte, infatti, con indicazione che merita di ricevere continuità in quanto evidente espressione di un atteggiamento di favor del legislatore per le forme di definizione del profilo strettamente tributario delle vicende connesse alla violazione delle disposizioni penali di cui al d.lgs. n. 74 del 2000 che consentano comunque all'Erario di conseguire il pagamento delle imposte ritenute dovute, ha precisato che, in materia di confisca di beni costituenti il profitto o il prezzo di reati tributari, la previsione di cui all'art. 12-bis d.lgs. n. 74 del 2000, introdotta dal d.lgs. n. 158 del 2015, secondo la quale, anche in caso di condanna o di applicazione della pena concordata, la confisca, diretta o per equivalente, "non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro", si riferisce alle assunzioni d'impegno nei termini riconosciuti e ammessi dalla legislazione tributaria di settore, ivi compresi gli accertamenti con adesione, la conciliazione giudiziale, le transazioni fiscali ovvero l'attivazione di procedure di rateizzazione automatica o a domanda (Corte di cassazione, Sezione 3 penale, 7 luglio 2016, n. 28225).

3.3 Indubbiamente tale principio, in forza del quale deve attribuirsi rilevanza determinante, ai fini della esclusione della confiscabilità del profitto del reato tributario, alla quantificazione di esso operata in sede amministrativa, anche laddove la stessa sia divergente rispetto a quella acquisita in sede penale in ragione dell'intervenuto raggiungimento di forme di accordo, conciliazione o transazione fiscale fra il contribuente e la Agenzia delle Entrate, è, a fortiori, operante laddove non di solo impegno ad adempiere alla obbligazione tributaria si tratti ma, come nel caso di specie, di effettivo adempimento di essa, comprensivo di interessi e sanzioni.

3.4. E difatti tale interpretazione è in linea con quanto affermato da questa Corte, secondo cui in tema di reati tributari, il profitto, confiscabile anche per equivalente, del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, va individuato nel valore dei beni idonei a fungere da garanzia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria che agisce per il recupero delle somme evase, con la conseguenza che lo stesso non è configurabile, e non è quindi possibile disporre o mantenere il sequestro funzionale all'ablazione, in caso di annullamento della cartella esattoriale da parte della commissione tributaria, con sentenza anche non definitiva, e di correlato provvedimento di "sgravio" da parte dell'Amministrazione finanziaria (Sez. 3, n. 39187 del 02/07/2015 - dep. 28/09/2015, Lombardi Stronati, Rv. 264789).

3.5. Non è perciò pertinente il richiamo, operato dal Tribunale, al principio del "doppio binario", ossia al

fatto che le determinazioni assunte dall'Agenzia delle Entrate non sono vincolanti per il giudice penale; un principio del genere, infatti, trova applicazione in relazione alla sussistenza degli elementi tipici di questo o quell'illecito penale tributario, ma non relativamente alla determinazione del profitto del reato, laddove il creditore, ossia l'Agenzia delle Entrate, a seguito del pagamento di quanto dovuto dal contribuente, dichiari di non aver più nulla da pretendere dal contribuente medesimo.

In altri termini, così come la previsione di cui al comma 1 dell'art. 12 bis d.lgs. n. 74 del 2000, disponendo, come obbligatoria, la confisca dei beni che, ai fini che qui rilevano, costituiscono il profitto dei reati tributari, è posta a garanzia della pretesa tributaria, parimenti l'ipotesi del comma 2 sta a significare che se non vi è pretesa tributaria, nemmeno vi può essere confisca e, di conseguenza, neanche la cautela reale ad essa finalizzata.

Corte di Cassazione, III; sentenza del 13.07.2018, n. 32213

P4 - Famiglia - Circolazione stradale - Arrivo in soccorso di familiare, etilometro e guida in stato di ebbrezza

1. Il ricorso è inammissibile.
2. La Corte d'appello ha rigettato la sollevata eccezione di nullità dell'accertamento per omesso avvertimento ex art. 114 disp att., cod. proc. pen., rilevando come dal verbale di accertamenti urgenti e dalle dichiarazioni testimoniali assunte fosse inconfutabilmente emerso che gli operanti avevano adempiuto all'incombenza e che, in assenza di nomina di un difensore di fiducia, avevano pure reperito un professionista tramite Call center. Era stato, inoltre, rispettato lo iato tra le due misurazioni, effettuate a distanza di sedici minuti l'una dall'altra, e rilevato come, nell'occorso, l'imputato fosse intervenuto su richiesta del proprio fratello, a sua volta sottoposto ad alcoltest e trovato alla guida in stato di ebbrezza, al fine di curare il ritiro dell'autovettura di quegli e con l'avvertimento che, nel caso del suo intervento, anch'egli sarebbe stato sottoposto ad esame mediante etilometro. Ciononostante, l'IB. era sopraggiunto sul posto in condizioni fisiche visibilmente precarie, manifestando i sintomi dell'intossicazione alcolica, poi strumentalmente confermata.
3. Il primo motivo è generico, oltre che manifestamente infondato.

A parte la circostanza che il deducente, secondo la formulazione della doglianza, assume la nullità anche della sentenza di primo grado, sulla scorta di una nullità che si sarebbe però verificata nel giudizio di secondo grado, deve rilevarsi che il deducente non ha allegato se, all'udienza in cui è stato disposto il rinvio per impedimento dell'ufficio, fosse o meno presente il difensore.

Sul punto, pare sufficiente ricordare che l'avviso del rinvio in prosecuzione del dibattimento ad altra udienza non deve essere notificato all'imputato ritualmente citato e non comparso, essendo egli rappresentato in giudizio dal difensore (cfr. sez. 3 n. 24240 del 24/03/2010, Romano, Rv. 247689) anche se nominato d'ufficio (cfr. sez. 4 n. 7924 del 05/01/1999, Caldarelli, Rv. 214245) e che l'art. 420 ter cod. proc. pen. evocato nel

motivo di ricorso attiene alla situazione, non dedotta, di impedimento dell'imputato e non al caso, indicato dallo stesso ricorrente, di rinvio del dibattimento ad altra data per esigenze dell'ufficio.

In ogni caso, nonostante l'evidente genericità della proposta doglianza, carente di qualsivoglia indicazione in ordine alla posizione processuale dell'imputato nel giudizio d'appello e finanche della necessaria indicazione del grado di giudizio in cui la presunta nullità si sarebbe verificata (ricavabile dalla mera constatazione che la sentenza di primo grado è anteriore alla data dell'udienza nella quale sarebbe stato disposto il rinvio non comunicato all'imputato personalmente), deve risolutivamente affermarsi che, nonostante all'imputato non comparso senza allegare alcun legittimo impedimento, quando non ne sia dichiarata la contumacia, debba essere necessariamente comunicato il rinvio dell'udienza, non potendo egli ritenersi rappresentato dal difensore ex art. 420 quater, comma secondo, cod. proc. pen., tuttavia l'omissione dell'avviso, non integrando un'ipotesi di mancata citazione dell'imputato, determina una nullità di ordine generale e a regime intermedio, che deve essere eccepita nella prima occasione processuale utile dal difensore (cfr. sez. 4 n. 24955 del 26/04/2017, Cervellata Rv. 269948).

5. Il secondo, il terzo, il quarto e il quinto motivo sono manifestamente infondati.

Essi possono essere congiuntamente trattati concernendo, sostanzialmente, la utilizzabilità dei risultati dell'alcoltest, sia per quanto attiene al profilo del rispetto delle garanzie difensive ricollegate alla natura di atto urgente di quell'accertamento, sia per quanto attiene al profilo della affidabilità del condotto accertamento strumentale.

Il primo profilo, a ben vedere, introduce il tema dell'obbligatorietà dell'avviso di cui all'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., prima di procedere agli accertamenti urgenti mediante etilometro (o, per il caso di sostanze stupefacenti, secondo le modalità descritte nell'art. 187 co. 2 bis C.d.S.). Questa sezione si è già pronunciata sul punto, precisando (sebbene con riferimento alla diversa problematica della rilevanza dell'avviso anche nell'ipotesi di rifiuto di sottoporsi all'esame mediante etilometro), che l'avvertimento ex art. 114 cit. deve essere dato solo quando l'organo di polizia, sulla base delle specifiche circostanze del fatto, ritenga di desumere un possibile stato di alterazione del conducente, indicativo dello stato di ebbrezza; e, segnatamente, "prima di procedere" all'accertamento mediante etilometro. Sulla scorta di tali principi, quindi, si è affermato, sempre con riferimento alla diversa ipotesi di cui all'art. 186 co. 7 C.d.S. (cfr. in motivazione sez. 4 n. 9236 del 2016 non massimata), che il sistema delle garanzie, delineato dal combinato disposto degli artt. 114 disp. att. cod. proc. pen. e 354 cod. proc. pen., scatta nel momento in cui la polizia giudiziaria procede all'accertamento, per via strumentale - che ha natura indifferibile ed urgente - del tasso alcolemico, invitando il conducente a sottoporsi alle due prove spirometriche, secondo le modalità indicate dall'art. 379, reg. es . cod. strada. Tale sistema introduce, in sostanza, una verifica tecnica che prende avvio con la richiesta di sottoporsi al test strumentale e, in tale scansione, l'avvertimento del diritto all'assistenza del difensore costituisce presupposto necessario della relativa procedura, indipendentemente dall'esito della stessa e dalle modalità con le quali il test venga concretamente effettuato (cfr. in motivazione, sez. 4 n. 34383 del 06/06/2017, Emanuele, Rv. 270526).

Tuttavia, nel caso in esame, deve rilevarsi come la Corte di merito abbia precisato, a fronte delle analoghe

censure veicolate con l'appello, che l'avviso, secondo quanto risultante dal verbale di accertamento, atto pubblico facente prova sino a querela di falso, era stato dato prima di procedere all'accertamento.

Orbene, richiamati i principi consolidati della giurisprudenza di legittimità sul contenuto dell'atto d'impugnazione [cfr., in motivazione, Sez. 6 n. 8700 del 21/01/2013 Ud. (dep. 21/02/2013), Rv. 254584; Sez. U. n. 8825 del 27/10/2016 c.c. (dep. 22/02/2017), Gattelli, Rv. 268822, sui motivi d'appello, ma i cui principi possono applicarsi anche al ricorso per cassazione] e sui vizi deducibili con il ricorso (cfr. sez. 6 n. 47204 del 07/10/2015, Rv. 265482; n. 25255 del 14/02/2012, Rv. 253099), e rilevato che con le dedotte censure parte ricorrente non si è effettivamente confrontata con le argomentazioni del tutto coerenti e logiche sviluppate dalla Corte territoriale, deve pure precisarsi, con riferimento agli atti irripetibili e urgenti della P.G., che il difensore ha si diritto di assistervi, ma non anche quello di essere preventivamente avvisato (cfr. sez. 1 5624 del 14/10/1999, Pupillo, Rv. 214705; sez. 2 n. 17423 del 23/01/2009, Trokthi, Rv. 244344; sez. 1 n. 9626 del 26/06/1998, Cappellini e altro, Rv. 211278).

Quanto poi al secondo profilo, ancora una volta soccorre il consolidato orientamento di questo giudice di legittimità. Questa stessa sezione ha ritenuto configurabile il reato di guida in stato di ebbrezza anche quando lo scontrino dell'alcoltest, oltre a riportare l'indicazione del tasso alcolemico in misura superiore alle previste soglie di punibilità, contenga la dicitura "volume insufficiente", la quale, in assenza di patologie respiratorie, attesta soltanto la mancata adeguata espirazione da parte dell'imputato [cfr. Sez. 4 n. 1878 del 24/10/2013 Ud. (dep. 17/01/2014), Rv. 258179; Sez. 4 n. 22239 del 29/01/2014, Rv. 259214 (quest'ultima, in un caso in cui sullo scontrino era rimasta stampigliata la scritta "zero test corretto", ma lo spirometro aveva proceduto ugualmente all'analisi nonostante l'insufflazione di un volume d'aria insufficiente)]. E' stato, del resto, pure chiarito il senso da attribuire alla dicitura "volume insufficiente", ricavandolo dalla logica, ma anche dall'esame della disciplina relativa al funzionamento degli strumenti di misura della concentrazione di alcool nel sangue, inserita nell'allegato al D.M. 22 maggio 1990, n. 196, laddove è precisato che, qualora l'apparato non dia un inequivocabile messaggio di errore, la misurazione deve ritenersi correttamente effettuata, anche nell'ipotesi in cui compaia un "messaggio di servizio" teso ad evidenziare che l'espirazione è stata effettuata con ridotto volume di aria (cfr., anche in motivazione, sez. 4 n. 40709 del 15/07/2016, Rv. 267779).

In presenza di un accertamento strumentale del tasso alcolemico conforme alla previsione normativa, questa sezione ha pure precisato come sia onere dell'imputato dare dimostrazione di circostanze in grado di privare quell'accertamento di valenza dimostrativa della sussistenza del reato (Sez. 4 n. 40722 del 09/09/2015, Rv. 264716; conf. n. 24206 del 04/03/2015, Rv. 263725). E sicuramente tali circostanze non possono essere ricondotte, come vorrebbe il deducente, ad una asserita incapacità degli operanti di utilizzare l'apparecchio, atteso che esso, nell'occorso, funzionò perfettamente, come del tutto opportunamente evidenziato dal giudice d'appello.

6. Il sesto motivo è del tutto generico, oltre che manifestamente infondato.

Parte ricorrente si è limitata a contestare il giudizio negativo, in ordine alla ricorrenza dei presupposti della minima offensività del fatto, operato dalla Corte d'appello sulla scorta del ritenuto scostamento delle due rilevazioni dal minimo previsto per la relativa soglia di rilevanza penale, oltre che della ricorrenza

dell'aggravante dell'orario notturno, tale da configurare una maggiore pericolosità della condotta per gli utenti della strada.

Trattasi di giudizio di puro merito, sorretto da congrua motivazione, rispetto alla quale, in violazione dei principi di diritto sopra già enunciati, non consta alcuna argomentata critica, ma solo la contrapposizione di un difforme convincimento.

7. All'inammissibilità segue, a norma dell'art. 616, cod. proc. pen., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di Euro 2.000,00 in favore della cassa delle ammende, non ravvisandosi assenza di colpa in ordine alla determinazione della causa di inammissibilità (cfr. C. Cost. n. 186/2000).

Corte di Cassazione, IV, sentenza del 18.07.2018, n. 33421

P4 Stupefacenti - Processo - Famiglia - Genitore custode di piantagione e arresti domiciliari

1. Il ricorso va rigettato.
2. Il Tribunale ha ritenuto, sulla scorta della ricostruzione fattuale sopra richiamata e non contestata con il ricorso, che l’esame delle fotografie e delle immagini registrate dai dispositivi "foto trappola" costituissero elementi gravemente indizianti il concorso del padre nella coltivazione gestita dal figlio. A tal proposito, quel giudice ha rilevato che l’odierno indagato aveva posto in essere condotte sostanzialmente assimilabili a quelle contestate al figlio (parimenti osservato in più occasioni mentre controllava la piantagione). Come il figlio, infatti, anche il padre, A.G. , era stato osservato mentre camminava nei pressi della piantagione, guardandola dall’esterno. Inoltre, il 28 maggio 2017 alle ore 14:34 egli, agendo con accortezza, era giunto con l’autovettura davanti all’appezzamento di terreno, superandolo, per poi parcheggiare più avanti e, dopo avere verificato, con atteggiamento accorto, l’assenza di passanti o delle forze dell’ordine, aveva prelevato dalla tasca posteriore destra dei pantaloni qualcosa (evidentemente la chiave del lucchetto), con la quale aveva poi aperto il cancello, entrando all’interno dell’area interclusa. Qui egli, pur non indossando abiti tipici di chi intenda dedicarsi alla coltivazione, era rimasto sino alle ore 15:06. La stessa accortezza l’uomo aveva mantenuto all’uscita dal fondo e durante il percorso per raggiungere la propria auto, con ciò manifestando l’adesione all’attività illecita posta in essere all’interno del fondo dal quale si era allontanato.

Da tali elementi, il Tribunale ha tratto la sussistenza di plurimi e gravi indizi del fatto che A.G. abbia fornito al figlio un contributo non solo morale, ma anche materiale, nella conduzione della piantagione, adoperandosi per vigilare sul buon andamento della coltivazione e svolgendo funzioni assimilabili a quelle di un "custode" che si adoperi per impedire che terzi possano scoprire l’illecita attività.

Quel giudice, inoltre, esaminando le argomentazioni a difesa, ha precisato che le immagini estrapolate dalle registrazioni non avevano carattere neutro, poiché esse erano avvalorate dalle consistenti dimensioni della piantagione, tali da fondare la consapevolezza della sua esistenza, ma anche dalla condotta in concreto tenuta, tipica - per l'atteggiamento dell'indagato - di chi sta ponendo in essere un'attività di controllo del sito utilizzato per quell'illecito scopo.

3. Le censure sono infondate.

In tema di misure cautelari personali, il ricorso per cassazione che deduca insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, o assenza delle esigenze cautelari, è ammissibile solo se denuncia la violazione di specifiche norme di legge o la manifesta illogicità della motivazione del provvedimento, ma non anche quando propone censure che riguardano la ricostruzione dei fatti, o che si risolvono in una diversa valutazione degli elementi esaminati dal giudice di merito (cfr. sez. 2 n. 31553 del 17/05/2017, Paviglianiti, Rv. 270628; sez. 4 n. 18795 del 02/03/2017, Di Iasi, Rv. 269884; sez. 6 n. 11194 dell'08/03/2012, Lupo, Rv. 252178; sez. 5 n. 46124 dell'08/10/2008, Pagliaro, Rv. 241997).

Nel caso in esame, il Tribunale ha ricostruito i fatti in termini neppure contestati nel loro storico accadimento e ad essi ha dato una spiegazione del tutto logica e non contraddittoria, rispetto alla quale parte ricorrente ha sollecitato una rilettura in sede di legittimità, sminuendone il significato della condotta registrata, in termini di mera connivenza non punibile.

Tuttavia, in tema di detenzione di sostanze stupefacenti, la distinzione tra connivenza non punibile e concorso nel reato va individuata nel fatto che, mentre la prima postula che l'agente mantenga un comportamento meramente passivo, inidoneo ad apportare alcun contributo alla realizzazione del reato, nel concorso di persona punibile è richiesto, invece, un contributo partecipativo - morale o materiale - alla condotta criminosa altrui, caratterizzato, sotto il profilo psicologico, dalla coscienza e volontà di arrecare un contributo concorsuale alla realizzazione dell'evento illecito (cfr. sez. 6 n. 14606 del 18/02/2010, lemma, Rv. 247127 (in fattispecie nella quale è stata qualificata come concorso nel reato la condotta dell'imputato che aveva aiutato altro soggetto ad innaffiare piante che sapeva essere di sostanza stupefacente); sez. 5 n. 2805 del 22/03/2013 Ud. (dep. 21/01/2014), Grosu, Rv. 258953; sez. 6 n. 47562 del 29/10/2013, P.M. in proc. Spinelli, Rv. 257465; sez. 4 n. 4055 del 12/12/2013 Ud. (dep. 29/01/2014), Benocci, Rv. 258186; sez. 3 n. 41055 del 22/09/2015, Rapushi e altro, Rv. 265167).

4. Al rigetto segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Corte di Cassazione, IV, sentenza del 18.07.2018, n. 33455

P4 *Circolazione stradale - Cavallo che sfugge alla custodia, lesioni colpose e aggravante denegata di circolazione stradale

1. Il primo motivo merita accoglimento, in quanto il giudice di secondo grado ha correttamente escluso la violazione degli artt. 160 e 184 cod.strada, non essendo il puledro né in sosta né impiegato dall'imputa nella circolazione, e tuttavia ha confermato la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 590, terzo comma, cod.pen. In proposito occorre sottolineare che, sebbene, ai fini della sussistenza dell'aggravante prevista dall'art. 589 cod. pen., è sufficiente la violazione della regola generale di cautela di cui all'art. 140 cod. strada, secondo la quale gli utenti della strada debbono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale (Sez. 4, n.18204 del 15/03/2016 Ud., Rv. 266641), nel caso di specie, l'imputata non può considerarsi un utente della strada, atteso che l'animale non era stato da lei destinato né alla sosta né alla circolazione ed ha invaso la sede stradale solo perché sfuggito alla sua custodia. La sentenza impugnata va, dunque, annullata quanto alla sussistenza della contestata aggravante ed alla relative conseguenze, pur dovendosi confermare la responsabilità penale della ricorrente in ordine alla fattispecie di cui all'art. 590, commi 1 e 2, cod.pen.. La pena va, pertanto, rideterminata, ai sensi dell'art. 620, lett. l, cod.proc.pen., in Euro mille di multa e la sanzione amministrativa in Euro cinquanta, non potendo applicarsi quella prevista dal cod.strada e residuando solo quella relativa alla fattispecie di cui all'art. 672 cod.pen..
2. Il secondo motivo risulta generico e, quindi, inammissibile, atteso che, in tema di ricorso per cassazione, può essere censurata la mancata rinnovazione in appello dell'istruttoria dibattimentale qualora si dimostri l'esistenza, nell'apparato motivazionale posto a base della decisione impugnata, di lacune o manifeste illogicità, ricavabili dal testo del medesimo provvedimento e concernenti punti di decisiva rilevanza, le quali sarebbero state presumibilmente evitate provvedendosi all'assunzione o alla riassunzione di determinate prove in appello (Sez. 6, n. 1256 del 28/11/2013 ud. - dep. 14/01/2014, rv. 258236). Al contrario, la censura consiste nell'elencazione delle istanze istruttorie in cui si insiste, senza alcun esame e collegamento con le argomentazioni svolte dai giudici di merito.
3. In conclusione, la sentenza deve essere annullata senza rinvio rideterminando la pena e la sanzione amministrativa coerentemente all'esclusione dell'aggravante delle circolazione stradale. Il ricorrente va, tuttavia, condannato al pagamento delle spese processuali nei confronti della parte civile, atteso che, comunque, la sua responsabilità penale è stata confermata e non sono state, quindi, eliminate le conseguenti statuizioni civili. Va, difatti, ricordato che, ai fini della valutazione della soccombenza della parte civile è decisiva la circostanza che l'imputato sia riuscito ad escludere il suo diritto al risarcimento dei danni conseguenti al reato per cui si procede: se l'impugnazione dell'imputato non ottiene questo risultato, lo stesso è tenuto al rimborso delle spese sostenute dalla parte civile. Pertanto, il parziale accoglimento del ricorso dell'imputato non elimina la condanna e, per tale motivo, se impedisce la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, consente di condannarlo alle spese sostenute dalla parte civile nel giudizio di impugnazione (Sez. 3, n. 10581 del 19/10/1993 Ud., Rv. 196451).

Corte di Cassazione, IV, sentenza del 13.07.2018, n. 32223

P5 *Concessioni e autorizzazioni - Famiglia - Falso materiale commesso da privato in autorizzazione amministrativa - Fotocopia di permesso invalidi

Il ricorso è inammissibile.

1. Il primo motivo è manifestamente infondato.

1.1 Occorre anzitutto sciogliere il quesito giuridico concerne la configurabilità o meno del reato di falso nel caso in esame.

La soluzione si rinviene negli arresti, ormai consolidati, della giurisprudenza di legittimità, secondo cui: "Integra il reato di falsità materiale commessa dal privato in autorizzazioni amministrative (artt. 477 e 482 cod. pen.) la riproduzione fotostatica dell'originale di un "permesso di parcheggio riservato ad invalidi" attribuito ad altri e l'esposizione di tale falso permesso sul proprio veicolo, allorché il relativo documento abbia l'apparenza e sia utilizzato come originale, non presentandosi come mera riproduzione fotostatica" (da ultimo Sez. 5, n. 8900 del 19/01/2016, Paolini, Rv. 267711).

La sentenza impugnata dedica ampio spazio all'esame dei caratteri del permesso e, dopo aver dato atto della visione diretta del corpo del reato da parte del giudice, conclude che il contrassegno aveva l'apparenza ed era stato utilizzato come originale, rimarcando che l'imputato aveva esposto sul cruscotto della propria vettura non una copia fotostatica, in bianco e nero, e neppure una fotocopia a colori, ma una riproduzione plastificata e a colori del pass autentico rilasciato alla signora B.d.G., tanto che "la qualità decettiva è ictu oculi verificabile" (pagina 2 in fondo, sentenza impugnata).

1.2 È del pari manifestamente infondata la censura sul travisamento della prova circa i presupposti di un falso grossolano, che avrebbe dovuto condurre all'esclusione della punibilità per inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49 cod. pen..

Secondo il ricorrente non sarebbero state valorizzate le dichiarazioni del testimone di polizia giudiziaria che, sentito in dibattimento, ha parlato di una contraffazione rilevata "palesemente".

In realtà la Corte di appello non trascura affatto la deposizione del predetto testimone, anzi se ne occupa in maniera espressa per chiarire che, a fronte dell'avverbio "palesemente", il reale portato probatorio di quella testimonianza deve trarsi dalle dichiarazioni lette nel loro complesso comprensive di quella parte relativa agli accertamenti svolti via radio per verificare la falsità o meno del permesso, a riprova che la falsificazione dell'atto non appariva, poi, in maniera tanto evidente (pagina 3 della motivazione).

In tale situazione, il ricorrente non può dolersi di alcun vizio di travisamento della prova dichiarativa che, per essere deducibile in sede di legittimità, deve avere un oggetto definito e non opinabile, tale da evidenziare la palese e non controvertibile difformità tra il senso intrinseco della singola dichiarazione assunta e quello che il giudice ne abbia inopinatamente tratto ed è pertanto da escludere che, come nella specie, integri il suddetto vizio un presunto errore nella valutazione del significato probatorio della dichiarazione medesima (Sez. 5, n. 9338 del 12/12/2012, dep. 2013, Maggio, Rv. 255087).

2. Il secondo motivo è inammissibile.

La questione era stata devoluta al giudice di appello in termini diversi, richiamando, in maniera inconferente, una decisione della Corte di legittimità sul tema della configurabilità del dolo nell'ipotesi di riproduzione in bianco e nero di un permesso invalidi.

Il che è, già di per sé, causa di inammissibilità.

In ogni caso la doglianza è generica.

Se è vero che il dolo non è in re ipsa, è del pari indubitabile che sono le modalità del fatto e le circostanze dell'azione a rivelare la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato.

Nella specie è lampante la coscienza e volontà dell'immutatio veri in capo a un soggetto che forma o concorre a formare un falso permesso per invalidi, mediante creazione di un duplicato a colori, plastificato, che tenga luogo dell'originale e che espone sul cruscotto della vettura.

3. Dalla inammissibilità del ricorso discende la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali e al versamento della somma, che si stima equa, di Euro 2.000,00 in favore della Cassa delle ammende.

Corte di Cassazione, V, sentenza del 13.07.2018, n. 32366

P5 *Cassetta delle offerte, tentativo di furto e desistenza volontaria

1.Con la sentenza impugnata, la Corte d'Appello di Firenze ha confermato la decisione del Tribunale di Lucca, sezione distaccata di Viareggio, con la quale F.P. e C.G. sono stati condannati alla pena di giustizia per il reato di tentato furto aggravato in concorso.

La corte territoriale ha ritenuto, pur all'esito delle deduzioni defensionali, che gli imputati avessero posto in essere atti idonei, diretti in modo non equivoco, alla apprensione - mediante l'utilizzazione di un nastro biadesivo delle monete contenute nelle cassette per le offerte votive della Chiesa (omissis).

2. Avverso la sentenza, hanno proposto unico ricorso entrambi gli imputati, per mezzo del difensore, articolando diversi ordini di censure.

2.1 Deducono, con il primo motivo, inosservanza e falsa applicazione della legge processuale e correlati vizi della motivazione in riferimento alla valutazione degli indizi ex art. 192 cod. proc. pen.. La corte territoriale non avrebbe valutato la censura mossa a riguardo, e relativa al difetto di dimostrazione di atti idonei alla qualificazione della condotta ex art. 56 cod. pen., per essersi il solo F. limitato ad avvicinare alla cassetta

votiva ed avendo entrambi desistito volontariamente dall'azione antigiuridica, non potendosi conferire rilievo decisivo al mero possesso del nastro biadesivo e delle torce. Con conseguente apoditticità della motivazione, in difetto dei necessari requisiti della gravità, precisione e concordanza degli indizi.

2.3 Con il secondo motivo, censurano il trattamento sanzionatorio e la mancata concessione delle attenuanti generiche.

3. Il ricorso è manifestamente infondato.

3.1. Il primo motivo è connotato da specificità, in quanto si risolve in una mera critica rivolta alla sentenza impugnata, con il cui tessuto motivazionale i ricorrenti omettono di confrontarsi, peraltro sovrapponendo il thema della qualificazione giuridica del fatto e della valutazione della prova indiziaria.

Secondo il consolidato orientamento di legittimità, autorevolmente espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 8825 del 27/10/2016, dep. 2017, Galtelli, Rv. 268823, i motivi di ricorso per cassazione sono inammissibili "non solo quando risultano intrinsecamente indeterminati, ma altresì quando difettino della necessaria correlazione con le ragioni poste a fondamento del provvedimento impugnato" (Sez. 5, n. 28011 del 15/02/2013, Sammarco, Rv. 255568), in quanto le ragioni di tale necessaria correlazione tra la decisione censurata e l'atto di impugnazione risiedono nel fatto che quest'ultimo "non può ignorare le ragioni del provvedimento censurato" (Sez. 2, n. 11951 del 29/01/2014, Rv. 259425)".

3.2 Nel caso in esame, inconferente appare il richiamo agli indizi, avendo la Corte territoriale correttamente valutato la testimonianza di T.M. attraverso la ricostruzione, esaustivamente rappresentata in motivazione, della condotta degli imputati, già avvistati dal teste - che ne aveva riconosciuto l'identità nella registrazione dell'impianto di sicurezza della Chiesa (omissis), mostratogli dal parroco, dove gli agenti il precedente (omissis) erano stati ripresi mentre prelevavano, con identiche modalità, monete contenute in cassette votive - il (omissis) all'interno della stessa chiesa, mentre verificavano, mediante una torcia, i medesimi contenitori. Nell'occasione gli imputati, avvedutisi del T., avevano effettivamente desistito da ulteriori condotte, allontanandosi dal luogo di culto e recandosi presso la Chiesa (omissis) dove - ignari di essere stati seguiti - mentre il C. si tratteneva all'interno nei pressi dell'ingresso, il F. si avvicinava ad una cassetta delle offerte e, dopo averne esplorato l'interno con la stessa torcia, vi inseriva un metro a nastro dotato di nastro biadesivo, venendo a quel punto fermato dal T., assistente capo della polizia di Stato libero dal servizio.

3.3. È in riferimento al secondo segmento della complessiva vicenda che i giudici di merito hanno, correttamente, ravvisato il compimento di atti idonei, diretti in modo non equivoco all'impossessamento delle monete, impedito dall'intervento di terzi, escludendo potersi configurare desistenza secondo il principio per cui "Nei reati di danno a forma libera, è configurabile la desistenza volontaria solo nella fase del tentativo incompiuto, ossia fino a quando non siano stati posti in essere gli atti da cui origina il processo causale idoneo a produrre l'evento" (Sez. 5, Sentenza n.50079 del 15/05/2017 Ud. (dep. 02/11/2017) Rv. 271435, Sez. 2, n. 24551 del 08/05/2015, Supino e altro, Rv. 264226; Sez. 1, n. 11746 del 28/02/2012, Price, Rv. 252259 N. 42749 del 2007 Rv. 238112, N. 39293 del 2008 Rv. 241340, N. 11746 del 2012 Rv. 252259, N. 18322 del 2017 Rv. 269797).

Il Collegio ritiene, al riguardo, del tutto condivisibile il consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude l'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 56, comma 3, cod. pen. nelle ipotesi di tentativo compiuto: posti in essere atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, l'agente soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, eventualmente diminuita da un terzo alla metà ove si sia adoperato per impedire l'evento di reato, ai sensi dell'art. 56, comma 4, cod.pen..

È, difatti, configurabile il tentativo e non la desistenza volontaria nei casi - come quello in esame - in cui la condotta delittuosa si sia arrestata prima del verificarsi dell'evento non già per volontaria iniziativa dell'agente, bensì per l'intervento di fattori esterni che impediscano comunque la prosecuzione dell'azione o la rendano vana (Sez. 2, Sentenza n. 51514 del 05/12/2013 Ud. (dep. 20/12/2013) Rv. 258076, Sez. 5, Sentenza n. 36919 del 11/07/2008 Ud. (dep. 26/09/2008) Rv. 241595).

Di guisa che manifestamente infondata si appalesa la censura relativa alla configurabilità - ed alla dimostrazione probatoria - della desistenza volontaria, in presenza dall'avvenuto accertamento di un tentativo di furto "compiuto", rispetto al quale non può operare l'esimente in parola, quanto, in ipotesi, il recesso attivo, comunque non evocato dalla difesa.

4. Parimenti inammissibile il secondo motivo di ricorso in ordine al trattamento sanzionatorio ed alla mancata applicazione delle circostanze attenuanti generiche.

4.1 Va, sul punto, rilevato come agli imputati siano state concesse le circostanze attenuanti in misura equivalente alla contestata aggravante del mezzo fraudolento, con conseguente genericità ed aspecificità della relativa censura, avendo con l'atto d'appello - peraltro - i ricorrenti invocato l'attenuante di cui all'art. 62 n.4) cod. pen. non evocata nel ricorso di legittimità.

4.2. La Corte territoriale ha confermato la valutazione di equivalenza già operata dal giudice di primo grado attraverso una motivazione che ha dedicato ai criteri adottati una trattazione specifica ed espressa, statuendo formalmente la reiezione della richiesta di concessione di ulteriori circostanze attenuatrici valorizzando la odiosità della condotta e la spiccata intensità del dolo, in tal modo esplicitamente dando conto della ragione per la quale è stata disattesa la richiesta dell'appellante di un più favorevole trattamento sanzionatorio. Sicché la analitica argomentazione rassegnata appare plausibilmente idonea a sorreggere il giudizio, rendendolo incensurabile nella sede del presente scrutino di legittimità.

5. Alla inammissibilità consegue, ex art. 616 cod. proc. pen., la condanna dei ricorrenti al versamento, in favore della cassa delle ammende, di una somma che appare equo determinare in Euro 2000.

Corte di Cassazione, V, sentenza del 13.07.2018, n. 32352

P5 *Concessioni e autorizzazioni - Famiglia - Falso materiale commesso da privato in autorizzazione amministrativa - Fotocopia di permesso invalidi

Il ricorso è inammissibile.

1. Il primo motivo è manifestamente infondato.

1.1 Occorre anzitutto sciogliere il quesito giuridico concerne la configurabilità o meno del reato di falso nel caso in esame.

La soluzione si rinviene negli arresti, ormai consolidati, della giurisprudenza di legittimità, secondo cui: "Integra il reato di falsità materiale commessa dal privato in autorizzazioni amministrative (artt. 477 e 482 cod. pen.) la riproduzione fotostatica dell'originale di un "permesso di parcheggio riservato ad invalidi" attribuito ad altri e l'esposizione di tale falso permesso sul proprio veicolo, allorché il relativo documento abbia l'apparenza e sia utilizzato come originale, non presentandosi come mera riproduzione fotostatica" (da ultimo Sez. 5, n. 8900 del 19/01/2016, Paolini, Rv. 267711).

La sentenza impugnata dedica ampio spazio all'esame dei caratteri del permesso e, dopo aver dato atto della visione diretta del corpo del reato da parte del giudice, conclude che il contrassegno aveva l'apparenza ed era stato utilizzato come originale, rimarcando che l'imputato aveva esposto sul cruscotto della propria vettura non una copia fotostatica, in bianco e nero, e neppure una fotocopia a colori, ma una riproduzione plastificata e a colori del pass autentico rilasciato alla signora B.d.G., tanto che "la qualità decettiva è ictu oculi verificabile" (pagina 2 in fondo, sentenza impugnata).

1.2 È del pari manifestamente infondata la censura sul travisamento della prova circa i presupposti di un falso grossolano, che avrebbe dovuto condurre all'esclusione della punibilità per inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49 cod. pen..

Secondo il ricorrente non sarebbero state valorizzate le dichiarazioni del testimone di polizia giudiziaria che, sentito in dibattimento, ha parlato di una contraffazione rilevata "palesemente".

In realtà la Corte di appello non trascura affatto la deposizione del predetto testimone, anzi se ne occupa in maniera espressa per chiarire che, a fronte dell'avverbio "palesemente", il reale portato probatorio di quella testimonianza deve trarsi dalle dichiarazioni lette nel loro complesso comprensive di quella parte relativa agli accertamenti svolti via radio per verificare la falsità o meno del permesso, a riprova che la falsificazione dell'atto non appariva, poi, in maniera tanto evidente (pagina 3 della motivazione).

In tale situazione, il ricorrente non può dolersi di alcun vizio di travisamento della prova dichiarativa che, per essere deducibile in sede di legittimità, deve avere un oggetto definito e non opinabile, tale da evidenziare la palese e non controvertibile difformità tra il senso intrinseco della singola dichiarazione assunta e quello che il giudice ne abbia inopinatamente tratto ed è pertanto da escludere che, come nella specie, integri il suddetto vizio un presunto errore nella valutazione del significato probatorio della dichiarazione medesima (Sez. 5, n. 9338 del 12/12/2012, dep. 2013, Maggio, Rv. 255087).

2. Il secondo motivo è inammissibile.

La questione era stata devoluta al giudice di appello in termini diversi, richiamando, in maniera inconferente, una decisione della Corte di legittimità sul tema della configurabilità del dolo nell'ipotesi di riproduzione in bianco e nero di un permesso invalidi.

Il che è, già di per sé, causa di inammissibilità.

In ogni caso la doglianza è generica.

Se è vero che il dolo non è in re ipsa, è del pari indubitabile che sono le modalità del fatto e le circostanze dell'azione a rivelare la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato.

Nella specie è lampante la coscienza e volontà dell'immutatio veri in capo a un soggetto che forma o concorre a formare un falso permesso per invalidi, mediante creazione di un duplicato a colori, plastificato, che tenga luogo dell'originale e che espone sul cruscotto della vettura.

3. Dalla inammissibilità del ricorso discende la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali e al versamento della somma, che si stima equa, di Euro 2.000,00 in favore della Cassa delle ammende.

Corte di Cassazione, V, sentenza del 13.07.2018, n. 32366

P5 *Sottrazione di telecamera, danneggiamento e furto con strappo - Fattispecie

Il ricorso è fondato solo nei limiti del motivo concernente la parte civile Rai, per il resto va rigettato.

1. La questione sulla validità del provvedimento di separazione è manifestamente destituita di fondamento.

Le cause di nullità sono tipiche.

Non è prevista alcuna nullità in relazione alla adozione dei provvedimenti di riunione e separazione dei procedimenti.

Né ricorrono i presupposti dell'atto abnorme, poiché si tratta di provvedimento che, lungi dall'essere avulso dal sistema, costituisce espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento e che non determina una stasi del procedimento (cfr. Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590).

2. Del pari infondato è il motivo concernente la qualificazione giuridica della condotta di cui al capo 2

che, proposto in appello, ha già ricevuto congrua risposta.

Al riguardo la sentenza impugnata osserva che è stato sottratto il corpo ottico della telecamera, bene avente rilevante valore economico - pari a circa 7.0008.000 Euro - che non è stato mai più ritrovato (punto 3 della motivazione della sentenza, pagine 6 e 7).

In ogni caso, anche se il fine perseguito fosse stato quello di rendere inservibile la telecamere per impedire le riprese, ricorrerebbero, pacificamente, gli estremi del delitto di furto, posto che: "in tema di furto, il profitto può consistere in qualsiasi utilità, anche di natura non patrimoniale. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha confermato la responsabilità dell'imputato il quale si era impossessato di un apparato di videoregistrazione installato dalla polizia giudiziaria, sostenendo di volerlo danneggiare ed impedire così le attività di p.g.)." (Sez. 4, n. 30 del 18/09/2012, dep. 2013, Caleca, Rv. 254372).

3. Al tema del concorso dell'imputato nel reato di furto, materialmente perpetrato da soggetti rimasti ignoti, la Corte di appello dedica ampia e completa disamina (cfr. punto 5, pagine 10 e 11 della sentenza impugnata).

Il ricorrente non si confronta con la motivazione offerta dai giudici di merito, non svolge alcuna critica argomentata, limitandosi ad asserire, in maniera apodittica, che l'ipotesi del concorso sarebbe basata su mere congetture.

Va ricordato che esula dai poteri della Corte di cassazione quello di una "rilettura" degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, la cui valutazione è, in via esclusiva, riservata al giudice di merito, senza che possa integrare il vizio di legittimità la mera prospettazione di una diversa, e per il ricorrente più adeguata, valutazione delle risultanze processuali (per tutte Sez. U., 30/4/1997, n. 6402, Dessimone, Rv. 207944; tra le alte Sez. 4, n. 4842 del 02/12/2003, dep. 2004, Elia, Rv. 229369).

4. La doglianza concernente l'aggravante di cui all'art. 112 cod. pen. è inammissibile, perché inconferente rispetto alle decisioni di primo e secondo grado che hanno affermato la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 625 comma 1 n. 5 cod. pen..
5. La censura relativa al mancato riconoscimento dell'attenuante della provocazione si appalesa infondata, per gli stessi termini con cui è prospettata, posto che il ricorrente lamenta di essere stato vittima di un "agguato televisivo" senza riuscire, però, ad enucleare alcun comportamento, da parte degli operatori televisivi, che rivesta carattere di ingiustizia obiettiva, intesa come effettiva contrarietà a regole giuridiche, morali e sociali, reputate tali nell'ambito di una determinata collettività in un dato momento storico e non valutate con riferimento alle convinzioni dell'imputato e alla sua sensibilità personale, non corrispondenti a canoni di civile convivenza (cfr. Sez. 5, n. 55741 del 25/09/2017, R., Rv. 272044).
6. È fondato il motivo proposto con riferimento alla conferma delle statuizioni civili in favore di Rai spa, pur se si invoca, in maniera impropria, l'istituto processuale della "esclusione della parte civile".

La sentenza di primo grado aveva condannato l'imputato anche in ordine al reato di cui all'art. 340 cod. pen. (capo 4). Solo a tale condotta illecita aveva circoscritto il danno risarcibile in favore della Rai, collegandolo alla "limitazione nell'esercizio degli scopi cui la stessa è deputata". Nessun ulteriore danno era stato riconosciuto a detta parte civile per il furto (perché la telecamera sottratta a I.A. era di proprietà della Videoservice s.r.l., di cui l'I. era amministratore) o per la minaccia ricevuta da R.A. (cfr. pagina 25 sentenza primo grado).

La Corte di appello ha assolto l'imputato dal reato di cui all'art. 340 cod. pen., per insussistenza del fatto, di conseguenza avrebbe dovuto revocare le statuizioni civili in favore di Rai spa.

Ha, dunque, errato nell'omettere tale pronuncia e nel condannare l'imputato, vincitore su quel capo, alla rifusione delle spese del grado sostenute da Rai spa.

7. Gli argomenti svolti nel paragrafo che precede conducono all'annullamento della sentenza impugnata senza rinvio limitatamente alle statuizioni civili concernenti la parte civile RAI in relazione alla imputazione ex art. 340 c.p. (capo 4) e per l'effetto a revocare la condanna alle spese riconosciute in favore di detta parte in primo grado, nonché quelle riconosciute in appello che, tenuto conto della liquidazione in Euro 1.800,00, cumulativa con il R., possono essere quantificate in Euro 300,00, sulla scorta dei parametri che disciplinano le spese spettanti al difensore di più parti.

Il ricorso va rigettato nel resto. Segue la condanna del ricorrente alla rifusione delle spese sostenute nel grado dalla parte civile vincitrice, R.A., che, avuto riguardo all'opera prestata dal difensore, si liquidano in Euro 2.000,00, oltre accessori di legge.

Corte di Cassazione, V, sentenza del 13.07.2018, n. 32373

P5 *Profilo falso su social network e reati sessuali con minorenni

1. Il primo ed il secondo motivo di ricorso sono infondati.
2. Secondo il consolidato orientamento di legittimità, integra il delitto di sostituzione di persona (art. 494 cod. pen.) la creazione ed utilizzazione di un profilo su social network, utilizzando abusivamente l'immagine di una persona del tutto inconsapevole (Sez. 5, Sentenza n.25774 del 23/04/2014Ud. (dep. 16/06/2014), Rv. 259303), trattandosi di condotta idonea alla rappresentazione di una identità digitale non corrispondente al soggetto che lo utilizza. Sotto il versante soggettivo, il dolo specifico del delitto di sostituzione di persona consiste nel fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio, anche non patrimoniale, ovvero di recare ad altri un danno. (Sez. 5, Sentenza n.41012del26/05/2014Ud. (dep. 02/10/2014) Rv. 260493 N. 3207 del 1981, N. 13296 del 2013 Rv. 255344).

2.1. Nel caso in esame, risulta dalla sentenza impugnata che l'imputato abbia creato un profilo Facebook apponendovi la fotografia di una persona minorenne identificata (Lu. Sa.), al fine dell'agevolazione delle

comunicazioni e degli scambi di contenuti in rete con persone iscritte al social network rispondenti ala medesima fascia d'età, così da indurre il ragionevole affidamento di una relazione virtuale paritetica, e con danno della persona di cui è stata abusivamente utilizzata l'immagine. La complessiva condotta dell'imputato risulta ulteriormente connotata da un vero e proprio fine di adescamento in quanto, grazie a siffatto espediente, il Ro. ha contattato diverse minorenni, successivamente intraprendendo con le medesime relazioni a sfrondo erotico documentate con immagini e con scambio di fotografie.

Nella delineata prospettiva, non rileva - in punto di sussistenza della rilevanza penale del fatto - né che l'imputato abbia, successivamente alla creazione del profilo, modificato l'immagine, né che si sia disvelato nella propria identità, trattandosi, all'evidenza, di circostanze postume, sopravvenute alla realizzazione del fine al quale la artificiosa creazione identitaria mirava.

2.2. Le censure articolate a riguardo nel primo motivo di ricorso si appalesano, pertanto, inconducenti.

3. Non sussiste il vizio di travisamento della prova dedotto con il secondo motivo di censura.

3.1. Il ricorrente lamenta la sottovalutazione del contenuto di una intercettazione telefonica nella quale l'imputato aveva riferito all'interlocutrice (Alessia Maroni) di aver "minacciato" No. Di Carlo di diffondere in rete materiale fotografico a sfondo erotico a questa riferibile "al solo scopo di impaurirla" ed al fine di arginare le insistenti richieste della minore, escludendo intenti ricattatori.

3.2. Siffatta prospettazione, in ipotesi rilevante al fine di escludere più gravi fattispecie di reato non contestate, supporta essa stessa in toto la sussistenza degli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 610 cod. pen. in quanto ai fini del delitto di violenza privata, è sufficiente un qualsiasi comportamento od atteggiamento, sia verso il soggetto passivo, sia verso altri, idoneo ad incutere timore ed a suscitare la preoccupazione di subire un danno ingiusto, finalizzato ad ottenere che, mediante tale intimidazione, il soggetto passivo sia indotto a fare, tollerare od omettere qualcosa (Sez. 5, Sentenza n.29261 del 24/02/2017Ud. (dep. 13/06/2017) Rv. 270869, N. 11641 del 1989 Rv. 182005, N. 1195 del 1998 Rv. 211230, N. 3403 del 2004 Rv. 228063, N. 40983 del 2005 Rv. 232459, N. 11907 del 2010 Rv. 246551, N. 8425 del 2014 Rv. 259052, N. 4284 del 2016 Rv. 266020), mentre l'inequivoco - e non contestato - tenore testuale dei messaggi di testo trascritti in imputazione dimostra la formulazione di esplicite minacce di divulgazione chiaramente condizionate a condotte pretese dalle persone offese, rispetto alle quali del tutto irrilevante appare la ricostruzione ex post resa a terzi.

4. E', invece, parzialmente fondato il terzo motivo di ricorso.

4.1. In attuazione della Direttiva Europea 2011/93/UE in materia di prevenzione e contrasto all'abuso e allo sfruttamento sessuale dei minori e della pornografia minorile, che ha sostituito la precedente decisione-quadro 2004/68/GAI, il legislatore è stato chiamato ad ampliare l'ambito di tutela in materia, in parallelo con il crescente allarme indotto dalla sempre maggior diffusione e diversificazione, a livello nazionale e internazionale, dei reati a sfondo sessuale su minori "in particolare per quanto riguarda l'utilizzo sempre maggiore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione da parte dei minori e degli autori

di reato" (Convenzione di Lanzarote, Preambolo).

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, ha imposto l'adozione di norme più incisive, volte al contrasto del fenomeno della pornografia minorile in ogni sua forma al fine di "proteggere i minori dallo sfruttamento e dall'abuso sessuale, indipendentemente da chi ne è l'autore" (Convenzione di Lanzarote, Preambolo).

4.2. La L. 172/2012, di ratifica della Convenzione, è intervenuta non solo sul catalogo e sulla formulazione delle fattispecie incriminatrici, ampliandone la portata, ma ha, soprattutto, introdotto nell'ordinamento, all'art. 600-ter cod. pen., una definizione derivata, in termini quasi tralatizi, dall'art. 20, 2. comma, della Convenzione di Lanzarote, secondo cui "per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali".

Una formulazione, dunque, volutamente molto ampia, ricomprendente "ogni rappresentazione", realizzata "con qualunque mezzo", e soprattutto oggettiva, da cui deriva la definizione giuridica di materiale pedopornografico, intendendosi per questo qualunque rappresentazione del minore che ne effigi la nudità con finalità sessuale o che ne ritragga il coinvolgimento in atti sessuali, non richiedendosi, invece, che lo stesso processo creativo a monte sia stato condotto attraverso manipolazioni, né tantomeno attraverso la strumentalizzazione passiva del minore che può, persino, averlo autoprodotto.

In particolare, in virtù della modifica introdotta dall'art. 4, comma primo, lett. L), della legge 1 ottobre 2012, n. 172, per la qualificazione del materiale rappresentativo come pedopornografico non è necessaria una esibizione lasciva degli organi genitali di soggetti minori di anni diciotto, ma è sufficiente una qualunque rappresentazione degli stessi organi per scopi sessuali (Sez. 3, Sentenza n. 5874 del 09/01/2013 c.c. (dep. 06/02/2013) Rv. 254420), in presenza dell'attitudine del materiale stesso alla concupiscenza.

Deve, pertanto, enunciarsi il seguente principio di diritto per cui la qualificazione di materiale pedopornografico richiede la rappresentazione, con qualsiasi mezzo atto alla conservazione, di atti sessuali espliciti coinvolgenti soggetti minori di età, ovvero qualsiasi rappresentazione degli organi sessuali di minori che renda manifesta la riproduzione delle nudità a fini di concupiscenza e di ogni altra pulsione di natura sessuale.

4.4. In siffatta prospettiva, l'art. 600-quater cod. pen. sanziona la mera detenzione di materiale pedopornografico, anche a fini di consultazione personale e senza divulgazione a terzi ed a prescindere dalle modalità genetiche e creative attraverso il quale la rappresentazione sia stata eseguita, in linea con agli artt. 3, 27 e 117 Cost. e 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, in quanto la fattispecie incriminatrice si armonizza con gli obblighi internazionali che definiscono un livello "minimale" di tutela e si inserisce in un sistema organico che punisce, in via decrescente, ogni condotta relativa allo sfruttamento sessuale dei minori (V. Sez. 3, Sentenza n.20429 del 02/04/2014Ud. (dep. 16/05/2014) Rv. 259632), mentre la produzione di materiale pedopornografico rileva a prescindere dal pericolo della relativa diffusione (Sez. un., ud. 31 maggio 2018, informazione provvisoria; sez. III, 20 marzo 2017 - 12 aprile 2018, ord. n. 10167).

5. La sentenza impugnata non appare rispondente al necessario standard giustificativo in riferimento all'accertamento della natura di materiale pedopornografico dei reperti ai sensi dell'art. 600 quater cod. pen., come modificato dalla L. 172/2012.

Non è dato, invero, evincere con sufficiente determinatezza se le fotografie ed i video trovati in possesso dell'imputato rappresentassero l'effigie di nudi, riconducibili alle minori persone offese, esplicativi di una finalità sessuale o raffigurassero esplicitamente il coinvolgimento delle stesse in atti sessuali, assumendo pertanto la natura di reperti pedopornografici nei termini declinati dall'art. 600-ter comma VII cod. pen..

6. La sentenza impugnata deve essere, sotto tale profilo, annullata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Milano perché, in applicazione del principio di diritto enunciato, proceda a nuovo esame limitatamente ai capi D) ed F).
7. Deve essere disposto l'oscuramento dei dati sensibili evidenziati, in considerazione della natura della contestazione.

Corte di Cassazione, V, sentenza del 19.07.2018 n. 33862

P6 Processo - Cautela - Arresti domiciliari, allontanamento e sostituzione con la custodia cautelare

1. Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per la genericità, indeducibilità e manifesta infondatezza dei motivi proposti.
2. La giurisprudenza di questa Corte ha delineato con sufficiente precisione i canoni ermeneutici che sovrintendono all’applicazione dell’art. 276 cod. proc. pen., norma che definisce un sistema autonomo di interventi ripristinatori in caso di trasgressione alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare già applicata. Non vi è dubbio che la norma in esame, lungi dall’assolvere a finalità sanzionatorie estranee alle misure di custodia preventiva, le quali non possono soddisfare altro che esigenze di carattere cautelare o comunque strettamente inerenti al processo (Corte Cost. sentenze n. 1 del 1980 e n. 64 del 1970), costituisce una disposizione di natura eccezionale che va letta nel complesso del sistema cautelare e, dunque, coordinata con il principio secondo cui, in tema di sostituzione e revoca delle misure cautelari coercitive, il presupposto per l’aggravamento della misura non è la violazione delle prescrizioni, bensì la necessità di adeguare lo status libertatis alla eventuale sopravvenienza di circostanze tali da far ritenere aggravate le esigenze cautelari di cui all’art. 274 cod. proc. pen. (Sez. 4, n. 25008 del 15/01/2007, Granata, Rv. 237001; Sez. 1, n. 3285 del 21/12/2015 dep. il 2016, Dzhangveladze, Rv. 265726).

3.Costituisce, altresì, ius receptum di questa Corte di legittimità il principio, espresso sulla scorta del dato letterale della disposizione in esame (il giudice dispone) che, in caso di trasgressione delle prescrizioni concernenti il divieto di allontanarsi dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari precedentemente disposti, sia esso l’abitazione o altro luogo di privata dimora, l’art. 276, comma 1-ter cod. proc. pen. rende

obbligatoria la revoca degli arresti domiciliari ed il ripristino della custodia cautelare in carcere, senza che al giudice possa essere riconosciuto un potere di rivalutazione delle esigenze cautelari. Tale previsione, lungi dall'assolvere a finalità sanzionatorie estranee alle misure custodiali, integra un'ipotesi di presunzione di inadeguatezza di ogni misura diversa dalla custodia cautelare in carcere una volta che la meno afflittiva misura degli arresti domiciliari si sia rivelata insufficiente allo scopo, per la trasgressione al suo contenuto essenziale. Lungo tale linea si è mossa la giurisprudenza di questa Corte, a partire da una risalente pronuncia del Giudice delle leggi (Corte Cost. n. 40 del 2002; cfr. ex multis Sez. 6, n. 942 del 13/11/2003 dep. 2004, Bonsignore, Rv. 228051; Sez. 6, n. 12313 del 27/11/2007 dep. 2008, Cucinella, Rv. 239327; Sez. 5, n. 42017 del 22/9/2009, Della Rocca Rv. 245381; Sez. 5, n. 15053 del 22/2/2012, Nesta, Rv. 252478; Sez. 5, n. 1821 del 29/09/2011 dep. 2012, Algieri, Rv. 251715; Sez. 6, n. 3744 del 09/01/2013, Sina, Rv. 254290).

Solo con la legge n. 47 del 2015, peraltro, il rigore di tale automatismo è stato temperato con la previsione secondo la quale il giudice deve valutare se non si sia in presenza di fatto di lieve entità.

4. Il primo comma dell'art. 276 cod. proc. pen., invece, consente (il giudice può disporre), la sostituzione della misura in atto con altra più grave, quale che sia la prescrizione violata, "tenuto conto dell'entità, dei motivi e delle circostanze della violazione". Presupposto della sostituzione ovvero dell'aggravamento è la verifica, da parte del giudice, di una condotta di trasgressione e, cioè, di una condotta che, in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, presenti caratteri che rivelano la sopravvenuta inadeguatezza della misura in corso. Non vi è ragione per non ritenere che possano fondare l'aggravamento ovvero la sostituzione della misura con altra più afflittiva, in presenza della constatata trasgressione, anche le violazioni di prescrizioni inerenti alla misura degli arresti domiciliari, diverse dall'allontanamento dal luogo di esecuzione della misura, che, come accennato, costituisce una violazione tipizzata dal legislatore con la previsione di cui all'art. 276, comma 1-ter cod. proc. pen..
5. Anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 47 del 2015 questa Corte ha ribadito l'esattezza della impostazione ermeneutica innanzi delineata affermando che la sostituzione della misura degli arresti domiciliari con quella della custodia cautelare in carcere per la violazione delle prescrizioni concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione, disposta ai sensi dell'art. 276, comma 1-ter, cod. proc. pen., è automatica, salvo che vi sia la prova della lieve entità del fatto, senza che al giudice sia riconosciuto un potere di rivalutazione delle esigenze cautelari (Sez. 5, n. 15301 del 23/01/2017, Garofalo, Rv. 270075).

A tal riguardo nella sentenza ora richiamata si afferma che, in relazione ad entrambe le ipotesi di cui all'art. 276 cod. proc. pen. l'apprezzamento del giudice attiene in primo luogo alla prova dell'avvenuta trasgressione e, con riferimento all'ipotesi della violazione concernente il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione, anche alla prova - negativa - dell'eventuale lieve entità del fatto. E, nel caso in cui tale ultima evenienza sia esclusa, la revoca degli arresti domiciliari è automatica, senza che al giudice sia riconosciuto un potere di rivalutazione delle esigenze cautelari, tantomeno sotto il profilo della loro attualità, e neppure il potere di aggravare la precedente misura soltanto con ulteriori obblighi aggiuntivi. Il giudizio (positivo o negativo) sull'entità, sui motivi o sulle circostanze della violazione e, in definitiva, sulla gravità della condotta trasgressiva, è riservato al giudice del merito - giudice che procede e, in caso di impugnazione,

tribunale dell'appello - il quale ha obbligo di fornire adeguata, corretta e logica motivazione apprezzando tutte quelle circostanze di fatto che, pur esulando dalle giustificazioni che scriminano la condotta elidendone l'antigiuridicità, consentono di connotare il fatto, in termini di minore, perché attenuata, gravità.

6. Venendo alla fattispecie in esame, rileva il Collegio che i motivi di ricorso, articolati sotto l'aspetto di vizi della motivazione, si risolvono nella riproposizione delle argomentazioni difensive che i giudici dell'appello cautelare hanno adeguatamente vagliato al fine di pervenire alla conclusione che T.L. aveva volontariamente violato la prescrizione di non allontanarsi dal domicilio nel quale era ristretto e che la violazione, non essendo accertate la durata e la ragione dell'allontanamento, non costituiva ipotesi lieve, anche tenuto conto che il T. era già autorizzato, in un giorno della settimana, a lasciare l'abitazione per provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita.
7. Il Tribunale, sulla base di pacifiche regole di esperienza e con argomenti privi di vizi logici ictu oculi riconoscibili, ha ritenuto provato l'allontanamento del T. dal domicilio valorizzando le concrete modalità del controllo di polizia e sottolineando, a tal riguardo, che gli agenti avevano a lungo, per oltre cinque minuti, fatto squillare il campanello dell'abitazione, che essi stessi potevano udire dall'esterno, e chiamato il T. sul cellulare a lui in uso, senza ottenere risposta, circostanze più che adeguate per ritener che se l'imputato fosse stato in casa, anche addormentato vista l'ora, avrebbe certamente udito squilli tanto protratti. Tanto più, rileva il Collegio, che la posizione di chi beneficia degli arresti domiciliari è equiparata a quella di chi si trova in carcere, con la conseguenza che il detenuto agli arresti domiciliari non può certo disinteressarsi della sua situazione, ed anzi deve sapere che i controlli da parte della Polizia giudiziaria sono sempre possibili e non solo non deve ostacolarli, ma deve porre in essere tutte le cautele necessarie affinché gli strumenti che consentono di effettuare le verifiche (citofono, campanello della porta di casa e quant'altro) siano sempre udibili ed in piena efficienza (Sez. 6, n. 19046 del 19/04/07, n.m.) e rendersi egli stesso agevolmente reperibile, anche in ora notturna predisponendo, ove occorra per la conformazione dell'immobile o per altre ragioni, anche personali, strumenti che lo mettano in condizione di rispondere prontamente ai controlli. Ne discende che ragionevolmente il Tribunale ha ritenuto irrilevante, ai fini della prova della violazione, la mancanza di ulteriori accertamenti per verificare dove effettivamente il ricorrente si trovasse o il momento di rientro nell'abitazione, onde coglierlo in flagranza.
8. Né è inficiato da manifesta illogicità il giudizio di inverosimiglianza della tesi difensiva, che, cioè, il ricorrente dormiva un sonno profondo tanto da non udire il suono del campanello e lo squillo del cellulare. In proposito il Tribunale ha ritenuto che i comuni effetti collaterali provocati dai farmaci inducenti il sonno (cioè la sonnolenza) non sono tali da impedire di udire lo squillo del campanello protratto per oltre cinque minuti e quello del cellulare. A fronte di tale apprezzamento si rivelano generiche le argomentazioni difensive sulla pretesa ascientificità della giustificazione che si fondano sulla produzione di una certificazione - rilasciata in data 26 marzo 2018 - che pur indicando i farmaci utilizzati dal T. , tuttavia nulla dice né a proposito della sottoposizione del T. alla terapia farmacologica indicata proprio al momento dell'accertamento della violazione (che, come accennato, risale al 5 marzo) né su un effetto collaterale o indesiderato dell'assunzione dei predetti farmaci, come quello di sonno profondo o letargia, e, infine, che un tale effetto, anche solo sulla base dell'anamnesi del paziente, fosse mi stato riferito dal T. al proprio medico curante.
9. Anche la conclusione del Tribunale sull'entità, non lieve, della violazione, non appare censurabile in

questa sede perché espressa sulla scorta di una corretta e logica motivazione rispetto alla quale il motivo di ricorso formulato per sostenere, in una diversa ottica, la diversità del fatto, risulta inammissibile perché volti ad un diverso ed alternativo apprezzamento di merito. Il giudizio sulla lieve entità della violazione va necessariamente raccordato alla natura ed alla funzione della misura degli arresti domiciliari, che riposano eminentemente sulla collaborazione della persona sottoposta a misura ai fini del rispetto delle prescrizioni che le sono imposte, e, quindi, sulla capacità di autocustodia che essa dimostra. Nel caso in esame, il sintetico riferimento del Tribunale alla circostanza che l'imputato era autorizzato a uscire dal domicilio in un giorno della settimana per accudire alle proprie esigenze di vita, dà conto della natura pretestuosa della riscontrata violazione insieme all'orario dell'allontanamento ed alle sue modalità, non essendone stata accertata la durata, e si risolve in un giudizio negativo sulla gravità della condotta trasgressiva, riservato, come si è detto, al giudice del merito e incensurabile in questa sede, se, come nel caso in esame, adeguatamente motivato.

10. Il ricorso, per quanto detto, deve essere dichiarato inammissibile, con condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma indicata in dispositivo.

Corte di Cassazione, VI, sentenza del 16.07.2018, n. 32620

P6 *Banche dati, appropriazione da parte di pubblico ufficiale e peculato - Fattispecie

1. Il ricorso è infondato e va rigettato, con le conseguenze di cui all'art. 616 cod. proc. pen. in tema di condanna alle spese processuali.
2. Va ricordato preliminarmente che nel caso in esame si tratta della affermata appropriazione, da parte del F. quale Amministratore Unico della Gestor Spa, di un insieme di dati e di notizie riprodotti in una documentazione materialmente apprezzabile e cioè in dischetti e simili supporti informatici e cioè di quella che la sentenza impugnata qualifica come "banca dati" informatica contenuta appunto in appositi CD e in archivi in forma cartacea, in sé dotata di valore economico in quanto contenente l'anagrafe aggiornata dei contribuenti del Comune di Brindisi indispensabile per la prosecuzione dei Servizi Comunali relativi alla riscossione di tributi, sanzioni amministrative, locazioni ed entrate locali.

2.1 I tema che si pone, accennato peraltro in termini piuttosto generali dal ricorrente, è quello della natura della banca dati informatica come sopra descritta e cioè della qualificabilità della stessa in termini di "bene mobile", posto che oggetto materiale del delitto di peculato è, come è noto, il denaro o, appunto, altra cosa mobile.

2.2 Già l'esame della normativa civilistica sul punto, e cioè dell'art. 812 del codice civile, permette di valutare in prima ma fondata approssimazione che la banca dati in questione, non configurandosi certamente come un bene immobile ai sensi del primo comma dell'articolo citato, va qualificata come bene mobile se non altro per esclusione, come del resto chiaramente enunciato nel secondo comma della norma civile in

esame; a ciò si aggiunga che la stessa giurisprudenza civile più recente ha equiparato ai beni mobili quei beni specificamente caratterizzati dalla loro immaterialità (come quello oggetto di affermata appropriazione nel caso all'esame della Corte) che abbiano comunque un valore economicamente apprezzabile quali le quote di partecipazione ad una società a responsabilità limitata (si veda in proposito, Cass. Civ. Sez. 3 21/10/2009 n. 22361, Rv 610613-01, per l'equiparazione, appunto, di beni immateriali ai beni mobili in ragione del valore patrimoniale oggettivo rivestito dai primi).

2.3 Alle considerazioni sopra svolte, già di per sé sufficienti per affermare l'equiparazione ai beni mobili di quelli c.d. immateriali quali la Banca dati informatica sopra ricordata, si aggiungono poi quelle derivanti dall'indubbio rilievo economico che quest'ultima rivestiva per il Comune di BRINDISI posto che, come osservato dalla motivazione della sentenza impugnata, la restituzione della Banca dati al Comune stesso, alla conclusione del rapporto con la GESTOR Spa, era stata espressamente pattuita nel contratto di concessione, in evidente riconoscimento del primario rilievo economico e patrimoniale della stessa per la prosecuzione della attività di riscossione tributi dell'Ente pubblico.

2.4 Sulla base, conclusivamente, delle considerazioni sopra svolte, sembra possibile affermare che, in tema di oggetto materiale del reato di cui all'art. 314 cod. pen., rientrano nella categoria dei beni mobili oggetto di possibile appropriazione da parte del Pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio anche i beni c.d. immateriali tutte le volte in cui gli stessi abbiano un diretto ed intrinseco valore economicamente apprezzabile.

3. Il secondo tema introdotto con il rimo motivo di ricorso è quello della (contestata) altruità della cosa e cioè della Banca dati oggetto di affermata appropriazione; si dice, da parte del ricorrente che i dati informatici erano stati raccolti direttamente dalla GESTOR nel corso della attività di quest'ultima svolta in regime di concessione e che gli stessi erano tutt'al più oggetto di una semplice obbligazione di messa a disposizione e non di vera e propria restituzione.

3.1 In realtà, come ha correttamente osservato la Corte, il carattere di altruità della Banca dati in questione è chiaramente deducibile dal contenuto dell'art. 18 della Convenzione tra la GESTOR e il Comune di BRINDISI che, letto nella sua interezza, non solo sanciva che i dati informatici, in caso di risoluzione della Convenzione stessa, sarebbero "rimasti a vantaggio" del Comune ma aggiungeva, nel suo secondo enunciato, che i dati stessi "si apparterranno alla Amministrazione senza compenso alcuno".

3.2 Quindi, anche il possibile (ma del tutto ipotetico) dubbio che si sarebbe potuto nutrire sulla base del (in qualche modo equivoco) enunciato di cui al primo comma resta completamente fugato dal contenuto precettivo del secondo, che attribuisce senza dubbio la proprietà dei beni immateriali in questione al Comune di BRINDISI e impone quindi al concessionario, in caso di risoluzione del rapporto concessorio, un vero e proprio obbligo di restituzione di cosa appartenuta sin dall'inizio del rapporto, per quanto qui di diretto interesse, alla Pubblica amministrazione.

4. I temi proposti con il secondo motivo di ricorso quello della mancanza della c.d. "interversione nel possesso" e del dolo, sono del pari del tutto infondati.

4.1 Quanto alla prima prospettazione critica, che attiene specificamente alla questione della appropriazione, resta incontestato l'impianto giustificatorio sviluppato dalla Corte territoriale che ha adeguatamente osservato come, di fronte ad un chiaro obbligo di restituzione dei dati informatici più volte ricordati a seguito della risoluzione della convenzione con il Comune di BRINDISI, l'imputato non abbia materialmente restituito, nelle forme debite, l'archivio dei dati e delle notizie raccolte nemmeno dopo aver personalmente ed effettivamente preso atto del contenuto del lodo arbitrale di risoluzione (che già ribadiva l'obbligo di consegna al Comune indicato nell'art. 18 delle convenzione concessoria) e dopo aver personalmente ricevuto, il mese successivo, sia il lodo arbitrale munito di esecutorietà sia un atto di messa in mora, così che del tutto conseguentemente e motivatamente la Corte ha ritenuto sussistente l'elemento materiale della appropriazione e della avvenuta interversione del possesso.

4.2 La seconda prospettazione, poi, quella relativa alla affermata mancanza di dolo, è direttamente conseguente, nello sviluppo della giustificazione data dalla Corte, alle considerazioni svolte al numero che precede; chiarito che l'elemento soggettivo del reato di peculato resta realizzato dal mero dolo generico e cioè dalla coscienza e volontà di appropriarsi della cosa mobile appartenente (in questo caso) alla Pubblica amministrazione, va osservato che, per le ragioni già sviluppate più sopra e richiamate dalla motivazione della sentenza impugnata, l'imputato era pienamente conscio, per un verso della appartenenza al Comune di BRINDISI della Banca dati di cui s'è detto, per l'altro dell'obbligo di restituzione che gli incombeva a seguito della risoluzione del rapporto concessorio e degli atti conseguenti che gli erano stati notificati e che sono stati sopra ricordati, così che la certa, mancata restituzione della cosa deve necessariamente farsi risalire ad un atteggiamento di volontaria appropriazione della banca dati in questione.

Corte di Cassazione, VI, sentenza del 17.07.2018, n. 33031

P6 Commerciale - Processo - Pignoramento presso la società terza e azioni del socio

1. Il ricorso è fondato.
2. La Corte ha ritenuto che nonostante l'esecuzione di un pignoramento presso terzi, anziché direttamente presso il debitore, il pignoramento delle azioni del ricorrente dovesse reputarsi efficace, quand'anche suscettibile di opposizione, circostanza tale da non impedire la concreta configurabilità della condotta illecita.
3. Ma in realtà nel caso di specie il tema cruciale concerneva la stessa esistenza del pignoramento.

3.1. Va già rilevato in via generale che la formulazione dell'atto di pignoramento, avente ad oggetto somme, compensi ed azioni, dovute dalla società al debitore non implicava l'assoggettamento a vincolo delle azioni in possesso del F. , anche se nel corso della procedura originata dal pignoramento presso terzi il debitore aveva reso una dichiarazione riguardante la consistenza delle azioni e chiesto il ridimensionamento del pignoramento.

3.2. Ma ciò che risulta dirimente è che il pignoramento delle azioni, incorporanti il fascio di situazioni

soggettive che connotano la qualità di socio di società per azioni, è inquadrabile nell'alveo del pignoramento dei titoli di credito, disciplinato dall'art. 1997 cod. civ., alla cui stregua il pignoramento non ha effetto se non si attua sul titolo, non essendo sufficiente la mera annotazione sul libro soci, salva la necessità di siffatto genere di adempimenti aggiuntivi in rapporto alla natura del titolo.

Sta di fatto che in assenza dell'esecuzione del pignoramento mediante diretta attuazione sul titolo non può dirsi che un pignoramento, prima ancora che opponibile, sia efficacemente costituito, a prescindere dall'atteggiamento di buona o mala fede del debitore (sul punto si richiama la condivisibile motivazione di Cass. Civ., Sez. 1, n. 1588 del 20/1/2017, rv. 643502-01).

Il principio esposto, emergente dal citato arresto, costituisce peraltro il risultato di un'attenta analisi della disciplina vigente e si alimenta anche di precedenti pronunce, con le quali era stato già sottolineato che il pignoramento di un credito incorporato in titolo di credito, ove eseguito non presso il debitore, con materiale apprensione dello stesso, ma nella forma del pignoramento presso terzi, è affetto da nullità assoluta e non sanabile (Cass. Civ., Sez. 2, n. 2917 del 7/4/1990, rv. 466496-01, e Cass. Civ., Sez. 3, n. 1882 del 24/3/1882, rv. 419726-01).

4. Sulla base di quanto osservato deve in conclusione escludersi che fosse efficacemente operante il pignoramento, non potendosi nel caso concreto applicare il diverso principio secondo cui il delitto di cui all'art. 388 cod. pen. non è escluso dall'illegittimità del pignoramento, fino a quando il giudice civile non ne abbia dichiarato l'inefficacia (Cass. Sez. 6, n. 8428 del 17/1/2008, Lieto, rv. 239313).

Ne discende che in assenza di un pignoramento da reputarsi esistente ed efficace, non avrebbe potuto configurarsi la violazione dell'art. 388, comma quarto, cod. pen., con la conseguenza che la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio per insussistenza del fatto.

Corte di Cassazione, VI, sentenza del 17.07.2018, n. 33024

P6 *Stranieri - Ricongiungimento familiare, pratiche agevolate e corruzione - Fattispecie

1. Il ricorso è inammissibile in quanto proposto per motivi manifestamente infondati, con le conseguenze di cui all'art. 616 cod. proc. pen. in tema di condanna alle spese del procedimento e alla sanzione pecuniaria.
2. Il primo tema critico sollevato con il ricorso, quello della affermata, mancata individuazione degli atti contrari ai doveri di ufficio, costituisce la mera riproposizione, senza alcuna effettiva connessione argomentativa esposta in termini di reale confutazione, di temi e valutazioni già avanzati davanti alla Corte di Appello e già da quest'ultima rigettati con motivazione pienamente rispettosa dei principi di diritto che si sono succeduti sul tema.

2.1 La Corte di Appello, infatti, ha espressamente indicato gli atti contrari ai doveri di ufficio non solo in via generale, e cioè nella trattazione agevolata di pratiche di ricongiungimento familiare, ma anche, con successivo dettaglio, nelle tre distinte occasioni, rigorosamente individuate anche nella loro collocazione temporale, nelle quali il ricorrente ha ricevuto del denaro per anticipare i tempi di trattazione delle pratiche di ricongiungimento.

2.2 Sulla base dei dati di fatto di cui sopra, non contestati dal ricorrente e sostanzialmente ammessi anche dall'imputato, la Corte ha conseguentemente affermato la sussistenza del reato di cui all'art. 319 cod. pen. in quanto gli atti contrari ai doveri di ufficio erano stati materialmente individuati nella loro essenza (si tratta delle tre pratiche di ricongiungimento alle quali si è fatto cenno più sopra), e, più in generale, in corretta adesione al principio per cui configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio - e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione, di cui all'art. 318 cod. pen. - lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati, si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali (così da ultimo, ma a riaffermazione di un orientamento costante, Cass. Sez. 6 15/9/2017 n. 46492, Argenziano, Rv 271383).

3. In merito poi alla seconda prospettazione critica sollevata con il ricorso, quella della assenza di competenza specifica dall'imputato in relazione alla trattazione della pratiche di ricongiungimento, va ribadito che si tratta ancora di valutazioni e censure che non tengono conto della ineccepibile osservazione della Corte secondo la quale non è necessario che l'agente abbia una competenza specifica in relazione all'atto da compiere ma è sufficiente una generica competenza derivata dalla appartenenza all'Ufficio pubblico preposto al compimento dell'atto che comunque gli consenta di intervenire nella formazione o manifestazione della volontà dell'Ente pubblico (così, da ultimo, Cass. Sez. 6 26/2/2016 n. 23355, Margiotta, Rv 267060).

3.1 Tanto più persuasiva è poi la tesi della Corte di Appello se si considera la circostanza che l'imputato, come si è detto, ha ammesso di aver ricevuto in tre occasioni del denaro proprio per "velocizzare" le pratiche in questione, con ciò dimostrando una sua specifica competenza funzionale alla trattazione delle stesse o almeno, una sua concreta possibilità di ingerenza anche di mero fatto nella relativa procedura di rilascio.

Corte di Cassazione, VI, sentenza del 17.07.2018, n. 33032

P6 *Gioco d'azzardo patologico e peculato - Fattispecie

1. I motivi di ricorso, che possono ricevere congiunta trattazione, sono inammissibili per le ragioni di seguito indicate.
2. In via preliminare va data qualificazione al disturbo da gioco d'azzardo per un percorso in cui il dato scientifico si coniughi efficacemente con i profili giuridici destinati a venire in rilievo, segnatamente,

quanto alla capacità di intendere e volere dell'autore del reato e quindi sulla sua imputabilità (artt. 88 e 89 cod. pen.).

Il gioco d'azzardo patologico viene classificato per i più recenti approdi della nosologia medica (Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali o DSM nei suoi successivi aggiornamenti) quale disturbo del controllo degli impulsi e definito come comportamento persistente, ricorrente e maladattativo che registra una compromissione delle attività personali, familiari o lavorative.

La giurisprudenza di legittimità chiamata ad interrogarsi sui disturbi della personalità per scrutinarne la rilevanza ai fini della imputabilità del reato ed alla loro più ampia ascrivibilità alla categoria della infermità mentale, capace di escludere o grandemente far scemare la capacità di intendere e di volere integrativa della prima (artt. 88 e 89 cod. pen.), si è trovata da tempo ad affermarne il rilievo.

Si è così detto che "ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i "disturbi della personalità", che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di "infermità", purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale".

All'indicata qualificazione si è ritenuto che consegua la non rilevanza ai fini dell'imputabilità di anomalie caratteriali o alterazioni della personalità che risultino tali da non presentare gli esposti caratteri e, ancora, gli stati emotivi e passionali che in quanto temporanei ed accidentali non sono destinati a definire un quadro di infermità come previsto dal codice penale (Sez. U, n. 9163 del 25/01/2005, Raso, Rv. 230317; in termini: Sez. 1, n. 52951 del 25/06/2014, Guidi, Rv. 261339; in materia di gioco d'azzardo, in termini sulla qualificazione: Sez. 2, n. 24535 del 22/05/2012, Bonadio, Rv. 253079).

Il disturbo della personalità registra una dipendenza dell'agente da situazioni e beni e può tradursi in una causa di esclusione dell'imputabilità là dove esso assuma connotati di intensità tali da escludere la capacità dell'agente di autodeterminarsi.

Scrutinata ancora nella giurisprudenza di legittimità la nozione di imputabilità intesa come capacità di intendere e di volere del soggetto, si è in tal modo valorizzata di quest'ultima l'autonoma e decisiva rilevanza agli effetti del giudizio di cui agli artt. 85 e 88 cod. pen., anche in ipotesi di accertata capacità di intendere, a cui si accompagni la comprensione del disvalore sociale della azione delittuosa.

Si tratta di ipotesi in cui si registra nel carattere irresistibile per l'agente degli impulsi all'azione l'apprezzamento da parte del primo della riprovevolezza della seconda che risulta comunque non contenibile per la consistenza ed ampiezza degli impulsi, tali da vanificare la capacità di apprezzare dell'azione le conseguenze.

All'indicata forza determinativa deve altresì accompagnarsi il nesso eziologico tra impulso e condotta

criminosa sicché il fatto di reato deve essere causalmente determinato da quello specifico disturbo mentale idoneo ad alterare non l'intendere, ma il solo volere dell'autore della condotta illecita, restando fermo l'onere dell'interessato dimostrare il carattere cogente nel singolo caso dell'impulso stesso (Sez. 6, n. 18458 del 05/04/2012, Bondì, Rv. 252686).

In applicazione degli indicati principi il disturbo da gioco d'azzardo è un disturbo della personalità o disturbo del controllo degli impulsi destinato, come tale, a sconfinare nella patologia e ad incidere, escludendola, sulla imputabilità per il profilo della capacità di volere.

3. Ciò posto, difetta negli argomenti difensivi portati, per gli articolati motivi di ricorso, una tempestiva allegazione della cogenza del disturbo tale da escludere ogni volontà nell'imputato della condotta appropriativa a lui contestata (art. 314 cod. pen.).

Con carattere di novità infatti la difesa contesta l'esistenza in capo al prevenuto all'epoca in cui venne commesso il fatto, all'esito di un effettuato test di controllo, di aver superato "i criteri del DSM 4 per stabilire una patologia da G.A.P. (o patologia da gioco d'azzardo)", senza che il motivo, nei suoi contenuti, trovi speculare riscontro in quanto dedotto dinanzi alla Corte territoriale chiamata a pronunciare su di una patologia psichiatrica non meglio definita nella sua capacità di escludere la capacità di volere del soggetto e di rappresentazione delle conseguenza della propria azione.

La novità del profilo che connota il ricorso chiama questa Corte in modo non consentito a pronunciare sul fatto.

4. Il ricorso è pertanto inammissibile, assorbita ogni diversa deduzione sulla prova.
5. All'inammissibilità del ricorso segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma equitativamente stimata in ragione dei profili di colpa che connotano l'assunta iniziativa giudiziaria di Euro 2.000,00 in favore della cassa delle ammende.

Corte di Cassazione, VI, sentenza del 18.07.2018, n. 33463

P6 *Stupefacenti - Spaccio di lieve entità - Presupposti e requisiti

1. Il primo motivo è fondato, in quanto i fatti contestati ai capi 1 e 3 possono essere riqualificati ai sensi dell'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990.

La giurisprudenza di questa Corte ritiene che la cessione continuativa a terzi di sostanze stupefacenti può integrare il fatto di lieve entità di cui al quinto comma, dell'art. 73 d.P.R. cit., avuto riguardo alla quantità e qualità della sostanza detenuta e spacciata, da accertarsi con riguardo al principio attivo, alla complessità ed all'ampiezza della organizzazione, al numero ed alla qualità dei soggetti coinvolti; inoltre, con riferimento all'organizzazione si è precisato che il reato di cui al comma 5 non è di per sé incompatibile con lo

svolgimento di attività di spaccio di stupefacenti non occasionale, ma inserita in un'attività criminale organizzata o professionale, ciò in quanto l'art. 74, comma sesto, d.P.R. n. 309 del 1990, prevede l'autonoma ipotesi di associazione finalizzata alla commissione di fatti di detenzione e cessione di lieve entità, cioè riferiti al c.d. piccolo spaccio, ancorché organizzato (Sez. 6, n. 28251 del 09/02/2017, Mascali, Rv. 270397).

Nel caso in esame, le contestazioni rivolte all'imputato ai capi 1 e 3 riguardano un'attività di spaccio rivolta nei confronti delle stesse persone (Marco B. e Stefano A.), avente ad oggetto la vendita di poche dosi alla volta con una frequenza bisettimanale per periodi limitati nel tempo, avvalendosi di volta in volta di pusher. Si tratta di un'attività che può rientrare nel concetto di piccolo spaccio, anche in considerazione della limitata organizzazione messa in piedi dall'imputato. Del resto il c.d. piccolo spaccio si caratterizza per una complessiva minore portata dell'attività dello spacciatore e dei suoi eventuali complici, con una ridotta circolazione di merce e di denaro nonché di guadagni limitati e che ricomprende anche la detenzione di una provvista per la vendita che, comunque, non sia superiore, tenendo conto del valore e della tipologia della sostanza stupefacente, a dosi conteggiate a "decine" (Sez. 6, n. 15642 del 27/10/2015, Driouech, Rv. 263068).

2. Il secondo motivo è assorbito dall'accoglimento del primo.
3. Gli altri due motivi sono infondati.

La sentenza impugnata fonda la responsabilità dell'imputato oltre che sulle dichiarazioni di R.R. , R.R.O.D. , B.M. , A.S. - dichiarazioni che si riscontrano reciprocamente -, soprattutto sui risultati delle intercettazioni che, nella ricostruzione dei giudici, forniscono un autonomo quadro probatorio sulla attività di spaccio dell'imputato e, nello stesso tempo, riscontrano le indicate dichiarazioni.

4. In conclusione, a seguito della riqualificazione dei fatti di cui ai capii e 3 nell'ipotesi di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990, la sentenza deve essere annullata limitatamente al trattamento sanzionatorio, con rinvio alla Corte d'appello di Perugia per nuovo giudizio sul trattamento sanzionatorio.; nel resto il ricorso deve essere rigettato.

Corte di Cassazione, VI, sentenza del 17.07.2018, n. 33019

P6 *Continuità di atti, apparenza ed esercizio abusivo della professione

1. Il ricorso è inammissibile in quanto fondato sui motivi già proposti con l'appello e congruamente respinti in secondo grado e tanto sia per l'insindacabilità delle valutazioni di merito adeguatamente e logicamente motivate sia per la genericità delle doglianze che, così prospettate, solo apparentemente denunciano un errore logico o giuridico determinato (Sez. 3, n. 44882 del 18/07/2014, Cariolo, Rv. 260608).

2. Il primo motivo ripropone il tema dell'assoggettamento alla disciplina ordinistica dell'attività di

consulenza tributaria ed aziendale e quindi all'integrazione del reato di esercizio abusivo di una professione, nei termini di cui all'art. 348 cod. pen., là dove l'attività professionale venga esercitata in difetto della speciale abilitazione dello Stato.

La giurisprudenza di legittimità ha dato dell'esercizio della professione, integrativo del reato di cui all'art. 348 cod. pen., una lettura espressiva del rispetto dei livelli di competenza necessari a garantire tutela ad interessi pubblici a protezione costituzionale.

Per il meccanismo del rinvio alla disposizione extrapenale, l'art. 348 cod. pen. diviene una "norma penale in bianco" in quanto presuppone l'esistenza di altre norme volte ad individuare le professioni per le quali è richiesta la speciale abilitazione dello Stato e, con l'indicato titolo, le condizioni, soggettive e oggettive, tra le quali l'iscrizione in un apposito albo, in mancanza delle quali l'esercizio della professione risulta abusivo (ex multis: Sez. 2, n. 16566 del 07/03/2017, D.F., Rv. 269580; Sez. 6, n. 47028 del 10/11/2009, Trombetta, Rv. 245305; Sez. 5, n. 41142 del 17/10/2001, Coppo, Rv. 220186).

In applicazione dell'indicato principio con riguardo alla professione di dottore commercialista e di consulente del lavoro, la Corte di appello di Cagliari, in piena e corretta adesione alle affermazioni di questa Corte -puntualmente segnate dalla sentenza a Sezioni Unite n. 11545 del 2012 dalle cui persuasive conclusioni questo Collegio non ha ragione di discostarsi - ha debitamente valutato le attività svolte dall'imputato, per poi apprezzarne la piena riconducibilità alla contestata fattispecie di reato.

2.1. Viene in considerazione, nella sua duplice accezione, la nozione di abusivo esercizio della professione che è tale sia perché svolta nella sua natura liberale-ordinistica in assenza della prescritta abilitazione sia perché si è comunque tradotta in una pluralità di atti che, pur non riservati in via esclusiva alla competenza specifica di una professione, nel loro continuo, coordinato ed oneroso riproporsi ingenerano una situazione di apparenza evocativa dell'attività professionale svolta da soggetto regolarmente abilitato, con conseguente affidamento incolpevole della clientela (Sez. U, n. 11545 del 15/12/2011, dep. 2012, Cani, Rv. 251819).

La motivazione impugnata, articolata lungo le indicate coordinate, perviene per debito scrutinio del materiale di prova a conclusioni che sfuggono a censura in sede di legittimità.

2.2. La Corte territoriale ha ricondotto le attività ascritte all'imputato, di tenuta della contabilità delle imprese ed in materia del lavoro, a quelle riservate dal d.lgs. n. 139 del 2005, contenente la "Costituzione dell'ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, a norma dell'art. 2 della L. 24 febbraio 2005, n. 34 ai dottori commercialisti" e dalla legge n. 12 del 1979, contenente norme "Norme per l'ordinamento della professione di consulente del lavoro".

Delle prime i giudici di appello hanno apprezzato il rilievo penale dopo aver escluso, con argomenti congrui che non si espongono a critica in questa sede, l'esistenza di meccanismi diretti a ricondurre l'operatività delle strutture stesse (la M. Consulting S.r.l. che priva di dipendenti, e riconducibile al prevenuto, si relazionava direttamente con i clienti finali ed il Centro studi aziendali - M. Consulting, dotato di dipendenti privi dell'autorizzazione all'esercizio della professione), alle quali l'attività professionale era riferibile, al

modello del professionista abilitato.

2.3. Ancora, della legge n. 4 del 2013, contenente "Disposizioni in materia di professioni non organizzate", si è data nell'impugnata sentenza una corretta cornice di operatività per debito distinguo tra le figure professionali cc.dd. protette, e non.

Le une organizzate per sistemi ordinistici a previsione costituzionale (art. 33 Cost.) - per le quali, con il meccanismo del rinvio alla disposizione extrapenale, l'art. 348 cod. pen. diviene una "norma penale in bianco" in quanto presuppone l'esistenza di altre norme volte ad individuare le professioni per le quali è richiesta la speciale abilitazione dello Stato e le condizioni, soggettive e oggettive, tra le quali l'iscrizione in un apposito albo, in mancanza delle quali l'esercizio della professione risulta abusivo (sul punto, Sez. 6, n. 2691 del 09/11/2017, dep. 2018, Dus, in motivazione, p. 9) - e le altre in cui lo svolgimento dell'attività libero-intellettuale, in attuazione dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione e nel rispetto dei principi dell'Unione Europea in materia di concorrenza e di libertà di circolazione (art. 1 legge n. 4 cit.), resta emancipato dalle indicate forme.

Il tutto, comunque, per una complessiva disciplina in cui si accompagnano, nella coesistenza dei due sistemi, alle spinte di ispirazione convenzionale, dirette a favorire il mercato e la concorrenza, quelle, interne, di tutela delle professioni liberali, riservate.

2.4. Il tema dell'ovveruling, pure oggetto del primo motivo e che si vorrebbe integrato, nelle difese articolate dall'imputato, dalle affermazioni in diritto contenute nella sentenza di questa Corte a Sezioni Uniti n. 11545 del 15/12/2011 cit., riceve debito apprezzamento da parte dei giudici di appello di Cagliari là dove essi evidenziano la mancanza, nei principi in sentenza sostenuti, del carattere dell'imprevedibilità, in quanto elaborazione di una precedente giurisprudenza di legittimità.

Tale è stata nella giurisprudenza di questa Corte l'affermazione della non rilevanza ai fini della configurabilità del reato di abusivo esercizio di una professione della distinzione tra i cc.dd. atti tipici della professione o atti riservati in via esclusiva a soggetti dotati di speciale abilitazione ed atti cc.dd. caratteristici o strumentalmente connessi ai primi ove compiuti in modo continuativo e professionale (Sez. 6, n. 49 del 08/10/2002, dep. 2003, Notaristefano, Rv. 223215).

La prospective overrulig che ha ricevuto elaborazione della giurisprudenza civile di legittimità vuole un mutamento di orientamento, repentino ed inopinato, della regola del processo che comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa e che richieda una tutela dell'affidamento incolpevole della parte nella norma in precedenza enunciata (Sez. 6 - L, Ordinanza n. 8445 del 05/04/2018 (Rv. 647572 - 01); Sez. 6 5, Ordinanza n. 15530 del 27/07/2016 (Rv. 640763 - 01).

Si tratta invero di modifica dei termini processuali la cui affermazione non si attaglia alla fattispecie scrutinata dalle indicate Sezioni Unite Cani, nella squisita valenza sostanziale della disciplina nella stessa prevista.

Il motivo di ricorso è quindi, nel suo complesso, inammissibile perché manifestamente non fondato e perché reiterativo di critica che ha trovato nell'impugnata sentenza corretta e congrua risposta.

3. Il motivo sulla prova resta anch'esso inammissibilmente proposto perché denuncia un travisamento che manca di individuare della prova stessa il carattere decisivo non confrontandosi sul punto con le conclusioni, sostenute da un'articolata piattaforma di prova, della Corte di appello rispetto alle quali, restano estranei e non concludenti gli argomenti portati dalla difesa.
4. Conclusivamente il ricorso è inammissibile.
5. All'inammissibilità segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma equitativamente stimata in ragione dei profili di colpa che connotano l'assunta iniziativa giudiziaria di Euro 2.000,00 in favore della cassa delle ammende nonché alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel grado dalla costituita parte civile, Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Cagliari, spese liquidate come da dispositivo.

Corte di Cassazione, VI, sentenza del 18.07.2018, n. 33464

P3 Processo - Condanna patteggiata, estinzione del reato per decorso dei termini e computo della recidiva

1. Il ricorso è fondato e va accolto.
2. Come si evince della lettura del certificato del casellario giudiziale in atti, il ricorrente ha due precedenti costituiti da due sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, irrevocabili, l'una (del 1.3.1996) il 25.6.1996 e l'altra (del 24.6.1997) il 18.7.1997.

Non risulta che il ricorrente abbia commesso, successivamente alla sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile, il 18.7.1997, altro reato nei cinque anni successivi e, quindi la recidiva è stata erroneamente contestata e ritenuta, quale recidiva reiterata specifica.

Dal combinato disposto degli artt. 445, comma 2, cod.proc.pen. e 106 cod. pen. si evince chiaramente che la prima disposizione prevede che l'estinzione del reato comporta anche quella di ogni effetto penale e l'articolo 106 del codice penale dispone al comma 2, in deroga al comma 1, che, qualora vi sia l'estinzione degli effetti penali, della precedente condanna non si debba tener conto agli effetti della recidiva.

Inoltre, va ricordato che l'estinzione del reato oggetto della sentenza di patteggiamento in conseguenza del verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445, comma 2, cod. proc. pen. opera ipso iure, senza che sia necessaria una specifica pronuncia del giudice dell'esecuzione (in tal senso Sez. 6, n. 6673 del 29/01/2016, Mandri, Rv. 2661200: "L'estinzione del reato oggetto di sentenza di patteggiamento, in conseguenza del verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445, comma secondo, cod. proc. pen., opera "ipso jure" e non richiede una formale pronuncia da parte del giudice dell'esecuzione"; nello stesso senso vedi anche Sez. 5, n. 20068 del 22/12/2014, dep. 14/05/2015, Valente, Rv. 2635030).

Ne consegue, quindi, l'affermazione che, in tema di patteggiamento, la declaratoria di estinzione del reato conseguente al decorso dei termini e al verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445 cod. proc. pen. comporta l'esclusione degli effetti penali anche ai fini della recidiva (Sez.3, n.7067 del 12/12/2012, dep.13/02/2013, Rv. 254742; Sez.6, n.6673 del 29/01/2016, Rv. 266119).

È dunque errata l'affermazione della Corte di appello con cui esclude l'applicabilità del disposto dell'art. 445, comma 2, cod.proc.pen. ai fini della valutazione e qualificazione della recidiva, che, risulta, pertanto, erroneamente qualificata quale recidiva reiterata specifica.

Di conseguenza la sentenza va annullata sul punto, dovendo procedere la Corte territoriale alla riqualificazione della recidiva tenendo conto dei principi di diritto suesposti e, all'esito alla rideterminazione della pena; ai sensi dell'art. 624 cod. proc. pen. va dichiarata l'irrevocabilità della sentenza in ordine all'affermazione di responsabilità.

Corte di Cassazione, III, sentenza del 16.07.2018, n. 32492

AMMINISTRATIVO

ACG *Processo - Comportamento delle parti ed argomento di prova - Presupposti e requisiti

1 L'Università degli Studi di Messina con bando pubblicato il 27 maggio 2015 indiceva una procedura aperta per l'affidamento del "servizio di conduzione, gestione e manutenzione degli impianti tecnologici degli immobili dell'Ateneo", per la durata di anni quattro e un importo complessivo di 2.479.606,68 euro.

Nella seduta di gara del 27 ottobre 2015, dopo la verifica della documentazione amministrativa e l'attribuzione dei punteggi alle cinque offerte tecniche ed economiche pervenute, veniva redatta la graduatoria provvisoria, nella quale la soc. Siram si collocava al primo posto con 100 punti, la s.r.l. Cogiatech al secondo con 72,680 punti, e infine il Raggruppamento Temporaneo guidato dalla Guerrato s.p.a. al terzo con 71,782 punti.

L'Università sottoponeva quindi a verifica di anomalia l'offerta della prima classificata, e nella successiva seduta del 22 gennaio 2016, dopo aver preso atto dell'esame delle sue giustificazioni da parte della Commissione di gara, escludeva la soc. Siram, ritenendo non congrua la sua offerta.

Nel prosieguo, l'Ateneo riprendeva le operazioni di gara procedendo a un nuovo confronto a coppie tra le concorrenti rimaste e alla riparametrazione dei loro punteggi, al cui esito la soc. Cogiatech (di seguito, senz'altro la Cogiatech) risultava prima in graduatoria per aver stavolta ottenuto, diversamente dal precedente punteggio complessivo pari a 72,680, punti 60 per l'offerta economica e 40 per quella tecnica.

Alla luce di questo nuovo punteggio anche la Cogiatech veniva allora sottoposta alla verifica di anomalia, alla conclusione della quale l'Amministrazione le comunicava con nota del 15 settembre 2016, ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006, l'esclusione dalla gara.

2 Da qui il ricorso al T.A.R. per la Sicilia della stessa Cogiatech, notificato il 15-19 ottobre 2016 e depositato il successivo giorno 31, avverso l'esclusione che l'aveva colpita.

L'impugnativa veniva affidata a censure che il Giudice di prime cure avrebbe così sunteggiato.

"Con il primo motivo la ricorrente lamenta che la decisione dell'Università di sottoporre la propria offerta alla verifica di anomalia per aver superato la soglia di cui all'articolo 86, comma 2, del decreto legislativo

163/2006 (quattro quinti del punteggio massimo previsto dal bando), anziché di procedere allo scorrimento della graduatoria e alla aggiudicazione in proprio favore, sarebbe illegittima perché in violazione dell'articolo 38 comma 2 bis del decreto legislativo 163/2006.

In particolare, la Cogiatech precisa che, nella seduta di gara del 27 ottobre 2015, aveva ottenuto il punteggio complessivo di 72,68, dato dalla sommatoria di 48,668 per l'offerta economica e 24,012 per l'offerta tecnica, il quale la sottraeva alla verifica di anomalia ai sensi del richiamato articolo 86, comma 2, del decreto legislativo 163/2006, poiché d'un canto non superava nel suo complesso la soglia dei quattro quinti di 100 e dall'altro, con riguardo ai 24,012 punti, risultava inferiore ai quattro quinti del punteggio massimo di 40 previsto per l'offerta tecnica dal bando di gara (pari a 32 punti).

Pertanto l'Amm.ne avrebbe dovuto senz'altro procedere all'aggiudicazione in favore di Cogiatech che, in ragione del principio di stabilità della soglia di anomalia e di immodificabilità delle medie introdotto dal decreto legge 90/2014, risultava aggiudicataria in quanto posizionata al secondo posto in graduatoria e non sospetta di anomalia.

Con il secondo motivo di ricorso Cogiatech, in subordine, sostiene l'illegittimità della dichiarazione di non congruità della propria offerta, argomentando come al contrario la stessa risultasse congrua ed affidabile anche a seguito delle verifiche sull'anomalia."

La ricorrente, oltre a richiedere l'annullamento degli atti impugnati, domandava il riconoscimento del proprio diritto al risarcimento del danno: in forma specifica, mediante declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto nelle more eventualmente stipulato e con il proprio subentro, o, in via subordinata, per equivalente.

L'Università di Messina, costituitasi in giudizio in resistenza al gravame, depositava una relazione dalla quale si evinceva che la propria scelta di procedere, dopo l'esclusione della soc. Siram, a un nuovo calcolo dei punteggi, anziché dare scorrimento alla graduatoria, era stata compiuta sulla base di un parere del proprio Ufficio legale: avviso secondo il quale, appunto, l'esclusione di un concorrente, in una procedura basata sul metodo del confronto a coppie, non darebbe luogo a uno scorrimento della graduatoria, bensì i punteggi andrebbero tutti necessariamente ricalcolati.

L'Università deduceva, inoltre, che nel caso in esame l'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006 non avrebbe trovato applicazione, rivestendo rilevanza solo in sede processuale.

3 All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adìto con la sentenza n. 805/2017 in epigrafe accoglieva

il ricorso della Cogiatech, del quale reputava fondato il primo mezzo con l'assorbimento delle censure residue.

Il T.A.R. riteneva, infatti, applicabile alla fattispecie la regola legislativa, introdotta dal dianzi citato comma 2 bis, dell'immodificabilità della media delle offerte e della soglia di anomalia, regola alla quale non avrebbero ostato, in concreto, né l'operatività del criterio del confronto a coppie, né la circostanza che l'estromissione della soc. Siram fosse avvenuta in una fase di aggiudicazione solo provvisoria.

Di conseguenza, nella specie sarebbero venuti a mancare i presupposti per una verifica c.d. automatica dell'anomalia ai sensi dell'art. 86, comma 2, del precedente Codice dei contratti pubblici. E, per quanto il successivo comma 3 dello stesso articolo conferisse all'Amministrazione anche il potere di verificare comunque l'anomalia dell'offerta risultante, "in base ad elementi specifici, … anormalmente bassa", gli atti di causa -sempre secondo il giudizio del T.A.R.- non denotavano che l'Amministrazione avesse esercitato tale facoltà.

Il primo Giudice, pertanto:

- annullava l'esclusione impugnata dalla Cogiatech, pur facendo espressamente salva la facoltà dell'Amministrazione "di procedere al giudizio, appunto, facoltativo sull'anomalia dell'offerta sulla scorta della sussistenza dei richiamati presupposti e … delle censure specifiche introdotte in giudizio da parte ricorrente";

- accoglieva anche la domanda della società ricorrente diretta a ottenere la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio;

- respingeva, infine, la sua domanda di risarcimento dei danni per equivalente, poiché dalla disposta e conseguente stipula del contratto sarebbe derivato il soddisfacimento della pretesa della ricorrente all'integrale esecuzione della commessa.

4 Seguiva avverso tale sentenza la proposizione del presente appello da parte dell'Amministrazione soccombente, che formulava contro la pronuncia, in sintesi, le seguenti censure:

- il ricorso originario, avendo investito un'esclusione disposta nella seduta del 14 settembre 2016 alla presenza del rappresentante della società Cogiatech, ed essendo stato avviato a notifica solo il 15 ottobre

successivo, doveva essere dichiarato tardivo;

- il limite procedimentale per fare applicazione della regola legislativa d'immodificabilità della soglia di anomalia applicata dal T.A.R. sarebbe stato, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (sentenze nn. 740/2015 e 67/2017), quello dell'aggiudicazione provvisoria;

- il terzo comma dell'art. 86 del d.lgs. n. 163/2006 attribuisce alla Stazione appaltante il più ampio margine di manovra per la verifica di anomalia, e dunque consente che gli elementi che non giustificherebbero un'esclusione automatica possano comunque essere utilizzati in sede di verifica discrezionale della congruità dell'offerta.

Resisteva all'appello l'originaria ricorrente, la quale controdeduceva ai rilievi dell'Ateneo appellante e riproponeva le proprie iniziali doglianze rimaste assorbite nella pronuncia in epigrafe.

La stessa appellata con ulteriore memoria sviluppava le proprie ragioni e insisteva per la reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 10 gennaio 2018 la causa veniva una prima volta trattenuta in decisione.

5 Questo Consiglio con sentenza parziale 19 febbraio 2018 n. 96 rilevava che l'appello dell'Università di Messina era fondato, ma le esigenze istruttorie riscontrabili rispetto ai motivi dell'originario ricorso introduttivo assorbiti dal T.A.R. e riproposti nel nuovo grado di giudizio richiedevano degli incombenti.

Più precisamente, il Consiglio giudicava:

- infondato il primo motivo dell'appello, imperniato su una presunta tardività del gravame di prime cure;

- meritevole di accoglimento il secondo e assorbente motivo dello stesso appello, con il quale l'Ateneo aveva censurato la sentenza di primo grado deducendo l'inapplicabilità al caso concreto della regola d'immodificabilità della media delle offerte e della soglia di anomalia dettata dall'art. 38, comma 2 bis, cit..

Il Consiglio, pervenuto alla conclusione che si rivelavano immuni dai vizi dedotti tanto la ridefinizione dei

punteggi e il ricalcolo della soglia di anomalia effettuati dall'Università dopo l'esclusione della soc. Siram, quanto la susseguente sottoposizione a verifica di anomalia dell'offerta della Cogiatech, osservava quindi quanto segue.

"Il riscontro, appena compiuto, della fondatezza dell'appello, pur comportando la necessità di una riforma della sentenza di prime cure non toglie, però, che il Collegio sia chiamato a scrutinare anche le censure dell'originario ricorso di parte privata che, dopo essere state assorbite dal T.A.R., sono state in questa sede riproposte.

Viene allora così in rilievo, in definitiva, il secondo motivo del ricorso di primo grado, con il quale la Cogiatech ha articolatamente avversato la sostanza della valutazione amministrativa di anomalia della propria offerta di gara argomentando come la stessa fosse risultata, al contrario, congrua e affidabile.

In merito il Collegio, attesi i contenuti anche tecnici della relativa materia e la sua complessità, ravvisa utile disporre un approfondimento istruttorio nella forma di una relazione di chiarimenti da parte dell'ente appaltante, la quale dovrà avere riguardo ai singoli punti sollevati dalla società con le proprie contestazioni ed essere sviluppata in aderenza alle risultanze oggettive del subprocedimento interessato.

La relazione richiesta dovrà essere trasmessa, con il corredo della conferente documentazione, nel termine fissato dal seguente dispositivo" (n.d.r.: giorni quarantacinque dalla notificazione o comunicazione o in via amministrativa della medesima sentenza parziale).

6 L'Università appellante, pur ricevendo comunicazione della sentenza n. 96/2018 (trasmessa sia ad essa, sia alla relativa difesa erariale) sin dal 19 febbraio 2018, ometteva di riscontrare la prescrizione istruttoria rivoltale.

Con successiva memoria la Cogiatech, dato atto di tanto, e rimarcata quindi l'ingiustificata mancanza di collaborazione dell'Amministrazione all'istruttoria processuale ai sensi dell'art. 116 cpv. c.p.c., insisteva per l'accoglimento del proprio primitivo ricorso nella parte residua.

Alla pubblica udienza del 4 luglio 2018 la causa è stata conclusivamente trattenuta in decisione.

7 L'originario ricorso introduttivo nella parte che resta da decidere dopo la sentenza n. 96/2018 merita accoglimento, la sentenza impugnata potendo pertanto essere confermata con una diversa motivazione.

7a Occorre introduttivamente dare atto che la verifica dell'offerta della Cogiatech in punto di eventuale anomalia è stata condotta dall'Amministrazione con modalità estremamente meticolose e approfondimento spinto al massimo dettaglio (tanto che vi sono stati appunti dell'apposita Commissione alla società anche per importi dalla consistenza assai modesta), pervenendosi a conclusione di tutto ciò ad ascrivere all'offerta in scrutinio un utile negativo non eccedente la misura di circa 51mila euro per anno.

La gran parte del differenziale di costi riscontrato a carico della ricorrente risale, peraltro, a un calcolo del monte ore di manodopera che la Commissione ha reputato errato; la stessa Commissione ha inoltre ritenuto non conteggiabile a favore della società il "fondo di garanzia" di circa 14 mila euro da questa vantato quale "margine di sicurezza" per la globale sostenibilità dell'offerta.

7b Tanto premesso, il Collegio deve tornare sulla circostanza che l'Università di Messina non ha ottemperato alla richiesta di chiarimenti rivoltale sui punti sollevati dalla società con le proprie contestazioni del giudizio di anomalia che l'ha colpita: la disposizione istruttoria di questo Consiglio non è stata riscontrata in alcun modo, foss'anche solo per chiedere una proroga del termine assegnato per l'esecuzione dell'incombente.

Né è superfluo osservare che l'Università nemmeno nel corso del giudizio di primo grado aveva controdedotto in merito al relativo secondo mezzo del ricorso del privato (avendo fatto allora rinvio, al riguardo, a degli elementi che sarebbero stati forniti dalla propria struttura tecnica, i quali non sono però mai pervenuti).

7c Fondatamente l'appellata si è richiamata, dunque, all'art. 116 cpv. c.p.c., stigmatizzando l'ingiustificata mancanza di collaborazione dell'Amministrazione all'istruttoria processuale.

L'articolo così invocato, già rilevante ex se in forza del rinvio operato dall'art. 39 C.P.A., stabilisce che "Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo."

Il Codice del processo amministrativo ha peraltro recepito con apposita previsione, attraverso il proprio art. 64, comma 4, il nucleo di tale principio, confermando che "Il giudice … può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo."

Dal canone indicato (per l'applicazione del quale cfr. ad es. Cons. giust. amm., 2 gennaio 2012, n. 14; C.d.S.,

sez. V, 9 giugno 2009, n. 3524; VI, 25 novembre 2008, n. 5768) si desume, pertanto, che “la valutabilità del comportamento processuale delle parti costituisce un elemento della formazione del libero convincimento del giudice, che può giungere anche a ritenere ammessi i fatti dedotti dalla controparte a sostegno del ricorso (C.d.S., sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4822; 3 ottobre 2003, n. 5736), senza tuttavia che ciò costituisca un effetto automatico e necessitato” (in termini, C.d.S., sez. V, 24 novembre 2011, n. 6224), e fermo restando, quindi, che la possibilità per il Giudice di dare per provati i fatti affermati dal ricorrente non deve porsi in contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa (C.d.S., sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2423; 15 maggio 2008, n. 2247).

7d Il Collegio, ciò posto, anche alla luce del comportamento processuale dell’Amministrazione, può ben ritenere fondate le censure di difetto di istruttoria e di motivazione formulate avverso il giudizio di anomalia che è stato espresso a carico della soc. Cogiatech.

Questo vale con particolare riferimento alla possibilità, per la società, di utilizzare in concreto n. 19 unità di personale (in luogo di 20), in forza della possibile coesistenza, da essa specificamente dedotta, di più mansioni in capo a un medesimo soggetto. E’ pur vero, infatti, che l’offerta tecnica della società indicava (pag. 32) una struttura composta di 20 risorse: e tuttavia, con altrettanta chiarezza, la stessa pagina della sua offerta avvertiva che la struttura delineata sarebbe stata composta di personale “anche non a tempo pieno”.

La Commissione ha escluso la possibilità appena indicata, pur argomentatamente prospettata dall’appellata (e di valenza centrale ai fini di causa, dal momento che il quadro economico della pag. 12 del verbale n. 12 del 10 agosto 2016 fa corrispondere all’impiego di 19 unità un utile di segno positivo per la società), sulla scorta di una motivazione che risulta, però, del tutto lapidaria e apodittica.

E lo stesso discorso può farsi a proposito della possibilità per la Cogiatech di avvalersi anche del “fondo di garanzia” da essa indicato, fondo basato su utili attesi il cui grado di probabilità non risulta essere stato dalla Commissione adeguatamente verificato.

Più in generale comunque, anche al di là dei punti specifici appena indicati, la circostanza che l’Amministrazione non abbia difeso in giudizio la propria motivazione tecnica, e, soprattutto, si sia sottratta alla richiesta istruttoria del Collegio di fornire chiarimenti su di essa, induce il Consiglio a ritenere più ampiamente dimostrato il complesso delle affermazioni fattuali di parte ricorrente, e pertanto provata, in una con i lamentati errori e travisamenti della Commissione, la sostenibilità economica di fondo della sua offerta di gara.

8 Per quanto esposto il Consiglio, che con la sentenza parziale n. 96/2018 aveva riscontrato la fondatezza

dell'appello dell'Ateneo, ossia l'erroneità dell'accoglimento, da parte del T.A.R., del primo motivo del primitivo ricorso, deve tuttavia confermare l'annullamento dell'esclusione originariamente impugnata dalla Cogiatech, attesa la fondatezza del secondo motivo, qui riproposto, del medesimo ricorso di prime cure.

Vanno pertanto confermate anche le declaratorie del primo Giudice di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio (la cui esistenza peraltro non emerge exactis, avendo anzi l'Università, con l'appello, ribadito il proprio bisogno di affidare il servizio in discussione, e desumendosi la mancata stipulazione dell'appalto nelle more del presente appello anche dall'istanza di prelievo dell'Università appellante del 17.7.2017 depositata in data 19.7.2017, e dalla circostanza che la sentenza di primo grado, favorevole all'odierna appellata, anche in grado di appello vittoriosa, non è stata mai sospesa), e di fondatezza della pretesa risarcitoria in forma specifica della ricorrente all'integrale esecuzione della commessa.

Alla luce del complessivo esito della controversia le spese processuali del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra le parti nella misura di un terzo (stante la riscontrata fondatezza dell'appello dell'Università), e liquidate secondo la soccombenza sostanziale per i due terzi restanti in favore dell'originaria ricorrente, nei termini di cui al seguente dispositivo.

Cga,Giurisdizionale – sentenza del 16.07.2018 n. 419

ACG *Gare - Inutile decorso del termine per documenti e revoca dell'aggiudicazione

1 Con ricorso al T.A.R. per la Sicilia la Tecnis s.p.a., agendo in proprio nonché quale mandataria dell'A.t.i. costituita con Sintec s.p.a. e Cogip s.p.a., resasi aggiudicataria della gara per l'affidamento della concessione per la costruzione e gestione dell'interporto di Termini Imerese a seguito di delibera del 2 settembre 2014, impugnava la successiva determinazione del 23 ottobre 2017 con la quale la Società degli Interporti Siciliani s.p.a. aveva revocato l'aggiudicazione definitiva precedentemente concessale.

Il provvedimento impugnato, con il quale la Stazione appaltante aveva più precisamente disposto di sciogliersi da ogni vincolo derivante dall'aggiudicazione definitiva, annullando/revocando l'aggiudicazione stessa e l'intera procedura di gara, era stato motivato, da un lato, con la circostanza della mancata produzione entro i termini perentori assegnati dei documenti necessari alla stipula del contratto; dall'altro, con la "perdita del requisito di qualificazione di cui alla cat. OG11 Cl. VI in capo alla Notarimpresa Spa mandante dell'ATI [successivamente receduta dall'Ati in data 12/1/2015] a far data dal 06.01.2013 e l'acquisizione del requisito da parte della Tecnis spa a partire dal 06/03/2014 e dunque la carenza del detto requisito di qualificazione in capo all'ATI aggiudicataria durante il periodo dal 06/01/2013 al 06/03/2014".

A fondamento del ricorso venivano dedotte censure che il Giudice adìto avrebbe così sunteggiato:

1) violazione dell'art. 7 l. n. 241/1990 – eccesso di potere per sviamento della funzione ed irragionevolezza, violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa: la Stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione definitiva senza previamente comunicare l'avvio del procedimento; d'altra parte, le sue note di sollecito di invio dei documenti non potevano considerarsi come comunicazioni di avvio del procedimento, poiché palesavano, anzi, l'intenzione della Stazione appaltante di stipulare la convenzione;

2) violazione dell'art. 11, c. 6, d.lgs. n. 163/2006 – eccesso di potere per sviamento della funzione tipica – illogicità, contraddittorietà e ingiustificatezza – violazione del principio di concentrazione delle gare: il ritardo nella produzione dei documenti era dipeso dalla condotta della stessa Stazione appaltante, che aveva impiegato circa un anno per addivenire all'aggiudicazione definitiva e aveva rilasciato il nulla osta al recesso di Notarimpresa solo in data 12 maggio 2017, ossia due anni e mezzo dopo la richiesta formale trasmessa da Tecnis il precedente 15 gennaio 2015;

3) violazione dell'art. 21 quinquies l. n. 241/1990 – eccesso di potere per sviamento della funzione tipica e per arbitrarietà – difetto di motivazione per irragionevolezza, illogicità, insussistenza di fatti o atti sopravvenuti per la revoca dell'aggiudicazione definitiva: Tecnis aveva appreso della perdita del requisito da parte di Notarimpresa solo in data 31/8/2016, quando essa mandataria aveva ormai già autonomamente acquisito detto requisito; d'altra parte l'A.t.i. aggiudicataria sarebbe stata in possesso di tutti i requisiti previsti dal bando, in quanto Notarimpresa, già qualificata per la OG11 al 100 %, riduceva la propria classifica dalla VI alla V, ma poiché la OG11 in gara valeva € 10.023.437,38, per una classifica VI, al 6/1/2013, l'A.t.i. avrebbe potuto subappaltare il 30 % della OG11 riducendo il valore della stessa ad € 7.016.406,17, essendo stata la facoltà del subappalto dichiarata in sede di gara, e quindi coprire il restante 70 % con Notarimpresa (classifica V, aumentata del quinto), ovvero € 5.162.000,00 X 1,2 = € 6.198.000, e con Ing. Pavesi & C. s.p.a (classifica IIIa) per € 1.033.000,00.

La ricorrente domandava anche la condanna della Società degli Interporti Siciliani al risarcimento in forma specifica o per equivalente dei danni subiti e subendi dall'A.t.i. a causa degli illegittimi provvedimenti impugnati.

Si costituivano in giudizio in resistenza al ricorso la Stazione appaltante, che depositava un controricorso, e l'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità con atto di forma.

2 All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adìto con la sentenza n. 3003/2017 in epigrafe, emessa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., respingeva il ricorso, reputando decisiva la circostanza che

l’A.t.i. aggiudicataria nel periodo ricompreso tra il 6/1/2013 e il 6/3/2014 avesse perso il requisito di qualificazione di cui alla cat. OG11, Classe VI.

3 Seguiva avverso tale sentenza la proposizione del presente appello da parte della soccombente, che riproponeva le proprie domande e doglianze e sottoponeva a critica gli argomenti con cui il Tribunale le aveva disattese.

La Stazione appaltante resisteva anche nel nuovo grado di giudizio all’impugnativa, deducendone analiticamente l’infondatezza e concludendo per la conferma della sentenza di prime cure; l’Assessorato regionale, dal canto suo, domandava la propria estromissione dal giudizio per difetto di legittimazione passiva, e comunque il rigetto dell’appello.

La domanda cautelare proposta dall’appellante veniva respinta in considerazione dell’assenza di un attuale pericolo di danno grave e irreparabile.

L’appellante con successiva memoria del 18 giugno 2018 e replica del seguente giorno 22 riprendeva i propri argomenti insistendo per l’accoglimento dell’appello.

Alla pubblica udienza del 4 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

4a Il Collegio rileva preliminarmente l’esistenza del difetto di legittimazione eccepito dalla difesa regionale, essendo la relativa Amministrazione estranea alla controversia, la quale riguarda solo atti imputabili alla Società degli Interporti Siciliani s.p.a..

4b Il Collegio rileva altresì, sempre in via preliminare, l’irricevibilità dello scritto difensivo di replica prodotto dalla parte appellante.

Nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., il deposito di memorie conclusionali costituisce il presupposto indefettibile per la presentazione nei termini prescritti di successive note di replica, che il legislatore ha appunto correlato strettamente “ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza”: di conseguenza, le note di replica sono quindi inammissibili ove siano mancate le memorie da esse presupposte (C.d.S., Sez. III, 25 gennaio 2016, n. 249; Sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5143; Sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450). E questo è appunto il caso della replica prodotta dall’appellante il 22 giugno 2018, che riguardava la memoria avversaria depositata già tre mesi prima, e quindi largamente prima

della memoria della stessa appellante del 18 giugno 2018.

5 Tanto premesso, l’appello è infondato, pur se la sentenza con esso impugnata richiede, per essere confermata, una diversa motivazione.

Le deduzioni di parte ricorrente appaiono persuasive, infatti, nella parte in cui essa critica la motivazione della decisione del primo Giudice richiamandosi sia alla propria dichiarazione di ricorso al subappalto del 30% delle opere della categoria OG 11, sia alla pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 2 novembre 2015 n. 9, la quale ha enunciato il principio che l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 107, comma 2, d.P.R. n. 207/2010.

In proposito, però, resterebbe ancora da fare i conti con l’obiezione difensiva dell’appellata che alla data di scadenza del termine per la domanda di partecipazione alla gara era stata solo la mandante Notarimpresa s.p.a. a documentare una qualificazione nella categoria OG11, e quindi ad assumere quote di esecuzione nella stessa categoria, mentre la Ing. Pavesi & C. s.p.a. non aveva speso in gara un simile requisito, né assunto una quota di partecipazione/esecuzione nella categoria.

Ciò posto, il Collegio è dell’avviso che ai fini di causa sia comunque decisiva e assorbente la circostanza che la motivazione primaria del provvedimento impugnato, imperniata sulla mancata produzione entro i termini perentori assegnati dei documenti necessari alla stipula del contratto, resista invece in modo pieno alle doglianze svolte dalla stessa Tecnis, il che rende ininfluente la sorte delle restanti censure di parte privata assicurando in ogni caso la sopravvivenza del provvedimento -munito di più cause, e già sufficientemente giustificato dall’omissione appena indicata- all’impugnativa che lo ha investito.

6 La Tecnis contrasta l’addebito di mancata produzione documentale ascrittole opponendo, in sintesi, che il proprio ritardo nella produzione dei documenti era dipeso dalla condotta della stessa Stazione appaltante, la quale, dopo aver impiegato circa un anno per addivenire all’aggiudicazione definitiva, aveva poi rilasciato il nulla osta al recesso della mandante Notarimpresa solo in data 12 maggio 2017, ossia due anni e mezzo dopo la richiesta formale all’uopo trasmessale dalla Tecnis.

6a Se però si ha riguardo all’approfondita narrativa della proposta del R.U.P recepita con l’impugnata determinazione del 23 ottobre 2017, provvedimento che è stato motivato essenzialmente per relationem, ci si avvede dell’insufficienza delle giustificazioni addotte dalla ricorrente nello spiegare il proprio contegno omissivo.

Dalla narrativa della Stazione appaltante si desume infatti, in particolare, quanto segue:

- la richiesta della Tecnis del 19 gennaio 2015 affinché venisse autorizzato il recesso dall'A.t.i. della mandante soc. Notarimpresa era stata respinta con note del 12 ottobre –trasmissiva del parere negativo dell'ANAC- e del 25 novembre dello stesso anno;

- la Tecnis aveva presentato in seguito un'analoga richiesta l'11 maggio 2017, ottenendone però allora l'accoglimento con nota del giorno seguente con prot. n. 1028;

- il 15 settembre 2016 la Stazione appaltante aveva già una prima volta richiesto all'A.t.i. la documentazione necessaria ai fini della firma del contratto, vale a dire, in particolare, la rinnovazione del suo impegno a mantenere valida l'offerta e il rinnovo della cauzione provvisoria;

- in assenza di ottemperanza, la prima con atto del 17 ottobre 2016 aveva sollecitato l'adempimento alla propria richiesta;

- un nuovo atto di sollecito era stato indi trasmesso alla Tecnis con note del 15 marzo nonché del 12 maggio del 2017(questa seconda sollecitante, appunto, la trasmissione della "documentazione necessaria e propedeutica alla sottoscrizione del contratto di concessione, entro e non oltre il 22 maggio 2017");

- il successivo 22 maggio 2017 l'A.t.i., la cui domanda di autorizzazione del recesso della mandante era stata ormai assentita da dieci giorni, aveva però chiesto una proroga del termine per la consegna della documentazione anzidetta;

- anche tale proroga era stata immediatamente concessa dalla Stazione appaltante con atto del 23 maggio 2017, assegnandosi all'A.t.i. "quale termine ultimo indifferibile per la presentazione della documentazione" quello del successivo 9 giugno;

- la Tecnis solo il successivo 8 agosto 2017 aveva però dato un qualche segno di riscontro, tuttavia senza dimostrare il rinnovo da parte sua della cauzione provvisoria, e trasmettendo a mezzo p.e.c. una semplice fotocopia di dichiarazione a mantenere valida la propria pregressa offerta;

- la Stazione appaltante il successivo 22 agosto 2017 aveva allora conclusivamente diffidato l'A.t.i. alla

consegna della documentazione ancora mancante entro il termine, espressamente definito come perentorio, del 15 settembre 2017, preannunciando che in caso di mancata consegna della documentazione richiesta sarebbe stata avviata una nuova procedura di affidamento;

- anche quest'ultimo atto era rimasto privo di riscontro.

6b I passaggi così esposti, puntualmente ripresi nella memoria della Società degli Interporti Siciliani, oltre che documentati in atti, trovano nella narrativa offerta dalla ricorrente un riscontro soltanto parziale, e tuttavia già in sé potenzialmente risolutivo: la stessa soc. Tecnis ha riconosciuto, infatti, di non aver osservato il termine, pur definito ex adverso come "indifferibile", del 9 giugno 2017 (nuova scadenza che era stata fissata in accoglimento di una sua richiesta di proroga della precedente), dichiarando di non avere effettuato la produzione dei documenti richiesti che due mesi più tardi, l'8 agosto.

6c Soprattutto, però, deve porsi in risalto come, mentre il provvedimento impugnato, nella sua motivazione per relationem, stigmatizzava con precisione il carattere ancora solo parziale della documentazione pervenuta l'8 agosto 2017, tanto che a tale data era seguita la conclusiva diffida a Tecnis del successivo 22 agosto 2017 assegnante il termine, definito come perentorio, del 15 settembre 2017, con il preannuncio che in difetto sarebbe stata avviata una nuova procedura di affidamento, diffida cui la società anche in questo caso non aveva dato seguito, per converso la Tecnis ha apoditticamente riferito al riguardo, di contro, di aver posto a disposizione della controparte già l'8 agosto 2017 la documentazione mancante, senza però che essa ricorrente si sia fatta carico di confutare in alcun modo la valutazione avversaria circa il carattere solo parziale di tale adempimento, e, addirittura, senza neppure menzionare la diffida che ne era conseguentemente scaturita, concessiva di un'ulteriore dilazione di cui essa anche in questo caso non aveva ritenuto di avvalersi.

6d La difesa di parte appellata ha fatto poi fondatamente notare il carattere determinante dei reiterati inadempimenti della Tecnis, nel tempo, alle richieste più volte indirizzatele, contegno omissivo integrante nei fatti una sottrazione alla stipula del contratto.

Il disvalore del descritto comportamento omissivo assorbe e supera anche la doglianza di fondo della società sul lamentato, ingiustificato ritardo nella definizione della procedura di gara, e sulla violazione del principio della sua necessaria concentrazione.

La pur lunga tempistica della gara, come pure della fase successiva all'aggiudicazione definitiva, non poteva certamente esimere l'aggiudicataria dal riscontrare la richiesta documentale rivoltale dall'Amministrazione entro il termine perentorio assegnatole, che del resto più volte le era stato in precedenza comprensivamente

differito.

Ed è comunque il caso di rimarcare che le vicende intervenute successivamente all'aggiudicazione con effetti dilatori delle verifiche preordinate alla sottoscrizione del contratto non erano imputabili all'arbitrio dell'appellata, bensì oggettivamente riferibili pur sempre alla sfera dell'A.t.i. Tecnis (richiesta di recesso della mandante soc. Notarimpresa; interdittive prefettizie antimafia del novembre 2015; nomina di commissario per la straordinaria e temporanea gestione dei rapporti contrattuali delle società interdette; sottoposizione ad amministrazione giudiziaria, e in seguito ad amministrazione straordinaria).

6e Sotto altro profilo, e pur nell'assenza di contestazioni di parte sul relativo piano logico, va dato atto di come la giurisprudenza tradizionalmente ammetta la revoca decadenziale dell'aggiudicazione ove l'aggiudicataria si sia sottratta alla stipula contrattuale nei termini assegnatile.

Il Consiglio di Stato con la decisione della sez. V, 17 giugno 2015, n. 3042, ha invero ricordato quanto segue. "Una volta posta in essere l'aggiudicazione definitiva, stazione appaltante e impresa aggiudicataria devono provvedere alla stipulazione del contratto entro il termine che il comma 9 del citato art. 11 fissa in sessanta giorni, che può essere disciplinato in modo diverso dal bando, dall'invito ad offrire ovvero nel caso in cui le parti ne concordino un altro. Nel caso in cui non si addivenga alla stipulazione negoziale sia la parte privata che la parte pubblica possono sciogliersi dal vincolo creatosi con l'aggiudicazione. L'amministrazione, in particolare, può pronunciare la decadenza dall'aggiudicazione secondo l'insegnamento costante della giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. St., Sez. IV., 27 dicembre 2004, n. 8220; Id., Sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6455)."

E sotto l'impero del nuovo codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 lo stesso Consiglio di Stato ha espressamente confermato la possibilità delle stazioni appaltanti di imporre un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria alla stipula del contratto, al fine di evitare un indeterminato protrarsi della fase aperta dall'aggiudicazione (sez. V, 5 febbraio 2018, n. 738)

7 Infondata, infine, è anche la doglianza della Tecnis riguardante la omessa comunicazione dell'avvio del procedimento. Questo sia perché, come già evidenziato nella proposta provvedimentale del R.U.P., i relativi obblighi informativi potevano ben reputarsi assolti attraverso le note (in particolare, quelle del 23 maggio e 22 agosto 2017) con le quali era stata richiamata l'attenzione della società sulla necessità di effettuare la produzione documentale più volte detta, assegnando per la bisogna un termine e preavvisando delle conseguenze sfavorevoli del protrarsi dell'omissione (indicazioni che rendevano ingiustificato qualsiasi ipotetico affidamento della società, ove fosse rimasta inerte, su un epilogo diverso della vicenda); sia perché, come già osservato dal T.A.R. –benché in una diversa prospettiva-, il provvedimento finale non avrebbe potuto comunque avere in concreto un contenuto diverso da quello adottato.

8 Quanto complessivamente esposto impone, pertanto, il rigetto dell'appello, con la conferma della sentenza impugnata mediante la diversa motivazione che precede.

Il complessivo, peculiare andamento del doppio grado di giudizio induce tuttavia il Collegio a compensare tra tutte le parti in causa le relative spese processuali.

Cga, Giurisdizionale – sentenza del 16.07.2018 n. 420

ACC *Partiti politici e divieto di iscrizione e partecipazione per i magistrati

1.– La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, recante «Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150», nel testo sostituito dall'art. 1, comma 3, lettera d), numero 2), della legge 24 ottobre 2006, n. 269 (Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario), nella parte in cui prevede quale illecito disciplinare l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici anche per i magistrati fuori del ruolo organico della magistratura perché collocati in aspettativa «per motivi elettorali».

Il rimettente ritiene non conferente, per la soluzione delle odierne questioni, la sentenza di questa Corte n. 224 del 2009, che dichiarò non fondate questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla medesima disposizione attualmente censurata e con riferimento agli stessi parametri costituzionali ora evocati. In quella occasione, sostiene il giudice a quo, il magistrato incolpato era stato collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un incarico tecnico, non già per esercitare il diritto di elettorato passivo; sicché quel precedente non potrebbe essere ora invocato.

Ciò premesso, ritiene la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura che sarebbe irrazionale e contraddittorio, e perciò in lesione dell'art. 3 Cost., consentire ai magistrati di essere eletti o di assumere incarichi di natura politica e, nel contempo, vietare, attraverso la minaccia della sanzione disciplinare, lo svolgimento di alcune attività di partecipazione alla vita dei partiti politici, ritenute «sintomo di organico schieramento partitico», particolarmente quando quelle attività risultino strettamente legate alla natura degli incarichi assunti.

Il giudice rimettente osserva, inoltre, che la libertà di associazione politica, garantita ad ogni cittadino dall'art. 49 Cost., costituisce un'espressione della più ampia libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost. e, insieme alle libertà consacrate nell'art. 2 Cost., un cardine essenziale del sistema democratico. Essa, pertanto, nel bilanciamento con l'esigenza di garantire l'indipendenza dei magistrati, potrebbe essere limitata, ma non completamente soppressa, soprattutto nei casi in cui il magistrato sia stato collocato in aspettativa per motivi elettorali. Per tale ragione, la vigenza del divieto disciplinare anche in questi casi si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 18, 49 e 98 Cost.

2.– Deve essere preliminarmente rigettata l'eccezione di inammissibilità per difetto di rilevanza, formulata dalla difesa di M. E. Secondo quest'ultima, il procedimento principale avrebbe dovuto essere dichiarato estinto per mancato rispetto dei termini per l'esercizio dell'azione disciplinare stabiliti dall'art. 15, commi 1 e 7, del d.lgs. n. 109 del 2006; mancherebbe, pertanto, «uno dei presupposti processuali condizionanti la valida instaurazione del giudizio principale».

Secondo un costante orientamento, l'accertamento della validità dei presupposti di esistenza del giudizio principale è prerogativa del giudice rimettente (sentenza n. 61 del 2012), mentre a questa Corte spetta verificare esclusivamente che la valutazione del giudice a quo sia avvalorata da «una motivazione non implausibile» (sentenza n. 270 del 2010; nello stesso senso, sentenza n. 34 del 2010) e che i presupposti di esistenza del giudizio «non risultino manifestamente e incontrovertibilmente carenti» nel momento in cui la questione è proposta (sentenze n. 262 del 2015 e n. 62 del 1992).

Pertanto, il rigetto dell'eccezione consegue alla circostanza che, nel giudizio a quo, la sezione disciplinare ha già rigettato, con argomentazione non implausibile, l'eccezione di tardività dell'azione disciplinare avanzata dalla difesa di M. E.

3.– Le questioni non sono fondate.

4.– Questa Corte ha già affermato che, in linea generale, i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, ma ha al contempo precisato che le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale, al fine di stabilire i limiti che possono essere opposti all'esercizio di quei diritti (sentenze n. 224 del 2009 e n. 100 del 1981). Tali limiti sono giustificati sia dalla particolare qualità e delicatezza delle funzioni giudiziarie, sia dai principi costituzionali di indipendenza e imparzialità (artt. 101, secondo comma, 104, primo comma, e 108, secondo comma, Cost.) che le caratterizzano.

I principi costituzionali appena richiamati, del resto, vanno tutelati non solo con specifico riferimento

all’esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche quali criteri ispiratori di regole deontologiche da osservarsi in ogni comportamento di rilievo pubblico, al fine di evitare che dell’indipendenza e imparzialità dei magistrati i cittadini possano fondatamente dubitare.

Il rapporto tra titolarità, da un lato, e ampiezza e giustificazione dei limiti opponibili all’esercizio dei diritti fondamentali dei magistrati, dall’altro, si pone secondo modalità particolari per i diritti fondamentali di natura politica, dei quali è questione nel giudizio a quo. In tale materia, la Costituzione, all’art. 98, terzo comma, demanda al legislatore la facoltà di bilanciare la libertà di associarsi in partiti, tutelata dall’art. 49 Cost., con l’esigenza di assicurare l’indipendenza dei magistrati (nonché di alcune altre categorie di funzionari pubblici). E se tale facoltà viene utilizzata, come è accaduto, il bilanciamento deve essere condotto secondo un preciso obbiettivo, cioè quello di impedire i condizionamenti all’attività giudiziaria che potrebbero derivare dal legame stabile che i magistrati contrarrebbero iscrivendosi ad un partito o partecipando in misura significativa alla sua attività. Questo è il senso della facoltà di stabilire con legge limitazioni al diritto dei magistrati d’iscriversi a partiti politici.

La Costituzione, in tal modo, mostra il proprio sfavore nei confronti di attività o comportamenti idonei a creare tra i magistrati e i soggetti politici legami di natura stabile, nonché manifesti all’opinione pubblica, con conseguente compromissione, oltre che dell’indipendenza e dell’imparzialità, anche della apparenza di queste ultime: sostanza e apparenza di principi posti alla base della fiducia di cui deve godere l’ordine giudiziario in una società democratica.

Quale risultato dell’esercizio, da parte del legislatore, della facoltà demandatagli dall’art. 98, terzo comma, Cost., la disposizione censurata stabilisce, dunque, che costituisce illecito disciplinare per i magistrati l’iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici.

Questa specifica scelta legislativa, all’esito del bilanciamento che la Costituzione impone tra titolarità, da parte dei magistrati, di tutti i diritti fondamentali, da una parte, e tutela dei principi di indipendenza ed imparzialità, dall’altra, non impedisce peraltro di riconoscere (sentenza n. 224 del 2009) che il cittadino-magistrato gode certamente dei diritti fondamentali di cui agli artt. 17, 18 e 21 Cost. L’esercizio di questi ultimi diritti gli consente di manifestare legittimamente le proprie idee, anche di natura politica, a condizione che ciò avvenga con l’equilibrio e la misura che non possono non caratterizzare ogni suo comportamento di rilevanza pubblica.

5.– La questione che viene portata all’attenzione di questa Corte è se la fattispecie disciplinare prima ricordata, che punisce l’iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti, si applichi anche ai magistrati che, esercitando il diritto di elettorato passivo, sono collocati fuori del ruolo organico della magistratura perché in aspettativa, come afferma testualmente la sezione disciplinare rimettente, «per motivi

elettorali».

In tal modo, il giudice a quo costruisce la richiesta di una declaratoria di illegittimità costituzionale limitata ad una specifica ipotesi, quella del magistrato che, avendo chiesto l'aspettativa, partecipa ad elezioni o è eletto. Ma, in verità, la questione riguarda, più in generale, l'assunzione, in posizione di fuori ruolo, anche di incarichi, pur non elettivi, di natura politica (ministro nel Governo della Repubblica, assessore in esecutivi regionali o locali).

È già stato affermato dalla giurisprudenza di questa Corte che la disposizione censurata si riferisce legittimamente ai magistrati collocati fuori ruolo per l'esercizio di un compito di natura tecnica (sentenza n. 224 del 2009), espressione con la quale ci si riferisce ai magistrati non già in aspettativa per esercitare il diritto fondamentale di elettorato passivo o di accesso agli uffici pubblici di natura politica (art. 51 Cost.), ma fuori del ruolo per l'esercizio di una funzione o di un compito non compatibile (per ragioni diverse da quelle considerate nel giudizio a quo) con il contemporaneo esercizio delle funzioni giudiziarie.

Si tratta ora di comprendere se, come chiede la sezione disciplinare rimettente, l'esercizio del diritto di elettorato passivo o l'accesso ad un ufficio pubblico di natura politica costituisca una scriminante rispetto all'applicazione del divieto disciplinare in questione, e ne consegua l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata nella parte in cui tale scriminante non riconosca.

L'art. 3, comma 1, lettera h), del d.lgs. n. 109 del 2006 sanziona innanzitutto l'iscrizione del magistrato al partito politico. Questa prima fattispecie disciplinarmente rilevante costituisce un dato oggettivo rivelatore della stabile e continuativa adesione a un determinato partito politico. Per quanto sia configurabile un'iscrizione cui non segua una partecipazione assidua e costante alla vita di partito, l'iscrizione – del resto normalmente rinnovata a scadenze periodiche – resta un atto solenne e formale, di significato certo, che non a caso il legislatore affianca, considerandola equivalente, ad una seconda fattispecie, ossia alla partecipazione non meramente saltuaria, ma sistematica e continuativa, alla vita di partito. Aggiungendo tali due aggettivi alla originaria versione della previsione di illecito disciplinare (che puniva «l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici»), il legislatore (con l'art. 1, comma 3, lettera d, numero 2, della legge 269 del 2006) ha inteso delimitare il disvalore disciplinare alle sole ipotesi di un coinvolgimento non già occasionale, bensì rivelatore di uno schieramento stabile ed organico del magistrato con una delle parti politiche in gioco.

Questa Corte ritiene che non vi sia alcuna irrazionale discrasia, in pretesa violazione dell'art. 3 Cost., né alcuna lesione dei diritti fondamentali di natura politica di cui agli artt. 2, 18 e 49 Cost., e neppure alcun abuso della facoltà che l'art. 98, terzo comma, Cost. demanda al legislatore, nella circostanza per cui il divieto in esame si applica anche ai magistrati fuori ruolo perché collocati in aspettativa per lo svolgimento di un mandato elettivo o di un incarico politico.

Per i magistrati, infatti, un conto è l'iscrizione o comunque la partecipazione sistematica e continuativa alla vita di un partito politico, che la fattispecie disciplinare vieta, altro è l'accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici di natura politica che, a determinate condizioni (sentenza n. 172 del 1982), la legislazione vigente consente loro. Non è irragionevole, come opina la sezione disciplinare rimettente, operare una distinzione tra le due ipotesi, e perciò considerare non solo lecito, ma esercizio di un diritto fondamentale la seconda ipotesi, mantenendo al contempo quale illecito disciplinare la prima. Tanto più in un contesto normativo che consente al magistrato di tornare alla giurisdizione, in caso di mancata elezione oppure al termine del mandato elettivo o dell'incarico politico, va preservato il significato dei principi di indipendenza e imparzialità, nonché della loro apparenza, quali requisiti essenziali che caratterizzano la figura del magistrato in ogni aspetto della sua vita pubblica. Di tali principi il divieto disciplinare in questione è saldo presidio, e come tale esso non può che dirigersi nei confronti di ogni magistrato, in qualunque posizione egli si trovi.

6.– Tutto ciò premesso, questa Corte non ignora che la rappresentanza politica, nella Costituzione repubblicana, è in principio rappresentanza attraverso i partiti politici, i quali, ai sensi dell'art. 49 Cost., sono le associazioni che consentono ai cittadini di concorrere, con metodo democratico, a determinare, anche attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale (sentenza n. 35 del 2017).

Questa Corte è altresì consapevole della circostanza che, anche a prescindere dalle caratteristiche del sistema elettorale di volta in volta rilevante, nessun cittadino, nemmeno il cittadino-magistrato, si candida "da solo". E, così come avviene per la candidatura alle elezioni politiche, amministrative od europee, anche l'assunzione di incarichi negli organi esecutivi di vario livello presuppone necessariamente un collegamento del nominato con i partiti politici.

Per quanto l'autorevolezza e la notorietà di un magistrato possano favorire candidature cosiddette "indipendenti", anche queste ultime debbono nondimeno trovare spazio all'interno di liste di partito, e, ugualmente, le nomine di magistrati alle cariche di ministro o assessore sono tutt'altro che estranee alle scelte dei partiti.

Parimenti, non sfugge che l'esercizio del mandato elettivo o dell'incarico politico, per chiunque ne sia investito all'esito di una campagna elettorale o di una nomina, avviene abitualmente all'interno di una dialettica dominata dal confronto tra i partiti politici, secondo una logica corrispondente al complessivo disegno costituzionale.

Pertanto, la stessa iniziale accettazione della candidatura o della nomina, l'eventuale partecipazione ad una campagna elettorale, ed altre attività tipicamente richieste a coloro che concorrono per mandati ed incarichi

di natura politica, presuppongono assai spesso contatti di varia natura con la vita dei partiti e dei movimenti politici e con le iniziative da questi assunte. E tali contatti, come è ovvio, proseguono nel corso dell'esercizio del mandato o dell'incarico.

Questi doverosi rilievi, tuttavia, non spostano i termini della questione e non depongono per l'accoglimento delle censure sollevate dalla sezione disciplinare rimettente. Al contrario, per il magistrato, deve restar fermo che il riconoscimento della particolare natura della competizione e della vita politica, alla quale gli è consentito a certe condizioni di partecipare, non può tradursi nella liceità né della sua iscrizione, né della sua partecipazione stabile e continuativa all'attività di un determinato partito, cui invece condurrebbe l'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate.

Come del resto qualunque cittadino, anche (e a maggior ragione) il magistrato ben può, ad esempio, svolgere una campagna elettorale o compiere atti tipici del suo mandato od incarico politico senza necessariamente assumere, al contempo, tutti quei vincoli (a partire dallo stabile schieramento che l'iscrizione testimonia) che normalmente discendono dalla partecipazione organica alla vita di un partito politico. Da questo punto di vista, non è senza significato che il divieto disciplinare in questione sia inserito all'interno di una disposizione che attrae nell'area del disciplinarmente rilevante altri comportamenti (come il «coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario») che, allo stesso modo della fattispecie qui in esame, possono implicare l'insorgere di legami suscettibili di condizionare (anche per il futuro) l'esercizio delle funzioni, oltre che di offuscare l'immagine del magistrato presso l'opinione pubblica.

Ma vi è un'ulteriore ragione che depone per l'inesistenza di contraddizione tra l'essere ammessi a partecipare alla vita politica attiva in una realtà dominata dalla competizione partitica, da un lato, e l'essere soggetti al divieto disciplinare censurato, dall'altro.

Emerge da quanto fin qui chiarito che, per tutti i magistrati, non ogni partecipazione a manifestazioni politiche o ad iniziative di partito assume significato disciplinarmente rilevante. Lo stesso tenore della disposizione contestata si sottrae a censure d'illegittimità costituzionale proprio perché consente al giudice disciplinare le ragionevoli distinzioni richieste dalla varietà delle situazioni che la vita politico-istituzionale presenta. In disparte l'iscrizione al partito politico – fattispecie rivelatrice, come si è detto, di una stabile e continuativa adesione del magistrato a un determinato partito politico e il cui oggettivo disvalore non è suscettibile di attenuazioni – la valutazione sui requisiti di sistematicità e continuatività della partecipazione del magistrato alla vita di un partito esclude ogni automatismo sanzionatorio permettendo, al contrario, soluzioni adeguate alle peculiarità dei singoli casi.

E se tale rilievo vale, in generale, per tutti i magistrati, vale particolarmente per coloro, tra di essi, che siano collocati in aspettativa per soddisfare i diritti fondamentali garantiti dall'art. 51 Cost.

Resta ovviamente rimesso al prudente apprezzamento del giudice disciplinare stabilire in concreto se la condotta del magistrato fuori ruolo possa legittimamente incontrare la vita di un partito, o se costituisca invece illecito disciplinare, meritando appropriata sanzione.

Corte Costituzioale, sentenza del 20.07.2018, n. 170

ACC *Stranieri - Accesso alle abitazioni in locazione e principio di parità tra cittadini e stranieri

1.– Con ordinanza del 7 novembre 2016 (r.o. n. 41 del 2017), la Corte d'appello di Milano, sezione lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 13, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

La norma censurata prevede che «[a]i fini del riparto del Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, di cui all'articolo 11 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, i requisiti minimi necessari per beneficiare dei contributi integrativi come definiti ai sensi del comma 4 del medesimo articolo devono prevedere per gli immigrati il possesso del certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione».

Secondo la Corte rimettente questa previsione, a parità di condizioni di bisogno, discriminerebbe i cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea, in quanto richiederebbe solo per i questi ultimi un periodo di residenza sul territorio nazionale o regionale, senza che sia ravvisabile alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e l'accesso alla misura di sostegno al pagamento del canone di locazione.

2.– In via preliminare deve rilevarsi che si sono costituite nel giudizio costituzionale V.C. L., ASGI - Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, Avvocati Per Niente Onlus e la Regione Lombardia. Trattandosi delle parti del giudizio a quo, risulta pacifica, in base alla giurisprudenza di questa Corte, l'ammissibilità della loro costituzione nel giudizio incidentale.

3.– La Regione Lombardia ha eccepito l'inammissibilità della questione per difetto di motivazione dell'ordinanza di rimessione riguardo alla qualificazione giuridica del contributo di cui alla disposizione

impugnata. Secondo la ricostruzione della Regione, infatti, tale contributo non avrebbe natura assistenziale e non costituirebbe una prestazione essenziale inerente alla garanzia del diritto fondamentale all'abitazione, come invece presuppone il giudice a quo.

L'eccezione non è fondata.

Va osservato in proposito che il giudice rimettente, esponendo e richiamando svariate decisioni di questa Corte a sostegno della propria tesi, assume una precisa e argomentata posizione in ordine alla natura assistenziale del «sostegno alla locazione dei cittadini in grave disagio economico». L'ordinanza osserva che, nello stabilire i requisiti per l'accesso a tale prestazione e indipendentemente dal fatto che ad essa debba essere riconosciuto carattere «essenziale», il legislatore deve rispettare i canoni della ragionevolezza: tali canoni nella specie si ritengono violati, in quanto non si potrebbe ravvisare alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza prevista dalla disposizione impugnata per i soli immigrati e la situazione di disagio economico che il contributo in questione mira ad alleviare. Inoltre, la Corte rimettente espone chiaramente che il requisito di durata della residenza, della cui legittimità si dubita, trova il proprio fondamento legislativo nella disposizione censurata, sicché solo in seguito alla (eventuale) dichiarazione di illegittimità costituzionale di tale disposizione si potrà procedere alla disapplicazione degli atti amministrativi che tali requisiti riproducono.

L'ordinanza di rimessione non presenta, dunque, le lamentate carenze di motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza, di tal che le obiezioni della Regione Lombardia non attengono all'ammissibilità della questione, ma semmai alla sua fondatezza nel merito.

4.– Sempre in punto di ammissibilità, il Presidente del Consiglio dei ministri ha da parte sua eccepito difetti del petitum. Il giudice rimettente non avrebbe chiesto a questa Corte né un intervento additivo, né uno propriamente ablativo, prospettando semplicemente la necessità di una disciplina che «non presuma in termini assoluti che gli stranieri immigrati in Italia da meno di dieci anni e nella Regione da meno di cinque […] versino in uno stato di disagio e di difficoltà, ai fini delle fruizioni di quei contributi, minori rispetto a chi vi risieda da più anni». Sicché, da un lato l'ordinanza di rimessione lascerebbe indeterminato il contenuto dell'intervento richiesto alla Corte costituzionale; e dall'altro, una disciplina sostitutiva non potrebbe essere introdotta dalla Corte in assenza di contenuti costituzionalmente obbligati, dato che l'intervento inciderebbe in una materia riservata alla discrezionalità e alla responsabilità politica del legislatore.

Anche questa eccezione non è fondata.

Il giudice a quo, infatti, non sollecita un intervento sostitutivo di questa Corte che introduca una nuova

disciplina in tema di requisiti di accesso al citato fondo di sostegno ai canoni di locazione. L'ordinanza lamenta, invece, una violazione dell'art. 3 Cost., in quanto la disposizione impugnata reca una irragionevole discriminazione tra gli aspiranti alla provvidenza, a danno dei soli cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea, per i quali soltanto è richiesta una residenza qualificata: la richiesta rivolta a questa Corte è chiara e prospetta un petitum che mira ad eliminare tale discriminazione attraverso una mera ablazione.

5. Nel merito la questione è fondata per le ragioni di seguito precisate.

5.1.– Il sostegno alle abitazioni in locazione è stato istituito dall'art. 11 della legge 9 dicembre 1998, n. 431 (Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo) e consiste in un contributo destinato al pagamento del canone, da erogarsi a soggetti che si trovino in una situazione di indigenza qualificata.

Più precisamente, l'art. 11, legge n. 431 del 1998 stabilisce che «[p]resso il Ministero dei lavori pubblici è istituito il Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, la cui dotazione annua è determinata dalla legge finanziaria […]» (comma 1) e che «[l]e somme assegnate al Fondo di cui al comma 1 sono utilizzate per la concessione, ai conduttori aventi i requisiti minimi individuati con le modalità di cui al comma 4, di contributi integrativi per il pagamento dei canoni di locazione dovuti ai proprietari degli immobili, di proprietà sia pubblica sia privata, nonché, qualora le disponibilità del Fondo lo consentano, per sostenere le iniziative intraprese dai comuni anche attraverso la costituzione di agenzie o istituti per la locazione o attraverso attività di promozione in convenzione con cooperative edilizie per la locazione, tese a favorire la mobilità nel settore della locazione attraverso il reperimento di alloggi da concedere in locazione per periodi determinati» (comma 3).

Il richiamato comma 4 dell'art. 11 della medesima legge n. 431 del 1998 precisa che «[i]l Ministro dei lavori pubblici, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, definisce, con proprio decreto, i requisiti minimi necessari per beneficiare dei contributi integrativi di cui al comma 3 e i criteri per la determinazione dell'entità dei contributi stessi in relazione al reddito familiare e all'incidenza sul reddito medesimo del canone di locazione».

In esecuzione della disposizione da ultimo richiamata, il decreto del Ministero dei lavori pubblici e delle infrastrutture, 7 giugno 1999, recante appunto i «[r]equisiti minimi dei conduttori per beneficiare dei contributi integrativi a valere sulle risorse assegnate al Fondo nazionale di sostegno per l'accesso alle abitazioni in locazione di cui all'art. 11 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, e criteri per la determinazione degli stessi», prevede, all'art. 1, la compilazione di una graduatoria comunale secondo determinati criteri

reddituali, costituiti per ciascun nucleo familiare richiedente da: «a) reddito annuo imponibile complessivo non superiore a due pensioni minime INPS, rispetto al quale l'incidenza del canone di locazione risulti non inferiore al 14 per cento; b) reddito annuo imponibile complessivo non superiore a quello determinato dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, rispetto al quale l'incidenza del canone di locazione risulti non inferiore al 24 per cento». L'ammontare dei redditi da assumere a riferimento è quello risultante dall'ultima dichiarazione dei redditi ed il valore dei canoni è quello risultante dai contratti di locazione regolarmente registrati, al netto degli oneri accessori. All'art. 2, si stabilisce poi che le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano ed i Comuni, qualora concorrano con propri fondi ad incrementare le risorse attribuite dal fondo nazionale, possono stabilire ulteriori articolazioni delle classi di reddito o soglie di incidenze del canone più favorevoli (comma 1); che «i comuni fissano l'entità dei contributi secondo un principio di gradualità che favorisca i nuclei familiari con redditi bassi e con elevate soglie di incidenza del canone» (comma 3); e che si tenga conto della presenza nel nucleo familiare di «ultra sessantacinquenni, disabili o […] altre analoghe situazioni di particolare debolezza sociale» (comma 4).

5.2.– In origine, dunque, i destinatari del contributo erano tutti i «conduttori», titolari di un contratto di locazione registrato, che, per basso reddito ed elevate soglie di incidenza del canone, potessero ritenersi in una situazione di indigenza tale da non disporre di risorse sufficienti a sostenere l'onere del pagamento dell'ammontare dovuto per l'abitazione. Né la legge, né il decreto ministeriale prevedevano distinzioni tra cittadini e stranieri e neppure menzionavano requisiti legati alla durata della residenza sul territorio nazionale e regionale, ma individuavano solo criteri di carattere economico, tali da riservare la distribuzione del fondo a soggetti seriamente disagiati.

Il legislatore intendeva, dunque, rivolgersi a situazioni di così grave bisogno da compromettere la fruizione di un bene di primaria importanza qual è l'abitazione.

È pur vero che il contributo in oggetto si distingue da altre misure affini, quale ad esempio l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, che soddisfa direttamente ed esclusivamente l'esigenza abitativa degli indigenti. Il sostegno al pagamento del canone di locazione di alloggi, di proprietà sia pubblica sia privata, qui in discussione, soddisfa varie esigenze e reca beneficio a vari soggetti: senz'altro al conduttore indigente e ai suoi bisogni abitativi, concorrendo alla spesa per la casa in situazioni di contingente povertà economica; al locatore, che viene tutelato dai rischi di morosità dei conduttori; alla pubblica amministrazione, sopperendo alle eventuali insufficienze nell'offerta di alloggi di edilizia residenziale pubblica. Si tratta, perciò di prestazione polifunzionale (sentenza n. 329 del 2011), suscettibile di essere finanziata in modo variabile e discontinuo, in ragione di valutazioni politiche circa la necessità della sua erogazione, nell'an e nel quantum.

La circostanza che plurime siano le esigenze che il contributo può soddisfare non esclude che tra queste ve ne

siano di decisive per chi versi in una situazione di indigenza, sì da incontrare gravi difficoltà nel corrispondere il canone di locazione per la casa.

Non è di ostacolo a riconoscere che il sostegno al canone è volto a sostenere gli indigenti e a contrastare la povertà il fatto che tale beneficio sociale sia destinato a soggetti già titolari di un contratto di locazione (art. 11, comma 2, legge n. 431 del 1998): le difficoltà economiche possono manifestarsi successivamente alla locazione e in ogni caso l'erogazione del contributo è subordinata al verificarsi di documentate situazioni di povertà.

Si tratta, quindi, di una misura polifunzionale la cui ratio è quella di sostenere gli indigenti al fine di consentire loro di soddisfare le esigenze abitative mediante ricorso al mercato e prevenire il rischio di sfratti per morosità.

5.3.– Dieci anni dopo l'istituzione del fondo, il d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, nella legge n. 133 del 2008, ha introdotto una distinzione tra i conduttori beneficiari, richiedendo requisiti ulteriori, per accedere ai fondi, ai soli cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi. In particolare, il censurato art. 11, comma 13, del citato d.l. stabilisce che «[a]i fini del riparto del Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, di cui all'articolo 11 della legge n. 431 del 1998, i requisiti minimi necessari per beneficiare dei contributi integrativi come definiti ai sensi del comma 4 del medesimo articolo devono prevedere per gli immigrati il possesso del certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione».

Il requisito aggiuntivo della residenza qualificata è dunque richiesto, come si desume dall'inequivoco testo letterale della disposizione, per i soli «immigrati», vale a dire per i cittadini di paesi non appartenenti all'Unione europea e per gli apolidi: la nozione di immigrato e di immigrazione si ricava dal relativo testo unico – decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), anteriore alla stessa legge istitutiva del Fondo nazionale in esame – e, segnatamente, dal Titolo I, contenente i «Principi generali» e dallo stesso art. 1, che definisce l'ambito di applicazione della disciplina sull'immigrazione come rivolta «ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri».

Per quanto riguarda, infatti, i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea si applica, a seguito degli Accordi di Schengen e del Trattato di Maastricht, l'istituto della «cittadinanza europea», che comprende il diritto di soggiorno e circolazione in tutto il territorio dell'Unione europea – secondo le condizioni stabilite con la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE,

72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE – e non il testo unico sull'immigrazione.

Il censurato art. 11, comma 13, prevede, dunque, solo per gli «immigrati» una certa durata della residenza, tanto a livello nazionale quanto in territorio regionale; per i cittadini italiani ed europei tale requisito non è richiesto, mentre restano fermi i criteri di carattere economico e l'attestazione di un contratto di locazione registrato, come si desume dall'art. 2 della citata legge n. 431 del 1998.

6.– Alla luce di quanto sopra esposto, risulta che la disposizione censurata introduce una irragionevole discriminazione a danno dei cittadini di paesi non appartenenti all'Unione europea, richiedendo solo ad essi il possesso del certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione.

Invero, secondo la giurisprudenza di questa Corte, consolidatasi a partire dalla sentenza n. 432 del 2005, il legislatore può legittimamente circoscrivere la platea dei beneficiari delle prestazioni sociali in ragione della limitatezza delle risorse destinate al loro finanziamento (sentenza n. 133 del 2013). Tuttavia, la scelta legislativa non è esente da vincoli di ordine costituzionale.

La legge deve anzitutto rispettare gli obblighi europei che, anche per quanto riguarda le prestazioni sociali, esigono la parità di trattamento tra i cittadini italiani ed europei e i soggiornanti di lungo periodo. In particolare, la direttiva 2003/109/CE, del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, riconosce lo status di soggiornante di lungo periodo ai cittadini di paesi terzi che risiedano regolarmente in uno Stato membro da almeno cinque anni (art. 4); prevede poi che i soggiornanti di lungo periodo siano equiparati ai cittadini dello Stato membro in cui si trovano ai fini, tra l'altro, del godimento dei servizi e prestazioni sociali (art. 11). Con l'art. 1 del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo) è stato poi modificato l'art. 9 d.lgs. n. 286 del 1998, che ora riconosce al cittadino di un paese terzo la possibilità di ottenere, nel rispetto dei requisiti di legge, lo status di soggiornante di lungo periodo (che gli viene riconosciuto dal questore mediante il rilascio di uno specifico permesso di soggiorno), con ciò acquisendo il diritto di partecipare alla prestazioni di assistenza in condizioni di parità con i cittadini.

Inoltre, ogni norma che imponga distinzioni fra varie categorie di persone in ragione della cittadinanza e della residenza per regolare l'accesso alle prestazioni sociali deve pur sempre rispondere al principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. Come ha recentemente ribadito questa Corte, tale principio può ritenersi rispettato solo qualora esista una «causa normativa» della differenziazione, che sia «giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari

requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio» (sentenza n. 107 del 2018). Una simile ragionevole causa normativa può in astratto consistere nella richiesta di un titolo che dimostri il carattere non episodico o di breve durata della permanenza sul territorio dello Stato: anche in questi casi, peraltro, occorre pur sempre che sussista una ragionevole correlazione tra la richiesta e le situazioni di bisogno o di disagio, in vista delle quali le singole prestazioni sono state previste (sentenza n. 133 del 2013).

Infine, ma non è questo il caso, occorre che la distinzione non si traduca mai nell'esclusione del non cittadino dal godimento dei diritti fondamentali che attengono ai «bisogni primari» della persona, indifferenziabili e indilazionabili, riconosciuti invece ai cittadini (come precisato in progresso di tempo, ad esempio, dalle sentenze n. 306 del 2008, n. 187 del 2010, n. 2, n. 40 e n. 172 del 2013, n. 22 e n. 230 del 2015, n. 107 del 2018).

Più specificamente, in relazione al requisito della residenza qualificata, questa Corte con la sentenza n. 222 del 2013 ha ritenuto che le politiche sociali dirette al soddisfacimento dei bisogni abitativi possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla semplice residenza, purché contenuto in limiti non palesemente arbitrari o irragionevoli.

7.– Alla luce di tali principi, deve ritenersi che dieci anni di residenza sul territorio nazionale o cinque anni sul territorio regionale – richiesti dal censurato art. 11, comma 13, d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, nella legge n. 133 del 2008 – costituiscano una durata palesemente irragionevole e arbitraria, oltre che non rispettosa dei vincoli europei, al fine dell'accesso al contributo al pagamento del canone di locazione da parte degli stranieri cittadini di paesi terzi non appartenenti all'Unione europea, così da violare il dedotto parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost.

In primo luogo, la disposizione attinge gli estremi dell'irrazionalità intrinseca nella parte in cui esige una residenza protratta per dieci anni sul territorio nazionale, dato che tale termine coincide con quello necessario e sufficiente a richiedere la cittadinanza italiana ai sensi dell'art. 9, comma 1, lettera f), della legge 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza). In ogni caso, tale previsione contrasta con la richiamata direttiva 2003/109/CE che prevede come regola l'equiparazione tra cittadini e soggiornanti di lungo periodo, condizione quest'ultima che – come si è detto – si può ottenere dopo cinque anni di permanenza sul territorio di uno Stato membro.

In secondo luogo, anche il termine di cinque anni nel territorio regionale risulta palesemente irragionevole e sproporzionato, considerato che i fondi sono stati istituiti dal legislatore in un contesto normativo volto anche a «favorire la mobilità nel settore della locazione attraverso il reperimento di alloggi da concedere in locazione per periodi determinati» (art. 11, comma 3, legge n. 431 del 1998) e, dunque, per esigenze transitorie, relative a periodi limitati, che sarebbero frustrate dalla richiesta di una permanenza addirittura

quinquennale.

Inoltre, trattandosi di una provvidenza che, alla luce della scarsità delle risorse destinabili alle politiche sociali nell'attuale contesto storico, viene riservata a casi di vera e propria indigenza, non si può ravvisare alcuna ragionevole correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni abitativi primari della persona che versi in condizioni di povertà e sia insediata nel territorio regionale, e la lunga protrazione nel tempo di tale radicamento territoriale (sentenze n. 222 del 2013, n. 40 del 2011 e n. 187 del 2010). D'altra parte, questa Corte ha recentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che richiedeva una residenza di lunga durata (dieci anni) per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica (sentenza n. 106 del 2018).

Tutti questi indici normativi e giurisprudenziali, relativi e attuativi anche di precisi obblighi assunti dallo Stato nel contesto dell'Unione europea, confermano che la previsione di un requisito di residenza decennale nel territorio dello Stato e quinquennale in quello della Regione risulta sproporzionato e perciò irragionevole, oltre che non rispettoso dei predetti obblighi europei.

8.– Alle luce delle osservazioni che precedono, pertanto, il censurato art. 11, comma 13, deve essere dichiarato illegittimo per violazione dell'art. 3 Cost.

Resta ferma ovviamente la possibilità che il legislatore individui altri indici di radicamento territoriale e sociale a cui subordinare l'erogazione del sostegno al canone di locazione ed altri sussidi per l'alloggio, nei limiti imposti dal principio di non discriminazione e di ragionevolezza, come sopra enunciati.

Corte Costituzionale, sentenza del 20.07.2018, n. 166

A3 Processo - Principio di soccombenza ed eccezione motivata al regime delle spese processuali

1. Il giudizio di primo grado conclusosi con la qui appellata sentenza n. 10418/2017, ha visto accolta la domanda con la quale la ricorrente Silvia Fuggi - candidata al consiglio comunale di Fonte Nuova, nonché cittadina elettrice dello stesso Comune - aveva impugnato i verbali delle operazioni dell'ufficio elettorale centrale del 16 giugno 2017 e del 25 giugno 2017, relativi alla procedura di elezione diretta del sindaco e del consiglio comunale di Fonte Nuova, e aveva chiesto la correzione in proprio favore del risultato elettorale, ottenendo all'esito la proclamazione alla carica di consigliere comunale in sostituzione del controinteressato Fabio Traini.

2. L’appellante Fuggi in questa sede si duole del fatto che il TAR, senza giustificato motivo, pur avendo accertato la piena fondatezza delle sue istanze, abbia compensato le spese di lite del primo grado di giudizio e confermato implicitamente (senza pronunciarsi sul punto) la statuizione di condanna della ricorrente alla refusione delle spese della fase cautelare.
3. Osserva l’appellante come la giurisprudenza da tempo abbia avuto cura di precisare che i “giusti motivi o le ragioni di equità”, in base ai quali il giudice dispone la compensazione tra le parti in causa delle spese del giudizio, devono quanto meno essere desumibili dal contesto della decisione (cfr. Cons. Stato, III, n. 3682/2014; id., n. 2508/2013) – e come, per converso, nella sentenza appellata tale corrispondenza tra motivazione e statuizione sulle spese non sia in alcun modo rinvenibile, non potendosi ritenere sufficiente l’affermazione di stile ivi contenuta secondo la quale “le spese processuali devono essere compensate tra le parti costituite, per evidenti ragioni di equità”. Nello stesso senso, l’appellante fa rilevare che l’art. 92 cod. proc. civ., nel testo vigente, dopo la modifica apportata dal d.l. n. 69/2009, convertito nella legge n. 135/2012, ha riferito la possibilità della compensazione alla più restrittiva sussistenza di “gravi ed eccezionali ragioni” (Cons. Stato, sez. IV, n. 4948/2016; Id., sez. III, n. 1262/2016), di cui nella specie non vi sarebbe alcun riscontro.

A detta dell’appellante, l’applicazione del criterio della soccombenza, e del sotteso principio di causalità cui è conformata tutta la disciplina in materia di regolamentazione delle spese processuali, risulterebbe doverosa in un caso come quello in esame, in cui sono state contestualmente riconosciute la piena fondatezza delle istanze avanzate dalla parte ricorrente e l’altrettanto integrale infondatezza delle eccezioni sollevate dal controinteressato.

4. Sotto tutti i profili sin qui richiamati, l’appellante deduce la violazione dell’articolo 26 c.p.a., la falsa ed errata applicazione dell’art. 57 codice del processo amministrativo, nonché la violazione degli artt. 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, oltre che dell’art. 24 Cost..
5. Le parti intimate non si sono costituite in giudizio.
6. La causa è stata discussa e posta in decisione all’udienza pubblica del 26 giugno 2018.
7. L’appello è fondato e meritevole di accoglimento.

Com’è noto, l’articolo 26 del c.p.a., salvo che per aspetti qui non in rilievo, reca un esplicito rinvio alle disposizioni del codice di rito, e segnatamente agli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, per la definizione del regime delle spese processuali.

Il suindicato sistema è incentrato sul principio generale secondo cui la parte soccombente va condannata al pagamento delle spese processuali in favore della parte risultata vittoriosa.

Tale principio, a mente dell’articolo 92 del c.p.c., patisce eccezione e può, dunque, essere derogato con la diversa regola della cd. compensazione, evenienza questa però sottoposta a progressive restrizioni da parte del legislatore che hanno via via eroso i margini di discrezionalità spettanti al giudice procedente.

8. Segnatamente, l’art. 92 cod. proc. civ., nel testo vigente, dopo la modifica apportata dal d.l. n. 69/2009, convertito nella legge n. 135/2012, ha riferito la possibilità della compensazione alla

sussistenza di “gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione”. Nella successiva e vigente versione della citata disposizione, come definita dall'art. 13, comma 1, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, le spese possono essere compensate nei soli casi di “soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti”.

Tale disposizione, con sentenza 7 marzo-19 aprile 2018, n. 77 (Gazz. Uff. 26 aprile 2018, n. 17, ediz. straord. - Prima serie speciale), è stata di recente dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni.

9. Nell’assetto sopra definito, e nonostante l’introduzione per via giurisdizionale di una clausola residuale idonea ad accreditare come fattispecie derogatorie anche ulteriori cause diverse ed aggiuntive rispetto a quelle elencate dal legislatore, è rimasto fermo il divisato principio che pone i criteri della soccombenza e della compensazione in rapporto di regola ed eccezione, confinando, peraltro, l’ammissione di una deroga al principio generale solo entro gli stretti margini di ulteriori fattispecie contraddistinte dai predicati della “gravità” e della “eccezionalità”.
10. Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, appare di tutta evidenza come ogni eccezione al principio della soccombenza, ancorché non riconducibile alle fattispecie tipiche indicate dal legislatore, possa trovare ingresso sempreché adeguatamente ‘esternata’ in motivazione, in modo tale da rendere comprensibile l’iter logico-giuridico e/o le valutazioni (di fatto ed eventualmente di sostanziale equità) su cui essa si fonda, e purché impostata su argomentazioni coerenti con le coordinate normative soprarichiamate.
11. Tanto premesso, e venendo al caso qui in rilievo, non può dubitarsi del fatto che l’esito del giudizio di primo grado abbia dato origine ad una situazione di piena vittoria processuale in capo alla ricorrente e di radicale soccombenza del controinteressato resistente. Il giudice di primo grado ha infatti acclarato la completa infondatezza delle eccezioni da questi opposte al fine di far valere l’inammissibilità dell’iniziativa processuale avversaria, tutte singolarmente esaminate e respinte dal Tar.

Vale poi soggiungere che dalla motivazione della sentenza appellata non emerge alcun elemento dal quale sia possibile dedurre la sussistenza di “giusti motivi” sui quali poter fondare la più volte menzionata ‘deroga’ al c.d. “principio della soccombenza”.

La combinata considerazione di tali due parametri di valutazione, induce ad una piana applicazione del criterio della soccombenza con riferimento alle domande principali oggetto di giudizio.

12. Lo stesso criterio rende meritevole di riforma anche la statuizione sulle spese assunta, nella fase cautelare, in senso sfavorevole alla ricorrente. Vero è, infatti, che il Collegio di primo grado si è risolto per il rigetto della istanza cautelare (con ordinanza 3919/2017), ma mette conto rilevare che tale statuizione è stata motivata sulla base di ragioni meramente processuali (desunte dalla “speciale natura del giudizio elettorale”, ritenuto non compatibile con la tutela cautelare “sia per la natura dei

contrapposti interessi da bilanciare nella fase cautelare, sia per la speciale celerità del rito elettorale"), che non hanno toccato il fumus dell'istanza e che, comunque, non rinvengono la loro fonte in un espresso divieto di legge, quanto nelle valutazioni elaborate ex nihilo dal giudice di primo grado. Si tratta peraltro di argomentazioni non condivisibili, in considerazione del principio secondo cui il potere di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo è «elemento connaturale» di un sistema di tutela giurisdizionale incentrato sull'annullamento degli atti delle pubbliche amministrazioni. Sulla scorta di tale principio generale, la Corte Costituzionale ha affermato che, anche nella materia elettorale, la tutela giurisdizionale piena e tempestiva nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, garantita dagli artt. 24 e 113 Cost., non può non includere anche il rimedio cautelare (Corte Cost. n. 236/2010).

13. Merita considerare, inoltre, che la stessa ordinanza che ha disposto la reiezione della domanda cautelare ha invece accolto l'istanza di esibizione documentale avanzata dalla ricorrente, disponendo l'acquisizione di "tutta la documentazione relativa alle operazioni elettorali contestate, incluse, in particolare, le tabelle di scrutinio riferite alla sezione elettorale n. 13": proprio dagli esiti dell'incombente istruttorio è emersa quell'erronea attribuzione dei voti che ha poi originato il pieno accoglimento del ricorso di primo grado.
14. La rivalutazione della regolamentazione delle spese di lite relative alla fase cautelare, ai sensi dell'art. 57 c.p.a. ("La pronuncia sulle spese conserva efficacia anche dopo il provvedimento che definisce il giudizio, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza di merito"), non è condizionata ad una specifica istanza di parte, sicché anche sotto questo profilo nulla ostava a che il giudice di primo grado, alla luce delle ragioni di merito definitivamente appurate all'esito della trattazione, riconsiderasse la complessiva regolamentazione delle spese di lite, anche al fine di renderla coerente con il parametro di "equità" conclusivamente prescelto.
15. In ragione di quanto fin qui esposto - in accoglimento della espressa domanda giudiziale veicolata con l'atto di appello in esame ed in riforma dell'appellata impugnata - le spese della fase cautelare relative al giudizio di primo grado vanno compensate e la parte controinteressata deve essere condannata al pagamento delle spese processuali per entrambi i gradi di giudizio, nella misura omnicomprensiva indicata nel dispositivo.
16. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite nei rapporti tra l'appellante e le rimanenti parti non costituite, stante il loro contegno di mancata opposizione alle istanze dedotte dalla controparte.

Consiglio di Stato, III, sentenza del 12.07.2018, n. 4275

A5 Urbanistica ed edilizia - Commercio e industria - Manufatto e decadenza dalla licenza - Fattispecie

1.F. R., titolare di autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico per la realizzazione di un dehors a servizio del Bar H. in Bisceglie, ha impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Puglia il provvedimento di decadenza di tale occupazione adottato dal Comune con provvedimento n. 139 del 31

agosto 2016.

Con un unico articolato motivo ha lamentato eccesso di potere per insussistenza e falsità dei presupposti, carenza di attività istruttoria, contraddittorietà tra provvedimenti e ingiustizia manifesta, sviamento di potere; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del vigente regolamento TOSAP approvato con delibera di C.C. n. 20 in data 11 maggio 2012; violazione e falsa applicazione del regolamento di Polizia Urbana approvato con delibera di C.C. n. 90 in data 30 novembre 2011.

2. Con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza dell'intimata amministrazione comunale, l'adito tribunale amministrativo, prescindendo dalle eccezioni pregiudiziali, ha respinto il ricorso, rilevando che il provvedimento impugnato si fondava su autonomi capi di motivazione, dei quali uno di questi resisteva alle censure sollevate.

Invero nelle premesse del provvedimento erano state dettagliate le difformità del manufatto in tema di distanze, altezza e scavo abusivo della sede stradale e della sua contrarietà alle previsioni del codice della strada sull'occupazione dei marciapiedi, previsioni riprese dall'art. 10 del regolamento comunale TOSAP: di conseguenza il Comune aveva esercitato un potere vincolato, avendo accertato nei fatti una delle ipotesi alle quali conseguiva ope legis la decadenza dall'autorizzazione per l'occupazione permanente del suolo pubblico, la struttura de qua essendo posta a una distanza inferiore a due metri dal bordo esterno del marciapiede, non rilevando che i cassonetti prospicienti uno dei lati del dehors fossero stati rimossi, né che la pedana, sulla quale poggiava il manufatto, fosse alta soltanto dodici centimetri; né poteva avere alcun rilievo il fatto che il Comune avesse contemporaneamente avviato il procedimento di revoca dell'autorizzazione, in quanto incompatibile con la realizzazione di un'opera pubblica, trattandosi di due procedimenti del tutto autonomi con distinte finalità e casualmente paralleli, quindi compatibili nel loro avviamento, né aveva valore la mancata contestazione sulle ulteriori difformità dei pannelli, poiché a tal fine non era necessaria la previa diffida.

3. Con atto di appello notificato il 19 gennaio 2018 il R. ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendo che il dehors in questione era del tutto conforme al progetto approvato dagli uffici comunali successivamente ad un complesso contraddittorio caratterizzato da molteplici pareri e controlli sulla planimetria e sollevando i seguenti motivi di gravam:

1.Error in procedendo per falsa applicazione dell'art. 20, co. 3, d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285. Erronea valutazione dei fatti di causa.

2. Error in procedendo per erronea valutazione dei fatti di causa. Abnormità ed illegittimità del procedimento amministrativo posto in essere dal Comune.
3. Error in procedendo per erronea valutazione dei fatti di causa. Abnormità ed illegittimità del procedimento amministrativo posto in essere dal Comune.

4.Omessa pronuncia del giudice di prime cure.

4. Il Comune di Bisceglie si è costituito in giudizio, sostenendo l'improcedibilità e l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.
5. All'udienza pubblica del 24 maggio 2018 la causa è passata in decisione.
6. L'appello è infondato nel merito, il che esime la Sezione dall'esame della preliminare eccezione di improcedibilità sollevata dal Comune appellato.

6.1. In primo luogo le censure addotte dall'appellante per la mancata acquisizione di una c.t.u. da parte del giudice di primo grado e per l'asserito acritico suo appiattimento sugli accertamenti svolti dagli comunali non sono favorevolmente apprezzabili, poiché dall'ampia documentazione versata in atti emerge che gli spazi di rispetto per l'area data in concessione risultavano pacificamente superati e tra l'altro anche in difformità delle prescrizioni di cui all'art. 20 d. lgs n. 285 del 1992 (codice della strada): in particolare lo spazio di due metri richiesto dal titolo non sussisteva con tutta evidenza e specificamente riguardo all'ansa nel pubblico marciapiede, ansa funzionale alla posa dei cassonetti per i rifiuti. Sul punto l'assunto secondo il quale i cassonetti non erano presenti ed erano stati rimossi, per cui il Comune sarebbe stato obbligato a ricostituire il marciapiede secondo le misure ordinarie, è privo di qualsiasi fondamento giuridico, né d'altra parte è stata fornita alcuna indicazione in tal senso: non è dato neppure sapere se la rimozione fosse o meno temporanea, non essendo decisivo il richiamo al mero avvio della raccolta "porta a porta", tanto più che quello spazio avrebbe potuto essere destinato a diverse funzioni di pubblico interesse, senza poi sottacere che lo "slargo" era preesistente alla concessione in questione.

D'altra parte è anche innegabile che l'altezza del dehors abbia superato quanto previsto dal titolo: il fatto è ammesso dall'appellante, ma la giustificazione che la struttura avesse un'altezza "difforme" perché sollevata dal suolo da una sorta di bordo per l'illuminazione, non solo non è di per sé convincente, per quanto, non essendo stato, per esempio, fornita alcuna prova inconfutabile della indispensabilità di quel bordo e quindi dell'impossibilità di rispettare altrimenti l'altezza consentita, non può costituire idonea ragione per vanificare i limiti imposti dal titolo.

6.2. In secondo luogo l'appellante si duole del fatto che il tribunale avrebbe ignorato che il Comune aveva attivato altri due procedimenti di rimozione dell'autorizzazione, l'uno di revoca per difformità per la realizzazione di una serie di pannelli di vetro facilmente amovibili e poi rimossi e l'altro di decadenza per aver deciso una diversa destinazione dell'area solo pochi mesi dopo il rilascio dell'autorizzazione, rendendo così abnorme il comportamento complessivo della P.A.

Anche tale censura deve essere respinta.

In disparte ogni considerazione sulla sua autonoma rilevanza ed anche a voler ammettere che l'amministrazione abbia posto in essere vari procedimenti per reimpossessarsi dell'area in questione (attività che di per sé non può essere considerata in astratto illegittima, in carenza di puntuali e specifici riscontri di fatto), è sufficiente rilevare che i presupposti e le ragioni che giustificano il provvedimento di decadenza impugnato con il ricorso introduttivo, come in precedenza già evidenziato, legittimano in ogni caso il comportamento della P.A. ed il provvedimento impugnato.

6.3. In terzo luogo l'appellante sostiene che i pannelli contrari alle previsioni del titolo erano stati rimossi e non riposizionati, come assunto dal Comune, mentre quanto alle altre difformità, esse erano irrilevanti e tutte facilmente rimovibili e comunque non avrebbero giustificato di per sé un provvedimento di decadenza o revoca del titolo concessorio.

Anche questo motivo è infondato.

Fermo quanto già rilevato in ordine alle difformità che hanno giustificato il provvedimento impugnato, si rileva quanto ai pannelli di vetro (che sarebbero stati rimossi a seguito delle primi contestazioni) che la struttura era autorizzata al posizionamento di pannelli in vetro per l'intero perimetro con un'altezza massima di un metro, laddove nel sopralluogo di cui alla nota della polizia municipale dell'11 maggio 2016 gli stessi risultavano sul lato della via Sonnino "a tutta altezza", quindi pari all'intero manufatto e nella parete pari a m. 2,45.

Tali rilievi sono stati confermati con ampio corredo fotografico e le censure in senso contrario contenute nell'atto di appello costituiscono mere asserzioni prive di qualsiasi supporto probatorio valido a contrastare gli assunti comunali.

6.4. In quarto luogo l'appellante ha reiterato censure non prese in considerazione nel primo grado di giudizio e concernenti la non comprensibilità della normativa applicata e l'oscurità sui presupposti di fatto del provvedimento, come ad esempio le difformità dell'opera.

Anche a voler prescindere da quanto fin qui rilevato, si deve osservare che la dichiarazione di decadenza dall'occupazione di suolo pubblico risulta estremamente dettagliata nell'elencare pedissequamente le difformità del manufatto rispetto a quanto concesso, difformità reiterate - ad esempio quanto ai pannelli in vetro - che giustificavano il provvedimento di decadenza anche in relazione alle previsioni del regolamento regolamento T.o.s.a.p., più volte richiamato, riproduttivo a sua volta di norma statali, la cui mancata citazione non è decisiva ai fini della pretesa illegittimità del provvedimento impugnato, risultando pleonastica e meramente formale.

7. Per le suesposte considerazioni l'appello deve dunque essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Consiglio di Stato, V, sentenza del 04.07.2018, n. 4101

A5 *Procedimento amministrativo - Ambiente e territorio - Diniego di accesso - Fattispecie

1. Con il primo motivo d'appello la Difesa Servizi sostiene che la decisione del Tribunale

amministrativo sarebbe affetta da contraddittorietà, perché dalla corretta premessa, secondo cui l'accesso alle informazioni ambientali è strumentale alla tutela delle matrici ambientali e alla conoscenza dei fattori e delle misure, anche amministrative, aventi possibile incidenza sulle prime, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 195 del 2005, perviene attraverso un indimostrato automatismo ad affermare che in questo ambito si colloca l'accesso ad atti di una procedura ad evidenza pubblica per la valorizzazione del Faro di Punta Polveraia. La società appellante sottolinea al riguardo che l'istanza di accesso, cui ha opposto il diniego impugnato nel presente giudizio, non indicava quali matrici ambientali sarebbero potenzialmente pregiudicate dal progetto di valorizzazione del faro di Punta Polveraia e a causa di ciò a si risolverebbe in un indiscriminato accesso a tutte le pratiche inerenti ad un determinato settore di attività amministrativa ed in ultima analisi sarebbe finalizzato ad un inammissibile controllo generalizzato di quest'ultima.

2. Con il secondo motivo d'appello la Difesa Servizi deduce che i documenti riguardanti un procedimento di gara relativo all'esecuzione di opere pubbliche quale quello cui l'istanza di accesso si riferisce non hanno alcuna attinenza con la materia ambientale e che non vi è prova che il progetto di valorizzazione risultato aggiudicatario abbia impatti sull'ambiente.

3. Con il terzo motivo viene infine riproposta l'eccezione irricevibilità del ricorso, fondata sul presupposto che il diniego all'accesso impugnato è stato adottato «in esito ad un procedimento sostanzialmente coincidente con altro, promosso dall'Associazione "Amici di Patresi e di Colle d'Orano"», rispetto al quale la Commissione per l'accesso ai documenti ex art. 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241, adita dalle istanti, ha già dichiarato l'irricevibilità del ricorso in quanto tardivo.

4. Così sintetizzate le censure, la Sezione è dell'avviso che siano fondate ed assorbenti quelle di cui ai primi due citati motivi di gravame.

5. Deve premettersi che l'interesse all'accesso fatto valere dagli originari ricorrenti si fonda sul bisogno di «venire a conoscenza del progetto presentato dal raggruppamento aggiudicatario al fine di comprendere nel dettaglio il suo impatto paesaggistico, ambientale e strutturale in considerazione del fatto che il faro ricade in parte nel perimetro del Parco Nazionale dell'Arcipelago Toscano» (così nell'istanza in data 4 ottobre 2014) e sull'ampia portata del diritto d'accesso alle informazioni relative all'ambiente in possesso delle pubbliche autorità, ai sensi del più volte richiamato decreto legislativo del 19 agosto 2005, n. 195.

6. Il diniego opposto dalla Difesa Servizi si fonda per contro sulla circostanza che il progetto dell'aggiudicatario, ai quali i residenti nelle vicinanze del faro avevano chiesto di accedere, non era qualificabile come informazione ambientale rientrante nell'ambito di applicazione del decreto

legislativo n. 195 del 2005.

7. In ordine a questo decisivo profilo, nelle proprie difese gli originari ricorrenti ribadiscono innanzitutto che per l'accesso alle informazioni ambientali non è richiesta la prova di un interesse attuale e concreto, secondo i principi valevoli per l'omologo istituto disciplinato dalla legge generale sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241, ed in secondo luogo che la conoscenza di tali informazioni realizza ex se l'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente. Secondo questa impostazione ai fini dell'accesso non occorre dimostrare che quest'ultimo sia strumentale alla tutela di matrici ambientali, come invece suppone Difesa Servizi, ma è sufficiente che esso si correli all'esigenza di una più ampia diffusione di questo tipo di dati, attraverso la quale si realizza non semplicemente un interesse del privato richiedente ma l'interesse generale alla tutela dell'ambiente (viene richiamata la sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 luglio 2011, C-71/10, Office of Communication c. Information Commissioner).

8. Tutto ciò premesso, l'impostazione difensiva degli originari ricorrenti può essere condivisa nella parte in cui si nega la necessità di dimostrare un interesse concreto rispetto al quale l'accesso alle informazioni ambientali si pone come strumento necessario rispetto ad un bisogno di conoscenza, in favore di un'accezione ampia del diritto all'informazione, incentrata sull'interesse pubblico generale all'acquisizione di informazioni concernenti un bene fondamentale quale è l'ambiente.

9. Tuttavia, affinché questo interesse possa essere soddisfatto occorre che sia prospettato un possibile impatto sull'ambiente a causa di attività modificative dell'uomo, come si assume nel presente appello.

Va infatti evidenziato che le informazioni cui fa riferimento il d.lgs. n. 195 del 2005, ed in particolare il citato art. 2, concernono lo stato dell'ambiente (aria, atmosfera, acqua, suolo, sottosuolo, siti naturali etc.) ed i fattori aventi impatti sull'ambiente, ivi comprese «le misure, anche amministrative, quali le politiche, le disposizioni legislative, i piani, i programmi, gli accordi ambientali e ogni altro atto, anche di natura amministrativa» e più in generale tutte le attività «che incidono o possono incidere sugli elementi e sui fattori dell'ambiente» [art. 2, lett. a), n. 3), d.lgs. n. 195 del 2005].

L'art. 5 del medesimo d.lgs. n. 195 del 2005 elenca poi le ipotesi di esclusione dell'accesso all'informazione ambientale e tra esse annovera i casi in cui l'istanza sia manifestamente irragionevole avuto riguardo alle finalità di garantire il diritto d'accesso all'informazione ambientale o sia stata formulata in termini eccessivamente generici [rispettivamente, lett. b) e c)].

10. Pertanto, sebbene l'accesso all'informazione ambientale possa essere esercitato da chiunque, senza la necessità di dimostrare uno specifico interesse, dalla normativa di settore esaminata si ricava che la sottostante richiesta deve indicare le matrici ambientali potenzialmente compromesse e fornire una ragionevole prospettazione di tali effetti negativi (in questi termini è la giurisprudenza consolidata, espressa tra l'altro da: Cons. Stato, III, 5 ottobre 2015, nn. 4636 e 4637; IV, 20 maggio 2014, n. 2557; V, 15 ottobre 2009, n. 6339).

11. Ciò non è avvenuto nel caso di specie.

Gli originari ricorrenti, pur legittimati per la vicinitas al faro interessato dall'intervento di valorizzazione, si sono infatti limitati ad azionare il loro interesse conoscitivo facendo riferimento ad un elemento di carattere paesaggistico, e non già ambientale, consistente nel fatto che il faro medesimo ricade in parte nel perimetro del Parco Nazionale dell'Arcipelago Toscano. Come dunque sottolinea la Difesa Servizi nell'appello in esame, con l'istanza sulla quale è stato poi opposto il diniego impugnato nel presente giudizio gli originari ricorrenti non hanno nemmeno ipotizzato quale sarebbe l'impatto del progetto presentato dall'aggiudicataria sulle matrici ambientali elencate dal sopra citato art. 2 d.lgs. n. 195 del 2005.

12. Peraltro, come evidenziato da Difesa Servizi sin dal diniego in questione, la valorizzazione ex art. 535 dell'ordinamento militare dei fari mediante concessione in uso di questi beni demaniali a terzi si propone l'obiettivo di adattare gli stessi allo svolgimento di «un'attività di gestione economica per finalità turistico-ricettive», ed in particolare per «accogliere attività turistiche, ricettive, ristorative, ricreative, promozionali, insieme ad iniziative ed eventi di tipo culturale, sociale, sportivo e per la scoperta del territorio». Ciò avvalora l'avviso per cui i profili interessati dalla concessione si esauriscono alla compatibilità paesaggistica del progetto, non rientrante nell'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 195 del 2005, e per il quale – come ulteriormente specificato nel diniego – saranno richiesti gli assensi delle autorità amministrative preposte ai vincoli ivi esistenti.

13. L'appello deve quindi essere accolto. Per l'effetto il ricorso contro il diniego d'accesso impugnato dai residenti nelle vicinanze del faro deve essere respinto.

La particolarità delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese.

Consiglio di Stato, V – sentenza del 17.07.2018 n. 4339

A5 *Gare - Offerta e mancato utilizzo del modulo predisposto dalla stazione appaltante

La Provincia di Trento ha bandito una gara, da aggiudicarsi mediante procedura telematica, per l'affidamento dei lavori di "completamento delle nuove reti fognarie bianche e nere al servizio delle frazioni nel comune di Valfloriana".

Il paragrafo 3.1.1. della lettera d'invito stabiliva quanto segue: >.

Il medesimo paragrafo 3.1.1. stabiliva ancora che:

1. a) ;

1. b) .

Alla gara ha partecipato la S.T.E. Costruzioni Generali (d'ora in poi solo STE) s.r.l. affermando di aver:

1) compilato il modulo online messo a disposizione dalla stazione appaltante;

2) provveduto a generare un documento statico mediante stampante digitale del detto modulo;

3) sottoscritto digitalmente e spedito come prescritto il medesimo documento.

A seguito dell'esame dell'offerta economica la società è stata esclusa dalla gara in quanto .

L'appalto è stato conseguentemente aggiudicato all'Impresa Costruzioni Pretti & Scalfi s.p.a..

Ritenendo i provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione illegittimi la STE li ha impugnati con ricorso al T.R.G.A. di Trento, il quale con sentenza 8/1/2018, n. 4, lo ha respinto.

Avverso la sentenza ha proposto appello la STE.

Per resistere al gravame si sono costituite in giudizio l'Impresa di Costruzioni Pretti & Scalfi e la Provincia d Trento.

Con successive memorie tutte le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 28/6/2018 la causa è passata in decisione.

In via preliminare va esaminata l'eccezione con cui le appellate deducono che l'appello sarebbe inammissibile perché fondato su una ricostruzione dei fatti diversa da quella prospettata in primo grado.

In quella sede la STE avrebbe, infatti, affermato di aver scansionato il file contente la "Lista delle lavorazioni e forniture", mentre ora sostiene di aver provveduto a generare un documento statico mediante apposita stampante digitale denominata PDF CREATOR.

L’eccezione è infondata.

Ed invero le modalità tecniche attraverso cui è stata generata la copia del documento trasmessa alla stazione appaltante ai fini della partecipazione alla procedura selettiva non influiscono sulle doglianze prospettate contro la sentenza e il provvedimento espulsivo, atteso che le stesse sostanzialmente si incentrano sull’assenza di un obbligo di utilizzare unicamente il file originale e sulla conseguente illegittimità della disposta esclusione dalla gara.

L’appello può, quindi, essere affrontato nel merito.

Col primo motivo si deduce che il giudice di prime cure avrebbe errato a ritenere che il mancato utilizzo del modulo contenente la “Lista delle lavorazioni e forniture” predisposto dalla stazione appaltante potesse comportare l’esclusione dalla gara.

Nessuna norma di legge prevederebbe, infatti, una tale sanzione per l’omessa osservanza della detta formalità, per cui la clausola della lex specialis eventualmente difforme risulterebbe nulla ai sensi dell’art. 83, comma 8, del D. Lgs. 18//2016, n. 50.

In ogni caso, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale, la STE non avrebbe violato la disciplina di gara in quanto avrebbe utilizzato il modulo messo a disposizione dalla stazione appaltante.

Ulteriormente erronea risulterebbe la sentenza laddove afferma che l’assenza della firma digitale del Responsabile del procedimento sul modulo utilizzato per l’offerta avrebbe impedito di ricondurre il documento in questione alla stazione appaltante. Quest’ultima, infatti, non avrebbe mai disconosciuto l’autenticità del modulo usato dalla STE.

La doglianza merita accoglimento.

In primo luogo occorre rilevare che, come correttamente dedotto dall’appellante, non esiste alcuna norma di legge che consenta di sanzionare con l’esclusione il mancato utilizzo di un modulo predisposto dalla stazione appaltante per la redazione dell’offerta economica (nella fattispecie si trattava dell’allegato avente ad oggetto la “Lista delle lavorazioni e delle forniture”).

Diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale la possibilità di disporre l’espulsione in relazione a fattispecie come quella per cui è causa non può trovare giustificazione nell’art. 57 del D.P.P. 11/5/2012, n. 9-84/Leg. ().

Tale disposizione ha, infatti, natura regolamentare e non legislativa.

In ogni caso, come ben rilevato dalla STE, la lettera d’invito, prevedeva l’esclusione dalla gara solo in relazione al “mancato rispetto delle modalità” di compilazione del modulo indicate nel paragrafo 3.1.1. E nel caso che occupa non è controverso che la STE abbia utilizzato l’allegato contenente la “Lista delle lavorazioni e delle forniture” compilandolo secondo le prescrizioni dettate nel suddetto paragrafo 3.1.1.

La circostanza poi che l'appellante abbia trasmesso alla stazione appaltante invece che il file .pdf caricato a sistema una copia del detto file riprodotta mediante scanner o (il che è lo stesso) mediante stampante digitale denominata PDF CREATOR, dà luogo ad una mera irregolarità formale di per se sola insufficiente a giustificarne l'esclusione dalla gara, vieppiù in assenza di una specifica clausola che prescrivesse di utilizzare esclusivamente l'originale vitando l'uso del documento scansionato o generato mediante stampante digitale.

La copia del file, invero, non contiene i certificati di firma digitale che garantiscono la conformità della copia stessa all'originale. Ma l'unico inconveniente derivante da detta mancanza si sostanzia nella necessità di verificare, in sede di esame dell'offerta, la corrispondenza di ogni singola voce della lista scansionata (o riprodotta) e compilata dal concorrente con quella predisposta dall'amministrazione appaltante.

L'appello, sotto il profilo impugnatorio, va, pertanto, accolto.

Va altresì dichiarata, in accoglimento della domanda all'uopo proposta dall'appellante, l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria a decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza, disponendo, inoltre, con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto della STE, previo riscontro da parte della stazione appaltante del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

Non risulta, infatti, prospettata dalle controparti la sussistenza di eventuali ostacoli alla dichiarazione di inefficacia e alla condanna al risarcimento in forma specifica.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

Consiglio di Stato, V – sentenza del 19.07.2018 n. 4395

A5 *Servizi pubblici - Enti locali - Servizio pubblico locale, affidamento diretto e compatibilità europea - Rimette alla Corte di Giustizia UE

1. La Regione Molise, con deliberazione della Giunta regionale 30 giugno 2015, modificava la rete dei servizi minimi regionali di trasporto pubblico locale (TPL), disponendo un incremento chilometrico pari a Km 149.939,750 su base annua, con corrispondente aumento di spesa di € 330.000,00, oltre IVA.

1.1. Nel documento istruttorio allegato alla deliberazione era specificato che l'incremento della rete dei

servizi regionale di TPL avveniva in via d'urgenza e con carattere provvisorio in attesa di procedere alla rivisitazione e parziale riorganizzazione dell'intero programma dei servizi di TPL regionale. Essa si era resa necessaria per le numerose richieste di modifica degli orari di alcune corse, integrazioni di linee, istituzione di nuovi collegamenti pervenute all'Assessorato ai trasporti e agli atti del Servizio Mobilità.

1.2. Gli incrementi chilometrici disposti erano affidati in via diretta alle società con le quali erano già in corso contratto di servizio per le stesse tratte o per altre tratte; in particolare, gran parte dei nuovi servizi erano, così, affidati alla SATI – Società Autocooperative Trasporti Italiani s.p.a.

1. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Molise, A.T.M. – Azienda di Trasporti Molisana s.p.a. impugnava il predetto provvedimento regionale sulla base di tre motivi.

2.1. Con il primo motivo lamentava la violazione dell'art. 18 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e dell'art. 15 l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 per aver la Regione disposto l'affidamento dei servizi di nuova istituzione in via diretta senza l'attivazione di procedura di evidenza pubblica tra le imprese interessate all'esercizio dei servizi; a tale procedura la ricorrente dichiarava avrebbe avuto interesse a partecipare in quanto operatrice del settore e, comunque, gestore di servizi di TPL per conto della Regione fino al 2013.

2.2. Con il secondo e il terzo motivo lamentava la violazione dell'art. 16 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, dell'art. 11 l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 e dell'art. 34 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 per aver la Regione disposto le modifiche alla rete di TPL senza alcuna istruttoria finalizzata a verificare la sussistenza di ragione di interesse pubblico e senza la previa intesa con gli enti locali interessati, espressamente richiesta dall'art. 16 cit.

3. Si costituivano in giudizio la Regione Molise e la SATI s.p.a. che domandavano il rigetto del ricorso.

3.1. Il giudizio si concludeva con la sentenza 3 agosto 2017, n. 278, con la quale era accolto il ricorso con conseguente annullamento della deliberazione regionale impugnata e condanna della Regione al risarcimento del danno in favore di A.T.M. s.p.a., oltre spese di lite.

3.2. Il Tribunale accoglieva la domanda di annullamento sulla base del seguente ragionamento:

- l’art. 5 del Regolamento europeo in materia di servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia stabilisce che l’affidamento ad un soggetto terzo del servizio deve avvenire mediante procedura di gara;

- la stessa disposizione prevede, tuttavia, una deroga alla gara aperta in presenza di talune specifiche condizioni ivi esattamente individuate, precisando, però, che l’affidamento diretto è consentito “a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale”;

- nella vicenda in esame, pur rientrando il servizio in esame tra quelli affidabili in via diretta, tale facoltà è preclusa dalla previsione dell’art. 18 d.lgs. 422 del 1997 che prevede la gara aperta quale regola generale per l’affidamento delle concessioni di servizio TPL;

- la regola della gara aperta è ribadita anche dalla legislazione regionale (la legge regionale n. 19 del 2000 e la legge regionale n. 9 del 2015) e risponde ai principi del Trattato UE, per come espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea e dalla comunicazione interpretativa della commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000.

3.3. Il Tribunale riteneva fondato anche il secondo e il terzo motivo di ricorso: la Regione non poteva sottrarsi, nella istituzione di servizi aggiuntivi di TPL, alla procedura prevista dall’art. 16 d.lgs. 422 cit., e, precisamente, dall’effettuare una completa istruttoria che tenesse conto di tutti i parametri ivi indicati (quali l’integrazione tra le reti di trasporto, il pendolarismo scolastico e lavorativo, la fruibilità dei servizi da parte degli utenti, le esigenze di riduzione della congestione e dell’inquinamento), e dal coinvolgere gli enti locali nella determinazione dei servizi minimi.

III. I MOTIVI DI APPELLO.

4. SATI S.p.A. propone appello e chiede la riforma della citata sentenza in base a cinque motivi. Si sono costituiti in giudizio A.T.M. Molise e la Regione Molise.

5. I motivi di appello rivolgono critiche alle statuizioni della sentenza di primo grado.

5.1. In particolare, ai fini che qui interessano, le contestazioni si appuntano sulla ritenuta impossibilità di procedere all’affidamento diretto benchè il servizio da aggiudicare rientrasse pacificamente tra quelli che, a norma dell’art. 5 del Regolamento europeo, l’ente pubblico ha facoltà di affidare in via diretta.

5.2. La società appellante sostiene, più in particolare, che il giudice di primo grado abbia errato nell'interpretazione della normativa interna, la quale non porrebbe affatto quel divieto assoluto di affidamento diretto del servizio TPL in presenza del quale la disciplina comunitaria impone l'attivazione, in ogni caso, della gara aperta.

5.3. Negli altri motivi è contestata anche la parte della sentenza in cui è censurata la condotta dell'amministrazione per aver disatteso la procedura stabilita dalla legislazione nazionale e regionale ai fini della determinazioni dei servizi minimi regionali di TPL.

6. Il Collegio ritiene che i motivi di appello sono in grado di condurre alla riforma integrale della sentenza di primo grado, poiché mettono in discussione, con critiche ragionevoli, tutte le considerazioni che hanno indotto all'accoglimento del ricorso di primo grado e che, per questa ragione, assume rilevanza ai fini della decisione del giudizio innanzitutto il primo motivo di appello ove si prospetta la questione dell'affidabilità dei servizi di nuova istituzione in via diretta.

1. IL DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE

7. L'art. 5 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2007 n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/91 e (CEE) n. 1107/70, prevede al comma 4, che: "A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico:

1. a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, inferiore a 7 500 000 EUR; oppure

1. b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico di passeggeri ferroviario, inferiore a 500 000 chilometri l'anno.

Qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che ha in esercizio non più di 23 veicoli stradali, dette soglie possono essere aumentate a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure alla prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri

inferiore a 600 000 chilometri l'anno.”.

8. L’art. 18 (Organizzazione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale) del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 [Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell’articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59] dispone, al primo comma, che: “Allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l'affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare: a) il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all'articolo 19 e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio. Alle gare possono partecipare i soggetti in possesso dei requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale richiesti, ai sensi della normativa vigente, per il conseguimento della prescritta abilitazione all'autotrasporto di viaggiatori su strada. Le società, nonché le loro controllanti, collegate e controllate che, in Italia o all'estero, sono destinatarie di affidamenti non conformi al combinato disposto degli articoli 5 e 8, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019, non possono partecipare ad alcuna procedura per l'affidamento dei servizi, anche se già avviata. L'esclusione non si applica alle imprese affidatarie del servizio oggetto di procedura concorsuale. La gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, nonché dei piani di sviluppo e potenziamento delle reti e degli impianti, oltre che della fissazione di un coefficiente minimo di utilizzazione per la istituzione o il mantenimento delle singole linee esercite. Il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziale per l'effettuazione del servizio non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti. Il bando di gara deve altresì assicurare che i beni di cui al periodo precedente siano, indipendentemente da chi ne abbia, a qualunque titolo, la disponibilità, messi a disposizione del gestore risultato aggiudicatario a seguito di procedura ad evidenza pubblica.”

1. LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE RIMESSA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA

9. Il Collegio, anche alla luce delle difese delle parti in giudizio, rileva l’esistenza di un dubbio interpretativo che giustifica il rinvio alla Corte di Giustizia dell’Unione europea ai sensi dell’art. 267 TFUE.

10. Il dubbio riguarda la corretta interpretazione della norma europea (l’art. 5, comma 4 del Regolamento 1370/2007 prima trascritto) nella parte in cui esclude la facoltà di affidamento diretto dei contratti di

servizio pubblico in materia di TPL anche per le ipotesi marginali (c.d. de minimis) ivi previste qualora ciò “sia vietato dalla legislazione nazionale”.

10.1 Si domanda se, per ritenere operante il suddetto divieto, è sufficiente anche soltanto la previsione da parte del legislatore della regola generale della gara pubblica per l’affidamento dei contratti di servizio di TPL locale (come previsto dal riportato articolo 18, comma 2, d.lgs. 422 cit.) o, invece, è necessario un divieto specifico e riferito proprio a quelle fattispecie per le quali nella legislazione europea è consentito l’affidamento diretto.

10.2. La risposta al dubbio interpretativo è decisiva ai fini della risoluzione della controversia portata dinanzi a questo Consiglio di Stato: se si ritiene necessario un divieto specifico, riferito pure ai casi per i quali nella normativa euro-unitaria è consentito l’affidamento diretto, in mancanza di tale espresso divieto nella normativa italiana, la condotta della Regione non potrebbe essere censurata.

10.3. Lo specifico divieto all’affidamento diretto, d’altronde, non risulta presente neanche nella legislazione regionale citata dalla sentenza di primo grado: né l’art. 13, comma 1, l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 che riproduce il contenuto dell’art. 18, comma 1, d.lgs. 422 del 1997, né l’art. 9, comma 1, l. reg. Molise 4 maggio 2015, n. 9 che si limita a prevede che l’affidamento dei servizi di nuova istituzione deve avvenire nel rispetto delle regole poste dal d.lgs. 422 del 1997 e dalla legge regionale n. 19 del 2000.

1. FORMULAZIONE DELLA QUESTIONE.

11. Alla luce delle considerazioni svolte è formulata la seguente questione pregiudiziale:

“Se l’art. 5, comma 4, del Regolamento (CE) 23/10/2007 n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all’affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell’affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola generale della gara pubblica per l’affidamento del predetto servizio ovvero soltanto nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria”.

Consiglio di Stato, V – ordinanza del 16.07.2018 n. 4303

A5 *Servizi pubblici - Trasporto pubblico locale e affidamento diretto del servizio - Rimette alla Corte di Giustizia UE

1. La Regione Molise, con deliberazione della Giunta regionale 30 giugno 2015, modificava la rete dei servizi minimi regionali di trasporto pubblico locale (TPL), disponendo un incremento chilometrico pari a Km 149.939,750 su base annua, con corrispondente aumento di spesa di € 330.000,00, oltre IVA.

1.1. Nel documento istruttorio allegato alla deliberazione era specificato che l'incremento della rete dei servizi regionale di TPL avveniva in via d'urgenza e con carattere provvisorio in attesa di procedere alla rivisitazione e parziale riorganizzazione dell'intero programma dei servizi di TPL regionale. Essa si era resa necessaria per le numerose richieste di modifica degli orari di alcune corse, integrazioni di linee, istituzione di nuovi collegamenti pervenute all'Assessorato ai trasporti e agli atti del Servizio Mobilità.

1.2. Gli incrementi chilometrici disposti erano affidati in via diretta alle società con le quali erano già in corso contratto di servizio per le stesse tratte o per altre tratte; in particolare, gran parte dei nuovi servizi erano, così, affidati alla SATI – Società Autocooperative Trasporti Italiani s.p.a.

1. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Molise, A.T.M. – Azienda di Trasporti Molisana s.p.a. impugnava il predetto provvedimento regionale sulla base di tre motivi.

2.1. Con il primo motivo lamentava la violazione dell'art. 18 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e dell'art. 15 l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 per aver la Regione disposto l'affidamento dei servizi di nuova istituzione in via diretta senza l'attivazione di procedura di evidenza pubblica tra le imprese interessate all'esercizio dei servizi; a tale procedura la ricorrente dichiarava avrebbe avuto interesse a partecipare in quanto operatrice del settore e, comunque, gestore di servizi di TPL per conto della Regione fino al 2013.

2.2. Con il secondo e il terzo motivo lamentava la violazione dell'art. 16 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, dell'art. 11 l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 e dell'art. 34 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 per aver la Regione disposto le modifiche alla rete di TPL senza alcuna istruttoria finalizzata a verificare la sussistenza di ragione di interesse pubblico e senza la previa intesa con gli enti locali interessati, espressamente richiesta dall'art. 16 cit.

3. Si costituivano in giudizio la Regione Molise e la SATI s.p.a. che domandavano il rigetto del ricorso.

3.1. Il giudizio si concludeva con la sentenza 3 agosto 2017, n. 278, con la quale era accolto il ricorso con conseguente annullamento della deliberazione regionale impugnata e condanna della Regione al risarcimento del danno in favore di A.T.M. s.p.a., oltre spese di lite.

3.2. Il Tribunale accoglieva la domanda di annullamento sulla base del seguente ragionamento:

- l'art. 5 del Regolamento europeo in materia di servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia stabilisce che l'affidamento ad un soggetto terzo del servizio deve avvenire mediante procedura di gara;

- la stessa disposizione prevede, tuttavia, una deroga alla gara aperta in presenza di talune specifiche condizioni ivi esattamente individuate, precisando, però, che l'affidamento diretto è consentito "a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale";

- nella vicenda in esame, pur rientrando il servizio in esame tra quelli affidabili in via diretta, tale facoltà è preclusa dalla previsione dell'art. 18 d.lgs. 422 del 1997 che prevede la gara aperta quale regola generale per l'affidamento delle concessioni di servizio TPL;

- la regola della gara aperta è ribadita anche dalla legislazione regionale (la legge regionale n. 19 del 2000 e la legge regionale n. 9 del 2015) e risponde ai principi del Trattato UE, per come espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla comunicazione interpretativa della commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000.

3.3. Il Tribunale riteneva fondato anche il secondo e il terzo motivo di ricorso: la Regione non poteva sottrarsi, nella istituzione di servizi aggiuntivi di TPL, alla procedura prevista dall'art. 16 d.lgs. 422 cit., e, precisamente, dall'effettuare una completa istruttoria che tenesse conto di tutti i parametri ivi indicati (quali l'integrazione tra le reti di trasporto, il pendolarismo scolastico e lavorativo, la fruibilità dei servizi da parte degli utenti, le esigenze di riduzione della congestione e dell'inquinamento), e dal coinvolgere gli enti locali nella determinazione dei servizi minimi.

III. I MOTIVI DI APPELLO.

4. SATI S.p.A. propone appello e chiede la riforma della citata sentenza in base a cinque motivi. Si sono

costituiti in giudizio A.T.M. Molise e la Regione Molise.

5. I motivi di appello rivolgono critiche alle statuizioni della sentenza di primo grado.

5.1. In particolare, ai fini che qui interessano, le contestazioni si appuntano sulla ritenuta impossibilità di procedere all'affidamento diretto benchè il servizio da aggiudicare rientrasse pacificamente tra quelli che, a norma dell'art. 5 del Regolamento europeo, l'ente pubblico ha facoltà di affidare in via diretta.

5.2. La società appellante sostiene, più in particolare, che il giudice di primo grado abbia errato nell'interpretazione della normativa interna, la quale non porrebbe affatto quel divieto assoluto di affidamento diretto del servizio TPL in presenza del quale la disciplina comunitaria impone l'attivazione, in ogni caso, della gara aperta.

5.3. Negli altri motivi è contestata anche la parte della sentenza in cui è censurata la condotta dell'amministrazione per aver disatteso la procedura stabilita dalla legislazione nazionale e regionale ai fini della determinazioni dei servizi minimi regionali di TPL.

6. Il Collegio ritiene che i motivi di appello sono in grado di condurre alla riforma integrale della sentenza di primo grado, poiché mettono in discussione, con critiche ragionevoli, tutte le considerazioni che hanno indotto all'accoglimento del ricorso di primo grado e che, per questa ragione, assume rilevanza ai fini della decisione del giudizio innanzitutto il primo motivo di appello ove si prospetta la questione dell'affidabilità dei servizi di nuova istituzione in via diretta.

1. IL DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE

7. L'art. 5 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2007 n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/91 e (CEE) n. 1107/70, prevede al comma 4, che: "A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico:

1. a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, inferiore a 7 500 000 EUR; oppure

1. b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico di passeggeri ferroviario, inferiore a 500 000 chilometri l'anno.

Qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che ha in esercizio non più di 23 veicoli stradali, dette soglie possono essere aumentate a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure alla prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 600 000 chilometri l'anno.”.

8. L’art. 18 (Organizzazione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale) del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 [Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell’articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59] dispone, al primo comma, che: “Allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l'affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare: a) il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all'articolo 19 e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio. Alle gare possono partecipare i soggetti in possesso dei requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale richiesti, ai sensi della normativa vigente, per il conseguimento della prescritta abilitazione all'autotrasporto di viaggiatori su strada. Le società, nonché le loro controllanti, collegate e controllate che, in Italia o all'estero, sono destinatarie di affidamenti non conformi al combinato disposto degli articoli 5 e 8, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019, non possono partecipare ad alcuna procedura per l'affidamento dei servizi, anche se già avviata. L'esclusione non si applica alle imprese affidatarie del servizio oggetto di procedura concorsuale. La gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, nonché dei piani di sviluppo e potenziamento delle reti e degli impianti, oltre che della fissazione di un coefficiente minimo di utilizzazione per la istituzione o il mantenimento delle singole linee esercite. Il bando di gara deve garantire che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziale per l'effettuazione del servizio non costituisca, in alcun modo, elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti. Il bando di gara deve altresì assicurare che i beni di cui al periodo precedente siano, indipendentemente da chi ne abbia, a qualunque titolo, la disponibilità, messi a disposizione del gestore risultato aggiudicatario a seguito di procedura ad evidenza pubblica.”

1. LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE RIMESSA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA

9. Il Collegio, anche alla luce delle difese delle parti in giudizio, rileva l'esistenza di un dubbio interpretativo che giustifica il rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE.

10. Il dubbio riguarda la corretta interpretazione della norma europea (l'art. 5, comma 4 del Regolamento 1370/2007 prima trascritto) nella parte in cui esclude la facoltà di affidamento diretto dei contratti di servizio pubblico in materia di TPL anche per le ipotesi marginali (c.d. de minimis) ivi previste qualora ciò "sia vietato dalla legislazione nazionale".

10.1 Si domanda se, per ritenere operante il suddetto divieto, è sufficiente anche soltanto la previsione da parte del legislatore della regola generale della gara pubblica per l'affidamento dei contratti di servizio di TPL locale (come previsto dal riportato articolo 18, comma 2, d.lgs. 422 cit.) o, invece, è necessario un divieto specifico e riferito proprio a quelle fattispecie per le quali nella legislazione europea è consentito l'affidamento diretto.

10.2. La risposta al dubbio interpretativo è decisiva ai fini della risoluzione della controversia portata dinanzi a questo Consiglio di Stato: se si ritiene necessario un divieto specifico, riferito pure ai casi per i quali nella normativa euro-unitaria è consentito l'affidamento diretto, in mancanza di tale espresso divieto nella normativa italiana, la condotta della Regione non potrebbe essere censurata.

10.3. Lo specifico divieto all'affidamento diretto, d'altronde, non risulta presente neanche nella legislazione regionale citata dalla sentenza di primo grado: né l'art. 13, comma 1, l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 che riproduce il contenuto dell'art. 18, comma 1, d.lgs. 422 del 1997, né l'art. 9, comma 1, l. reg. Molise 4 maggio 2015, n. 9 che si limita a prevede che l'affidamento dei servizi di nuova istituzione deve avvenire nel rispetto delle regole poste dal d.lgs. 422 del 1997 e dalla legge regionale n. 19 del 2000.

1. FORMULAZIONE DELLA QUESTIONE.

11. Alla luce delle considerazioni svolte è formulata la seguente questione pregiudiziale:

"Se l'art. 5, comma 4, del Regolamento (CE) 23/10/2007 n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell'affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del predetto servizio ovvero soltanto

nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria".

Consiglio di Stato, V – ordinanza del 16.07.2018 n. 4303

A Veneto *Urbanistica ed edilizia - Ambiente e territorio - Processo - Traliccio per telefonia mobile e criterio della vicinitas a fini di impugnativa

1. Con il ricorso introduttivo del giudizio i ricorrenti hanno rappresentato di essere proprietari e conduttori dei terreni e delle abitazioni confinanti con l'area catastalmente censita alla Sez. Unica, Foglio n. 19 mappale 322, sulla quale il Comune di Carbonera, nell'anno 2000, aveva autorizzato la realizzazione di una stazione radio base per telefonia mobile, rilasciando concessione edilizia in favore della società Alcatel Italia spa.

A causa del rilevante impatto dell'impianto sull'ambiente e il paesaggio circostante, i ricorrenti hanno impugnato la concessione citata, unitamente agli ulteriori atti indicati in premessa, deducendo:

- la violazione dell'art. 2 bis del DL 115/97, come convertito in L. 189/1997, per carenza dell'esperimento della procedura di v.i.a. prevista dalla norma come presupposto per il rilascio della concessione in oggetto;

- la violazione dell'art. 220 del TU delle leggi sanitarie per mancanza del visto del dirigente comunale;

- la violazione dell'art. 3 L.R. 29/93 per carenza di autorizzazione da parte del Presidente della Provincia;

- la mancanza di una congrua motivazione nell'autorizzazione ambientale 21.07.2000, nonché la carenza di istruttoria a fondamento del relativo rilascio.

Si è costituita la società Alcatel Italia, controinteressata, chiedendo che il ricorso venisse respinto.

Si è costituito altresì il Comune di Carbonera, eccependo l'irricevibilità del ricorso per essere stato proposto tardivamente: ciò in ragione della decorrenza del termine per impugnare a far data dalla pubblicazione della concessione edilizia nell'albo pretorio, ovvero, al più tardi, dal giorno di inizio dei lavori.

Con la memoria depositata ex art. 73 cpa, il Comune di Carbonera ha altresì eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione e di interesse personale, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a., per carenza di prova quanto al requisito minimo della vicinitas dei fondi di proprietà dei ricorrenti rispetto all'impianto di stazione radio base contestato. Si assume in proposito che la difesa della controparte si sarebbe limitata, sul punto, ad allegare nell'atto introduttivo - con proposizione meramente assertiva - che "i ricorrenti sono proprietari e conduttori dei terreni e delle abitazioni immediatamente limitrofi all'area interessata dalla costruzione del traliccio", senza suffragare l'assunto con adeguata documentazione di supporto.

E' stata inoltre eccepita la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, alla luce delle più recenti disposizioni comunali relative all'installazione degli impianti di telefonia mobile, varate nell'anno 2008, con le quali l'ente avrebbe esternato la volontà di mantenere, sul sito di Via Aurelio Bianchini n. 8 in oggetto, il vincolo di destinazione all'insediamento di impianti fissi per telefonia mobile.

Nel merito, il Comune resistente ha dedotto l'infondatezza dei motivi di ricorso, chiedendone il rigetto.

All'udienza del 5.07.2018, all'esito della discussione delle parti, il Collegio si è riservato di decidere.

2. Occorre, preliminarmente, procedere al vaglio delle eccezioni in rito sollevate dalla parte resistente.

2.1 Il Collegio ritiene infondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività della relativa proposizione. Come accennato, il Comune di Carbonera pretende di far decorrere il dies a quo per la contestazione giudiziale del provvedimento in oggetto –al fine di trarre la conseguenza della tardività dell'impugnazione- dal momento della pubblicazione della concessione nell'albo pretorio, ovvero, in subordine, dalla data d'inizio dei lavori di installazione dell'impianto di telefonia mobile in esame.

Si osserva sul punto che nel caso di specie, avuto peraltro riguardo alla natura delle censure sviluppate con la proposizione del ricorso introduttivo del giudizio, l'impugnazione deve ritenersi tempestiva.

Richiamati i principali approdi ermeneutici della giurisprudenza amministrativa in punto di decorrenza del termine iniziale dell'impugnazione, è infatti da ritenersi che il termine per ricorrere in sede giurisdizionale avverso atti abilitativi di natura edilizia si ha, per i soggetti diversi da quelli cui l'atto è rilasciato ovvero che in esso sono comunque indicati, non dal momento della pubblicazione all'Albo Pretorio del titolo impugnato, bensì dalla data in cui si renda palese ed oggettivamente apprezzabile la lesione del bene della vita protetto, circostanza che si verifica quando sia percepibile dal controinteressato la concreta entità del

manufatto e la sua incidenza effettiva sulla propria posizione giuridica (TAR Napoli, Campania, sez. VIII 23/08/2016, n. 4092, TAR Catania, Sicilia, sez. I 01/08/2011, n. 2044).

Tenuto conto, poi, della natura delle censure proposte dai ricorrenti, e a prescindere dalla relativa fondatezza (mancato esperimento della procedura di v.i.a.; difetto del visto del dirigente comunale; mancata autorizzazione del Presidente della Provincia), non può che ritenersi che il termine per impugnare sia nella specie decorso dal momento in cui i ricorrenti –non partecipanti al procedimento amministrativo conclusosi con i provvedimenti impugnati– ebbero la possibilità, a seguito di richiesta di accesso agli atti presentata in Comune, di ottenere la copia della concessione e del progetto approvato.

In termini: “L’inizio dei lavori segna il dies a quo della tempestiva proposizione del ricorso laddove si contesti l’an della edificazione (cioè laddove si sostenga che nessun manufatto poteva essere edificato sull’area), mentre laddove si contesti il quomodo (distanze, consistenza ecc.) il dies a quo va fatto coincidere con il completamento dei lavori ovvero con il grado di sviluppo degli stessi, ove renda palese l’esatta dimensione, consistenza, finalità, dell’erigendo manufatto, ferma restando la possibilità, da parte di chi solleva l’eccezione di tardività, di provare, anche in via presuntiva, la concreta anteriore conoscenza del provvedimento lesivo in capo al ricorrente (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato sez. IV, 21 marzo 2016 n. 1135; Consiglio di Stato, Sez. IV 28 ottobre 2015, n. 4910 e n. 4909; Sez. IV, 22 dicembre 2014 n. 6337; Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2107; Sez. VI, 18 aprile 2012, n. 2209).

2.2. Deve, al contrario, ritenersi fondata l’eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione a ricorrere, ai sensi dell’art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a., per mancanza di prova in ordine al requisito della vicinitas dei fondi di proprietà dei ricorrenti rispetto all’impianto di stazione radio base contestato.

Come noto, in tema di legittimazione al ricorso in materia urbanistico-edilizia, la giurisprudenza pressoché unanime richiede, quale presupposto imprescindibile, lo stabile collegamento con l’area interessata dall’intervento contestato, che vale a fondare la titolarità di una posizione giuridica qualificata e differenziata rispetto a quella del quisque de populo (questione sulla quale si registrano, invece, indirizzi non convergenti è quella relativa alla necessità di dimostrare l’esistenza di uno specifico vulnus alla propria posizione giuridica, quale conseguenza dell’edificazione altrui, al fine di dimostrate l’interesse a ricorrere -ossia la sussistenza di una lesione concreta e attuale per effetto del provvedimento amministrativo impugnato-. Ed infatti all’indirizzo a mente del quale la c.d. vicinitas sarebbe elemento di per sé sufficiente a radicare sia la legittimazione ad agire che l’interesse a ricorrere -Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3180, 22 febbraio 2016, n. 719; TAR Basilicata, 28 novembre 2016, n. 1071; TAR Piemonte, Sez. I, 28 novembre 2016, n. 1071- si contrappone l’altro, più rigoroso, che impone comunque la dimostrazione di uno specifico pregiudizio ulteriore, osservando che il mero criterio della vicinitas non può ex se radicare l’interesse al ricorso, dovendo pur sempre il ricorrente fornire la prova concreta del pregiudizio specifico inferto dagli atti

impugnati -Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2016, n. 383; Tar Salerno, Campania, nr. 755 del 18.04.2018).

Nel caso in esame, tuttavia, la prova della cd. vicinitas è senz'altro carente.

Essa, infatti, si fonda su una duplice argomentazione, sviluppata dai ricorrenti nella memoria di replica del 18.06.2018:

- in primo luogo, si afferma che la stazione radio base in esame sarebbe ubicata in via Bianchini nr. 8: tale via prenderebbe il nome proprio dalla famiglia Bianchini; di qui, la prova della effettiva residenza dei ricorrenti nell'area della quale si discorre.

Con ogni evidenza, si tratta di argomento del tutto inidoneo a dimostrare quanto si vorrebbe: non solo è del tutto indimostrata l'allegata circostanza per cui la toponomastica stradale prenderebbe spunto proprio dalla famiglia dei ricorrenti, ma anche a volerlo ritenere non si comprende come questo dimostrerebbe che all'attualità i ricorrenti risiedano effettivamente in zona;

- si allega, inoltre, sentenza della Suprema Corte depositata in data 7.05.2018, resa tra due degli odierni ricorrenti e le società Servizi Integrati Acqua srl e Alto Trevignano Servizi: con tale decisione le società convenute sono state condannate al risarcimento del danno, in favore delle controparti, causato da immissioni propagantesi dal depuratore di relativa proprietà. Assumono i ricorrenti che, dal momento che gli atti depositati dimostrerebbero che la stazione radio base insisterebbe proprio sull'area ove è collocato detto depuratore, ne risulterebbe provata la vicinitas tra i fondi dei ricorrenti e la zona ove insiste l'impianto oggetto di contestazione.

Anche tale argomento non convince affatto.

E' infatti agevole osservare che non è dato conoscere le dimensioni né le caratteristiche morfologiche dell'area dove insiste l'impianto di depurazione o dove, all'interno di essa, sarebbe collocato il traliccio in oggetto, né quanto l'una e l'altra installazione distano precisamente dalle proprietà dei ricorrenti: tali carenze non consentono di ritenere dimostrato quanto si vorrebbe, tenuto conto del fatto che –pur sorgendo entrambe le strutture nell'ambito della stessa area- ben potrebbe esserci una distanza tra il depuratore e i fondi dei ricorrenti tale da rendere moleste le immissioni che sono prodotte dal primo (immissioni che, si badi bene, possono propagarsi nell'area anche per chilometri) e difettare invece una prossimità tra detti fondi e l'impianto di telefonia in oggetto sufficiente ai fini che qui interessano.

3. Conclusivamente, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile. Il carattere assorbente del rilievo relativo alla carenza di legittimazione al ricorso esclude la necessità di procedere alla disamina delle ulteriori argomentazioni delle parti.

Quanto al regolamento delle spese di lite, appare opportuno compensarle integralmente tra le parti.

Tar Veneto, II – sentenza del 19.07.2018 n. 766

A Liguria - Impiego pubblico - Richiesta di aspettativa per motivi di studio e diniego illegittimo

La controversia verte sulla legittimità del diniego alla richiesta di aspettativa opposto al ricorrente dall'amministrazione della Giustizia in applicazione dell'articolo 2 della legge 13 agosto 1984, n. 476, recante "Norma in materia di borse di studio e dottorato di ricerca nelle Università".

Tale disposizione prevede che "Il pubblico dipendente ammesso ai corsi di dottorato di ricerca è collocato a domanda, compatibilmente con le esigenze dell'amministrazione, in congedo straordinario per motivi di studio senza assegni per il periodo di durata del corso ed usufruisce della borsa di studio ove ricorrano le condizioni richieste. In caso di ammissione a corsi di dottorato di ricerca senza borsa di studio, o di rinuncia a questa, l'interessato in aspettativa conserva il trattamento economico, previdenziale e di quiescenza in godimento da parte dell'amministrazione pubblica presso la quale è instaurato il rapporto di lavoro. (…).".

Il provvedimento negativo gravato si fonda sulla incompatibilità del richiesto congedo straordinario con le esigenze dell'amministrazione e, nello specifico, con la complessità organizzativa dell'Istituto penitenziario di assegnazione del ricorrente.

Il ricorso è fondato.

L'amministrazione della Giustizia ha infatti negato l'aspettativa sulla base della generica asserzione relativa alla popolazione detenuta presso l'Istituto e alla presenza di un organico appena sufficiente a farvi fronte. Con riferimento in particolare a quest'ultimo richiamo, l'affermazione risulta in sé generica e priva di

fondamento, oltre che disancorata dallo specifico impiego e alle funzioni svolte dal ricorrente.

La formulazione originaria dell'articolo 2 della legge 476 del 1984 prevedeva il diritto pieno e incondizionato del dipendente ad essere collocato in aspettativa ai fini della frequenza di un dottorato di ricerca. L'articolo 19, comma 3, della L. 30 dicembre 2010, n. 240 ha modificato tale disposizione, subordinando la concessione del congedo alla compatibilità dello stesso con le esigenze dell'amministrazione.

Il collegio aderisce peraltro all'orientamento secondo cui "le rammentate modifiche legislative non stravolgono la natura dell'istituto in questione, nel senso che il collocamento in aspettativa, così come un suo eventuale diniego, è subordinato ad un'attenta valutazione da parte dell'Amministrazione di appartenenza alle sue esigenze organizzative, delle quali la stessa deve rendere conto fornendo una motivazione rigorosa che, a maggior ragione nel caso di diniego, esprima le oggettive ragioni di incompatibilità del collocamento in aspettativa richiesto dal dipendente con gli interessi e la funzionalità della P.A.". (TAR Campania, Napoli, sez. VII, 7 marzo 2017, n. 1307; id. TAR Lazio, sez. Ibis, 25 giugno 2014, n. 6708).

Il beneficio previsto dalla richiamata normativa è infatti espressione del diritto allo studio, costituzionalmente garantito.

La legittimità del provvedimento di diniego è pertanto subordinata ad una specifica valutazione e ad una conseguente rigorosa motivazione non già rispetto alle generiche esigenze organizzative complessive dell'amministrazione di provenienza, ma con riferimento alla professionalità, al ruolo e alle peculiarità di impiego dell'interessato, onde valutare se ricorrano effettivamente ragioni ostative all'accoglimento della sua domanda.

Le motivazioni addotte dall'amministrazione resistente non rispondono a detti stringenti requisiti, considerato da un lato che il riferimento alla popolazione detenuta non risulta correlata in modo evidente alla necessità della presenza del vicecommissario, in quanto allo stesso non sono assegnate funzioni operative di gestione dei detenuti; d'altro canto inconferente pare altresì il riferimento al numero di funzionari appena sufficiente a far fronte alle esigenze dell'amministrazione, atteso che l'organico di 5 commissari previsto per l'Istituto di Genova Marassi risulta interamente coperto alla data della domanda di aspettativa. Ulteriormente l'assegnazione di alcune unità del predetto personale allo svolgimento di funzioni fuori sede attiene ad un aspetto organizzativo, suscettibile di diverse determinazioni ove ciò si renda necessario.

Infine il riferimento alle funzioni di referente della polizia giudiziaria del ricorrente evidenziate nella memoria dell'amministrazione resistente, oltre che insufficienti a fondare l'incompatibilità dell'istanza rispetto alle esigenze dell'amministrazione, in quanto anch'esse frutto di disposizioni organizzative suscettibili di diverso successivo assetto, paiono costituire un'inammissibile integrazione postuma in sede giudiziaria del provvedimento amministrativo impugnato.

Ne consegue l'annullamento del diniego di aspettativa gravato in principalità.

Deve invece essere respinta perché inammissibile la domanda di pronuncia di una sentenza che tenga luogo del provvedimento amministrativo formulata con memoria dal ricorrente. L'articolo 34, comma 1, lett. c del c.p.a. consente l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto contestualmente all'azione di annullamento o all'azione sul silenzio e nel rispetto dei limiti previsti dall'articolo 31, comma 3, secondo cui il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando non risulta che residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

La domanda di pronuncia costitutiva è una domanda nuova rispetto alla domanda di mero annullamento formulata con il ricorso introduttivo e pertanto soggiace alla normativa sui motivi aggiunti di cui all'articolo 43 del c.p.a., non potendo essere proposta nelle forme della mera memoria.

Ulteriormente, nel caso di specie, non sussistono le condizioni indicate dal citato articolo 31, comma 3 del codice del processo amministrativo, atteso che residuano margini di discrezionalità in capo all'amministrazione competente nella valutazione dell'istanza di aspettativa, pur nel rispetto dei principi richiamati.

Attesa la natura del contenzioso si ritengono sussistenti giusti motivi per compensare le spese di lite.

Tar Liguria, I – sentenza del 16.07.2018 n. 626

A Emilia Romagna *Gare - Omessa dichiarazione di condanna per corruzione e illegittima ammissione alla gara

La ricorrente ha partecipato alla gara avente ad oggetto la fornitura “di stent vascolari periferici per le regioni Emilia-Romagna, Lazio e Sardegna” divisa in 48 lotti in relazione ai lotti 2 - 3 - 4 - 9 - 18 - 19 - 20 - 25 - 34 - 35 - 36 - 41.

Per tale appalto ha presentato domanda anche la controinteressata che secondo la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa per aver omesso di dichiarare in fase di partecipazione l’esistenza di una condanna penale per corruzione a proprio carico emessa dal Tribunale di Modena il 10 novembre 2017.

Si tratta di una vicenda penale che ha interessato sia la ricorrente che la controinteressata oltre ad altra società che ha partecipato alla gara.

Ma, mentre quest’ultima e la ricorrente hanno fatto presente alla Stazione Appaltante l’esistenza della condanna, seppure ancora nella sola forma del dispositivo letto in udienza non essendo state depositate le motivazioni, la controinteressata non ha fatto nessun riferimento alla vicenda.

La condanna in questione ha riguardato una serie di operatori economici attivi nel settore delle forniture mediche alle Pubbliche Amministrazioni e le singole società per il dipendente illecito amministrativo ai sensi del D.lgs. 231/2001.

Quando, Intercent ha fissato la prima seduta pubblica della Commissione di gara, al fine di verificare la regolarità documentale e la sussistenza dei requisiti dichiarati dalle imprese offerenti, a causa della sentenza penale dichiarata, la Stazione appaltante ha ammesso con riserva le due società, ponendo ad entrambi una serie di quesiti e richieste di chiarimenti.

Successivamente la ricorrente ha presentato un’istanza a Intercent per segnalare che anche la controinteressata era stata condannata con la medesima sentenza penale da essa segnalata chiedendone l’esclusione per omessa e perciò falsa dichiarazione.

Intercent ha avviato nei confronti della controinteressata un procedimento di verifica sull’incidenza della condanna penale, al pari di chi aveva presentato autonomamente la relativa dichiarazione secondo quanto previsto dalla normativa vigente e poi l’aveva ammessa alla gara.

Nell’unico motivo di ricorso si denuncia l’illegittimità di tale ammissione per omessa dichiarazione del

precedente penale da parte di Boston Scientific, avendo applicato in modo illegittimo l'art. 80, comma 5 lett. C), D.lgs. 50/2016.

Secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale, l'operatore economico che intenda partecipare ad una gara pubblica non può effettuare alcun filtro in merito alle proprie condanne, essendo tenuto a rappresentare lealmente tutti gli elementi rilevanti, ancorché negativi, alla stazione appaltante. La dichiarazione deve essere sempre omnicomprensiva ed esauriente. In caso contrario, non è veritiera e conduce ad una autonoma causa di esclusione.

In base alle Linee Guida n. 6/2016 di ANAC: "Le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del Codice i provvedimenti dalle stesse adottati e i provvedimenti emessi in sede giudiziale con riferimento ai contratti dalle stesse affidati idonei a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti. L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del Codice. Gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante utilizzo del modello DGUE, tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità".

Si costituivano in giudizio sia l'Amministrazione resistente che la controinteressata che eccepivano entrambe il difetto di interesse in relazione a tutti i lotti per cui la ricorrente, diversamente dalla controinteressata, non aveva presentato domanda di partecipazione.

La controinteressata aggiungeva un'eccezione di inammissibilità per tardiva impugnazione del provvedimento di ammissione poiché la ricorrente era in grado di valutare fin dalla seduta del 8.2.2018 l'esistenza del motivo sulla base del quale ha chiesto l'esclusione.

La prima eccezione è fondata ma in qualche modo irrilevante poiché, come affermato anche dal difensore della ricorrente nella discussione orale, l'interesse all'esclusione riguarda solo i lotti dove è stata presentata domanda da CID.

La seconda eccezione è infondata in quanto il momento in cui inizia a decorrere il termine per presentare il ricorso è quello della comunicazione della delibera di ammissione cioè dell'atto impugnato e non rileva il fatto che la ricorrente conoscesse già in precedenza l'esistenza dell'omissione da parte della controinteressata; CID ha, infatti, aspettato di vedere se la sua segnalazione avrebbe portato all'esclusione della Boston Scientific e fin quando non ha conosciuto la decisione della Stazione Appaltante ogni ricorso sarebbe stato prematuro e da dichiarare inammissibile per carenza di interesse.

La questione posta dalla vicenda in esame consiste nel valutare se l'omessa comunicazione dell'esistenza di un dispositivo di una condanna penale per corruzione, prima ancora che venga depositata la motivazione della sentenza costituisce una di quelle omissioni rilevanti da cui per consolidato orientamento giurisprudenziale deve derivare l'esclusione di chi ha reso una dichiarazione reticente.

Si tratta di un caso particolare su cui non esistono precedenti in termini e pertanto sarà necessario fare un'attenta ricostruzione del quadro normativo.

Lo scopo della dichiarazione che il partecipante ad una gara deve fare circa l'esistenza di elementi negativi a suo carico è quello di consentire alla stazione appaltante di compiere le verifiche necessarie per adottare il provvedimento di cui all'art. 80, comma 5 lett. C), D.lgs. 50/2016: "c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;".

L'obbligo di dichiarare fatti che la Commissione di gara e la Stazione Appaltante devono valutare per stabilire o meno se si debba procedere ad esclusione ex art. 80, comma 5 lett. C), D.lgs. 50/2016 è previsto dall'art. 85 che descrive i contenuti del Documento di gara unico europeo tra i quali la dichiarazione che l'operatore economico non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80.

Le Linee guida nr. 6/2016 nell'ultima versione aggiornata prevedono che: "Gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante utilizzo del modello DGUE, tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità".

E' evidente, pertanto, che colui che partecipa ad una gara per l'assegnazione di un appalto pubblico deve segnalare qualunque fatto anche solo ipoteticamente rilevante rispetto al giudizio di affidabilità che compete alla Stazione appaltante e che per questo deve discriminare i fatti segnalati rilevanti da quelli che non lo, sono dovendo motivare in caso di presenza di elementi critici sia l'ammissione che l'esclusione del concorrente.

L'Amministrazione resistente e la controinteressata sostengono l'irrilevanza dell'omissione contestata alla Boston Scientific perché il dispositivo della sentenza di condanna riguardava fatti che non avevano una diretta connessione con la cattiva esecuzione di appalti; la Boston Scientific invoca l'esimente di essere stata indotta in errore dalla mancanza di un obbligo stringente imposto dal bando e dalla formulazione ambigua od equivoca del modello allegato.

Il Collegio ritiene che tali argomentazioni non colgano nel segno: la prima in quanto ritiene innocua l'omissione per il fatto che la vicenda non segnalata non era comunque idonea a determinare l'esclusione, mentre la questione in gioco l'obbligo di comunicare qualunque elemento anche astrattamente rilevante con giudizio ex ante e non ex post; la seconda perché si tratta di un obbligo rispetto al quale vige un principio di eterointegrazione del bando laddove sia lacunoso sul punto.

Infine il Collegio non ravvisa l'esistenza dei presupposti per sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea: il fatto che la corruzione non rientri tra i reati che secondo l'art. 80, commi 1 e 2, D.lgs. 50/2016 comportano l'esclusione automatica dalla gara non significa che non sia un fatto rilevante secondo l'ampia formulazione del comma 5 della norma soprariportato.

Il fatto che il bando non prevedesse espressamente di riportare l'indicazione omessa non è rilevante poiché si tratta di obbligo che nasce dalla legge e la cui ampiezza è stata indicata dalle Linee guida prima richiamate che costituiscono fonte integrativa secondo la disciplina degli appalti inaugurata dal D.lgs. 50/2016. Infine il fatto che si trattasse di un mero dispositivo non impediva comunque di effettuare un vaglio dal momento che almeno le imputazioni per cui vi era stata condanna erano individuabili.

Il Collegio si rende conto delle ragioni che hanno spinto l'Amministrazione a non censurare l'omissione contestata per non ridurre la concorrenza già molto limitata dalla specificità del materiale sanitario da fornire, ma non può fondare la sua decisione su ragioni di opportunità perché verrebbe meno al suo compito.

Il ricorso va accolto con annullamento della delibera impugnata nella parte in cui ammette alla gara, nei lotti per cui la ricorrente ha presentato domanda, la Boston Scientific.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

Tar Emilia Romagna - Bologna, I – sentenza del 12.07.2018 n. 575

A Toscana *Gare - Obbligazioni e contratti - Certificazione di qualità e contratto di

avvalimento generico - Fattispecie

Con ricorso ex art. 120, comma2-bis del c.p.a., la ricorrente impugna tutti gli atti (meglio specificati in epigrafe) aventi ad oggetto l'ammissione alla procedura di gara indetta dal Comune di Castellina in Chianti con determinazione 24 gennaio 2018 (ed avente ad oggetto l'affidamento della gestione del servizio di nido d'infanzia "Scubidù" per il periodo 1 Settembre 2018 - 30 Giugno 2021) del Consorzio Archè soc. coop., sociale Impresa sociale; in particolare, con l'unico motivo di ricorso contesta la mancanza in capo alla controinteressata del requisito della certificazione di qualità EMAS o ISO 14001, non potendo essere ritenuto valido il contratto di avvalimento di tale requisito stipulato con la Servizio e Territorio soc. coop s.p.a. che risulterebbe eccessivamente generico e non recherebbe la concreta specificazione delle risorse poste a disposizione per l'esecuzione dell'appalto.

In via preliminare, la Sezione deve rilevare come non possa trovare accoglimento l'eccezione preliminare di irricevibilità proposta dalla difesa dell'Amministrazione comunale di Castellina in Chianti; a questo proposito, la Sezione ha, infatti, già espresso la propria adesione all'orientamento giurisprudenziale che ha riportato il termine per la proposizione del ricorso ex art. 120, comma 2-bis del c.p.a. agli adempimenti di pubblicità previsti dall'art. 29 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (T.A.R. Toscana, sez. I, 2 gennaio 2018, n. 17; nello stesso senso, Cons. Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2176), con conseguenziale irrilevanza dell'eventuale conoscenza anteriore delle ammissioni o esclusioni dalla procedura conseguita dal concorrente mediante la presenza di un proprio incaricato alle operazioni di gara.

Ad avviso della Sezione, l'orientamento contrario espresso da una parte della giurisprudenza non considera, infatti, adeguatamente né lo stretto legame sussistente nella sistematica normativa tra la previsione di un rito "superaccelerato" in materia di ammissioni ed esclusioni (che già viene ad imporre pesanti oneri di impugnazione in capo ai concorrenti) ed il rinvio del termine per l'impugnazione ad una serie di adempimenti di pubblicità che permettono una conoscenza chiara ed esaustiva dei contenuti del provvedimento in capo al ricorrente, né il riferimento espresso contenuto nell'art. 120, comma 2-bis cp.a. e 29 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 al provvedimento di ammissione o esclusione dalla procedura; riferimento che appare assai rilevante nella vicenda che ci occupa in cui il provvedimento del Responsabile del Servizio di ammissione dei concorrenti alla procedura (la determinazione dirigenziale n. 164 del 19 marzo 2018) appare successivo alla seconda riunione della Commissione di gara che ha visto la partecipazione di un incaricato della ricorrente; in buona sostanza non è quindi possibile attribuire rilevanza alla presenza di un incaricato della ricorrente ad operazioni di gara il cui esito non risultava ancora trasfuso nel provvedimento dell'Amministrazione di ammissione alla procedura solo successivamente adottato dal Responsabile del Servizio.

Sempre in via preliminare, deve poi rilevarsi come il ricorso rimanga procedibile, non essendo ancora intervenuto il provvedimento di aggiudicazione ed avendo le difese delle parti concordemente rilevato, alla

camera di consiglio dell'11 luglio 2018, come la ricorrente risulti graduata in seconda posizione nella graduatoria di gara dietro la controinteressata, in modo tale da poter conseguire l'aggiudicazione, ove dovesse essere accolto il presente ricorso.

Nel merito, il ricorso è fondato e deve pertanto essere accolto.

La Sezione non ignora di certo l'orientamento giurisprudenziale che, soprattutto dopo l'intervento di Cons. Stato, ad. plen. 4 novembre 2016, ha operato una differenziazione tra avvalimento c.d. di garanzia, che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziari ed in cui <<non è, in via di principio, necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione>> e avvalimento c.d. tecnico od operativo, che ricorre, per contro, nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico - organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto e in cui <<sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate>> (tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1216).

A ben guardare il riferimento operato da Cons. Stato ad. plen. 4 novembre 2016 ai normali principi di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c. impone, infatti, di guardare, più che a soluzioni astrattamente predeterminate, al concreto contenuto del rapporto contrattuale.

Nella fattispecie che ci occupa, il contenuto concreto del contratto di avvalimento si esaurisce tutto nella generica messa a disposizione di <<tutte le risorse ed i mezzi propri che saranno necessari>> ed in particolare della certificazione ISO 14001:2015, senza altra specificazione e/o determinazione di sorta; con tutta evidenza, si tratta di una formulazione veramente troppo generica e che non evidenzia in che modo ed attraverso quali modalità concrete la prestazione resa dall'aggiudicataria dovrebbe risultare conforme agli standard di tutela ambientale propri della certificazione ISO 14001:2015; soprattutto, non risulta concretamente specificato attraverso quali modalità (supervisione; controllo; predisposizione di istruzioni e manuali operativi; ecc.) la Servizio e Territorio soc. coop s.p.a. possa garantire alla Stazione appaltante il rispetto degli standard di tutela ambientale propri della certificazione ISO 14001:2015 nell'esecuzione di una prestazione resa da un soggetto che resta al di fuori della propria struttura imprenditoriale.

Pur in un contesto caratterizzato dalla stretta attinenza della certificazione di qualità all'intera struttura aziendale e non a settori suscettibili di isolata considerazione, appare pertanto di tutta evidenza come il contratto di avvalimento non possa ridursi alla sola utilizzazione del requisito da parte di un soggetto che ne sia sprovvisto, ma debba contenere un minimo di indicazioni concrete necessarie ad evidenziare come

l'interesse tutelato dalla certificazione possa essere garantito anche nell'esecuzione della prestazione da parte del concorrente non in possesso del requisito; altrimenti, saremmo in presenza di un meccanismo puramente formale e che permetterebbe sostanzialmente la partecipazione alla procedura e l'esecuzione della prestazione contrattuale da parte di soggetti certamente non in possesso dei requisiti indispensabili previsti dalla lex specialis della procedura.

In definitiva, il ricorso deve pertanto essere accolto, la novità delle questioni trattate e la presenza di contrasti giurisprudenziali permettono di procedere alla compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

Tar Toscana, I – sentenza del 13.07.2018 n. 1012

A Lazio *Gare - Requisiti di partecipazione, annullamento dell'aggiudicazione in autotutela e soccorso istruttorio

Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

La Globalgest s.r.l. impugna il provvedimento n. 19 del 15 marzo 2018 prot. n. 201/1346243, con cui l'Agenzia delle Entrate – Riscossione ha revocato l'aggiudicazione del servizio di manutenzione degli impianti per le Regioni Emilia Romagna, Liguria, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige, Toscana, Umbria, Sardegna e Campania – Lotto 1 CIG 7245991, precedentemente disposta in favore della ricorrente, ed ha disposto la nuova aggiudicazione in favore della Nicma & Partners s.p.a., la proposta di esclusione di Globalgest s.r.l. e di aggiudicazione in favore della Nicma & Partners s.p.a., formulata dal responsabile del procedimento con nota prot. n. 2018/1333247 del 14 marzo 2018, la comunicazione di revoca dell'aggiudicazione già disposta e di aggiudicazione ex art. 76 comma 5 d. lgs. n. 50/2016 in favore della controinteressata, inviata dall'Agenzia delle Entrate – Riscossione con lettera prot. n. 2018/1360765 del 15 marzo 2018, e ogni altro connesso tra cui la nota dell'Agenzia delle Entrate – Riscossione prot. n. 2018/1542150 del 23 marzo 2018.

La stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione già disposta in favore della ricorrente aggiudicataria in quanto, al momento della verifica dei requisiti, sono emersi debiti fiscali a carico della Kapgest s.r.l., incorporata dalla Globalgest s.r.l. con atto del 06/11/17 (si veda l'allegato n. 17 all'atto introduttivo) e, quindi, prima della scadenza del termine di presentazione delle domande fissato dall'art. 7 della lettera d'invito al 21/11/17.

La ricorrente ha presentato istanza di rateizzazione accolta dall'Agenzia delle entrate con nota del 20 febbraio 3018 (allegato 19 all'atto introduttivo) e l'aggiudicazione è stata disposta nei suoi confronti il 26 febbraio 2018 (allegato 15 all'atto introduttivo).

Con la prima censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 32 e 80 d. lgs. n.

50/16 e 21 quinquies l. n. 241/90 nonché eccesso di potere per travisamento dei presupposti, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà in quanto, nelle date in cui è stata disposta l'aggiudicazione (26 febbraio 2018) e la verifica dei requisiti, la ricorrente si sarebbe trovata in bonis avendo ottenuto (sin dal 20 febbraio 2018) la rateizzazione dei debiti fiscali facenti capo all'incorporata Kapgest s.r.l.; la stazione appaltante, pertanto, mostrando di confondere le condizioni di efficacia dell'aggiudicazione con le circostanze che possono giustificare la revoca della medesima, non avrebbe applicato, come avrebbe dovuto, il comma 7 dell'art. 32 d. lgs. n. 50/16 (che condiziona l'efficacia dell'aggiudicazione alla verifica dei requisiti) ma il successivo comma 8 che prevede l'esercizio dei poteri di autotutela dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto e che costituirebbe un'applicazione del principio sancito, in via generale, dall'art. 21 quinquies l. n. 241/90.

In quest'ottica la ricorrente evidenzia che l'art. 80 comma 4 d. lgs. n. 50/16 si applicherebbe alla sola fase di presentazione delle domande di partecipazione alla gara mentre il successivo comma 6 della disposizione riguarderebbe le ipotesi di sopravvenuta perdita del requisito nelle fasi successive e presupporrebbe l'attualità della carenza del requisito stesso, ipotesi non verificatasi nella fattispecie allorchè la stazione appaltante ha proceduto alla verifica dei requisiti; inoltre, l'Agenzia delle entrate avrebbe violato l'art. 21 quinquies l. n. 241/90 non avendo individuato né indicato i sopravvenuti motivi di pubblico interesse o il mutamento non prevedibile della situazione di fatto o, comunque, la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario prescritti dalla norma in esame per la revoca.

Il motivo è infondato.

La ricorrente, quale incorporante, è subentrata nella titolarità delle posizioni giuridiche soggettive facenti capo all'incorporata Kapgest s.r.l.; la circostanza, esplicitamente ammessa nel ricorso e nella comunicazione trasmessa dalla Globalgest s.r.l. con nota del 28/02/18 (allegato 17 all'atto introduttivo), è coerente con il disposto dell'art. 2504 bis comma 1 c.c. secondo cui "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione".

Come ha avuto modo di precisare l'Adunanza Plenaria, richiamando la giurisprudenza del giudice di legittimità (SS.UU. ord. n. 2637/2006), dalla norma in esame si evince che la fusione per incorporazione di una società in un'altra è "un evento da cui consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia di una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo…Infatti la società incorporante o risultante dalla fusione, - se non è, in base a tale ricostruzione, un successore universale, - tuttavia nemmeno è un soggetto "altro" e "diverso", ma semmai un soggetto composito in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria" (A.P. n. 21/12).

Ne consegue che la società incorporante risponde anche dei requisiti per conto dell'incorporata vieppiù in fattispecie, quale quella in esame, in cui l'incorporazione è avvenuta prima della scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara.

Secondo, poi, l’art. 80 comma 6 d. lgs. n. 50/16 “le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5”.

Contrariamente a quanto prospettato nel gravame, la disposizione citata non ha un ambito applicativo diverso rispetto al comma 4 del medesimo articolo (secondo cui “un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali”), che ad avviso della ricorrente riguarderebbe solo la fase di presentazione delle domande di partecipazione alla gara, ma si coordina con essa sancendo in maniera inequivoca, come norma di chiusura, il principio (già codificato dal previgente art. 38 comma 1 d. lgs. n. 163/2006) secondo cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dai concorrenti “in qualunque momento della procedura” e, quindi, non solo nella fase di presentazione delle domande ma fino all’aggiudicazione.

L’opzione ermeneutica sostenuta da parte ricorrente, secondo cui dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande, l’esclusione dalla gara sarebbe possibile nelle sole ipotesi di carenza attuale dei requisiti di partecipazione, collide con i principi generali di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, di concorrenza, par condicio e autoresponsabilità dei concorrenti (Cons. Stato A.P. n. 5/2016 e n. 9/2014).

Nel senso dell’impossibilità di configurare una regolarizzazione postuma del requisito di partecipazione mancante ab origine o venuto meno nel corso della procedura si è, del resto, espressa l’ANAC con la determinazione n. 1/2015 in cui ha evidenziato che l’istituto del soccorso istruttorio, all’epoca previsto in una versione non dissimile, quanto a meccanismo di operatività, da quello disciplinato dall’art. 83 d. lgs. n. 50/16, "non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Resta fermo, in sostanza, il principio per cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente - che deve essere, altresì, in regola con tutte le altre condizioni di partecipazioni - alla scadenza del termine fissato nel bando per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione, senza possibilità di acquisirli successivamente".

Ciò spiega perché la giurisprudenza ha sempre ritenuto, sia nel vecchio codice (da ultimo Cons. Stato n. 856/2018) che sotto la vigenza del d. lgs. n. 50/2016 (Cons. Stato n. 3614/2017) che i requisiti di partecipazione alle procedure di appalto debbano essere posseduti, non solo alla data di presentazione della domanda di partecipazione, ma anche successivamente fino all'aggiudicazione definitiva della gara e alla stipulazione del contratto; proprio per questo motivo il Consiglio di Stato ha escluso l’applicabilità dell’istituto della regolarizzazione ex art. 31 d.l. n. 69/2013 nell’ipotesi di regolarità contributiva mancante al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara (Cons. Stato n. 816/2018; Cons. Stato A.P. n. 6/2016)

Quanto fin qui evidenziato induce, poi, il Collegio a ritenere non pertinente il richiamo, presente nella censura, all’art. 21 quinquies l. n. 241/90 che non costituisce idoneo parametro di legittimità della fattispecie

in quanto deve escludersi che l'esclusione dalla gara per l'accertata carenza dei requisiti di partecipazione sia atto connotato da discrezionalità.

In realtà, il provvedimento nella specie adottato dalla stazione appaltante con la disposizione n. 19 del 15 marzo 2018 e denominato "revoca", rientra nella categoria degli atti di "mero ritiro", in quanto avente ad oggetto un atto, quale l'aggiudicazione, non ancora efficace in mancanza dell'accertamento dei requisiti dichiarati, e, come tale, la sua adozione non è subordinata all'accertamento dei presupposti che la normativa vigente richiede per gli atti di autotutela (Cons. Stato n. 4620/06; Cons. Stato n. 114/02).

L'atto in esame, pertanto, risulta essere stato emesso in pedissequa applicazione dell'art. 32 comma 7 d. lgs. n. 50/16 (espressamente richiamato nel provvedimento di aggiudicazione del 26/02/18) che condiziona l'efficacia della disposta aggiudicazione al positivo riscontro, nella fattispecie mancante, dei requisiti di partecipazione dichiarati dal concorrente e della permanenza degli stessi fino all'aggiudicazione.

Il comma 8 dell'art. 32 d. lgs. n. 50/16 che fa salvi i poteri di autotutela, richiamato dalla ricorrente, riguarda, invece, le ipotesi, diverse da quella oggetto di causa, nelle quali, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione con la verifica dei requisiti, l'amministrazione, anche per ragioni di opportunità, non intenda addivenire alla stipula del contratto.

Nella fattispecie la ricorrente era priva, sin dalla scadenza del termine di presentazione delle domande, del requisito di regolarità fiscale prescritto dall'art. 80 comma 4 d. lgs. n. 50/16 in quanto, come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza, il requisito sussiste solo se la domanda di rateizzazione è stata accettata prima della scadenza del termine di partecipazione alla gara (da ultimo Cons. Stato n. 1028/2018; Cons. Stato n. 856/2018) di talché, se la stessa avesse tempestivamente segnalato (come era tenuta a fare) la circostanza, avrebbe dovuto essere immediatamente esclusa dalla gara.

Per altro, nella fattispecie l'esclusione della ricorrente è imposta anche dall'avere la stessa reso una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione in ossequio a quanto disposto dall'art. 80 comma 5 lettera f-bis) d. lgs. n. 50/16, come introdotto dal d. lgs. n. 56/2017, applicabile "ratione temporis" alla procedura in esame in cui l'"avviso di indagine di mercato" è del 12/07/17.

Con la seconda censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 32 e 80 d. lgs. n. 50/16 ed eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità in quanto la Globalgest s.r.l. non avrebbe compiuto atti né sarebbe incorsa in omissioni comportanti la perdita dei requisiti ma, avuta notizia dei debiti tributari dell'incorporata, avrebbe immediatamente provveduto alla sanatoria degli stessi e alla comunicazione della circostanza alla stazione appaltante con ciò dimostrando trasparenza, correttezza e affidabilità sotto il profilo della solidità economica.

Il motivo è infondato in quanto la disciplina applicabile alla fattispecie impone l'esclusione dalla gara del concorrente privo dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura senza che, a tal fine, rilevino lo stato soggettivo di buona fede o le ulteriori circostanze indicate nella doglianza.

Né tale opzione ermeneutica è in contrasto con i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità in quanto la stessa è preordinata alla selezione dei concorrenti che operano in conformità alla normativa vigente il che garantisce il principio comunitario di concorrenza.

Solo per esigenza di completezza è da rilevare che la trasparenza e correttezza dedotte non risultano coerenti con il fatto che la Globalgest s.r.l. era a conoscenza delle pendenze tributarie dell'incorporata Kapgest s.r.l. il cui socio ed amministratore unico è la medesima persona fisica che riveste tali cariche e qualifiche nella società incorporante (circostanza esplicitamente affermata da Globalgest s.r.l. nella comunicazione del 28/02/18 tramessa alla stazione appaltante: allegato 17 all'atto introduttivo).

Con la terza censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, degli artt. 32 e 80 d. lgs. n. 50/16 ed eccesso di potere per difetto di motivazione e d'istruttoria ed errata valutazione dei presupposti contestando, in particolare, la definitività del debito tributario in quanto le cartelle di pagamento sarebbero state notificate a Kapgest s.r.l. a mezzo posta elettronica certificata ma non risulterebbe che la destinataria ne abbia preso visione, mancando qualsiasi ricevuta di lettura; inoltre, le cartelle sarebbero state notificate "esclusivamente in copia digitale con formato .pdf. e, dunque, prive della sottoscrizione digitale dell'autore, quale attestata soltanto nei file con estensione .p7m" (pag. 15 dell'atto introduttivo).

Il motivo è infondato in quanto l'omessa sottoscrizione della cartella di pagamento da parte del funzionario competente non comporta l'invalidità dell'atto, la cui esistenza non dipende tanto dall'apposizione del sigillo o del timbro o di una sottoscrizione leggibile, quanto dal fatto che tale elemento sia inequivocabilmente riferibile all'organo amministrativo titolare del potere di emetterlo, tanto più che, a norma del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 25 la cartella, quale documento per la riscossione degli importi contenuti nei ruoli, deve essere predisposta secondo il modello approvato con decreto del Ministero competente, che non prevede la sottoscrizione dell'esattore, ma solo la sua intestazione e l'indicazione della causale, tramite apposito numero di codice (Cass. n. 26142/2017; Cass. n. 26053/2015; Cass. n. 25773/2014).

Per quanto attiene, poi, al vizio di notifica delle cartelle il Tribunale rileva che tale circostanza è stata dedotta per la prima volta solo con il presente ricorso laddove, nella precedente comunicazione del 28/02/18 inviata alla stazione appaltante, la ricorrente aveva essa stessa esplicitamente affermato che la notifica delle cartelle era avvenuta nelle date ivi indicate.

A ciò si aggiunga, comunque, che la notifica della cartella di pagamento a mezzo pec non richiede, ai fini del suo perfezionamento, l'avviso di lettura.

Infatti, secondo l'art. 60 d.p.r. n. 600/73, richiamato dall'art. 26 d.p.r. n. 602/73, "ai fini del rispetto dei termini di prescrizione e decadenza, la notificazione si intende comunque perfezionata per il notificante nel momento in cui il suo gestore della casella di posta elettronica certificata gli trasmette la ricevuta di accettazione con la relativa attestazione temporale che certifica l'avvenuta spedizione del messaggio, mentre per il destinatario si intende perfezionata alla data di avvenuta consegna contenuta nella ricevuta che il gestore della casella di posta elettronica certificata del destinatario trasmette all'ufficio".

Né sulla definitività del debito fiscale incide il ricorso davanti alla Commissione tributaria proposto con atto notificato solo il 31/05/18 e, quindi, ben oltre il termine decadenziale d'impugnazione di sessanta giorni previsto dall'art. 21 comma 1 d. lgs. n. 546/92 (gli atti impugnati erano sicuramente a conoscenza della ricorrente alla data del 20 febbraio 2018 in cui è stata presentata l'istanza di rateizzazione).

Con la quarta censura la ricorrente prospetta ancora la violazione degli artt. 32 e 80 d. lgs. n. 50/16 ed eccesso di potere per sviamento lamentando, in particolare, che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente ammesso alla gara la seconda classificata Nicma & Partners s.p.a. in quanto:

- all'interno del plico presentato dalla controinteressata i sigilli in ceralacca della busta B, contenente l'offerta tecnica, sarebbero risultati danneggiati;

- il DGUE presentato dalla controinteressata non sarebbe stato sottoscritto in originale. Sul punto, il bando tipo n. 1/2017, richiamato dalla stazione appaltante per ammettere alla gara la Nicma & Partners s.p.a., sarebbe inapplicabile "ratione temporis" alla fattispecie;

- l'offerta tecnica e l'offerta economica sarebbero state prive della sottoscrizione autografa il che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara come espressamente previsto dalla lettera d'invito;

- in sede di verifica delle offerte economiche, la commissione non avrebbe dato immediata lettura in seduta pubblica dell'offerta presentata dalla Nicma & Partners s.p.a. ma avrebbe comunicato tale dato solo alcuni giorni dopo, una volta deliberata l'ammissione dell'offerta stessa.

In relazione alle illegittimità in esame, la ricorrente deduce che, "se i provvedimenti impugnati trovassero ragione nel tentativo di modificare la graduatoria di gara, anche a tacere di ulteriori risvolti di competenza di altri ordini giudiziari, se ne dovrebbe dedurre un evidente eccesso di potere nella figura sintomatica dello sviamento" (pag. 21 dell'atto introduttivo).

Il motivo è, innanzi tutto, inammissibile per carenza d'interesse.

L'accertata legittimità, in sede di scrutinio delle precedenti doglianze, dell'esclusione della ricorrente dalla gara priva la stessa dell'interesse all'esame della censura il cui ipotetico accoglimento non arrecherebbe, comunque, alcun vantaggio all'esponente, nemmeno in termini di interesse strumentale alla ripetizione della gara, essendo rimasta inoppugnata la posizione in graduatoria del terzo concorrente SOF s.p.a..

In ogni caso la censura sarebbe irricevibile nella parte in cui lamenta l'illegittimità dell'ammissione della ricorrente per la mancata sottoscrizione del DGUE dal momento che la circostanza in esame è stata conosciuta sin dal 12 febbraio 2018, data della seduta (successiva all'ammissione) a cui ha partecipato il rappresentante della società ricorrente e che il termine per impugnare il provvedimento di ammissione è dall'art. 120 comma 2 bis d. lgs. n. 104/2010 fissato in trenta giorni (la notifica del ricorso introduttivo è stata spedita a mezzo posta il 14/04/18).

Per altro, anche nel merito, la censura è destituita di fondamento in quanto:

- l'applicabilità del soccorso istruttorio all'ipotesi di totale mancanza del DGUE è espressamente riconosciuta dall'art. 83 comma 9 secondo periodo d. lgs. n. 50/16 con conseguente irrilevanza della questione prospettata nel gravame circa l'applicabilità del bando tipo n. 1/2017 alla presente fattispecie;

- il danneggiamento dei sigilli della busta contenente l'offerta tecnica e la mancata lettura, nella prima seduta pubblica disponibile, dell'offerta economica della controinteressata costituiscono circostanze che non hanno influito sul regolare svolgimento della gara, come si evince dal fatto che la ricorrente è risultata prima in graduatoria;

- dall'esame dei verbali n. 5 del 17 gennaio 2018 e n. 9 del 12 febbraio 2018 emerge che l'offerta tecnica della controinteressata è stata timbrata in ogni pagina e che la stessa reca nell'ultima pagina il timbro della società e la scansione ma non la sottoscrizione autografa del legale rappresentante. L'offerta economica, poi, riporta una sigla autografa in ogni pagina e "nell'ultima pagina, in calce al contenuto dell'offerta economica, oltre alla predetta sigla, risulta apposto un timbro recante i dati identificativi del concorrente e la scansione del suo legale rappresentante".

Con riferimento a tale ultimo profilo va, innanzi tutto, rilevato che l'offerta economica, presentando una sigla autografa in tutte le pagine e in calce all'atto stesso con annesso timbro, risulta ritualmente sottoscritta dal momento che "nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è quella di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara…Pertanto, il requisito della sottoscrizione dei documenti che costituiscono parte integrante dell'offerta può essere soddisfatto anche da forme equipollenti, quali l'apposizione della sola sigla, unitamente al timbro dell'impresa e alle generalità del legale rappresentante (Cons. Stato n. 2063/2015; nello stesso senso Cons. Stato n. 8933/2010; Cons. Stato n. 7016/2010).

Con riferimento, poi, all'offerta tecnica la presenza di una sottoscrizione non autografa ma scansionata non consente di ritenere la presente fattispecie assimilabile all'ipotesi di carenza assoluta di firma specie se si considera che l'apposizione del timbro della società in ogni pagina consente di ritenere l'offerta stessa riconducibile alla controinteressata.

In quest'ottica la presenza di una clausola espulsiva, prevista dalla lettera d'invito, non è dirimente ai fini della valutazione di fondatezza della censura dal momento che l'art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/2016 prevede la nullità delle clausole di esclusione non conformi a legge.

Per questi motivi il ricorso è infondato e deve essere respinto.

La ricorrente, in quanto soccombente, deve essere condannata al pagamento delle spese del presente giudizio il cui importo viene liquidato come da dispositivo;

Tar Lazio – Roma, II TER – sentenza del 17.07.2018 n. 8011

A Lazio - Gare - Servizi standardizzati e legittima scelta del criterio del prezzo più basso

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12330 del 2017, proposto da

Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Battaglia e Francesco Arceri, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Battaglia in Roma, piazza della Libertà n. 20;

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro p.t.;

Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, in persona del legale rappresentante p.t.; rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui sono legalmente domiciliati in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti

Gcs S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

per l'annullamento,

previa sospensione,

del bando di gara a procedura ristretta pubblicato in data 14.04.2017 (G.U.R.I.) dal Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri – Centro Unico Contrattuale avente ad oggetto il ;

della precedente determina a contrarre del 27 marzo 2017 prot. n. 76 R.U.A.;

della Lettera di Invito alla procedura ricevuta dal Consorzio Parts & Services in data 28.07.2017, prot. n. 1501/6/1-65, con la quale si invitava a concorrere per i 19 lotti costituenti la gara:

Lotto 1 CIG 70344850AA - Lotto 2 CIG 7034488323 - Lotto 3 CIG 7034494815 - Lotto 4 CIG 7034501DDA - Lotto 5 CIG 7034502EAD - Lotto 6 CIG 7034504058 - Lotto 7 CIG 70345083A4 - Lotto 8 CIG 7034515969 - Lotto 9 CIG 7034521E5B - Lotto 10 CIG 703452627F - Lotto 11 CIG 70345359EA - Lotto 12 CIG 7034537B90 - Lotto 13 CIG 703455171F - Lotto 14 CIG 7034561F5D - Lotto 15 CIG 70345695FA - Lotto 16 CIG 7034572873 - Lotto 17 CIG 7034579E38 - Lotto 18 CIG 7034583189 - Lotto 19 CIG 703459074E;

nonché

del Capitolato Tecnico allegato all’Invito;

del decreto di aggiudicazione n. 579 R.U.A. del Lotto 4 - CIG 7034501DDA alla GCS s.r.l.;

del verbale di aggiudicazione n. 10674 di rep. del 13.09.2017;

della comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione del 26.10.2017, prot. nr. 1501/6/1-94;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di Comando Generale dell’Arma dei Carabinieri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 27 giugno 2018 la dott.ssa Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che:

- con l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 27 novembre 2017 e depositato il successivo 12 dicembre 2017, il Consorzio ricorrente impugna i provvedimenti e gli atti meglio indicati in epigrafe, afferenti alla procedura ristretta indetta con bando di gara del 14 aprile 2017 "per l'affidamento del servizio di riparazione veicoli gestiti dal Comando Legione Carabinieri Piemonte e Valle d'Aosta", chiedendone l'annullamento;

- a tali fini, il ricorrente – dopo aver rappresentato di essersi già attivato presso la S.A. per chiedere un intervento in autotutela volto, tra l'altro, a "modificare il criterio di aggiudicazione del prezzo basso", senza ricevere utile riscontro, e di avere, comunque, aderito alla lettera di invito, presentando offerta per il lotto n. 4, poi aggiudicato alla società controinteressata GCS – deduce i vizi di violazione di legge (primariamente, dell'art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 – c.d. nuovo Codice degli Appalti) ed eccesso di potere sotto svariati profili, sostenendo – in sintesi - la natura di servizio non standardizzato del tipo di attività richiesta, sopportata, tra l'altro, da apposita perizia redatta da un Professore Universitario, nonché la carenza di qualsiasi "suffragio motivazionale" in relazione alla scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

- con atto depositato in data 5 gennaio 2018 si sono costituito il Ministero della Difesa e il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, i quali – il successivo 8 gennaio 2018 – hanno prodotto una memoria, connotata dal seguente contenuto: - il ricorso è irricevibile per tardività poiché, seppure "la censura lamentata ….. discenda direttamente" dal bando, non è stato proposto entro il termine di 30 gg. a fare data dalla pubblicazione di quest'ultimo, precisando, comunque, che "sulla questione si attende" il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato; - il ricorso è inammissibile per carenza di interesse "con riferimento a tutti i lotti in relazione ai quali la controparte non ha presentato apposita offerta e comunque non ha proposto specifica impugnazione"; - il ricorso è infondato, atteso che "le attività oggetto della procedura ad evidenza pubblica rilevanti nel presente giudizio non possono essere qualificate come prestazioni di natura tecnica ed intellettiva" per l'assenza di ogni profilo di autonomia esecutiva dell'operatore economico nonché per l'intera predeterminazione in sede di capitolato tecnico della prestazione commissionata, caratterizzata, peraltro, da un'incidenza sul costo dell'intervento della fornitura di parti di ricambio nettamente superiore e prevalente "rispetto alla quota del costo della manodopera", come – del resto – già puntualmente indicato nel bando, a supporto della scelta del criterio di aggiudicazione del "minor prezzo", con l'ulteriore precisazione, in ultimo, che la predisposizione di un progetto di base non implica "certo alcun carattere non standardizzato delle prestazioni in affidamento";

- in medesima data anche il ricorrente ha prodotto una memoria, diretta precipuamente a contestare la

configurabilità – nell'ipotesi in trattazione – di un servizio "standardizzato" in ragione dell'inequivoca esistenza di margini "qualitativi" del servizio appaltato, ampiamente confermata proprio dalla richiesta ai concorrenti di un "progetto base recante le modalità di svolgimento del servizi", e, comunque, a richiedere, "in via subordinata ed istruttoria, apposita consulenza tecnica ai sensi dell'articolo 67 c.p.a.", con evidenza, in ultimo, dell'orientamento assunto dal TAR Lombardia, Brescia, con la sentenza n. 1449/2017 in relazione ad una controversia del tutto similare;

- in data 22 gennaio 2018 le Amministrazioni resistenti hanno prodotto un ulteriore scritto difensivo per "insistere nelle proprie argomentazioni" sulla base – a loro volta – del richiamo di sentenze emesse in materia;

- alla camera di consiglio del 24 gennaio 2018 il ricorrente – dopo avere evidenziato l'intervenuta emissione della sentenza dell'Adunanza Plenaria in materia di impugnativa dei bandi di gara - ha rinunciato alla domanda cautelare;

- a seguito della produzione di ulteriori scritti difensivi con cui le parti in causa hanno ribadito le posizioni assunte sulla base, tra l'altro, dell'ampio richiamo della direttiva 2005/36/CE e di recenti pronunce anche di questo Tribunale, all'udienza pubblica del 27 giugno 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione;

Rilevato che – in via preliminare – sussiste la necessità di esaminare le eccezioni di irricevibilità per tardività e di inammissibilità per carenza di interesse, formulate dalle Amministrazioni resistenti;

Ritenuto che l'eccezione di irricevibilità non sia meritevole di positivo riscontro, atteso che:

- come noto ma anche ricordato dalla difesa erariale, la questione inerente all'onere di immediata impugnazione del bando di gara in relazione alle ipotesi in cui quest'ultimo – pur non contemplando prescrizioni "escludenti", il cui onere di immediata impugnazione è indiscusso da tempo (cfr. Ad. Pl. n. 1 del 2003) – riporti previsioni che possano essere ritenute comunque lesive, quali quelli inerenti - come nel caso in trattazione - all'adozione di un determinato criterio di aggiudicazione piuttosto di un altro, è stata sottoposta dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria con l'ordinanza collegiale n. 5138 del 7 novembre 2017;

- in virtù dell'ordinanza de qua, la Terza Sezione ha, infatti, chiesto, ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo, un pronuncia sulla questione concernente la sussistenza dell'"onere di impugnazione immediata del bando… anche per il caso di erronea adozione del criterio del prezzo più basso,

in luogo di quello del miglior rapporto tra qualità e prezzo" e la possibilità o meno di affermare "più in generale" l'onere di immediata impugnazione del bando "per tutte le clausole attinenti alle regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara", "con la sola eccezione delle prescrizioni generiche ed incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi";

- in linea con quanto rappresentato delle parti in causa non solo mediante affermazioni espresse (quali quella resa dal difensore del ricorrente all'udienza camerale del 24 gennaio 2018, riportate a verbale) ma anche attraverso il sostanziale abbandono negli scritti difensivi depositati in giudizio di rilievi e/o considerazioni riguardanti l'eccezione in trattazione, è noto che l'Adunanza Plenaria si è pronunciata in materia con la sentenza 26 aprile 2018, n. 4, confermando l'orientamento "tradizionale", ossia ribadendo – in stretta aderenza, peraltro, ai principi affermati "sin dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003" e, comunque, nella piena consapevolezza che, con l'introduzione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, il legislatore ha espresso "un indiscutibile favor per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa", "prevedendo un sistema di gerarchia tra i metodi di aggiudicazione" – l'insussistenza dell'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando non "escludenti", e, in termini generali, "l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi)";

Ritenuto, in sintesi, che l'eccezione di irricevibilità per tardività sia infondata;

Rilevato che, ciò detto, debba essere oggetto di disamina l'eccezione di inammissibilità, sollevata dalla difesa erariale per carenza di interesse "con riferimento a tutti i lotti in relazione ai quali la controparte non ha presentato apposita offerta e comunque non ha proposto specifica impugnazione";

Ritenuto che tale eccezione sia fondata sulla base dei seguenti rilievi:

- premesso che lo stesso ricorrente afferma che si tratta di una gara non "unitaria poiché le singole procedure sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti", tanto da invocate la figura del c.d. "ricorso cumulativo", la già richiamata sentenza n. 4 del 2018 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – in esito ad un'accurata disamina non solo della disciplina che regolamenta la materia ma anche delle pronunce emesse, tra gli altri, dalla Corte Costituzionale (in particolare, la n. 245 del 2016) – riafferma la titolarità in capo all'operatore del settore che non ha partecipato alla gara di "un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione" e, segnatamente, di un semplice interesse "strumentale" connotato, peraltro, da una consistenza "affermata" ed "ipotetica", inidoneo – in quanto tale – a supportare la legittimazione ad agire, e, pertanto, ribadisce "il consolidato orientamento secondo il quale l'operatore del settore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente" (cfr. Ad. Pl. n. 4 del 2011 e n. 9 del 2014);

- ciò detto, non vi è chi non veda come il ricorrente non ha legittimazione attiva ed interesse ad agire in relazione ai lotti per i quali non ha aderito all'invito "a concorrere", formulato dall'Amministrazione, precisando – in aggiunta – che, a supporto dell'inammissibilità eccepita, depongono, ancora, il rilievo che l'impugnativa proposta investe l'aggiudicazione del solo lotto n. 4 nonché l'avvenuta notificazione dell'atto introduttivo del giudizio esclusivamente nei confronti della società aggiudicataria di quest'ultimo;

Ritenuto che, per le ragioni illustrate, il ricorso debba essere dichiarato inammissibile con riferimento agli atti ed ai provvedimenti riferibili a lotti differenti dal su indicato lotto n. 4, con connessa intangibilità ed insindacabilità di quest'ultimi;

Rilevato che - per le ragioni illustrate – il ricorso è ricevibile ma, comunque, ammissibile nei limiti in cui l'impugnativa proposta investa l'affidamento del lotto 4, diviene doveroso esaminare la fondatezza dei vizi di legittimità denunciati;

Ritenuto che – previa verifica, tra l'altro, dell'insussistenza di esigenze istruttorie e, in particolare, della sufficienza della documentazione agli atti ai fini del decidere, sicché l'istanza del ricorrente di disporre una consulenza tecnica d'ufficio ex art. 67, seppure formulata in via subordinata, non merita adesione – i vizi in questione siano infondati, atteso che:

- secondo il bando di gara pubblicato nella GURI n. 44 del 14 aprile 2017, l'oggetto dell'appalto consiste nel e, precipuamente, "nella rimessa in efficienza di veicoli comuni e loro complessivi, resisi inefficienti per avaria o sinistro", per un periodo di "12 mesi", con prescrizione – in ordine alla "capacità tecnica" – della "dichiarazione, a firma del legale rappresentante, attestante la disponibilità di idonea sede operativa (officina) – presso la quale dovranno essere effettuate in modo esclusivo le lavorazioni a contratto – all'interno della località/area geografica relativa al lotto per cui si intende partecipare", con ulteriori prescrizioni inerenti al possesso dei "requisiti" elencati nel capitolato tecnico;

- come posto in evidenza dal ricorrente, il bando di gara – alla voce "IV.2) Criteri di aggiudicazione" – indica il "minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016, trattandosi di servizi con caratteristiche standardizzate che soddisfano esigenze ricorrenti", con connesso onere per gli "operatori economici" di "esprimere distinti sconti" con specifico riferimento – al più - sul prezzo dei ricambi e degli accumulatori e, ancora, di presentare, ove invitati alla gara, un "progetto di base allo scopo di descrivere le modalità di esecuzione del servizio" (punto VI.3, lett. h);

- in linea con il bando di gara, nella lettera di invito è dato leggere che l'appalto , con ulteriore riporto – in

ordine alle modalità di esperimento (art. 3) – della dizione “procedura ristretta accelerata con il criterio del minor prezzo (art. 95, comma 4, del D. Lgs. N. 50/2016)” nonché la specifica di precise indicazioni sui prezzi dei ricambi, degli accumulatori e dei materiali di consumo di carrozzeria;

- nella stessa lettera di invito è dato, altresì, conto che “la mancata presentazione del progetto di base di cui alla lettera h) non pregiudica la partecipazione alla gara, ma in tal caso l’A.D. non autorizzerà richieste successive di subappalto”;

- nel capitolato tecnico è, altresì, precisato – per quanto di rilevanza in questa sede – che “la riparazione deve essere contenuta entro i limiti di spesa stabiliti per ciascun veicolo dal Comando Generale dell’Arma dei Carabinieri”, con facoltà, tra l’altro, dell’A.D. di destinare i veicoli ad altra ditta e/o di “provvedere in proprio”, è offerta una dettagliata descrizione dei “requisiti distinti per tipologia di riparazione” (ossia, “meccanica”, “carrozzeria”, “meccanica e carrozzeria veicoli pesanti”), identificati in specifiche attrezzature, e, ancora, risulta contemplata un’accurata disciplina della procedura inerente alla prestazione del servizio mediante la previsione, tra l’altro, di un “verbale di presa in consegna” del veicolo da parte della ditta “in contraddittorio con i militari che lo consegnano”, tenuti all’attività di diagnosi preventiva, di controlli sui “preventivi” emessi dalla ditta, con possibilità, tra l’altro, della Sezione Motorizzazione di non concordare in relazione ad essi e, conseguentemente, di fornire “all’Impresa le indicazioni necessarie alla riformulazione del preventivo e/o alla prosecuzione delle lavorazioni”, fino a disporre il “ritiro del mezzo” “in caso di mancata accettazione da parte dell’Impresa” (punto 2.3);

- in sintesi, tale Capitolato disciplina dettagliatamente le attività di “riparazione”, prescrivendo un rigido regime di controlli e un ampio potere di intervento da parte della Sezione Motorizzazione legionale, i quali risultano pienamente idonei ad annientare profili decisionali e, in termini generali, un’effettiva autonomia della Ditta nell’effettuazione delle lavorazioni, rivelando l’assoluto assoggettamento dell’esecuzione di quest’ultime al c.d. “benestare” della Sezione su richiamata (come – del resto – comprovato dall’obbligo di compilare non solo il preventivo iniziale ma anche, eventualmente, preventivi suppletivi - cfr. punto 2.5), nel rispetto, tra l’altro, di precise statuizioni sui tempi e sui costi di lavorazione, sul prezzo dei “ricambi”, il cui impiego come “originali” e “nuovi” è comunque soggetto ad autorizzazione dell’A.M., la quale permane, tra l’altro, titolare della facoltà di fornire non solo i ricambi ma anche i “materiali di consumo ed i lubrificanti” (cfr. artt. 4 e 7);

- sulla base di quanto esposto e, comunque, coerentemente valutata la portata precettiva dell’art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016, statuente – come noto – un regime di favor per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (come – del resto – posto in evidenza anche dall’Adunanza Plenaria nella sentenza n. 4 del 2018) ma, comunque, non escludente l’utilizzo del “criterio del minor prezzo” in presenza di precise e ben individuate ipotesi di affidamento (tra cui figurano, alla lettera b) del comma 4, “i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato”), il Collegio non ravvisa motivi

per discostarsi dall'orientamento già assunto, tra l'altro, dalla Sezione con le sentenze n. 2527 e n. 2528 del 2018, emesse su questioni del tutto sovrapponibili a quella in trattazione e richiamate anche dalla difesa erariale, e, pertanto, ribadisce che:

1. a) il servizio oggetto della gara riveste un sicuro carattere routinario e standardizzato, il quale – anziché essere svilito dall'utilizzo di strumentazioni diagnostiche, peraltro sempre più sofisticate – trova in quest'ultime un elemento di conferma, poiché vale a comprovare il sempre minor peso attribuibile alle effettive capacità professionali degli operatori nella prestazione del servizio (seppure risulti innegabile la necessità per gli stessi addetti di essere in possesso di conoscenze idonee ad un corretto utilizzo di esse – cfr., tra le altre, TAR Toscana, 22 dicembre 2017, n. 1667);

1. b) le previsioni che ne disciplinano l'esecuzione ben valgono, ancora, a rivelare l'insussistenza di autonomia decisionale in capo alla ditta aggiudicataria, la quale assume così la veste di sostanziale "attuatore" di scelte operate da terzi;

1. c) in aggiunta ma non per questo meno importante, chiaro si profila il peso assolutamente preminente rivestito dalla componente del "prezzo" dei ricambi, a detrimento del costo della manodopera, anch'esso, peraltro, accuratamente regolamentato sulla base della considerazione di componenti oggettive, le quali concretizzano un'ulteriore conferma non solo dell'alta standardizzazione del servizio ma anche della definizione delle "condizioni" da parte del "mercato";

1. d) a titolo di completezza e, comunque, per fornire compiuto riscontro alle argomentazioni del ricorrente, preme precisare, poi, che il riferimento agli altri servizi di "natura tecnica e intellettuale", riportati, tra l'altro, in rapporto di stretta conseguenzialità alla precedente menzione dei "servizi di ingegneria e architettura", la cui sussistenza è appunto idonea, di per sé, ad imporre l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in ragione del rapporto di "specie" a "genere" ravvisato tra il comma 3 ed il comma 4 in esame, nel senso che "ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del" criterio in trattazione, con esclusione di deroghe, "nemmeno al ricorrere della fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dallo sforzo motivazionale dell'amministrazione" - cfr. delibera ANAC n. 1361 del 20 dicembre 2017, afferente il "servizio di conduzione e manutenzione degli impianti elevatori", con riconoscimento della legittimità della "scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso"), conduce non solo ad escludere un'automatica identificazione dei servizi in trattazione con i "servizi tecnici" elencati nella direttiva 2005/36/CE ma anche a ricollegare la configurazione di servizi di tale genere esclusivamente alla presenza di prestazioni connotate da apporti di natura innovativa o, comunque, ideativa del concorrente, atti a imprimere ai servizio concretamente resi un chiaro carattere di specialità;

1. e) stanti i su indicati rilievi, la riconducibilità del servizio in questione nell'ambito di quelli di cui al richiamato art. 95, comma 4, lettera b), del d.lgs. n. 50/2016 appare, quindi, corretta e non vale certo a pervenire ad una diversa conclusione la richiesta di un "progetto di base", attesa la peculiare valenza che connota lo stesso, qualificabile "marginale" e comunque non incidente su profili qualitativi (come, tra l'altro, desumibile dal richiamo all'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016);

1. f) come già affermato nei precedenti della Sezione in precedenza richiamati, "all'infondatezza della prospettazione del Consorzio segue poi l'insussistenza del dedotto vizio di difetto di motivazione", posto che, anche nell'ipotesi in trattazione, sussistono validi elementi per affermare che l'Amministrazione abbia "congruamente motivato le ragioni tecniche che hanno indotto alla previsione del criterio del minor prezzo" (cfr. - in particolare – il bando di gara, in cui è dato espressamente leggere che si tratta di servizi "standardizzati" che soddisfano "esigenze ricorrenti");

Ritenuto che, per le ragioni illustrate, il ricorso:

- vada dichiarato ricevibile;

- vada dichiarato inammissibile nella parte in cui investe atti e/o provvedimenti non direttamente riferibili al lotto n. 4;

- nei limiti in cui è ammissibile, debba essere respinto;

Ritenuto che – tenuto conto delle peculiarità della vicenda in esame – sussistano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti;

Tar Lazio – Roma, I BIS – sentenza del 16.07.2018 n. 7890

A Lazio Famiglia - Scuola ed istruzione - Separazione dei coniugi e diritto a visionare ed estrarre copia dei documenti su scrutinio scolastico del figlio

1. Con il ricorso in trattazione la ricorrente, madre collocatati e coaffidataria della figlia minore, alunna del Liceo Ginnasio Statale "Giulio Cesare" di Roma, impugna il diniego della istanza di acceso del 24.1.2018, espresso con nota del dirigente scolastico del 8.2.2018 (doc. 4 del ricorso).

La richiesta ineriva alle prove in classe - e relative annotazioni - svolte dalla figlia in varie discipline nelle quali aveva riportato insufficienze nei giudizi (lingua e cultura italiana, lingua e cultura latina, matematica etc.) e il diniego è stato fondamentalmente ancorato alle seguenti motivazioni: l'accesso ai documenti è consentito solo a conclusione del processo di valutazione; gli elaborati degli studenti vengono offerti in visione ai genitori dagli insegnanti nel corso dei colloqui infra annuali; l'esito dei compiti è visionabile sul sito web della scuola mediante impiego delle credenziali d'accesso.

Il gravame veniva notificato anche all'insegnante di italiano, che costituitasi in giudizio ha domandato l'oscuramento delle generalità e l'estromissione dal giudizio.

Alla Camera di consiglio del 12 giugno 2018 udita la discussione dei difensori delle parti il ricorso è stato ritenuto in decisione.

2. Con un unico motivo di diritto la ricorrente anzitutto disquisisce in ordine alla spettanza del diritto d'accesso al genitore separato, in funzione del suo perdurante diritto - dovere di seguire il minore nella crescita e nello sviluppo scolastico. Successivamente deduce illegittimità del diniego di accesso sostenendo non potersi configurare alcuna delle ipotesi tassative che al lume dell'art. 24, L. n. 241/1990 legittimano il rifiuto di ostensione degli atti, facendo anche leva sulle pertinenti norme del regolamento di Istituto.
3. Ritiene la Sezione che il ricorso sia fondato e meritevole di accoglimento per le ragioni di seguito sinteticamente esposte.

In primis va affermato il diritto dei genitori, ancorché separati, di conseguire visione e copia dei documenti di scrutinio dei figli, sia ove ineriscano a compiti in classe che ad attestazioni ufficiali tratte dai registri di classe, che ai documenti valutativi di sintesi (c.d. pagelle).

Non può invero essere denegata in siffatta ipotesi la spettanza di un interesse qualificato all'accesso, giuridicamente rilevante e più ampio dell'interesse a ricorrere in sede giurisdizionale.

Condivisibilmente infatti la giurisprudenza si è pronunciata in tal senso, avendo puntualizzato che "è pacifico che i genitori di alunni minori siano titolari di un interesse qualificato a prendere visione degli atti relativi alle varie fasi di svolgimento dell'attività scolastica dei figli, purché aventi una diretta relazione con gli studi da questi compiuti e suscettibili di produrre effetti nella loro sfera di interessi." (T.A.R. Calabria- Catanzaro, Sez. I, 13.2.2017, n. 230; T.A.R: Campania - Napoli, Sez. V, 12.10.2003, n. 12996).

Non va al riguardo obliterato che la pretesa di un genitore di ottenere copia dei compiti svolti dal figlio e delle relative annotazioni valutative operate dai docenti, è funzionale all'obiettivo educativo di prendere contezza delle carenze nell'apprendimento e nel processo cognitivo del figlio, constatare quali possano essere le lacune culturali onde predisporre eventuali percorsi privati di sostegno e recupero scolastico. More solito gli stessi docenti privati di recupero domandano di poter visionare i compiti svolti dall'allievo al fine di appurare quali siano le faglie nella preparazione relativa alle singole materie di studio

3.1. Parallelamente va altresì affermato il diritto del genitore separato, quantunque in ipotesi non affidatario dei figli, di prendere visione ed estrare copia degli atti concernenti il percorso scolastico dei figli, senza che la spettanza di tale diritto sia subordinata ad autorizzazione o altro atto di assenso del Tribunale ordinario competente in sede id adozione di provvedimenti riguardanti i figli. Si è invero condivisibilmente affermato che "La qualità di genitore, anche se non affidatario del figlio in seguito alla separazione con l'altro coniuge, conferisce il diritto ad accedere alle informazioni relative alla frequenza del proprio figlio nella scuola (riguardanti, nella specie, il numero ed i motivi delle assenze, il numero dei pasti consumati e l'avvenuta - o meno - preiscrizione all'anno scolastico successivo); tale diritto non è condizionato ad un'eventuale autorizzazione da parte del tribunale, dal momento che la stessa veste di genitore legittima ad esercitare il diritto-dovere di vigilanza sull'educazione, sull'istruzione e sulle condizioni di vita del figlio anche attraverso la verifica delle concrete modalità d'inserimento nella scuola dallo stesso frequentata." (T.A.R. Lazio - Latina, 9.7.2002 n. 753).

4. Venendo alle ipotesi di esclusione del diritto d'accesso, vanno richiamate le due fattispecie, apparentemente pertinenti, nelle quali il diritto di accesso è escluso, contemplate all'art. 24, comma 1, lett.d) e comma 3 della L. 7.8.1990, n. 241.

La prima concerne i "procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinali relativi a terzi".

È evidente l'inapplicabilità di siffatta previsione al caso di specie, considerando che gli scrutini degli studenti nelle scuole di ogni ordine e grado non hanno carattere e natura selettivi, non consistendo in una selezione a merito comparativo ma in un vaglio della loro preparazione in senso assoluto, ovverosia senza il confronto con altre posizioni.

Tranne che nell'ipotesi nella quale una certa forma di confronto venga in rilevo in via indiretta, ovverosia laddove si debba operare una comparazione tra situazioni di merito consimili nell'ipotesi in cui sorgano dubbi sull'approvazione di uno studente.

Purtuttavia, anche in tal caso l'esclusione del diritto di accesso è circoscritta ai soli casi in cui i documenti richiesti rechino informazioni di carattere psicoattitudinale concernenti non la sfera soggettiva del richiedente ma quella di terzi.

L'altra fattispecie di cui si faceva cenno è quella definita dalla generale norma in ossequio alla quale "non sono ammissibili istanza di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni", norma che com'è noto esclude che l'azione di accesso possa rivestire i connotati della actio popularis, disancorata al radicamento di un interesse personale e qualificato dell'istante.

È agevole osservare che nemmeno tale situazione ricorre nel caso all'esame, avendo la ricorrente domandato l'accesso dei compiti e delle relative annotazioni riguardanti la figlia minore.

4.1.Più in dettaglio ritiene la Sezione che le argomentazioni esternate dalla dirigente scolastica nella nota di

diniego dell'8.2.2018 non siano giustificate alla luce del vigente prisma normativo di riferimento.

Anzitutto non può condividersi l'assunto secondo il quale l'accesso è consentito a conclusione del processo di valutazione.

La ricorrente ha infatti chiesto copia dei compiti e delle relative annotazioni a gennaio di quest'anno, ovverosia relativamente a scrutini intermedi.

Né potrebbe essere addotta la disposizione di cui all'art. 8 del Regolamento di Istituto, a stare al quale "Per quanto attiene all'accesso ai documenti degli esami, esso è possibile soltanto dopo la pubblicazione dei risultati".

Nel caso al vaglio del Collegio, invero, non si è al cospetto di documenti concernenti gli esami, atteso che la ricorrente ha domandato l'estrazione di copia dei soli compiti della figlia e delle relative annotazioni apposte dagli insegnanti e non certo di documenti relativi agli esami.

Ulteriormente giova evidenziare che non può costituire valida esimente dall'obbligo di ostensione dei richiesti elaborati, l'affermazione secondo cui in sede di colloqui con i genitori gli insegnanti consentono loro la visione degli elaborati.

Non si intravede infatti il perché l'accesso debba essere limitato alla sola visione e non anche all'estrazione di copia degli elaborati stessi, facoltà nella quale si sostanzia maggiormente il diritto d'accesso.

In definitiva, alla luce di quanto osservato il ricorso si profila fondato e va dunque accolto dovendosi ordinare alla dirigente dell'istituto scolastico di accogliere la richiesta di accesso della ricorrente fornendole copia degli atti che ne forano 'oggetto.

Va parimenti accolta la richiesta della docente G.M. di essere estromessa dal presente giudizio, non possedendo la medesima alcuna legittimazione processuale al presente giudizio.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

Tar Lazio, III – bis, sentenza del 19.06.2018, n. 6849

A Lazio - Enti locali - Competenza per la revoca di passo carrabile

- quanto al ricorso principale, notificato il 26 gennaio 2018 e depositato il 21 febbraio 2018:

1. a) della delibera della Giunta municipale del Comune di Cassino n. 404 del 12 settembre 2017, con la

quale è stato revocato il passo carrabile n. 24 di via Pertini, rilasciato il 10 maggio 1996 in favore delle cooperative danti causa agli odierni ricorrenti;

1. b) della delibera della Giunta municipale del Comune di Cassino n. 576 del 6 dicembre 2017, nella parte in cui si è limitata a sospendere per sessanta giorni l'efficacia della predetta delibera di revoca del passo carrabile n. 24 di viale Pertini;

- quanto ai motivi aggiunti, notificati il 28 maggio 2018 e depositati il 12 giugno 2018, della delibera della Giunta municipale del Comune di Cassino n. 107 del 15 marzo 2018, con la quale è stata prorogata di ulteriori sessanta giorni la sospensione dell'efficacia della precedente delibera n. 404 del 2017, incaricandosi il dirigente dell'Area tecnica "di individuare una possibile soluzione urbanistica alle problematiche" riguardanti la revoca del citato passo carraio n. 24;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cassino, di Alfredo Capitanio e del Condominio "La Mimosa";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 il dott. Valerio Torano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevata in via preliminare, ai sensi dell'art. 4, all. 2, cod. proc. amm., la tardività delle memorie depositate dal Comune di Cassino e dal controinteressato Capitanio dopo le ore 12.00 dell'ultimo giorno utile in vista della camera di consiglio del 19 luglio 2018 (Cons. Sic. 6 giugno 2018 n. 344; Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2018 n. 3136; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 12 luglio 2018 n. 402; sez. I, 11 luglio 2018 n. 396);

Considerato, sempre in via preliminare, che, all'opposto di quanto sostenuto dai controinteressati, non sussiste alcuna nullità della delibera di nomina del difensore dei condomini ricorrenti per carenza, in capo all'amministratore, dei requisiti previsti dal d.m. 13 agosto 2014 n. 140, dal momento che l'art. 71-bis disp. att. cod. civ. non commina alcuna nullità in conseguenza dell'eventuale mancata frequenza di un corso di formazione iniziale o di quelli periodici;

Considerato che, con l'impugnata delibera n. 404 del 12 settembre 2017, la Giunta municipale del Comune di Cassino ha disposto la revoca del passo carrabile n. 24 situato in via Pertini 8 e rilasciato in data 10 maggio 1996;

Considerato che agli atti di causa non v'è prova che le comunicazioni di avvio del procedimento di revoca e la predetta delibera n. 404 del 2017 siano mai state comunicate individualmente ai condomini ricorrenti;

Considerato che, pertanto, il ricorso è ricevibile con riguardo all'impugnazione della citata delibera n. 404, dal momento che l'affermazione di parte ricorrente di averne avuto conoscenza solo il 28 novembre 2017 non è smentita dagli atti né è stata contestata dall'Amministrazione con il dovuto supporto probatorio;

Considerato che i ricorrenti, con istanza del 1° dicembre 2017, hanno chiesto al Comune di Cassino l'annullamento in autotutela della predetta delibera n. 404;

Considerato che, con la delibera n. 576 del 6 dicembre 2017, anche essa impugnata in via principale, la Giunta municipale di Cassino ha disposto la sospensione dell'efficacia della propria delibera n. 404 del 2017 per un periodo di sessanta giorni, tenuto contro, tra l'altro, della relazione del dirigente dell'Area tecnica che ha segnalato come la revoca del passo carraio in esame "determina l'impossibilità, da parte dei condomini delle n. 4 palazzine di Via Pertini, di accedere alla strada che conduce ai garage di ben n. 58 abitazioni";

Considerato che, con ulteriore delibera n. 107 del 15 marzo 2018, impugnata per motivi aggiunti, la Giunta municipale del Comune di Cassino ha prorogato di ulteriori sessanta giorni la sospensione dell'efficacia della predetta delibera n. 404, incaricando il dirigente dell'Area tecnica "di individuare una possibile soluzione urbanistica alle problematiche" riguardanti la revoca del citato passo carraio;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti e vista, in particolare, la doglianza relativa all'incompetenza della Giunta municipale a disporre la revoca di un singolo passo carrabile;

Visti gli artt. 48 e 107, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, che disciplinano le competenze della Giunta municipale e dei dirigenti comunali;

Ravvisato un profilo di manifesta fondatezza del ricorso principale e dei motivi aggiunti per l'assorbente vizio di incompetenza della Giunta a deliberare sulla revoca di un passo carrabile, anche sospendendo temporaneamente l'efficacia del provvedimento di ritiro già adottato, ai sensi degli artt. 48 e 107, d.lgs. n. 267 del 2000;

Ritenuto di non condividere la tesi dell'Amministrazione resistente e dei controinteressati sulla natura di mero atto di indirizzo dell'impugnata delibera n. 404, atteso che essa, lungi dall'impartire direttive agli uffici, provvede in via immediata e diretta alla gestione del singolo affare amministrativo sottopostole, disponendo "di accogliere l'istanza presentata dal sig. Capitanio Alfredo […] di revocare il passo carrabile n. 24 di Via Pertini rilasciato il 10 maggio 1996" e "di demandare agli uffici competenti gli atti consequenziali";

Rilevato che la natura di puntuale provvedimento di revoca della delibera n. 404 sia esplicitamente confermata dal tenore testuale delle successive delibere di Giunta n. 576 del 2017 e 107 del 2018, e ciò in palese contraddizione con quanto affermato dal Comune di Cassino nella propria relazione deduttiva datata 28 marzo 2018, ove si legge che "non è mai stato adottato un provvedimento formale di revoca (o di dichiarazione di cessazione dell'efficacia) del passo carrabile n. 24 di Via Pertini […]";

Considerato che, anche a voler qualificare la citata delibera n. 404 alla stregua di un atto di indirizzo, essa, per la natura stringente delle prescrizioni e delle modalità di azione prefigurate, che sono tali da rendere ineluttabile l'effetto pregiudizievole del successivo provvedimento attuativo, sarebbe comunque un atto direttamente lesivo, come tale idoneo a radicare un interesse giuridicamente rilevante e processualmente spendibile (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 gennaio 2016 n. 3);

Preso atto che dall'accertato vizio di incompetenza deriva, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., che si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può che assorbire tutte le altre censure (Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015 n. 5; sez. IV, 1° marzo 2017 n. 941; T.A.R. Liguria, sez. I, 18 luglio 2017 n. 627; T.A.R. Umbria, sez. I, 20 giugno 2017 n. 466; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 4 aprile 2017 n. 789);

Considerato che analogo vizio di incompetenza sussiste anche per le successive delibere di Giunta n. 576 del 2017 e n. 107 del 2018, con le quali è stata disposta la semplice sospensione temporanea della precedente revoca del passo carrabile de quo;

Ritenuto che le particolarità del caso giustifichino la compensazione delle spese di giudizio;

Tar Lazio – Latina, I – sentenza del 19.07.2018 n. 412

A Campania - Gare - Appalto di servizi pubblici e principio di rotazione

1 - Con ricorso notificato il 20/3/18 e depositato il successivo 27/3, PubbliAlifana s.r.l. ha chiesto l'annullamento degli atti in epigrafe indicati, esponendo quanto segue:

- la società Aerarium svolge in affidamento diretto a far data dal novembre 2015 il servizio di supporto per l'Ufficio Tributi del Comune di Piedimonte Matese, percependo l'importo annuo di euro 39.000,00 più IVA;

- al primo affidamento è succeduto un secondo, venuto a scadenza nel dicembre 2017;

- con delibera n. 11/18, la G.M. ha disposto il conferimento ad un soggetto esterno delle attività ausiliarie rispetto all'accertamento e liquidazione dei tributi comunali, in affiancamento all'ufficio comunale a ciò preposto, all'uopo incaricando il responsabile del settore Tributi;

- con determina n. 115/2018, il predetto responsabile ha affidato il servizio alla società Aerarium;

- con nota del 21/2/18, il responsabile dell'ufficio Tributi ha riscontrato la proposta di collaborazione inoltrata dalla Pubblialifana relativamente al servizio de quo, rappresentando le criticità che un'eventuale modifica del gestore del servizio avrebbe cagionato in termini di efficienza, anche tenuto conto della presenza di improcrastinabili adempimenti.

Con un unico articolato motivo di ricorso, PubbliAlifana lamenta:

1) violazione degli art. 35 e 36 del d. lvo n. 50/16: la decisione di affidare un ulteriore incarico alla società Aerarium, secondo le convergenti indicazioni del legislatore e dell'Anac (cfr. linee guida n. 4) doveva essere motivata, a differenza di quanto avvenuto nel caso di specie, in modo particolarmente efficace dando conto delle specifiche ragioni, ove sussistenti, legittimanti la deroga al principio di rotazione;

2) violazione degli art. 35 e 36 del d. lvo n. 50/16: ove il Comune avesse doverosamente tenuto in considerazione l'importo del pregresso affidamento, avrebbe dovuto operare la scelta del nuovo contraente secondo il paradigma dell'art. 36 co. 2 lett. B d. l.vo n. 50/16, in combinato disposto con l'art. 35 co. 12 lett b.;

3) erroneità dei presupposti posti a fondamento della determina impugnata: le attività comprese nel servizio de quo sono meramente operative e, per giunta, espletate con un software la cui licenza è nella piena titolarità del Comune e, comunque, acquistabile da qualsiasi operatore, di talché non si ravvisa l'infungibilità dell'attività di supporto svolta dalla Aerarium;

4) la normativa di riferimento non prevede l'urgenza quale presupposto legittimante il rinnovo dell'affidamento, pertanto non giova al Comune rimarcare l'imminente scadenza del termine per l'approvazione dei bilanci di previsione (che imporrebbero di adempiere celermente alla gestione dei tributi);

5) violazione dell'art. 30 d. lgs. n. 50/16, per avere il Comune illegittimamente pretermesso la proposta formulata dalla ricorrente, nonostante il prospettato risparmio di spesa.

1.1 - Sulla scorta di tali motivi, PubbliAlifana ha, quindi, chiesto annullarsi gli atti di cui si è innanzi detto, dichiararsi l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Piedimonte Matese e la Aerarium o, in alternativa, applicarsi le sanzioni di cui all'art. 123 d. lgs. cit.

2 - Il Comune di Piedimonte Matese ha resistito al ricorso, eccependo preliminarmente l'inammissibilità dello stesso stante l'omessa tempestiva impugnazione della d.G.M. n. 11/18 che concreta l'atto amministrativo attraverso il quale l'ente ha operato la scelta di procedere all'affidamento diretto del servizio.

Ha dedotto, altresì, il mancato superamento della prova di resistenza, stante le documentate irregolarità fiscali (omesso pagamento ICI e IMU per un importo complessivo di euro 25.839,64) che determinano l'esclusione della ricorrente dagli affidamenti ai sensi dell'art. 80 co. 4 d. l.vo n. 50/16.

3 - Alla pubblica udienza del 13/6/18 la causa è stata trattenuta in decisione.

4 - L'eccezione di tardività sollevata dal Comune resistente è infondata.

Tale eccezione, infatti, si basa sulla d.G.C. n. 11/2018 (peraltro gravata solo tutioristicamente dalla ricorrente), da cui – a detta del Comune – deriverebbe la scelta dell'Amministrazione di procedere all'individuazione del soggetto cui affidare il sopra descritto servizio, mediante affidamento diretto e non mediante diversa procedura.

L'assunto del Comune non trova riscontro in atti: ed invero, la piana lettura della delibera giuntale rivela che con essa si è incaricato il responsabile del settore Tributi "di procedere alla individuazione di un soggetto esterno idoneo a cui affidare il suddetto servizio di supporto", senza specificare in alcun modo la procedura da seguire che – per contro – risulta oggetto di una scelta compiuta "a valle" dal responsabile del Settore Tributi a mezzo della determina n. 115 cit. ed ivi motivata.

4.1 - Il ricorso è, invece, certamente tempestivo rispetto alla determina n. 115/18, pubblicata il 20/2/18 sull'albo pretorio, risultando spedito per la notifica in data 19/3/18.

5 – Neppure coglie nel segno l'eccezione di inammissibilità basata sulla irregolare posizione fiscale della ricorrente. Tenuto conto, infatti, che questa prospetta come legittimo un confronto concorrenziale tra una pluralità di operatori, non è astrattamente possibile escludere che all'atto dell'effettivo svolgimento della selezione la ricorrente sarebbe stata in regola rispetto alla posizione fiscale (circostanza, peraltro, riscontrabile all'attualità, secondo quanto risulta dalla ricevuta di versamento e dai provvedimenti di rateizzazione versati in atti in data 22/5/2018).

6 – Passando alle questioni di merito, opina il Collegio che il gravame si palesa fondato nella parte in cui lamenta la violazione del principio di rotazione. Giova evidenziare che tale questione si rivela assorbente rispetto a quella relativa alla corretta individuazione del valore dell'affidamento. Ed invero, anche a voler aderire alle contestazioni della ricorrente in ordine al reale importo dell'affidamento (che, a suo dire – sommando i due affidamenti succedutisi nel tempo – è pari ad euro 77.400,00 con conseguente sforamento del tetto di € 40.000 imposto per gli affidamenti diretti senza consultazione di altri operatori economici dall'art. 36 comma 2, lettera a, del d.lgs. n. 50/2016), questo rimarrebbe comunque un contratto sotto soglia disciplinato dall'art. 36, collocabile nella fascia inferiore alle soglie indicate dall'art. 35 del medesimo codice dei lavori pubblici (in termini, TAR Lazio, Roma, sez. III quater, sent. 31/1/18 n. 1115) e, pertanto, assoggettato al principio di rotazione (degli affidamenti o degli inviti).

6.1 - Orbene, ai sensi dell'art. 36 cit. "L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50".

6.1.1 - In tema, in modo chiaro, nelle linee guida ANAC n. 4 (delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 – applicabili ratione temporis), si legge che “il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente”. La stazione appaltante, o il RUP, quindi, nel momento in cui propone al responsabile del servizio l'affidamento, è tenuta a indicare la motivazione di tale scelta “in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione”. In modo altrettanto perentorio, nel parere del Consiglio di Stato n. 1329 del 13 settembre 2016 espresso sullo schema di linee guida relative all'affidamento sotto soglia, è scritto che “ben diverso è il caso dell'affidamento all'operatore economico uscente dove, ad avviso del Collegio, appare non sufficiente imporre un onere motivazionale più stringente, quando, invece, dovrebbe darsi conto del carattere del tutto eccezionale sia della reiterazione dell’invito alla procedura sia del riaffido dell'appalto allo stesso operatore economico, ad esempio a fronte di riscontrata effettiva assenza di alternative, non potendosi dimenticare il rispetto, tra gli altri, del principio di rotazione sancito specificamente dalla legge (art. 36, comma 1). Assai spesso, del resto, è proprio negli affidamenti all'operatore uscente che il fenomeno corruttivo si annida nella sua dimensione meno facilmente accertabile” – così, da ultimo, TAR Calabria sez. I, sent. 14/5/18 n. 1007.

6.1.2 - Il principio di rotazione ? che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte ? trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolino l’ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all’oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell’Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4)” – Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 31/8/17 n. 4125.

6.2 - Alla luce delle predette coordinate normative ed ermeneutiche, del tutto insufficienti a giustificare un ulteriore affidamento diretto si rivelano i riferimenti contenuti nella determina impugnata ai “disagi” che la scelta di un diverso gestore determinerebbe, tenuto conto della conseguente necessità di implementazione dei dati su un software diverso da quello in uso alla Aerarium e della nuova formazione del personale. In relazione a tali profili va, infatti, osservato che il Comune di Piedimonte non ha controdedotto a quanto argomentato dalla ricorrente in ordine alla possibile fruizione anche da parte da sua della licenza d’uso del

software suite Plus ++, che peraltro risulta già in uso al Comune da “diversi anni”, né in merito alla natura meramente “operativa” delle attività gestionali che il Comune continua a svolgere a mezzo di proprio personale.

D’altro canto, non pertinenti (non essendo l’urgenza un presupposto normativamente stabilito per gli affidamenti diretti) sono i richiami all’urgenza di provvedere – entro il 31/3/2018 - agli adempimenti propedeutici all’approvazione del bilancio di previsione 2018-2020, ciò che comunque non legittimerebbe un ulteriore affidamento annuale con scadenza 31/12/2018.

7 - Inammissibile, infine, è l’impugnazione della nota prot. n. 2508 recante giustificazione circa il mancato “assenso” del Comune alla proposta di collaborazione presentata dalla PubbliAlifana, trattandosi – evidentemente – di un atto intervenuto in una fase meramente interlocutoria non prevista dal paradigma legale di riferimento e privo di concreta portata lesiva.

8 - Pertanto, in base a quanto sin qui evidenziato e assorbiti gli ulteriori motivi di gravame non scrutinati, va accolta la domanda di annullamento della determinazione n. 115/18 con conseguente dichiarazione di inefficacia ab origine del contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Piedimonte Matese e la Aerarium s.r.l.

8.1 - Non risulta, invece, accoglibile la richiesta di subentro, stante la discrezionalità che residua in capo al Comune in merito all’eventuale ri-affidamento del servizio in seguito al disposto annullamento.

9 - Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

Tar Campania – Napoli, VIII – sentenza del 19.07.2018 n. 4794

A Campania *Gare - Requisiti di partecipazione e discrezionalità della PA appaltante

In data 07.05.2018 l'Ente Autonomo Volturno (EAV) S.r.l. - società in house della Regione Campania gestore di un vasta rete di Trasporti Pubblici Locali su ferro e gomma - allo scopo di garantire l'espletamento di servizi affidati dall'Ente Regionale, ha indetto una gara a procedura aperta (C.I.G. 7464963A56) per l'affidamento dei servizi di security, afferenti alla gestione delle emergenze e della sicurezza; in particolare, la gara ha ad oggetto “la gestione primo soccorso, emergenza incendio, servizio di ricezione e gestione delle segnalazioni di guasto e dei relativi ticket”.

Il disciplinare di gara, tra gli altri, prevedeva al punto 8, quale requisito di capacità tecnica e professionale per l'ammissione delle imprese alla procedura, solamente "l'aver eseguito nel triennio 2015 - 2017 un contratto di importo non inferiore a euro 900.000 oltre IVA, avente ad oggetto servizi di gestione delle emergenze e della sicurezza in aree di pubblico accesso e di ricezione e gestione delle segnalazioni di guasto mediante centrale operativa che utilizzi guardie particolari giurate".

Con “atto di invito e diffida”, via p.e.c. del 15.5.2018, la società Over Security s.r.l., Istituto di Vigilanza privata, in persona del legale rappresentante, Ruggiero Raimondo, manifestando fermamente la volontà di partecipare alla suddetta gara, evidenziava alla stazione appaltante l'illegittimità della sopracitata clausola, ampiamente restrittiva (essendo soltanto 1-2 le società che sono in possesso di tale requisito) e pienamente in contrasto col principio del favor partecipationis, (ingiustamente consentendo la partecipazione ad una platea molto ristretta di operatori economici), oltre che inutile ai fini della dimostrazione della capacità economica e tecnica, in virtù di quanto richiesto ai punti 6 e 7 delle condizioni di partecipazioni del disciplinare, conseguentemente chiedendone l’estrapolazione dalla lex specialis.

Preso atto che, il Responsabile Unico del Procedimento, nel riscontrare con nota prot. n. 11432 del 23/5/2018, la diffida dell'odierna ricorrente, chiariva che il "servizio di punta" richiesto dal punto 8 del disciplinare "può essere dimostrato anche mediante prestazioni eseguite in contesti differenti rispetto all’ambito ferroviario in cui opera la SA", così disattendendo l'istanza di

Autotutela, sancendo, pertanto, l'impossibilità della partecipazione della società Over Security S.r.l., quest’ultima, quest’ultima, con ricorso notificato il 6.6.2018 e depositato il 18.6.2018 propone la formale impugnativa in epigrafe.

A sostegno del gravame vengono dedotte i seguenti motivi:

1. I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 83 E 84 DEL D. LGS. N. 50/2016 - ECCESSO DI POTERE - SVIAMENTO - DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS - ILLOGICITÀ.

2016. II) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 83 COMMA 2 E 5 DEL D. LGS N. 50/2016. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

Si è costituito in giudizio l’intimato E.A.V. - Ente Autonomo Volturno S.r.l., preliminarmente eccependo l’inammissibilità, l’irricevibilità, l’improcedibilità e, comunque, la infondatezza del ricorso.

Si rileva preliminarmente che il giudizio va definito nel merito, con motivazione in forma semplificata, ai sensi dell'art. 120, co. 2-bis e 6-bis del codice del processo amministrativo.

Il primo motivo si articoli in tre censure.

Con la prima censura, premesso che la stazione appaltante, nel disciplinare di gara, al punto 8 delle condizioni di partecipazione, richiede espressamente che la partecipante abbia eseguito, nel triennio 2015-2017, un contratto di importo non inferiore ad € 900.000,00, oltre Iva, avente ad oggetto "servizi di gestione delle emergenze e della sicurezza in aree di pubblico accesso e di ricezione e gestione delle segnalazioni di guasto mediante centrale operativa che utilizzi guardie particolari giurate", si deduce che da una lettura combinata di tale punto con i precedenti punti 6 e 7, di cui al disciplinare di gara e recanti ulteriori condizioni di partecipazione alla stessa emergerebbe chiaramente che il requisito richiesto al punto 8, cosiddetto "servizio di punta" è illegittimo dal momento che la capacità tecnica dell'azienda in relazione al servizio oggetto dell'appalto è ampiamente dimostrata attraverso il possesso delle richieste certificazioni di cui al punto 6 del disciplinare.

Dopo avere diffusamente illustrato e decantato, sotto il profilo tecnico, le virtù ed i pregi delle condizioni di partecipazione di cui ai punti 6 e 7 del Disciplinare di gara da lei posseduti, parte ricorrente, relativamente al punto 6 sei sofferma ad illustrare le caratteristiche del servizi di telesorveglianza e televigilanza con centrale operativa a norma Uni Cei composta degli standard ivi prescritti, di cui si giova attualmente l'Istituto ricorrente. Inoltre si dichiara in possesso della condizione di cui al punto 7, che richiede l'aver conseguito negli ultimi tre esercizi, disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, un fatturato complessivo non inferiore a euro 3.000.000,00, nel settore di attività oggetto dell'appalto; nella specie l'Istituto ricorrente assume il possesso dei requisiti comprovanti una notevole capacità tecnica ben al di sopra di quanto richiesto dall'oggetto dell'appalto, essendo dotato di una centrale operativa di tipologia "C" - ai sensi del decreto del Ministro dell'interno 1° dicembre 2010 n. 269, certificata fin dal 1/1/2012 ed adeguata ai successivi aggiornamenti - che attesta al massimo livello di sicurezza, capacità operativa e ridondanza richiesta dalla norma per la gestione di sistemi di allarme collocati su territori ultra regionali e con popolazioni fino a 15 milioni di abitanti. Aggiunge che tutte le sedi del servizio oggetto della gara sono nel territorio della Regione Campania per cui è evidente, sotto tale aspetto, la qualificazione (capacità tecnica) della ricorrente per lo svolgimento dei servizi oggetto di appalto, risultando la capacità tecnica della centrale secondo le previsioni "EN 50518" molto dettagliata e tale da garantire il rispetto di alti standard di risposta alle segnalazioni.

In conclusione la società ricorrente rileva che:

- nella specie, la stazione appaltante ha già richiesto al punto 6 delle condizioni di partecipazione il possesso di adeguata certificazione attestante, non solo le qualifiche circa lo svolgimento dei servizi richiesti nell'appalto, ma anche una adeguata capacità tecnica, pertanto non vi era alcuna necessità di richiedere un pregresso contratto per l'importo di €900.000,00, peraltro senza fornire un solo rigo di motivazione al riguardo;

- l'importo a base di gara è così costituito: 557.000,00 EUR/anno per i servizi di televigilanza, telesorveglianza, videosorveglianza, emergenza incendi, gestione ticket, intervento sul posto e la macroscopica illegittimità di tale scelta si pone anche in contrasto con l'obbligo di motivazione che grava in capo alle stazioni appaltanti, atteso il costante orientamento giurisprudenziale richiamato (cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. n. 357/2018);

- nella specie, la società ricorrente ha in essere contratti per la gestione giornaliera di 1350 segnalazioni allarmi e più di 300 contratti di televigilanza. E' evidente che sia del tutto in grado di svolgere nel migliore dei modi i servizi richiesti dall'EAV che, si precisa, prevedono la gestione delle segnalazioni di appena un centinaio di postazioni;

- in ogni caso, oltre al fatturato complessivo richiesto dal punto 7 delle condizioni di partecipazione, nel settore oggetto di appalto, ha stipulato innumerevoli contratti specifici con aziende per un ammontare complessivo superiore ad € 1.800.000,00 nell'ultimo triennio che, in ogni caso, testimoniano l'ampia capacità economica e professionale acquisita dalla Over Security.

E' pertanto evidente che lo svolgimento di tale servizio non necessita della preventiva dimostrazione dell'aver stipulato un contratto "di punta", in quanto tale scelta si dimostra restrittiva della concorrenza e consente la partecipazione ad un numero del tutto esiguo di operatori economici, tenuto anche conto che lo svolgimento del servizio oggetto di appalto, non rientra tra quelli per i quali necessita una capacità tecnica superiore a quella normalmente richiesta per lo svolgimento di siffatti servizi.

La censura manca di fondatezza.

E' a dir subito che la ratio della clausola di cui al punto 8 delle "condizioni di partecipazione" previste dal Disciplinare, con la quale si richiede, quale requisito di ammissione alla procedura de qua di << aver eseguito nel triennio 2015 - 2017 un contratto di importo non inferiore a euro 900.000 >> è quella di verificare che l'impresa aspirante all'aggiudicazione dell'appalto abbia un'organizzazione tecnica idonea a garantire l'espletamento del servizio oggetto dell'appalto in questione in modo adeguato, in tal modo dimostrando di avere, effettivamente e concretamente, la capacità necessaria per l'affidamento e la gestione operativa del

servizio predetto.

La suddetta ratio viene chiaramente e univocamente evidenziata dalla Stazione appaltante nella nota prot. n. 11432 del 23/5/2018, con cui il Responsabile Unico del Procedimento, nel riscontrare la nota del 15/05/2018, trasmessa mediante PEC, con cui l'impresa, odierna ricorrente, chiedeva l'eliminazione della clausola n° 8 (contratto di importo non inferiore a 900.000,00 euro), prevista nelle condizioni di partecipazione alla gara in oggetto afferente i servizi di security, al fine di consentire l'accesso alla procedura ad una platea più ampia di operatori economici, chiariva le ragioni sottese alle prescrizioni della lex specialis contestate dalla Over Security, nel modo seguente: << La richiesta di un servizio di punta (aver eseguito nel triennio 2015-2017 un contratto di importo non inferiore a euro 900.000,00), sebbene si riferisca ad una fattispecie di prestazione specifica: "servizi di gestione delle emergenze e della sicurezza in aree di pubblico accesso e di ricezione e gestione delle segnalazioni di guasto mediante centrale operativa che utilizzi guardie particolari giurate", può essere dimostrata anche mediante prestazioni eseguite in contesti differenti rispetto all'ambito ferroviario in cui opera la SA.

la previsione in argomento mira ad assicurare alla stazione appaltante che i partecipanti alla gara abbiano un'esperienza adeguata alle esigenze richieste dall'appalto, dimostrando, mediante un servizio di punta, di essere in grado di affrontare e gestire problematiche complesse che richiedono una elevata capacità tecnico-organizzativa, in modo da assicurare una appropriata sicurezza del trasporto ferroviario in un contesto di conclamata difficoltà gestionale ed operativa, quale è quello in cui opera EAV. Alla luce di quanto detto, risulta evidente che la suindicata esigenza non potrebbe essere dimostrata attraverso una miriade di micro contratti, ma solo mediante un singolo contratto che testimoni della capacità di assicurare le esigenze sia di una grande e complessa azienda qual è EAV sia della natura del servizio espletato dalla stessa, consistente nel trasporto pubblico locale su ferro e su gomma che presentano un elevato grado di complessità e la cui efficienza è di fondamentale importanza per garantire il diritto alla mobilità dei cittadini >>.

In sostanza, con il richiedere, ai fini dell'ammissione alla procedura selettiva il requisito costituito dall' << aver eseguito nel triennio 2015 - 2017 un contratto di importo non inferiore a euro 900.000 >> e con esso la capacità di gestire un c.d. "servizio di punta" l'impresa aspirante all'aggiudicazione viene ritenuta in grado di superare una sorta di "prova di resistenza" in merito alla sussistenza della necessaria capacità tecnico-organizzativa per l'affidamento e la gestione del servizio de quo, anche in vista di situazioni ambientali particolarmente complesse.

Tale essendo la ratio della clausola di cui al punto 8, la società ricorrente asserisce che il requisito di capacità tecnica e professionale per l'ammissione delle imprese alla procedura di evidenza pubblica de qua previsto al punto 8 del Disciplinare rappresenterebbe un requisito surrogabile e fungibile con gli altri requisiti previsti ai precedenti punti 6 e 7 del Disciplinare, così operandosi sorta di compensazione di "compensazione" tra i vari requisiti.

Tuttavia, a prescindere che tutti i requisiti previsti dalla lex specialis fini dell'ammissione alla gara rivestono la medesima rilevanza e la mancanza di ciascuno di essi, isolatamente considerato, determina la non ammissione alla procedura anche a prescindere da una espressa comminatoria in tal senso, in contrario si rileva che la condizione richiesta al punto 8 del Disciplinare - censurato dalla società ricorrente - ha riguardo ad una complessiva e più generale affidabilità, anche sotto il profilo economico, del servizio da appaltare i requisiti richiesti ai precedenti punti 6 e 7 afferiscono più direttamente ed immediatamente alla capacità tecnica-operativa e logistica per l'espletamento del servizio da appaltare.

La deduzione di parte ricorrente di vantare l'esecuzione (non di un solo, ma addirittura) di una pluralità di contratto eseguiti nel triennio 2015-2017, che, nel loro insieme, raggiungono o, addirittura - come apoditticamente asserito dalla società ricorrente - superano il fatturato di 900.000 euro non può ritenersi equipollente all'esecuzione di un unico contratto che, isolatamente considerato, raggiunga il suddetto valore, in quanto, per evidente carenza di esperienza curriculare, non in grado di assicurare nel servizio da appaltare una adeguata integrazione e concentrazione fra tutte le componenti umane e materiali costitutive del servizio con conseguente dispersione di risorse e professionalità avente immediate ricadute sulla efficienza e funzionalità del servizio stesso.

Pertanto l'erronea prospettazione di parte ricorrente, per la quale alla mancanza del requisito di cui al punto 8 del disciplinare potrebbe ovviarsi, anteverso una sorta di compensazione con gli altri e diversi requisiti di cui ai punti 6 e 7, finirebbe con il privare la stazione appaltante della insopprimibile facoltà di prescegliere, tra i requisiti di ammissione alla procedura selettiva, quelli che si presentino più idonei e funzionali, in consonanza con la natura e le caratteristiche del servizio da appaltare.

Con al successiva censura si deduce che la scelta di richiesta di un contratto di punta con importo così elevato non trova giustificazione alla luce del servizio da svolgere, non riguardando quest'ultimo obiettivi sensibili e speciali esigenze di sicurezza (nel settore energetico, delle telecomunicazioni, raffinerie, centro oli, ed, in genere, siti ad alto interesse pubblico dove operano persone che svolgono compiti di particolare delicatezza per i quali va garantita l'incolumità e l'operatività, siti contenenti banche dati sensibili o il cui accesso è riservato solo a persone autorizzate, elencati tassativamente nel D.M. n.269/2010 (al quale si rimanda cfr. sez. III, punto 3.b) come tali, affidati alla vigilanza delle guardie giurate, qualora non vi provvedano direttamente le Forze dell'Ordine; nella specie, i servizi oggetto di gara non rientrano neanche tra gli obiettivi speciali di cui al Decreto citato, per modo che non è per nulla giustificata la richiesta di requisiti così stringenti.

La censura è destituita di fondatezza.

In proposito è indubbio che rientra nella discrezionalità tecnico-amministrativa della Stazione Appaltante il compito di valutare il livello di sicurezza tecnico-economica da garantire nell'espletamento del servizio da appaltare, in ragione del quale richiedere poi determinati requisiti nelle imprese aspiranti all'ammissione alle gare pubbliche in vista della successiva aggiudicazione.

In proposito si rileva in giurisprudenza che: << I requisiti di partecipazione ad una gara - a maggior ragione se non direttamente disciplinato dalle norme del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) - sono fissati dall'Autorità amministrativa con ampia discrezionalità, sindacabile solo per manifesta arbitrarietà ed irragionevolezza; detto potere discrezionale, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio della Pubblica amministrazione aggiudicatrice, costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost. e si sostanzia, quindi, nel potere-dovere di apprestare - proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara - gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare >> (Consiglio di Stato, sez. V, 11/01/2018, n. 116):ed ancora: << L'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione di fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, rigorosi e superiori rispetto a quelli previsti dalla legge, costituisce precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, sanciti dall'art. 97 Cost. e si sostanzia quindi nel potere-dovere assegnato all'amministrazione di apprestare (proprio mediante la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare: le scelte così operate dall'amministrazione aggiudicatrice, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano ictu oculi manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie >> (Consiglio di Stato, sez. IV, 12/06/2007, n. 3103).

Parte ricorrente rileva altresì che è paradossale che un'impresa che possiede certificazioni di tipologia C - il massimo possibile - attestanti la capacità tecnica dell'azienda in relazione ai servizi da svolgere, non possa partecipare ad una gara che non tenga conto di tale certificazione ma presuppone un alto fatturato.

Tuttavia v'è da considerare che il requisito, di cui al punto 8, come innanzi chiarito, non afferisce ad un "alto fatturato", e cioè a un requisito di capacità economico-finanziaria, bensì richiede il diverso requisito di capacità tecnica consistente nella dimostrazione di possedere l'esperienza necessaria a gestire unitariamente il servizio de quo.

Infine del tutto inconferente è il richiamo al DM 269/2010 atteso che l'attività di sicurezza in ambito ferroviario è apprestata dal diverso D.M. 15/9/2009 n. 154, "recante disposizioni per l'affidamento dei servizi

di sicurezza sussidiaria nell'ambito di porti, delle stazioni ferroviarie e dei relativi mezzi di trasporti e deposito, della stazioni delle ferrovie metropolitane e dei relativi mezzi di trasporto e deposito nonché nell'ambito delle linee di trasporto urbano ...", nel quale si prevede l'affidamento alle guardie particolari giurate e agli istituti di vigilanza i servizi oggetto della procedura di gara per la quale si controverte.

Con la terra censura si deduce che:

- con il nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni, che ha attuato, tra le altre, la direttiva 2004/24/UE, risulta evidente che la funzione proconcorrenziale delle regole di evidenza pubblica abbia assunto ancora maggiore rilievo ed è divenuta il baricentro del sistema;

- l'art. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 sancisce che le disposizioni ivi contenute sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, sicché è consequenziale ritenere che i provvedimenti adottati in applicazione del codice degli appalti ove non realizzino detta finalità violano le regole stesse ed i principi di libera concorrenza, per tal guisa il principio del favor partecipationis è stato scolpito a chiare lettere anche nella disciplina legislativa;

- l'art. 30, comma 1, del nuovo codice, analogamente a quanto già espresso dall'art. 2 del d.lgs. 163/2006 (tra l'altro) specifica che le stazioni appaltanti rispettano altresì i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché di pubblicità (principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato) ed il successivo settimo comma dello stesso art. 30 dispone che "i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese";

- l'art. 51 del nuovo codice stabilisce non solo che, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, "al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ... in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture", ma anche che "nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro imprese, piccole e medie imprese;

- è, quindi, evidente l'illegittimità della clausola impugnata in quanto restringe a pochissime unità la possibilità di partecipare alla gara. Se ne chiede, pertanto, l'annullamento della stessa.

Anche tale censura non ha sorte migliore delle precedenti.

Sul punto per la sua pertinenza alla vicenda in trattazione, si segnala la seguente sentenza: << La limitazione del favor partecipationis e del principio di libera concorrenza tra le imprese, che è insita nella previsione di requisiti di esperienza di un certo valore, trova — in un'ottica di adeguato bilanciamento tra le contrapposte esigenze — la sua giustificazione e, pertanto, la sua legittimità nella necessità di consentire l'ammissione alla procedura di gara delle sole imprese la cui idoneità tecnica sia comprovata dall'esecuzione di contratti di entità tale da garantire la buona esecuzione del servizio in gara >> (T..A.R. Roma, (Lazio), sez. III, 02/02/2016, n. 1429).

Ed invero, l'invocato principio del favor partecipationis come noto, deve essere declinato "in un quadro di adeguatezza, proporzionalità ed efficienza economica", con la conseguenza che non può essere l'ossequio ad un generico e, fors'anche demagogico, favor partecipationis a privare la stazione appaltante della facoltà di richiedere nei partecipanti ad una gara per l'espletamento di un servizio di particolare complessità, quale è quello svolto dalla E.A.V. dei requisiti di idoneità professionale e le capacità economica e finanziaria e tecniche - professionali particolarmente stringenti che si presentino funzionali, proporzionati ed attinenti all'oggetto dell'appalto.

In argomento l'onere che si richede alla pubblica amministrazione, nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, è soltanto quello di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche e non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti.

Nella procedure in esame, in relazione a quanto previsto dalla sua lex specialis, chiarezza, adeguatezza e proporzionalità non fanno difetto e risultano dimostrate con il riferimento, di cui sopra, alle particolari concrete, legato alla forte complessità dell'ambiente complesso nel quale EAV è chiamata ad interagire ed a svolgere le proprie attività; caratteristiche che rendono non illogica o contraria ai principi concorrenziali la limitazione del novero dei concorrenti operata dalla lex specialis.

Si osservi, inoltre, come il disciplinare di gara - rimasto peraltro inoppugnato in parte qua - illustri diffusamente, alla pagina 2, le ragioni della mancata "suddivisione in lotti" della gara de qua e dalla mancata suddivisione in lotti della gara discende de plano che il requisito contestato non poteva che avere portata e consistenza pari a quella prevista dal disciplinare di gara al punto 8.

Con il secondo motivo si deduce la violazione dell'art. 83, commi 2 e 5, del D.L. vo, n. 50/2016, oltre all'eccesso di potere per difetto di motivazione, al riguardo rilevando che l'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 prevede espressamente la necessità che gli atti di gara specifichino la scelta del requisito richiesto in base al

fatturato e la motivazione risulta tanto più necessaria se si considera che il divieto del "Gold Plating" comporta che non si possano stabilire oneri a carico degli operatori economici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive europee, per cui è tanto più evidente che l'imposizione di siffatti oneri debba essere motivata. Del resto, l'art. 83 non distingue, riguardo all'onere di motivazione, tra fatturato minimo complessivo e specifico ma è evidente la diversa rilevanza ai fini della delimitazione dei concorrenti e quindi la scelta del fatturato specifico - come nel caso di specie - comporta un onere di motivazione ancora più stringente (cfr., Cons. Stato, sent. n. 357 /2018).

In definitiva, sulla questione in esame, poiché la richiesta di un contratto specifico può effettivamente ridurre drasticamente la platea dei concorrenti, qualora l'amministrazione scelga tale ipotesi, è tenuta ad indicarne le ragioni e tale motivazione va fornita indipendentemente dal rispetto del limite del fatturato complessivo richiesto (Cons. Stato, sent. n. 357/2018); nella specie è evidente, come emerge chiaramente dalla lettura degli atti di gara, che non vi è un solo rigo di motivazione circa la necessità di richiedere un contratto specifico (di punta) pari ad € 900.000,00.

La censura non coglie nel segno.

E ‘sufficiente osservare che la clausola di cui al punto 8 del Disciplinare, con la previsione dell’esecuzione di un (unico) contratto nel triennio 2015-2017 non inferiore ad euro 900.000,00, non necessita di una p articolare motivazione espressa e diffusa sul punto in quanto la motivazione della sua necessità è in re ipsa, ossia nella circostanza che la richiesta di un fatturato pari ad euro 900.000 è preordinata a garantire che l’impresa aggiudicataria del servizio abbia svolto in passato servizi analoghi a quelli che si richiedono dalla stazione appaltante sotto il profilo tecnico-organizzativo, per tal guida dimostrando di possedere un’esperienza curricolare acquisita nella materia di riferimento.

Inoltre la società ricorrente lamenta un deficit motivazione circa la richiesta di un “contratto di punta”, invocando sul punto le disposizioni di cui all'art. 83 del D.Lgs 50, senza tener conto che l'obbligo di motivare negli atti di gara la scelta di requisiti d'ammissione è limitata dall'art. 83, comma 5, D.Lgs 50 ai soli requisiti di capacità economica e finanziaria relativi al "fatturato minimo", mentre nel caso di specie, si controverte in ordine alla legittimità di un requisito di capacità tecnica, quale quello di cui al punto 8 del disciplinare.

Di qui l'inconferenza del precedente invocato da parte ricorrente (Cons. Stato n. 375/2018).

E’ evidente l'equivoco nel quale è incorsa parte ricorrente - che a più riprese ascrive il requisito di cui al punto 8 alla categoria del "fatturato minimo" laddove al contrario si tratta di requisiti di capacità tecnica.

Invero ciò che rileva non è l'importo del fatturato, ma l'unicità del contratto; il carattere di punta, cioè l'esperienza maturata nella gestione di un contratto similare a quello a stipularsi, mentre insostenibile è la tesi della ricorrente per la quale non riuscirebbe a comprendersi perché “non sarebbe possibile ottenere lo stesso livello di capacità tecnico-organizzativa anche con due o più contratti che raggiungano l'importo richiesto o superino l'importo richiesto"

Infine, secondo parte ricorrente né varrebbe quanto affermato dalla stazione appaltante solamente in risposta alla diffida della ricorrente, con la già citata nota prot. n. 11432/2018, atteso che siffatta motivazione è del tutto generica ed inadeguata rispetto alla portata escludente della clausola impugnata, essa è altresì inammissibile in quanto la motivazione doveva essere contenuta negli atti di gara originari, non essendo legittima la "motivazione postuma".

In proposito basterà osservare anzitutto come sia da escludere che ci si trovi in presenza di una motivazione postuma in quanto, escluso in ogni caso che la previsione dei singoli requisiti di ammissione contenuta nel Disciplinare di gara (come in qualsivoglia disciplinare) dovesse essere certo affiancata da motivazione analitica, la citata nota consegue a specifico atto di “invito e diffida”, via p.e.c. del 15.5.2018 con cui la Over Securtìity s.r.l. chiedeva espressamente di espungere la suddetta clausola dal Disciplinare.

Inoltre, ancora una volta parte ricorrente equivoca sul requisito richiesto al punto 8, erroneamente ritenendolo requisito di capacità economica anziché tecnica, mentre si sono sopra diffusamente indicate le ragioni per le quali l’esigenza alla base del servizio non può essere dimostrata attraverso una miriade di microcontratti, ma, in maniera pienamente logica e razione, unicamente mediante un singolo contratto, non potendosi, in proposito, sostenere che sia possibile ottenere lo stesso livello di “capacità tecnico-organizzativa” anche con due o più contratti che raggiungano l’importo richiesto o superino l’importo richiesto.

In definitiva, preso atto che la Stazione Appaltante, nel redigere il bando di gara afferente i servizi di security, aveva richiesto i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica, finanziaria e tecnica proporzionali all'oggetto dell'appalto, nel pieno rispetto di quanto affermato dalla giurisprudenza e dal D.Lgs 50/2016, il ricorso è infondato e va, quindi, respinto.

Le spese di lite, come di norma, seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

Tar Campania – Napoli, III – sentenza del 16.07.2018 n. 4729

A Campania *Gare - Soccorso istruttorio e funzione onnicomprensiva

La Città Metropolitana di Napoli, con avviso n. 13/2017, ai sensi dell'art. 36, secondo comma, lett. c) del D.Lgs. 50/2016, ha indetto una procedura telematica negoziata per l'affidamento di lavori di ristrutturazione dell'edificio scolastico del Liceo "Colombo" di Marigliano, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo. Entro il termine finale di presentazione delle offerte del 10 aprile 2018 partecipavano alla gara venti operatori economici, tra cui la società M.E.C. Meridionale Edilizia Costruzioni S.r.l.. Con determinazione dirigenziale n. 2285 del 17 aprile 2018, comunicata in pari data, veniva formulata proposta di aggiudicazione in favore della MA. TEC s.r.l., concorrente prima graduata con il ribasso del 38,45263%., mentre la M.E.C. Meridionale Edilizia Costruzioni S.r.l., risultava seconda classificata con il ribasso del 38,15222%.

Avverso tale determinazione ha proposto ricorso a questo Tribunale la M.E.C. Meridionale Edilizia Costruzioni S.r.l., chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento del danno.

Premette la società ricorrente di avere avuto contezza dell'effettivo svolgimento delle operazioni di gara, solo in esito ad istanza di accesso alle relativa documentazione, evidenziando altresì, in punto di interesse, che l'estromissione della controinteressata le consentirebbe di avere titolo all'aggiudicazione, a prescindere dalla modificazione della soglia di anomalia.

Con il primo motivo di impugnazione si lamenta la violazione dell'art. 8 del disciplinare di gara per avere omesso la MA.TEC s.r.l. di presentare la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, stabilita a pena di esclusione, di avere costituito garanzia fideiussoria, denominata garanzia provvisoria, nella misura del 2% del valore di appalto e per non avere comunque allegato direttamente tale polizza. Deduce altresì la società ricorrente che, nonostante tale previsione escludente, la stazione appaltante, nella seduta del 10 aprile 2018, in presenza dell'omessa dichiarazione e della mancata allegazione della polizza fideiussoria, aveva illegittimamente attivato il soccorso istruttorio nei confronti della MA.TEC s.r.l., consentendole così di sanare una carenza sostanziale, erroneamente ipotizzando di trovarsi in presenza di una questione formale.

Con il secondo motivo si contesta l'illegittima attivazione del soccorso istruttorio in favore della MA.TEC s.r.l., intervenuto nella stessa seduta del 10 aprile 2018, che avrebbe consentito alla controinteressata di sanare un'altra grave omissione relativa alla dichiarazione di cui all'art. 80, quinto comma, lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, con riferimento allo stato di liquidazione coatta, di concordato preventivo e di concordato con continuità aziendale.

Si sono costituiti in giudizio la Città metropolitana di Napoli e la MA. TEC. S.r.l., quest'ultima proponendo anche ricorso incidentale, con cui ha impugnato la lex specialis di gara, ove intesa nel senso di aver limitato la possibilità di ricorso al soccorso istruttorio da parte della commissione.

Alla camera di consiglio del 6 giugno 2018, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale, ritenendo la sussistenza dei presupposti per una sentenza in forma semplificata, ha trattenuto al causa per la decisione.

Premette il Collegio in punto di fatto che nella seduta del 10 aprile 2018 la commissione di gara nell'esaminare la documentazione della concorrente MA.TEC s.r.l. aveva rilevato la mancata risposta sull'assenza di situazioni di cui all'art. 80, comma 5, lettera b) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, non essendo state barrate le relative caselle del modello di domanda,, nonché la mancata dichiarazione sulla costituzione della garanzia provvisoria; avendo ritenuto che entrambi tali carenze rientrassero nella disciplina del soccorso istruttorio ai sensi dell'3.6 del disciplinare, si invitava il concorrente a provvedere alle necessarie integrazioni. Effettivamente, dall'esame della domanda di partecipazione si evince la mancata apposizione di una segnatura sulle caselle sia relative all'assoggettamento alle procedure de quibus, sia con riferimento alla cauzione provvisoria, che comunque risulta essere stata emessa in data 27 marzo 2018, quindi in un tempo anteriore rispetto alla scadenza del termine di partecipazione alla gara.

Punto centrale e decisivo della controversia resta, dunque, l'applicabilità del soccorso istruttorio, nel caso di specie rispetto alle due richiamate criticità documentali.

Il punto 3.6 del disciplinare, sul soccorso istruttorio, ha previsto che «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art.83 co.9 del Codice. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine di sette giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. Ai fini dell'applicazione dell'art.83 co. 9 del D.lgs. n. 50/2016 sono individuati come dichiarazioni essenziali quelle sostitutive di certificazione e di atto di notorietà, anche di soggetti terzi, relative ai requisiti di partecipazione e come elementi essenziali quelli individuati nel presente disciplinare con la dicitura "a pena d'esclusione", con eccezione di quelli afferenti all'offerta. In ogni caso il mancato, inesatto o tardivo adempimento all'eventuale richiesta della Stazione Appaltante di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei documenti e delle dichiarazioni presentate, costituisce causa di esclusione».

Quanto alla cauzione provvisoria, ai fini della partecipazione, l'art. 8 del disciplinare consentiva al concorrente di presentare una dichiarazioni sostitutiva di atto di notorietà di avvenuta costituzione, o, in alternativa di allegare la fideiussione in originale o sotto forma di documento informatico; la lex specialis, infine, stabiliva che «la mancata presentazione delle dichiarazioni o della documentazione sopra riportate ai

punti n.1 e n.2 ovvero l'incompletezza/irregolarità delle stesse rappresenta – anche ai fini di cui all'art.83 co.9 del Codice - causa di esclusione».

Occorre, pertanto, interrogarsi sulla applicabilità di tale prescrizione espulsiva e segnatamente sulla sua compatibilità con il principio generale di tassatività delle cause di esclusione, predicato anche nel Codice dei Contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50; invero, negare il ricorso al soccorso istruttorio ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle già non consentite dalla legge, implica qualificare come escludente l'omissione a cui tale forma di sanatoria si dovrebbe riferire. Ciò determina la necessità di ricercare un'aderenza tra tale istituto ed il principio di tassatività, coniugando favor partecipationis e par condicio competitorum.

Con riferimento al caso di specie, l'indagine ben può ritenersi limitata al profilo formale della questione, dal momento che risulta acquisito agli atti processuali che la società controinteressata era in possesso del requisito della cauzione provvisoria già da un tempo anteriore rispetto alla scadenza del termine di partecipazione. Ci si deve domandare, pertanto, se la mancata dichiarazione – a cui si è accompagnata nel caso di specie la mancata produzione – in ordine al possesso del titolo cauzionale fosse ragione di immediata estromissione, quindi se tale ipotesi figuri tra le cause di esclusione previste dalla legge.

Al quesito occorre rendere risposta negativa, essendosi in presenza di una carenza di elemento formale della domanda, ai sensi dell'art.83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, ove con il termine "domanda" deve intendersi non solo la documentazione amministrativa costituiva dall'istanza di partecipazione e dalle dichiarazioni sostitutive di atto notorio e di certificazione presentate dal concorrente, ma tutto il complesso dei requisiti occorrenti per la partecipazione alla procedura di gara; invero, solo così intesa, può avere senso l'espressione "elemento formale della domanda", contrapposto a quello "sostanziale", riferibile alla concreta esistenza e disponibilità dei requisiti dichiarati e rappresentati. Va aggiunto che nella nozione di carenza di elemento formale va compresa anche l'ipotesi di omessa indicazione tout court, sia perché la norma stessa del Codice si riferisce ad ipotesi di « mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarita' essenziale degli elementi (escludendo quelli riferibili all'offerta)», sia perché la sanatoria consente che siano « rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie»; è appena il caso di aggiungere che, in fattispecie come quella in esame, la rappresentazione dell'elemento è di tipo binario, ossia di possesso o meno, anche alla luce della struttura sintetica dei modelli utilizzabili, per cui incompletezza ed omissione della dichiarazione finiscono per sovrapporsi.

Conclusivamente, deve ritenersi contraria al principio di tassatività delle cause di esclusione e, quindi, nulla la previsione del disciplinare, in precedenza richiamata, limitativa dell'applicazione del soccorso istruttorio nel caso di specie; di conseguenza, del tutto correttamente la stazione appaltante ha fatto uso dell'istituto per consentire alla società controinteressata di integrare la dichiarazione mancante.

Ne discende l'infondatezza anche del secondo motivo di impugnazione, afferente alla mancata indicazione dell'insussistenza delle condizioni soggettive di cui all'art. 80, quinto comma, lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, con riferimento allo stato di liquidazione coatta, di concordato preventivo e di concordato con continuità aziendale, trattandosi anche in questo caso di una carenza formale della domanda, senz'altro suscettibile di integrazione attraverso il ricorso all'istituto di cui all'art. 83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Deve, di conseguenza, essere respinta anche la domanda risarcitoria.

Il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile, per carenza di interesse, essendo infondato il ricorso principale; va precisato che, nel merito, tale mezzo di impugnazione sarebbe comunque stato meritevole di accoglimento alla luce delle superiori considerazioni.

Le spese seguono la soccombenza, con condanna della società ricorrente al relativo pagamento in favore della Città metropolitana di Napoli e della controinteressata nella misura di euro 2.500 (duemilacinquecento/00) per ciascuna di esse, con rimborso alla MA.TEC. s.r.l. dell'importo del contributo unificato per il ricorso incidentale, se versato, a carico della ricorrente.

Tar Campania – Napoli, I – sentenza del 16.07.2018 n. 4711

A Puglia *Gare - Ammissione dei concorrenti e onere di immediata impugnazione - Rimette alla Corte costituzionale (da massimare)

DIRITTO

1. - Questo Collegio ritiene che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (comma aggiunto dall'art. 204, comma 1, lettera b) dlgs n. 50/2016), limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1 della Costituzione e 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recepita con legge n. 848/1955, nella parte in cui pone l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni alle gare pubbliche, pena altrimenti l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo del comma 2 bis ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale") e laddove comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente

l'ammissione dell'aggiudicataria, assuma rilevanza pregiudiziale ai fini della decisione della presente causa e sia non manifestamente infondata, per le ragioni che si diranno.

1.1. - Preliminarmente, va evidenziato che secondo Cons. Stato, Ad. Plen., 8 aprile 1963, n. 8:

«… Attribuire al giudice il potere di sollevare d'ufficio una certa questione, non avrebbe senso, se essa non dovesse servire alla definizione del giudizio. Questo potere conferito dalla norma costituzionale senza limitazione alcuna, può essere, quindi, esercitato non solo per risolvere dubbi sulla giurisdizione o sui presupposti processuali, ma anche per risolvere quelli concernenti il merito della controversia, cioè la legittimità dell'atto impugnato. Ora, poiché il potere è attribuito da una norma costituzionale (della quale l'art. 23, comma 3° della legge ordinaria 11 marzo 1953, n. 87, è semplice reiterazione) non si può ritenere che esso trovi ostacolo nei principi di legge ordinaria, secondo i quali il Consiglio di Stato può decidere solo sui motivi dedotti dal ricorrente. …».

Pertanto, alla luce del principio di diritto sancito in detta decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione di costituzionalità può, "… senza limitazione alcuna …", essere sollevata d'ufficio ai sensi dell'art. 1 legge costituzionale n. 1/1948 (e art. 23, comma 3 legge n. 87/1953) dal Giudice a quo anche con riferimento a dubbi insorti in relazione alla giurisdizione ovvero in ordine ai presupposti processuali.

Come evidenziato da autorevole dottrina, le condizioni dell'azione (tra cui anche l'interesse ad agire ex art. 100 cod. proc. civ.), intese quali requisiti intrinseci della domanda, concernenti il merito della controversia, con riguardo al suo contenuto necessario affinché il giudice possa pronunziarsi sulla pretesa sostanziale, concorrono, in uno ai citati presupposti processuali (i.e. elementi, attinenti alla regolare costituzione del rapporto processuale, che devono necessariamente sussistere prima della proposizione della domanda giudiziale la cui esistenza è condizione necessaria affinché sorga il potere-dovere del giudice di pronunziarsi sulla pretesa sostanziale dedotta), a costituire la più ampia categoria dei "presupposti di ammissibilità o ricevibilità del ricorso"; pertanto, l'affermazione operata da Ad. Plen. n. 8/1963 si può certamente ritenere estensibile alla possibilità di rilevazione d'ufficio "senza limitazione alcuna" della questione di costituzionalità per risolvere un dubbio concernente la sussistenza della condizione dell'azione dell'interesse ad agire, ipotesi appunto ricorrente nella fattispecie in esame.

In ogni caso, la statuizione di Ad. Plen. n. 8/1963 è relativa a dubbi insorti in ordine a presupposti processuali e quindi più in generale a norme processuali, tra le quali certamente si può annoverare la disposizione di cui al citato art. 100 cod. proc. civ. rubricato "Interesse ad agire" ("Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse").

Nella fattispecie in esame il dubbio di costituzionalità che il Collegio prospetta d'ufficio alla attenzione delle parti attiene alla compatibilità costituzionale con le disposizioni di seguito indicate della "presunzione legale di sussistenza dell'interesse ad agire" insita nell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni di cui all'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm.

1.2. - La previsione oggetto di scrutinio di costituzionalità (art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm., comma aggiunto dall'art. 204, comma 1, lett. b) dlgs n. 50/2016), limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, così statuisce:

«Il provvedimento che determina … le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.».

La menzionata disposizione trova applicazione nel caso in esame poiché il bando della procedura di gara per cui è causa risale all'8 agosto 2017 e quindi opera la previsione di cui al combinato disposto dell'art. 216, comma 1 dlgs n. 50/2016 ("Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.") e dell'art. 220 dlgs n. 50/2016 ("Il presente codice entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale" [i.e. 19 aprile 2016]).

Invero, come evidenziato da Cons. Stato, Sez. III, 25.11.2016, n. 4994:

«Quando viene introdotto un nuovo assetto normativo, che modifica un regime esistente, il legislatore deve (dovrebbe) farsi carico delle questioni di diritto intertemporale e dettare una chiara disciplina sulla transizione tra la regolazione previgente e quella nuova. In astratto, le opzioni regolatorie concettualmente disponibili sono tre: a) la normativa anteriore continua ad applicarsi ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore del nuovo atto normativo (principio di ultrattività); b) la nuova normativa si applica anche ai rapporti pendenti (principio di retroattività); c) previsione di una regolazione autonoma provvisoria. In mancanza di un'esplicita regolazione del regime transitorio, ma solo in quel caso, soccorrono all'interprete i noti principi del divieto di retroattività (articolo 11 delle preleggi: "la legge non dispone che per l'avvenire"), che impedisce di ascrivere entro l'ambito operativo di una disposizione legislativa nuova una situazione

sostanziale sorta prima, e, per quanto riguarda le fattispecie sostanziali che constano di una sequenza di atti (ivi comprese quelle processuali), il principio del tempus regit actum, che impone di giudicare ogni atto della procedura soggetto al regime normativo vigente al momento della sua adozione. Con riferimento alle disposizioni recate dal d.lg. n. 50 del 2016, il legislatore del 2016 si è fatto carico delle questioni di diritto transitorio e le ha chiaramente risolte scegliendo e utilizzando (tra quelle astrattamente disponibili) l'opzione dell'ultrattività, mediante, cioè, la previsione generale che le disposizioni introdotte dal Dlgs n. 50 del 2016 si applicano solo alle procedure bandite dopo la data dell'entrata in vigore del nuovo "Codice", e, quindi, dopo il 19 aprile 2016, e il rinvio a disposizioni speciali e testuali di un diverso regime di transizione; pertanto, l'anzidetta previsione, chiarissima nella sua portata precettiva, impedisce, innanzitutto, ogni esegesi di questioni ermeneutiche di diritto intertemporale che si fondi sulla regola tempus regit actum (pure prospettato come canone risolutivo, in senso contrario a quello qui affermato, del problema in esame), e che si rivela, evidentemente, recessiva rispetto a una disposizione normativa che regola la successione nel tempo delle leggi, e vincola, al contrario, l'interprete ad attenersi alla stretta applicazione della disciplina transitoria. Ne consegue che poiché il rito "superspeciale" di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.proc.amm. risulta concepito e regolato in coerenza con la nuova disciplina procedimentale introdotta dal d.lg. n. 50 del 2016, resta del tutto illogica l'entrata in vigore differenziata dei due regimi (processuale e sostanziale) atteso che l'onere di impugnazione immediata, nel termine di trenta giorni, del "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali" risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara e, segnatamente, degli art. 29, comma 1, e 76, comma 3.».

Venendo in rilievo nella vicenda per cui è causa un bando (dell'8.8.2017) pubblicato in epoca successiva alla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (i.e. 19.4.2016), può operare ratione temporis - alla luce del principio di diritto espresso dalla citata sentenza del Consiglio di Stato - il cd. rito super accelerato di cui al combinato disposto dei commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 cod. proc. amm. (commi entrambi introdotti dall'art. 204 dlgs n. 50/2016).

Inoltre, va evidenziato che l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio di costituzionalità, è subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura ai sensi dell'art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016 (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26.1.2018, n. 565 e Cons. Stato, Sez. V, 23.3.2018, n. 1843).

Nella fattispecie de qua le ammissioni sono state pubblicate sul profilo istituzionale della stazione appaltante, ai sensi del citato art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016, con il provvedimento prot. n. 0018268 del 27.12.2017 adottato da Aeroporti di Puglia s.p.a.

Pertanto nulla quaestio in ordine alla astratta operatività nel caso di specie del rito super accelerato di cui al

combinato disposto dei commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 cod. proc. amm.

In conclusione, il sistema di cui al nuovo codice del contratti pubblici del 2016 denota una stretta compenetrazione, peraltro tipica del diritto amministrativo in generale, tra profili di diritto sostanziale ed aspetti di diritto processuale, con la conseguenza che soltanto laddove (ipotesi appunto ricorrente nella fattispecie de qua) siano pienamente operanti i primi (in ragione sia del tempo di pubblicazione del bando, sia della concreta operatività del meccanismo di pubblicazione on line degli atti della procedura ai sensi dell'art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016) può trovare applicazione il rito super accelerato introdotto dallo stesso legislatore dei contratti pubblici del 2016.

1.3. - Inoltre, la controversia per cui è causa ha ad oggetto, come correttamente evidenziato dalla stazione appaltante Aeroporti di Puglia nella memoria depositata in data 30.6.2018, le contestazioni della società ricorrente che attengono alla fase di "ammissione" alla gara della controinteressata Novability, e quindi rientrano pienamente nell'ambito applicativo del rito di cui all'art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm. con consequenziale tardività del ricorso de quo.

Non può essere condivisa, infatti, l'affermazione, operata da parte ricorrente nella memoria depositata in data 25.6.2018 al fine di ovviare alla eccezione di tardività, secondo cui la stessa impugnerebbe non già l'ammissione in gara della controinteressata Novability (soggetta al rito ex art. 120, commi 2 bis e 6 bis cod. proc. amm.), quanto piuttosto il presunto utilizzo distorto del contratto di avvalimento dalla medesima stipulato (in relazione al requisito di cui al punto 5A), lett. b) del disciplinare: "esecuzione di contratti analoghi a quello oggetto di gara nel triennio antecedente alla data di scadenza della presente procedura di gara (2014-2015-2016)") con il fine di conseguire indebitamente il punteggio tecnico, e quindi contesterebbe la fase successiva della valutazione della offerta (per la quale non trova applicazione il rito super accelerato di cui all'art. 120, commi 2 bis e 6 bis cod. proc. amm.) e l'attribuzione del relativo punteggio.

Invero, come detto, le doglianze della società istante attengono alla fase (di ammissione in gara degli operatori economici) non più discutibile una volta decorso il termine di cui al censurato comma 2 bis previsto dalla legge (art. 120 cod. proc. amm.) per proporre le relative censure.

In tal senso, la ricorrente La Cascina contesta, ad esempio, che l'Associazione di Volontariato Protezione Civile Volontari Torchiarolo - che ha prestato a Novability il requisito di capacità tecnica richiesto dalla lex di gara (i.e. punto 5A), lett. b) del disciplinare) per prendervi parte - sarebbe stata "impossibilitata a partecipare alla gara" (cfr. pag. 3 del ricorso), non potendo quindi qualificarsi come ausiliaria dell'aggiudicataria, in quanto "carente del requisito di cui al punto 5A, lett. a) del disciplinare di gara non essendo qualificabile come impresa e né essendo iscritta presso la Camera di Commercio" (cfr. pag. 4 del ricorso), oltre al fatto che la stessa "non poteva affatto impegnarsi … a mettere a disposizione "personale" …",

(cfr. pag. 4 del ricorso) perché costituita da volontari.

La difesa della società così si esprime (cfr. pagg. 3 e 4 del ricorso):

«… Nel caso che ci occupa siamo dinnanzi ad un utilizzo distorto dell'istituto dell'avvalimento e ciò per diversi ordini di profili.

Il primo concerne l'incontestata ed incontestabile circostanza che l'Associazione di Volontariato Protezione Civile, impossibilitata a partecipare alla gara, potesse qualificarsi come ausiliaria dell'aggiudicataria.

La predetta associazione, infatti è carente del requisito di cui al punto 5A, lett. a) del disciplinare di gara non essendo qualificabile come impresa e né essendo iscritta presso la Camera di Commercio ed è il motivo per il quale non poteva presentare l'offerta.

Ciò detto, essendo l'ausiliario soggetto giuridico che non può candidarsi alla gestione del servizio, non avrebbe potuto neppure prestare i requisiti a colui che effettivamente concorre.

Inoltre, la predetta associazione non poteva affatto impegnarsi, come invece ha fatto sottoscrivendo il contratto di avvalimento, a mettere a disposizione "personale" atteso che le unità utilizzate per l'esecuzione della prestazione in favore della stazione appaltante odierna resistente sono costituite da volontari i quali non soggiacciono, per tale ragione, al comando dell'associazione e dunque non possono essere messi a disposizione di alcuna impresa. In tale ottica, perciò, le unità che oggi gestiscono il servizio non avrebbero potuto neppure definirsi alla stregua di "personale". …».

In sostanza, partendo dal presupposto che la suddetta Associazione di Volontariato Protezione Civile Volontari Torchiarolo è carente del requisito di cui al punto 5A, lett. a) del disciplinare di gara (iscrizione nel registro delle imprese della Camera di Commercio) e che quindi, per le ragioni in precedenza indicate, non potrebbe mettere a disposizione "personale" in favore della controinteressata Novability, la ricorrente giunge a contestare la possibilità per l'Associazione di Volontariato di fornire il requisito di cui al punto 5A), lett. b) del disciplinare (oggetto del contratto di avvalimento del 19.9.2017: "esecuzione di contratti analoghi a quello oggetto di gara nel triennio antecedente alla data di scadenza della presente procedura di gara (2014-2015-2016)") e di cui Novability è carente.

È di tutta evidenza come dette allegazioni attengano alla fase di ammissione in gara della controinteressata,

tanto è vero che, come la medesima istante conferma a pag. 10 del ricorso introduttivo, "… La Commissione avrebbe dovuto rilevare quanto precede ed escludere l'offerta di Novability poiché carente dei requisiti minimi richiesti …" e, a pag. 12 del ricorso introduttivo, "… Laddove la P.A. avesse in concreto operato nel senso imposto dalle prescrizioni di cui ai citati art. 32, comma 7, e 80, comma 6, del d.lgs 50 del 2016 allora avrebbe dovuto provvedere ad escludere l'odierna illegittima aggiudicataria, con contestuale aggiudicazione alla ricorrente. …".

Si rammenta a tal proposito che ai sensi dell'art. 89, comma 1, primo periodo dlgs n. 50/2016 "L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.".

In termini analoghi si esprimeva il previgente art. 49, comma 1 dlgs n. 163/2006: "Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.".

Del resto, come evidenziato da Cons. Stato, Sez. IV, 1.8.2012, n. 4406, "L'istituto dell'avvalimento permette la più ampia partecipazione alle gare pubbliche consentendo a soggetti sprovvisti di alcuni requisiti di ammissione richiesti di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, senza che abbiano alcuna influenza per la stazione appaltante i rapporti esistenti tra il concorrente ed il soggetto avvalso, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo.".

E', quindi, palese che l'avvalimento altro non è se non l'utilizzazione / il fare affidamento su altro soggetto (nel caso di specie l'Associazione di Volontariato Protezione Civile Volontari Torchiarolo) per soddisfare la richiesta relativa al "possesso di un requisito necessario per partecipare ad una procedura di gara" (di cui la Cooperativa Sociale Novability era priva: rectius requisito ex punto 5A), lett. b) del disciplinare), con la conseguenza che la (asserita) mancanza di un requisito di partecipazione in capo al soggetto ausiliario non potrebbe non determinare - quale conseguenza giuridica - l'esclusione del soggetto ausiliato e quindi la sua mancata ammissione, e non già la mera decurtazione del punteggio in sede di valutazione dell'offerta.

Tutto ciò (rectius mancanza del requisito di cui al punto 5A, lett. b) del disciplinare in capo a Novability e la necessità di avvalersi dell'Associazione di Volontariato Protezione Civile Torchiarolo) emerge chiaramente dal tenore del contratto di avvalimento del 19.9.2017 (cfr. art. 2: "In relazione alla procedura di gara aperta

indetta dalla Stazione Appaltante Aeroporti di Puglia S.p.A. con sede in Bari Palese al viale E. Ferrari per l'affidamento del servizio di assistenza passeggeri a ridotta mobilità presso gli aeroporti di Bari e Brindisi - CIG 717007443, l'ausiliaria si obbliga a fornire all'ausiliata il requisito relativo alla capacità tecnica di cui al punto 5A) sub b) del Disciplinare di Gara, nonché tutti i requisiti previsti dai documenti di gara ed in particolare dal Disciplinare e dal Capitolato, mettendo a disposizione di questa tutte le risorse ed i mezzi propri che saranno necessari senza limitazioni di sorta per tutta la durata dell'appalto") e dalla dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà del 19.9.2017 formulata dall'Associazione di Volontariato Protezione Civile Volontari Torchiarolo in cui la stessa dichiara di essere titolare del requisito relativo alla capacità tecnica di cui al punto 5A) sub b) del disciplinare di gara.

Ne discende che la controversia in ordine alla possibilità per l'Associazione di Volontariato di fornire alla controinteressata Novability il requisito di cui al punto 5A), lett. b) del disciplinare ("esecuzione di contratti analoghi a quello oggetto di gara nel triennio antecedente alla data di scadenza della presente procedura di gara (2014-2015-2016)") non può non riguardare la fase della "ammissione" della stessa Novability alla procedura di gara (non già quella di valutazione delle offerte e di assegnazione del relativo punteggio).

Invero, se si dovesse giungere alla conclusione di ritenere che l'Associazione di Volontariato non era nelle condizioni di fornire alla Novability il menzionato requisito di cui al punto 5A, lett. b) del disciplinare, ne deriverebbe che la stessa controinteressata rimarrebbe sfornita di un requisito di "capacità tecnica" (cfr. rubrica a pag. 9 del disciplinare) espressamente richiesto a pena di esclusione dal disciplinare (cfr. pag. 10: "La mancanza delle dichiarazioni di cui al punto 5A), nonché la mancata produzione della documentazione comprovante il requisito in capo all'aggiudicatario comporta l'esclusione del concorrente dalla gara") e, quindi, avrebbe meritato di non essere ammessa alla procedura di gara.

Peraltro, sempre a pag. 10 il disciplinare prevede espressamente l'ammissibilità dell'avvalimento ai sensi dell'art. 89 dlgs n. 50/2016 con riferimento al citato requisito.

Dette considerazioni sono rilevanti ai fini della determinazione del rito applicabile (i.e. quello di cui all'art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm.).

Ciò finisce per confermare quanto rilevato da Aeroporti di Puglia nella memoria depositata in data 30.6.2018, posto che, come noto, a norma dell'art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm., l'omessa impugnazione (in questo caso) del provvedimento che ha disposto l'ammissione della controinteressata Novability all'esito della valutazione, tra gli altri, dei requisiti tecnico-professionali, nei termini ivi previsti, "preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento".

Nel caso in esame, oltre al fatto che in data 27.12.2017 la stazione appaltante ha provveduto alla pubblicazione sul proprio profilo istituzionale dell'avviso con cui ha comunicato le ammissioni degli operatori economici (tra cui Novability) alle successive fasi della procedura di gara, va evidenziato che in data 20.2.2018, Aeroporti di Puglia, in riscontro alla istanza di accesso a tal fine inoltrata, ha osteso alla ricorrente - che dunque in quel momento ne ha avuto piena cognizione - tra gli altri documenti, anche la busta amministrativa della ditta Novability, all'interno della quale si rinveniva il contratto di avvalimento oggetto di contestazione con il ricorso introduttivo del presente giudizio.

Ne consegue che alla stregua dell'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm. la mancata impugnativa proposta nei termini avverso l'ammissione di Novability (anche attraverso la contestazione della mancanza dei requisiti di partecipazione del soggetto ausiliario) impedisce quindi ora a La Cascina, una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva, di articolare censure inerenti a detto contratto, sulla base di profili che ad esso facciano espresso riferimento.

Il ricorso sarebbe quindi tardivo in applicazione del citato art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm.

In sostanza, viene in rilievo nel caso di specie un ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente (alla stregua del menzionato comma 2 bis) l'ammissione dell'aggiudicataria (vicenda concreta identica a quella oggetto di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea da parte della T.A.R. Piemonte, Torino con ordinanza n. 88 del 17.1.2018), e quindi una fattispecie che si pone in termini opposti a quella oggetto della precedente rimessione alla Corte costituzionale operata da questo T.A.R. con ordinanza n. 903 del 20.6.2018 (ove invece si discuteva dell'impugnazione tempestiva delle ammissioni in una fase antecedente alla adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva).

2. - Sussiste, ai sensi dell'art. 23, comma 2 legge n. 87/1953, il primo presupposto, consistente nella rilevanza della questione ai fini della definizione del presente contenzioso, di rimessione della questione di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (limitatamente alla problematica della impugnazione delle ammissioni, della preclusione processuale di cui al secondo inciso e della declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria) alla Corte costituzionale (art. 23, comma 2 legge n. 87/1953: "… il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale …").

Invero, dall'accertamento, da parte della Corte costituzionale, della compatibilità costituzionale della

disposizione in esame deriverebbe la necessità per questo Giudice di adottare una pronunzia di rito (ex art. 35 cod. proc. amm.) dichiarativa della inammissibilità del ricorso (notificato solo in data 10.5.2018) per avere la società La Cascina impugnato tardivamente (rispetto alla data del 27.12.2017 di pubblicazione delle ammissioni sul sito Internet di Aeroporti di Puglia, ovvero rispetto alla data del 20.2.2018 di concreto accesso alla documentazione amministrativa relativa alla concorrente Novability) l'aggiudicazione definitiva in favore della stessa Novability, avendo omesso la tempestiva contestazione in sede giurisdizionale della relativa ammissione.

All'opposto, l'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (nei limiti indicati) comporterebbe l'adozione, da parte di questo Giudice in sede di giudizio di prosecuzione ex art. 80, comma 1 cod. proc. amm., di una sentenza di merito (ex art. 34 cod. proc. amm.) e quindi la possibilità di valutare la fondatezza del ricorso, così rendendo proficuamente corrisposta la somma di denaro dovuta ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis, lett. d) d.p.r. n. 115/2002 per contributo unificato (peraltro - come vedremo - considerevole in materia di rito degli appalti pubblici) ed evitando il grave vulnus ai principi costituzionali di cui al successivo punto 3.2. della presente motivazione.

Pertanto, come recita l'art. 23, comma 2 legge n. 87/1953, il giudizio non può essere definito (con sentenza di merito ex art. 34 cod. proc. amm.) indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale del comma 2 bis nei limiti indicati, in quanto, in assenza di rimessione alla Corte costituzionale, il giudizio andrebbe appunto definito con sentenza di rito (ex art. 35 cod. proc. amm.) nel senso della inammissibilità del ricorso in applicazione dell'art. 120, comma 2 bis, secondo inciso cod. proc. amm. ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.").

Da qui la rilevanza della questione di legittimità costituzionale della citata previsione normativa ai fini della decisione (nel merito) della presente controversia.

E', quindi, evidente la necessità che la disposizione in esame (art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm. per quanto concerne la parte relativa all'onere di immediata impugnazione delle ammissioni) riceva applicazione da parte di questo Giudice nel giudizio a quo.

Si tratta di una "rilevanza" attuale e concreta della questione di costituzionalità poiché, operando con riferimento alla fattispecie in esame la citata previsione normativa, il ricorso - come evidenziato al precedente punto 1.3 - dovrebbe certamente essere considerato inammissibile, avendo la ricorrente omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione di Novability anche nel momento considerato rilevante dal novellato art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016 come modificato dal dlgs n. 56/2017 ("Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo

periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione"), che nel caso di specie coincide con la data in cui l'accesso ai documenti della concorrente Novability è stato consentito (i.e. 20.2.2018).

Quindi, il ricorso sarebbe dovuto essere proposto - in applicazione del contestato comma 2 bis - al più tardi entro il 20.3.2018, mentre nel caso di specie il ricorso risulta notificato soltanto in data 10.5.2018 con palese tardività rispetto alla previsione di cui al medesimo comma 2 bis.

All'opposto, se si applicasse l'ordinamento processuale amministrativo depurato dalla norma in contestazione, sarebbe preclusa l'impugnazione delle ammissioni, in quanto atto endoprocedimentale, non immediatamente lesivo (cfr., sulla natura endoprocedimentale, non immediatamente lesiva dell'atto di ammissione e quindi non autonomamente impugnabile, Cons. Stato, Sez. V, 14.4.2008, n. 1600, pronunzia resa con riferimento ad un'epoca in cui non esisteva la censurata previsione normativa) e quindi il gravame andrebbe proposto ai sensi dell'art. 120, comma 5 cod. proc. amm. unicamente contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva nel termine di trenta giorni dalla comunicazione (nel caso di specie avvenuta in data 10.4.2018). Il ricorso nella fattispecie in esame sarebbe quindi tempestivo poiché notificato in data 10.5.2018.

3. - Relativamente al profilo della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità ex art. 23, comma 2 legge n. 87/1953 si evidenzia quanto segue.

3.1. - Si indicano ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) legge n. 87/1953 le seguenti disposizioni della Costituzione che si assumono violate:

1. a) art. 3, comma 1: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.";

1. b) art. 24, commi 1 e 2: "[I] Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. [II] La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.";

1. c) art. 103, comma 1: "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.";

1. d) art. 111, commi 1 e 2 (commi premessi dall'art. 1 legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2): "[I] La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. [II] Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".

1. e) art. 113, commi 1 e 2: "[I] Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. [II] Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.";

1. f) art. 117, comma 1 (come novellato dalla legge costituzionale n. 3/2001): "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali."

Le norme interposte della CEDU (Convenzione europea dei diritti dell'uomo di Roma del 4.11.1950 recepita con legge n. 848/1955) rilevanti ex menzionato art. 117, comma 1 Cost. ai fini della presente rimessione (diritto ad un giusto ed effettivo processo) sono:

1. a) art. 6, par. 1 (in tema di "Diritto a un equo processo"): "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.";

1. b) art. 13 (in tema di "Diritto a un ricorso effettivo"): "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali."

3.2. - Ritiene questo Collegio che l'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (limitatamente alla parte che impone l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni) si ponga in

contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost. in quanto impone la necessità di impugnare, nel termine decadenziale di trenta giorni, decorrente dalla pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1 dlgs n. 50/2016, un atto per sua natura non immediatamente lesivo, quale appunto l'ammissione alla gara, pena altrimenti l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale"), con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria.

Viene, infatti, stabilito ex lege che esclusioni ed ammissioni sono atti endoprocedimentali dotati di immediata lesività e, conseguentemente, necessitanti di immediata impugnazione.

L'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici diviene, pertanto, a partire dalla novella legislativa del 2016 condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione anche in carenza di un'effettiva lesione ed utilità concreta.

La ratio perseguita dal legislatore, con disposizione di portata certamente innovativa per quanto concerne le ammissioni, va ravvisata in sostanza nella celere definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione in modo tale da individuare in modo certo e non più discutibile la platea dei soggetti ammessi in gara in un momento antecedente rispetto all'esame delle offerte ed alla conseguente aggiudicazione.

Tuttavia, in precedenza (i.e. in epoca antecedente all'entrata in vigore del dlgs n. 50/2016 che ha introdotto la previsione di cui al comma 2 bis, primo periodo dell'art. 120 cod. proc. amm.), la necessità della immediata impugnazione di un atto endoprocedimentale era stata affermata dal Consiglio di Stato unicamente con riguardo al provvedimento di esclusione adottato dalla Commissione nel corso di una seduta alla quale avesse partecipato un rappresentante della concorrente esclusa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23.2.2015, n. 856: "… Il termine decadenziale per impugnare gli atti delle procedure di affidamento di appalti pubblici, ed in particolare l'aggiudicazione definitiva in favore di terzi, decorre dalla conoscenza di quest'ultima comunque acquisita dall'impresa partecipante alla gara (da ultimo: Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143 e Sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; in precedenza: Ad. plen. 31 luglio 2012, n. 31). A questo principio di diritto, ripetutamente affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, fa unica eccezione il caso in cui sia impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara adottato dalla commissione nel corso della stessa ed in una seduta alla quale abbia partecipato un rappresentante della concorrente esclusa. Trattandosi infatti di determinazione immediatamente lesiva, malgrado il suo carattere endoprocedimentale, la giurisprudenza fissa la decorrenza del termine decadenziale ex art. 29 cod. proc. amm. in tale momento (in questi termini: Sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 740; Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6264, 14

maggio 2013, n. 2614; Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531). …”).

Pertanto, sul punto specifico dell’onere di immediata impugnazione del provvedimento di esclusione si può ritenere che l’art. 120, comma 2 bis, primo periodo cod. proc. amm. non abbia portata innovativa rispetto al precedente quadro normativo come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa dell’epoca.

All’opposto, la questione di compatibilità costituzionale (alla stregua dei menzionati artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost.) si pone con riferimento ad una previsione legislativa (certamente innovativa rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale antecedente) generale ed astratta (rectius art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. sul punto dell’onere di immediata impugnazione delle ammissioni, questione rilevante nella vicenda in esame), previsione che attribuisce in via preventiva natura lesiva ad un atto tipicamente endoprocedimentale (i.e. specificamente le ammissioni), la cui impugnazione è priva, per sua natura, di utilità concreta ed attuale per un partecipante (quale l’odierna ricorrente La Cascina Global Service s.r.l.) che ancora (i.e. nel momento in cui è costretto - in forza della contestata disposizione - alla proposizione del ricorso giurisdizionale) ignora l’esito finale della procedura selettiva.

L’inosservanza del citato onere comporta - come detto - l’incorrere, della parte inerte, nella preclusione di cui al secondo periodo del comma 2 bis (“L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”), con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l’aggiudicazione definitiva da parte di chi (come l’impresa La Cascina) ha omesso di impugnare tempestivamente l’ammissione dell’aggiudicataria Novability.

Il sistema processuale previgente, come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.4.2008, n. 1600 in precedenza menzionato), precludeva, infatti, l’impugnazione immediata delle ammissioni in quanto atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.

La nuova disposizione (art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm.), introdotta dal dlgs n. 50/2016, ribalta, con specifico riferimento ai provvedimenti di ammissione, l’orientamento precedente ed espressamente impone l’onere di immediata impugnazione delle citate ammissioni (pena altrimenti l’incorrere nelle conseguenze sfavorevoli sopra indicate), contemplando un rito speciale ed accelerato (comma 6 bis) per dette controversie in materia di appalti.

Detto onere di immediata impugnazione giurisdizionale delle ammissioni è, pertanto, in contrasto con il principio fondamentale desumibile dall’art. 100 del codice di procedura civile (ed applicabile anche al

processo amministrativo in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm.) della necessità, quale condizione dell'azione, della esistenza di un interesse ad agire concreto ed attuale al ricorso in corrispondenza di una lesione effettiva di detto interesse (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6.3.2002, n. 1371; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9.1.2017, n. 235; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 17.1.2018, n. 88; Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449; Cons. Stato, Sez. V, 23.2.2015, n. 855; punto 13.5.1, lett. c) della motivazione della ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 dell'11.5.2018).

In ordine al citato principio in tema di concretezza e attualità della titolarità dell'interesse all'azione ex art. 100 cod. proc. civ., il ricorso giurisdizionale è sempre stato considerato in passato un rimedio non dato nell'interesse astratto della giustizia o per ottenere la mera enunciazione dei parametri di legalità dell'azione amministrativa, disancorati da un effettivo e non ipotetico vantaggio derivante all'attore nel caso in contestazione.

Si richiamano, a tal riguardo, le interessanti osservazioni di Cons. Stato, Sez. VI, 6.3.2002, n. 1371:

«… Si deve prendere le mosse dal principio generale, sancito dall'art. 100 del codice di rito civile, applicabile anche al processo amministrativo, a guisa del quale costituisce condizione per l'ammissibilità dell'azione, oltre alla titolarità di una situazione giuridica sostanziale di diritto soggettivo o di interesse legittimo, anche la sussistenza dell'interesse a ricorrere, inteso quest'ultimo non come idoneità astratta dell'azione a realizzare il risultato perseguito ma, più specificamente, come interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) attraverso il processo amministrativo; vale a dire, nell'ottica di un processo amministrativo di stampo impugnatorio originato dal varo di una determinazione lesiva di interessi legittimi, la sussistenza di un interesse all'eliminazione del provvedimento oggetto di impugnazione.

A parere della dottrina e della giurisprudenza dominanti, l'interesse al ricorso è qualificato da un duplice ordine di fattori:

1. a) la lesione, effettiva e concreta, che il provvedimento che si vuole impugnare, e alla cui caducazione si è quindi interessati, arreca alla sfera patrimoniale, o anche semplicemente morale, del ricorrente;

1. b) il vantaggio, anche solo potenziale, che il ricorrente si ripromette di ottenere dall'annullamento del provvedimento impugnato.

L'interesse a ricorrere deve altresì essere caratterizzato dai predicati della personalità (il risultato di

vantaggio deve riguardare specificamente e direttamente il ricorrente), dell'attualità (l'interesse deve sussistere al momento del ricorso, non essendo sufficiente a sorreggere quest'ultimo l'eventualità o l'ipotesi di una lesione) e della concretezza (l'interesse a ricorrere va valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente verificatosi ai danni del ricorrente).

Si deve soggiungere, ai fini che qui rilevano, che la giurisprudenza reputa sufficiente a radicare l'interesse al ricorso la sussistenza di un interesse di carattere strumentale, inteso nel senso di interesse ad ottenere la caducazione del provvedimento amministrativo al fine di rimettere in discussione il rapporto controverso e di eccitare il nuovo (o il non) esercizio del potere amministrativo in termini potenzialmente idonei ad evitare un danno ovvero ad attribuire un vantaggio.

L'assunto della sufficienza di un interesse di carattere strumentale è stato posto alla base del riconoscimento della legittimazione ad impugnare l'atto di aggiudicazione da parte di un soggetto che non sia stato posto in grado di partecipare ad una procedura di evidenza ovvero sia stato escluso da una trattativa privata e aspiri, per effetto dell'accoglimento del ricorso, alla ripetizione o alla prima indizione della procedura selettiva (Cons. Stato, sezione V, n. 792/1996; 454/1995; sezione VI, 7 giugno 2001, n. 3090; 7 maggio 2001, n. 2541); così come a tale categoria concettuale si è fatto riferimento per ammettere la legittimazione di un'impresa a contestare la scelta dell'amministrazione di gestire un servizio pubblico attraverso il modulo della convenzione con altri enti locali, in modo da frustrare l'aspirazione a giocare le proprie chances di essere affidataria della gestione in caso di ricorso a moduli gestori basati sull'apporto di soggetti privati esterni al plesso amministrativo (Cons. Stato, sezione V, n. 1374/1996).

Ancora, la suddetta ricostruzione dell'interesse a ricorrere, in termini di vantaggio anche solo potenziale che si ritrae dalla caducazione del provvedimento impugnato, determina la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso o dei singoli motivi di ricorso dal cui accoglimento non derivi alcuna utilità in capo al ricorrente alla stregua della cosiddetta prova della resistenza; la necessità della sottoposizione del ricorso al vaglio della prova di resistenza trova ampia applicazione in caso di ricorsi diretti ad ottenere l'annullamento di una graduatoria di un concorso pubblico ovvero di una gara di appalto, laddove il ricorrente è chiamato a dimostrare che l'attribuzione dei punteggi rivendicati si concreterebbe nell'acquisizione di una posizione utile in seno alla graduatoria.

Si può concludere questa sintetica ricapitolazione dei caratteri dell'interesse a ricorrere con l'osservazione che anche nel processo amministrativo il risultato utile che il ricorrente deve dimostrare di poter perseguire non può isterilirsi nella semplice garanzia dell'interesse legittimo e, men che meno, nella rivendicazione popolare della legittimità ex se dell'azione pubblica.

Deve allora trovare condivisione l'affermazione dei primi Giudici secondo cui "il requisito dell'attualità

dell'interesse non può considerarsi sussistente quando il pregiudizio derivante dall'atto amministrativo sia meramente eventuale, quando cioè non è certo, al momento dell'emanazione del provvedimento, se si realizzerà in un secondo tempo la lesione della sfera giuridica del soggetto.

Da ciò deriva che il ricorso diretto ad ottenere una pronuncia di principio che possa essere fatta valere in un futuro giudizio con riferimento a successivi comportamenti dell'Amministrazione deve ritenersi inammissibile, atteso che la tutela di un interesse strumentale deve aderire in modo rigoroso all'oggetto del giudizio con carattere diretto ed attuale. (cfr. Cons. Giustizia Amm. Reg. Sicilia - n. 372 del 9 giugno 1998)". …».

Su questa stessa linea interpretativa T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9.1.2017, n. 235 esclude la tutelabilità in sede giurisdizionale di un interesse meramente potenziale, ovvero subordinato al verificarsi di un evento futuro, occorrendo che la lesione si configuri come un vulnus immediato tale da precludere subito il conseguimento del bene della vita a cui il ricorrente aspira, escludendosi tale condizione quando l'atto impugnato necessita di ulteriori provvedimenti futuri e non ancora adottati. Tale è il caso della ammissione, atto che non produce un vulnus immediato al partecipante, essendo necessario un ulteriore provvedimento (rectius l'aggiudicazione definitiva in favore del soggetto ammesso).

Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449 richiede, al fine della ammissibilità del ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, la necessaria esistenza di un interesse personale, concreto ed attuale al conseguimento di un vantaggio materiale o morale derivante dal processo amministrativo, non potendosi ammettere il piegare l'esercizio della giustizia amministrativa ad una funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità e cioè di giurisdizione di diritto oggettivo, scollegata ad una posizione direttamente legittimante del ricorrente, impostazione ritenuta estranea al nostro ordinamento.

Cons. Stato, Sez. V, 23.2.2015, n. 855 conferma la necessità per agire nel processo amministrativo non solo di essere titolari di una situazione giuridica riconducibile a diritto soggettivo o interesse legittimo, ma anche di un interesse a ricorrere inteso, lungi che come idoneità astratta a conseguire un risultato utile, come interesse personale, concreto ed attuale al conseguimento di un vantaggio materiale o morale.

Il punto 13.5.1, lett. c) della motivazione della ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 dell'11.5.2018, al fine di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea un quesito interpretativo circa il rapporto intercorrente tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente nell'ambito del rito degli appalti con riferimento a gare pubbliche cui abbiano partecipato più imprese, considera una nozione di interesse ad agire scevra dei predicati di certezza e attualità come distonica rispetto ai principi generali del processo amministrativo costantemente affermati dalla giurisprudenza.

Infine, come evidenziato da Cons. Stato, Sez. V, 2.4.2014, n. 1572, "… l'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, co. 1, c.p.a. è scolpito nella sua tradizionale definizione di "bisogno di tutela giurisdizionale", nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti extrema ratio; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche; sicché in tale frangente la pretesa ostesa in giudizio si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire; …".

Pertanto, l'interesse al ricorso ex art. 100 cod. proc. civ. è qualificato da un duplice ordine di elementi costitutivi:

1. a) la lesione, effettiva e concreta, che il provvedimento impugnato arreca alla sfera patrimoniale, o anche semplicemente morale, del ricorrente;

1. b) il vantaggio, anche solo potenziale, che il ricorrente mira a conseguire dall'annullamento del provvedimento gravato.

L'interesse a ricorrere, secondo l'impostazione tradizionale in linea con il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale desumibile dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., deve, quindi, essere caratterizzato dai predicati della personalità (il risultato di vantaggio deve riguardare specificamente e direttamente il ricorrente), dell'attualità (l'interesse deve sussistere al momento del ricorso, non essendo sufficiente a sorreggere quest'ultimo l'eventualità o l'ipotesi di una lesione) e della concretezza (l'interesse a ricorrere va valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente verificatosi ai danni del ricorrente).

Si deve, altresì, evidenziare che la giurisprudenza reputa sufficiente a radicare l'interesse al ricorso la sussistenza di un interesse di carattere strumentale, inteso nel senso di interesse ad ottenere la caducazione del provvedimento amministrativo al fine di rimettere in discussione il rapporto controverso e di eccitare il nuovo (o il non) esercizio del potere amministrativo in termini potenzialmente idonei ad evitare un danno ovvero ad attribuire un vantaggio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2.3.2018, n. 1292: "Sussiste l'interesse al ricorso censurante solamente la nomina della Commissione giudicatrice, senza allegazione di un pregiudizio concreto arrecato dall'asserita composizione irregolare della stessa all'esito del procedimento di valutazione comparativa concorrenziale, in quanto si tratta di un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, mirante al potenziale effetto favorevole che deriverebbe dal rifacimento dell'intera gara e dalla conseguente

nuova valutazione dell'offerta (in termini Cons. Stato, V, 26 gennaio 1996, n. 92; IV, 10 aprile 2006, n. 1971). Del resto, diversamente opinando, ed in particolare prospettando che l'Amministrazione potrebbe anche non rinnovare la gara, si perverrebbe alla paradossale situazione di dichiarare inammissibile ogni ricorso in cui permanga un'ampia discrezionalità dell'Amministrazione in sede di rinnovazione del procedimento.").

Ne discende che in base alle regole generali il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile nel caso in cui il ricorrente dall'ipotetico accoglimento non ne possa ricavare alcuna utilità alla stregua della cd. prova di resistenza.

La necessità della sottoposizione del ricorso al vaglio della prova di resistenza - come evidenziato da Cons. Stato, Sez. VI, 6.3.2002, n. 1371 in precedenza citata - trova ampia operatività pratica in caso di ricorsi diretti ad ottenere l'annullamento di una graduatoria di un concorso pubblico ovvero di una gara di appalto, laddove il ricorrente è chiamato a dimostrare che l'attribuzione dei punteggi rivendicati si concreterebbe nell'acquisizione di una posizione utile in seno alla graduatoria.

Si veda sul punto Cons. Stato, Sez. V, 26.4.2018, n. 2534: "E' necessaria la cd. prova di resistenza, essenziale per la dimostrazione dell'interesse al ricorso che, come è noto costituisce condizione dell'azione ex art. 100 c.p.c., rilevabile anche d'ufficio e, in sede di appello. In linea generale, la verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità, con la conseguenza che il gravame dell'aggiudicazione di un appalto pubblico che non sia finalizzato ad ottenere la rinnovazione della gara o l'esclusione dell'impresa aggiudicataria (che implicherebbero un immediato vantaggio per il ricorrente), ma che risulti fondato sulla sola contestazione della correttezza dei punteggi assegnati alle concorrenti, dev'essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5717 e 8 settembre 2015, n. 4209).".

In definitiva, dalla citata giurisprudenza si ricava il principio fondamentale in forza del quale anche nel processo amministrativo il risultato utile che il ricorrente deve dimostrare di poter perseguire non può isterilirsi nella semplice garanzia dell'interesse legittimo e, men che meno, nella rivendicazione popolare della legittimità / legalità ex se dell'azione pubblica.

Conclusivamente, la novella di cui all'art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm. deve confrontarsi con i principi generali delineati dalla giurisprudenza secondo cui «il requisito dell'attualità dell'interesse non sussiste quando il pregiudizio derivante dall'atto amministrativo è meramente eventuale, e cioè quando l'emanazione

del provvedimento non sia di per sé in grado di arrecare una lesione nella sfera giuridica del soggetto né sia certo che una siffatta lesione comunque si realizzerà in un secondo tempo; pertanto, è inammissibile il ricorso che tende ad ottenere una pronuncia di principio, che possa essere fatta valere in un futuro giudizio con riferimento a successivi comportamenti dell'amministrazione, atteso che la tutela di un interesse strumentale deve aderire in modo rigoroso all'oggetto del giudizio, con carattere diretto ed attuale.» (cfr. Consiglio Stato, Sez. IV, 19.6.2006, n. 3656 e Cons. Stato, Sez. IV, 7.6.2012, n. 3365).

Ciò premesso, si evidenzia quanto segue.

Il censurato art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm., nella parte in cui contempla l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, introduce - a ben vedere - una ipotesi di "giurisdizione amministrativa oggettiva" (e cioè avente funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità dell'azione amministrativa, ciò che la decisione di Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449 sopra menzionata esclude possa essere considerato ammissibile) eccentrica rispetto ad un sistema di giustizia amministrativa tradizionalmente impostato sulla giurisdizione / giustizia di diritto "soggettivo" e sul "potere" ex art. 24, comma 1 Cost. (non già sul "dovere", inteso nel senso di onere economicamente gravoso, pena altrimenti l'incorrere in una preclusione processuale, con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria), in capo all'attore ("Tutti possono …"), di "… agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

Inoltre, il concetto stesso di "tutela degli interessi legittimi", richiamato espressamente dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., implica necessariamente i menzionati caratteri della personalità, attualità e concretezza del sostrato processuale della posizione giuridica soggettiva dell'individuo (i.e. interesse legittimo) dinanzi all'esercizio del potere autoritativo, poiché solo lui è l'unico soggetto dell'ordinamento che può valutare autonomamente l'utilità del giudizio (nel caso di specie comunque economicamente costoso, trattandosi della materia degli appalti), e non può essere una legge dello Stato ad imporgli la "doverosità" (sempre nel senso di "onere" per evitare il formarsi di una preclusione processuale) di un'azione giurisdizionale priva di alcun vantaggio sul piano soggettivo, almeno nel momento in cui deve essere esperita secondo il censurato dettato normativo.

Ne discende che i caratteri della personalità, attualità e concretezza dell'interesse ad agire caratterizzano il nostro sistema "soggettivo" di giustizia amministrativa, come delineato in Costituzione, mentre la previsione di cui all'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. costituisce una illegittima deviazione rispetto al quadro costituzionale predetto.

Questo Collegio non ignora l'esistenza di ipotesi normative "eccezionali" di legittimazione ex lege al ricorso

giurisdizionale di Autorità amministrative indipendenti (rispettivamente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per quanto concerne l'impugnazione di atti amministrativi in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 21 bis legge n. 287/1990 e l'Autorità Nazionale Anticorruzione con riguardo alla impugnazione di provvedimenti amministrativi viziati da gravi violazioni del codice degli appalti pubblici di cui al dlgs n. 50/2016 ex art. 211, comma 1 ter dlgs n. 50/2011).

Tuttavia, come evidenziato dalla recente giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 7.12.2017, n. 1521; Cons. Stato, Sez. VI, 30.4.2018, n. 2583; Cons. Stato, Sez. V, 30.4.2014, n. 2246; Cons. Stato, Sez. V, 15.5.2017, n. 2294) nell'escludere qualsiasi contrasto delle suddette previsioni eccezionali (e quindi, in base all'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, non estensibili oltre i casi da esse espressamente considerati) con gli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost., siamo - a ben vedere - in presenza di disposizioni speciali che, lungi dall'introdurre un'ipotesi di giurisdizione amministrativa di "diritto oggettivo", in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, contemplano una legittimazione straordinaria - a proporre ricorso giurisdizionale dinanzi al G.A. - di un soggetto pubblico (i.e. Autorità amministrativa indipendente), in quanto ente portatore di un interesse "qualificato e differenziato" al corretto funzionamento del mercato e quindi giuridicamente rilevante ed idoneo a fondare situazioni giuridiche soggettive.

In ogni caso, si tratta di un "interesse" ad agire in giudizio di cui è ex lege portatore un soggetto pubblico e non già un privato.

Del resto anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella citata ordinanza n. 6/2018 di rimessione alla Corte di Giustizia del quesito interpretativo relativo al rapporto intercorrente tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente nell'ambito del rito degli appalti, nel rappresentare il proprio punto di vista sulla questione in ottemperanza alle prescrizioni contenute ai punti 17 e 34 delle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016), rileva che:

«… a) sarebbe maggiormente armonico con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull' iniziativa delle parti (ed in parte qua comune a quello di numerosi Stati-Membri), che venisse precisato che l'interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili concernenti la "regolarità delle procedure di gara"), dovrebbe essere valutato nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte, dal Giudice adìto;

1. b) in quest'ottica, sarebbe opportuno che venisse rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati

> Membri, in ossequio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i principi in materia di interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova.

In altri e riassuntivi termini, ed in considerazione anche delle recenti pronunce sopra richiamate dalla Corte di giustizia, che sembrano prestare attenzione alle possibili particolarità delle situazioni di fatto, sembra a questa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che il rimettere al Giudice nazionale adito un margine di valutazione in ordine all'accertamento della reale sussistenza in concreto di un interesse sia pure strumentale del ricorrente principale sia maggiormente coerente sia con il rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali in materia processuale - e quindi con l'autonomia processuale loro costantemente riconosciuta dalla Corte di giustizia - sia con gli assetti delle giurisdizioni nazionali e della stessa Unione europea, che configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse; salvi i casi, sopra descritti anche con riferimento all'ordinamento italiano, in cui il rispetto delle regole venga demandato ad una autorità pubblica, riconoscendo alla stessa la legittimazione a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo. …».

Pertanto, nel nostro ordinamento il ricorso al Giudice amministrativo è configurato come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse, salvi i casi, sopra descritti (art. 21 bis legge n. 287/1990 e art. 211, comma 1 ter dlgs n. 50/2011), in cui il rispetto delle regole venga demandato ad una autorità pubblica (rispettivamente AGCM e ANAC), riconoscendo coerentemente alla stessa una legittimazione, comunque eccezionale e straordinaria, a ricorrere dinanzi al Giudice amministrativo.

È, quindi, evidente la differenza di dette previsioni normative comunque eccezionali (che proprio in ragione della loro eccezionalità non deviano rispetto al principio fondamentale della giurisdizione amministrativa di "diritto soggettivo") con la disposizione di cui all'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm., oggetto del presente scrutinio, che invece "rende" stabilmente un soggetto privato ex lege portatore di interesse pubblico alla formazione anticipata (e non più discutibile) della platea dei concorrenti in un momento antecedente all'esame delle offerte (interesse di cui viceversa non potrebbe non essere portatrice unicamente la pubblica amministrazione).

In ciò si manifesta tutta la irragionevolezza e contrarietà della disposizione in esame rispetto al principio costituzionale di effettività alla tutela giurisdizionale, poiché evidentemente finalizzata a "incaricare" un soggetto privato della tutela ex lege di un interesse pubblico, con costi ed oneri economici - come vedremo di qui a breve - eccessivi.

Invero, la citata disposizione del codice del processo amministrativo, nell'imporre la necessità, pena l'incorrere nella preclusione di cui allo stesso comma 2 bis, secondo inciso, della immediata contestazione in sede giurisdizionale delle ammissioni (con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria), sostanzialmente onera l'impresa partecipante alla gara (nel caso di specie la ricorrente La Cascina) ad impugnare (a prescindere da ogni concreta utilità nel senso in precedenza delineato) le ammissioni di altri soggetti partecipanti (rectius nella fattispecie Novability, Ontario s.r.l. e l'ATI Medica Sud S.r.L. - Panacea Soc. Coop. a r.l.), impugnazione che potrebbe rivelarsi inutile nel momento in cui la stessa impresa ricorrente dovesse venire a conoscenza in una fase successiva dell'aggiudicazione definitiva della gara in proprio favore ovvero, all'opposto, della propria collocazione in graduatoria in posizione talmente deteriore da non ritenere più utile alcuna contestazione.

E', infatti, evidente che al momento della ammissione delle ditte in gara la posizione delle concorrenti è neutra o meglio indifferenziata in quanto solo potenzialmente lesiva.

Il bene della vita cui aspira la concorrente in gara è l'aggiudicazione dell'appalto sicché il suo interesse a contestare l'ammissione (pur illegittima) delle altre concorrenti si concretizza solo alla fine della procedura allorquando la posizione in graduatoria cristallizzata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva determina quel grado di differenziazione idoneo a radicare l'interesse al ricorso.

Il contrasto con i menzionati principi costituzionali (effettività della tutela giurisdizionale desumibile dagli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost. e dagli artt. 1 cod. proc. amm. ["La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"] e 7, comma 7 cod. proc. amm. ["Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi"]) è ancora più netto se si considera che l'impugnazione in materia di appalti pubblici (e quindi anche del provvedimento di ammissione di cui al comma 2 bis dell'art. 120 cod. proc. amm.) è soggetta ad un contributo unificato con importi elevati nel corso degli ultimi anni (cfr. art. 13, comma 6 bis, lett. d) d.p.r. n. 115/2002: "Il contributo unificato per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato è dovuto nei seguenti importi: … d) per i ricorsi di cui all'articolo 119, comma 1, lettere a) e b), del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il contributo dovuto è di euro 2.000 quando il valore della controversia è pari o inferiore ad euro 200.000; per quelle di importo compreso tra euro 200.000 e 1.000.000 il contributo dovuto è di euro 4.000 mentre per quelle di valore superiore a 1.000.000 di euro è pari ad euro 6.000. Se manca la dichiarazione di cui al comma 3-bis dell'articolo 14, il contributo dovuto è di euro 6.000; …").

Concludendo sul punto, va rimarcato che il principio, sottostante alle citate norme costituzionali, di effettività

della tutela giurisdizionale a fronte della violazione di una posizione giuridica soggettiva, inevitabilmente implica la libertà - tanto più rilevante alla luce dei costi di accesso alla giustizia amministrativa - del soggetto (nel caso di specie l'impresa ricorrente La Cascina) di autodeterminarsi in ordine alla concretezza ed attualità dell'interesse ad agire (contro le altrui ammissioni alla gara de qua), e quindi la libertà di stabilire autonomamente senza coartazione alcuna (anche da parte del "legislatore" e quindi, in caso di inerzia rispetto alla impugnazione delle ammissioni, senza incorrere nella sanzione processuale della inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva, discendente nella fattispecie in esame dalla applicazione dell'art. 120, comma 2 bis, secondo inciso cod. proc. amm.) se l'azione giurisdizionale risponde ad un proprio effettivo interesse, ovvero di decidere di astenersi dall'agire in giudizio, se detto interesse non dovesse essere ritenuto sussistente, come accade appunto nell'ipotesi del provvedimento di ammissione, rispetto al quale non è dato sapere (nel momento in cui detto provvedimento viene adottato) se il soggetto ammesso potrà mai essere aggiudicatario, ovvero se si collocherà in una posizione della graduatoria finale, tale da non poter mai ambire all'aggiudicazione quand'anche fosse dimostrata l'illegittima presenza in graduatoria di soggetti in posizione migliore rispetto alla propria.

3.3. - La contestata disposizione (art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm., nella parte in cui contempla l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione e comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria) è, altresì, irrazionale alla stregua dell'art. 3, comma 1 Cost. (oltre che degli artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost.) in forza dell'ulteriore considerazione di seguito esposta, che mette ulteriormente in risalto il contrasto della nuova disciplina processuale con il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale di cui si è detto al precedente paragrafo, qui ulteriormente sviluppato anche sotto la lente della violazione del principio di ragionevolezza.

Il legislatore al terzo inciso del comma 2 bis ha, infatti, considerato inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività, sostanzialmente riconfermando la regola generale tradizionale (i.e. inammissibilità dell'impugnazione giurisdizionale rivolta avverso atti endoprocedimentali non immediatamente lesivi), regola che è invece irragionevolmente derogata dai primi due periodi del comma 2 bis con riferimento ad un atto endoprocedimentale quale l'ammissione, pur essendo lo stesso privo di immediata lesività dal punto di vista del concorrente, ma dal legislatore ritenuto evidentemente lesivo dal punto di vista dell'interesse generale (alla anticipata ed incontestata formazione della platea dei concorrenti), della cui tutela si deve pertanto fare carico lo stesso concorrente (anche se detto interesse pubblico potrebbe non coincidere mai con un interesse del partecipante alla gara, personale, concreto ed attuale al conseguimento del bene della vita, rectius aggiudicazione della gara).

Ai fini del sindacato di costituzionalità della disposizione contestata per contrasto con il principio di eguaglianza ex art. 3, comma 1 Cost. si deve, dunque, considerare come termine di raffronto (cd. tertium comparationis) il disposto del terzo inciso dell'art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm. ("E' altresì

inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività").

In sostanza, riprendendo gli argomenti di cui al paragrafo 3.2, si ribadisce che un interesse al ricorso meramente ipotetico viene irragionevolmente trasmutato dal legislatore del 2016 (art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm.) in un interesse concreto e attuale, introducendo una sorta di presunzione legale ed astratta di interesse al ricorso avverso le ammissioni (tuttavia in concreto non sussistente) e, corrispondentemente, di lesione di detto interesse, mentre analoga operazione è stata espressamente esclusa dal terzo inciso della disposizione in commento con riferimento a tutti gli "altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività".

Tuttavia, la lesione è - come già visto al precedente punto 3.2 - tradizionalmente intesa come fatto connesso all'esistenza di una effettiva e attuale lesione che preclude all'interessato il conseguimento del bene della vita cui aspira, nel caso di specie rappresentato dall'aggiudicazione della gara.

Pertanto, se si può certamente ritenere ragionevole l'esclusione dell'onere di immediata impugnazione degli atti endoprocedimentali privi di immediata lesività, sancita dalla terzo inciso dell'art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm., appare viceversa irragionevole la previsione di cui al primo e secondo periodo della disposizione in esame circa l'onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione (con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria), pur rientrando lo stesso nella categoria degli atti endoprocedimentali privi di immediata lesività, secondo la visione tradizionale della nozione di interesse ad agire.

La previsione de qua si pone - come detto - in contrasto sia con i richiamati principi di cui all'art. 100 cod. proc. civ. in tema di "Interesse ad agire", sia con il principio sotteso agli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost., alla cui stregua la giurisdizione amministrativa è orientata ad apprestare tutela ad una posizione sostanziale correlata ad un bene della vita in questo caso facente capo all'impresa partecipante alla gara (i.e. in ultima analisi l'aggiudicazione della gara stessa).

Nel modello di impugnabilità immediata delle ammissioni di cui al novellato art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm., invece, essendo l'esito della competizione ancora futuro ed incerto, non è dato scorgere una posizione sostanziale che giustifichi l'accesso al giudice.

La disposizione in esame pone, pertanto, in capo al partecipante un onere inutile, economicamente gravoso, ed irragionevole (la cui violazione comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso

l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria) - alla stregua del principio di effettività della tutela giurisdizionale desumibile dal combinato disposto degli artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost. e del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3, comma 1 Cost. - rispetto all'interesse realmente perseguito (i.e. conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto).

In precedenza questa Sezione del T.A.R. Puglia, Bari, con sentenza dell'8.11.2016, n. 1262 non aveva mancato di evidenziare che "… la novella legislativa di cui all'art. 120, comma 2 bis, d. lgs n. 50/2016 confligge con il quadro giurisprudenziale, storicamente consolidatosi, atteso che veicola nell'ordinamento l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici - quale condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione - anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta. …".

Anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 20.12.2016, n. 5852 aveva rilevato che "… La peculiarità del nuovo rito risiede, oltre che nel circoscritto ambito di applicazione - volto a cristallizzare la definitività di una peculiare sub fase delle gare d'appalto creando una struttura bifasica della tutela in subiecta materia - nell'utilizzo dello strumento processuale come veicolo per creare una correlazione del tutto inusuale tra interesse ad agire in giudizio e pretesa sostanziale, sicché, come rilevato anche dai primi commenti alla disciplina in questione, il legislatore avrebbe introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo ormai invalsa nel nostro ordinamento. …".

La stessa pronuncia del Tribunale Campano affermava:

«… Astrattamente parlando, il nuovo rito superaccelerato, così come costruito, sembra porsi in contrasto con le garanzie costituzionali di azione in giudizio e tutela contro gli atti della pubblica amministrazione ex artt. 24 e 113 Cost. e questo a causa dell'onere di immediata impugnativa dei provvedimenti di aggiudicazione e esclusione indicati a fronte dell'assenza di un interesse concreto e attuale al ricorso.

Sicché, nonostante alcuni tra i primi interpreti abbiano ricostruito questa presunzione assoluta di lesività dei provvedimenti come una sorta di interesse alla legittima formazione della platea dei concorrenti ammessi alle successive fasi della procedura, sul modello processuale del contenzioso elettorale di cui all'art. 129 c.p.a. (nel quale, tuttavia, sono impugnabili i provvedimenti immediatamente lesivi del di diritto a partecipare al procedimento elettorale preparatorio), ciò non toglie che un sistema così congegnato potrebbe astrattamente far scivolare il contenzioso in materia di appalti verso un modello di giudizio di diritto oggettivo contrario agli artt. 24 e 113 Cost. ed escluso dalla giurisprudenza (cfr. Ad. Plenaria n. 4 del 13 aprile 2015, per la quale il processo amministrativo si basa pur sempre sul principio dispositivo in relazione all'ambito della domanda

di parte e la giurisdizione amministrativa di legittimità è pur sempre una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo in precisi, limitati ambiti tra le quali la valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico, da parte del giudice, in sede di giudizio cautelare). …».

I dubbi in precedenza esposti sono stati di recente evidenziati dall'ordinanza del T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I n. 88 del 17.1.2018 che ha sollevato la corrispondente questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di verificare la compatibilità euro-unitaria della norma processuale interna (art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm. nella parte in cui contempla l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni) con la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela giurisdizionale (i.e. artt. 6 e 13 della CEDU, art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e art. 1 direttiva n. 89/665/CEE).

In detta occasione, sia pure sotto la lente di ingrandimento del confronto della norma processuale nazionale con la disciplina europea, è stato condivisibilmente rimarcato come il disancoramento dell'interesse ad agire rispetto ad una utilità personale, concreta ed attuale dell'impresa partecipante alla gara (costretta a contestare le ammissioni in forza della censurata disposizione), dà vita ad una sorta di tutela giurisdizionale amministrativa / giudizio di diritto "oggettivo" (cfr. punto D della motivazione della citata ordinanza del T.A.R. Piemonte n. 88/2018), dove un operatore è obbligato ad impugnare immediatamente le ammissioni di tutti gli altri concorrenti, senza sapere ancora chi potrà essere l'aggiudicatario e, parimenti, senza sapere se lui stesso si collocherà in graduatoria in posizione utile per ottenere e/o contestare l'aggiudicazione dell'appalto.

Si introduce, pertanto, una sorta di giudizio di "diritto oggettivo" che è contrario non solo ai principi europei invocati dal T.A.R. Piemonte, Torino nella citata ordinanza, ma anche ai principi costituzionali di cui agli artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost. (in tema di effettività della tutela giurisdizionale), i quali plasmano il diritto di azione a mo' di diritto azionabile unicamente dal titolare di un interesse personale, attuale e concreto e che nelle gare d'appalto non può non consistere nel conseguimento della aggiudicazione ovvero al più, quale modalità strumentale al perseguimento del medesimo fine, nella chance derivante dalla rinnovazione della gara.

E ciò - come evidenziato in precedenza e qui ribadito per rimarcare ulteriormente il contrasto tra il giudizio di "diritto oggettivo" implicito nella contestata previsione di cui al comma 2 bis, primo e secondo periodo dell'art. 120 cod. proc. amm., nella parte in cui impone l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni (con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria), ed il sistema di "diritto soggettivo" di giustizia amministrativa sottostante ai citati principi costituzionali - nell'ambito di un quadro di giustizia amministrativa tradizionalmente fondato, appunto, sulla tutela di "diritto soggettivo" e sul "potere" ex art. 24, comma 1 Cost. (non già sul "dovere" inteso nel senso di onere),

in capo all'attore ("Tutti possono …"), di "… agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

Il contrasto con i principi costituzionali si realizza nel momento in cui il legislatore attribuisce ad un soggetto privato (i.e. impresa partecipante alla gara) la tutela in via esclusiva di un interesse pubblico (come detto alla anticipata e non più contestabile formazione della platea dei concorrenti), interesse che potrebbe non coincidere mai con l'interesse privato, il tutto reso ancor più del gravoso se si considerano gli esborsi economici ingenti che sono necessari per promuovere eventualmente anche plurimi e distinti ricorsi giurisdizionali avverso distinte ammissioni.

La censurata norma processuale potrebbe, quindi, avere un effetto dissuasivo con riferimento ad iniziative processuali notevolmente anticipate (e sensibilmente costose) rispetto al verificarsi della concreta lesione, così ulteriormente aggravando la violazione del principio costituzionale di tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.), ovvero, all'opposto, un effetto di proliferazione dei ricorsi giurisdizionali, effetto evidentemente non compatibile con il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2 Cost.

Peraltro, la previsione di una "preclusione processuale" ex art. 120, comma 2 bis, secondo inciso cod. proc. amm. non è giustificabile neanche alla luce del principio di diritto espresso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 4.5.2017 (con riferimento alla questione di legittimità costituzione dell'art. 30, comma 3 cod. proc. amm. nella parte in cui prevede un termine di decadenza per l'esperimento dell'azione di risarcimento danni da provvedimento amministrativo illegittimo).

Invero, in detta sentenza la Corte costituzionale - nel respingere la questione di costituzionalità - ha ritenuto comunque sindacabile la discrezionalità del legislatore (nella disciplinare gli istituti processuali ed in particolare nel contemplare termini decadenziali) unicamente in ipotesi di manifesta irragionevolezza (cfr. punto 6.1 della motivazione).

Ad avviso di questo Collegio, nel caso di specie, la disposizione di cui all'art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm.in tema di "preclusione processuale" appare manifestamente irragionevole poiché la prima parte della norma in commento (rectius primo inciso del comma 2 bis) pone - come visto in precedenza - in capo al partecipante un onere (i.e. immediata contestazione in sede giurisdizionale delle ammissioni la cui violazione comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria) inutile, economicamente gravoso, ed irragionevole - alla stregua del principio di effettività della tutela giurisdizionale desumibile dal combinato disposto degli artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost. e del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3, comma 1 Cost. - rispetto all'interesse realmente perseguito dalla parte (i.e. conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto), ovvero comportante un effetto di proliferazione dei ricorsi

giurisdizionali, effetto evidentemente non compatibile con il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2 Cost.

Il contrasto della disposizione in esame (comma 2 bis) con i richiamati principi costituzionali va, altresì, analizzato alla luce del dictum di cui a Corte cost. n. 241/2017.

Premette la Corte delle Leggi nella citata sentenza che "il controllo di costituzionalità, vertendosi in materia di istituti processuali, per la cui conformazione il legislatore gode di ampia discrezionalità, deve limitarsi a riscontrare se sia stato o meno superato il limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute", principio che si rinviene anche nella pregressa giurisprudenza costituzionale (cfr. ex multis sentenza n. 221/2008; sentenza n. 50/2010; sentenza n. 229/2010; sentenza n. 17/2011; sentenza n. 155/2014; sentenza n. 71/2015).

In particolare, nella sentenza n. 241/2017, con riferimento alla questione di costituzionalità del disposto di cui all'ultimo capoverso dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ. inserito dall'art. 38 decreto legge n. 98/2011, convertito, con modificazioni, nella legge n. 111/2011 ("A tale fine la parte ricorrente, a pena di inammissibilità di ricorso, formula apposita dichiarazione del valore della prestazione dedotta in giudizio, quantificandone l'importo nelle conclusioni dell'atto introduttivo") per l'eccessiva gravosità - secondo la prospettazione del giudice rimettente - della sanzione della inammissibilità del ricorso in quanto integrerebbe una penalizzazione irragionevole e sproporzionata a fronte del mancato adempimento di rilevanza formale, il Giudice delle Leggi opera una verifica circa la correttezza del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti:

«… Tale riscontro va operato attraverso la verifica «che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988)» (sentenza n. 71 del 2015). …».

In relazione al caso specifico oggetto di scrutinio, la Corte costituzionale ha ravvisato la ratio della disposizione oggetto di scrutinio (i.e. ultimo capoverso dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ.) - in uno ad altra previsione introdotta dall'art. 52 legge n. 69/2009 (rectius ultima parte dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ.) in forza della quale il giudice nei giudizi per prestazioni previdenziali non può liquidare spese, competenze ed onorari superiori al valore della prestazione dedotta in giudizio - nello scopo di deflazionare il contenzioso bagattellare.

Pertanto, la Consulta evidenzia come entrambe le disposizioni in esame (quella oggetto di censura introdotta dall'art. 38 decreto legge n. 98/2011 e quella introdotta dall'art. 52 legge n. 69/2009) perseguano lo stesso scopo di deflazionare il contenzioso privo di rilevanza economica; che anzi la norma che prevede di non liquidare le spese in misura superiore al valore della prestazione dedotta in giudizio già di per sé sola è idonea a perseguire pienamente lo scopo con effetto deflattivo certamente in grado di scoraggiare l'instaurarsi di liti pretestuose.

Sottolinea, tuttavia, la Corte costituzionale a tal riguardo:

«… L'obiettivo di evitare la strumentalizzazione del processo, attraverso la sanzione di inammissibilità, va bilanciato con la garanzia dell'accesso alla tutela giurisdizionale e della sua effettività.

Seppure, infatti, la declaratoria di inammissibilità non precluda la riproposizione dell'azione giudiziaria, essa si traduce comunque in un aggravio per la parte, che dovrà ricominciare ex novo il giudizio.

Pertanto, le conseguenze sfavorevoli derivanti dall'inammissibilità non sono adeguatamente bilanciate dall'interesse ad evitare l'abuso del processo che è già efficacemente realizzato dalla disciplina introdotta dalla novella di cui all'art. 52 della legge n. 69 del 2009.

L'eccessiva gravità della sanzione e delle sue conseguenze, rispetto al fine perseguito, comporta, quindi, la manifesta irragionevolezza dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ., ultimo periodo, il quale prevede che «A tale fine la parte ricorrente, a pena di inammissibilità di ricorso, formula apposita dichiarazione del valore della prestazione dedotta in giudizio, quantificandone l'importo nelle conclusioni dell'atto introduttivo». …».

Traslando il ragionamento operato dalla Corte costituzionale con la menzionata sentenza n. 241/2017 alla fattispecie in esame (scrutinio di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm.), si può giungere alla conclusione che la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva, per omessa tempestiva impugnazione (alla stregua dell'art. 120, comma 2 bis, primo periodo cod. proc. amm.) della ammissione dell'impresa aggiudicataria, si traduce in un aggravio eccessivo per la parte ricorrente, che comunque - diversamente dall'ipotesi di cui alla sentenza n. 241/2017 - non potrà neanche "… ricominciare ex novo il giudizio …". Infatti, in detta evenienza l'autonoma e separata impugnazione della aggiudicazione - come appunto accaduto nel caso di specie (ricorso di La Cascina Global Service) - sarà comunque e sempre inammissibile in mancanza della previa tempestiva impugnazione della ammissione della impresa aggiudicataria.

In altri termini, il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti è operato dal legislatore con la previsione di cui al comma 2 bis in modo tale da determinare il sacrificio e la compressione di uno di essi (rectius garanzia dell'accesso alla tutela giurisdizionale e della sua effettività desumibile dal combinato disposto degli artt. 3, 24, 103, 111 e 113 Cost.) in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale.

Ne consegue che il citato comma 2 bis non passa indenne il test di proporzionalità (di cui si fa menzione il punto 2.7 della motivazione di Corte cost. n. 23/2015 richiamando Corte cost. n. 1130/1988), nel senso di valutare se la norma oggetto di scrutinio (nel caso di specie comma 2 bis), con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate (a tal fine si potrebbe anche considerare la previsione di importi elevati di contributo unificato ex art. 13 d.p.r. n. 115/2002), prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi.

Pertanto, analogamente alla fattispecie definita da Corte cost. n. 241/2017, si può ritenere che le conseguenze sfavorevoli (eccessive), derivanti dalla declaratoria di inammissibilità (alla stregua dell'art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm.) del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria, non sono adeguatamente bilanciate con l'interesse pubblico ad evitare l'abuso del processo, interesse che si può ritenere già efficacemente realizzato grazie alla previsione (sufficiente a tale scopo) di cui all'art. 13, comma 6 bis, lett. d) d.p.r. n. 115/2002 (disposizione che impone importi elevati di contributo unificato in materia di rito degli appalti pubblici).

In conclusione, l'eccessiva gravità della sanzione della inammissibilità di cui all'art. 120, comma 2 bis, secondo periodo cod. proc. amm. rispetto al fine perseguito dal legislatore comporta la manifesta irragionevolezza del citato comma 2 bis il quale prevede "L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale".

Anche alla luce del principio di diritto di cui a Corte cost. n. 229/2010 la disposizione in commento (comma 2 bis) non supera indenne il sindacato di costituzionalità alla stregua del principio costituzionale di ragionevolezza.

Invero, - diversamente dalla fattispecie oggetto della citata sentenza della Corte costituzionale - la previsione in commento non "… si inserisce, in modo coerente, nel sistema processuale …", in quanto, come in precedenza evidenziato, introduce una ipotesi di "giurisdizione amministrativa oggettiva" (e cioè avente funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità dell'azione amministrativa, con onere di impugnazione ex lege posto a carico di un privato, pur in mancanza di una utilità concreta ed attuale

soggettivamente intesa) eccentrica e distonica rispetto ad un sistema di giustizia amministrativa tradizionalmente e costituzionalmente impostato sulla giurisdizione / giustizia di diritto “soggettivo” e sul “potere” ex art. 24, comma 1 Cost. (non già sul “dovere” / onere), in capo all’attore di “… agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”.

Ad analoghe conclusioni si perviene anche alla luce delle sentenze della Corte costituzionale n. 44/2016 e n. 121/2016, che, nel ribadire l’ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nella conformazione degli istituti processuali con il solo limite della manifesta irragionevolezza, esclude la legittimità costituzionale della imposizione di oneri ovvero della introduzione di modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l’esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell’attività processuale.

Ritiene questo Collegio che nel caso di specie sia configurabile l’ipotesi della impossibilità ovvero estrema difficoltà per l’esercizio del diritto di difesa e lo svolgimento dell’attività processuale, in quanto - come visto in precedenza - l’onere di immediata impugnazione delle ammissioni ex comma 2 bis senza alcuna utilità per l’operatore economico nel momento in cui detto onere è imposto dall’ordinamento, in combinato disposto con la previsione del gravoso contributo unificato in materia di rito degli appalti ex art. 13, comma 6 bis, lett. d) d.p.r. n. 115/2002, indubbiamente comportano una grave compressione del diritto costituzionale di difesa ex art. 24 Cost., con ciò realizzando quella manifesta irragionevolezza (rilevante ai fini di cui all’art. 3, comma 1 Cost.) che certamente costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore in materia di conformazione degli istituti processuali (ivi compresi termini di decadenza e preclusioni processuali).

3.4. - Inoltre, la necessità, alla stregua della previsione dell’art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm., di proporre plurimi ricorsi avverso le singole ammissioni si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza desumibile dall’art. 3, comma 1 Cost., con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (ex artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost.), con il principio del giusto processo (ex art. 111, comma 1 Cost.) e con il principio della ragionevole durata del processo (ex art. 111, comma 2 Cost.), poiché il meccanismo processuale delineato dal legislatore del 2016 determina inevitabilmente il proliferare di azioni giurisdizionali avverso plurime ammissioni relativamente alla stessa procedura di gara in violazione dei principi di economia processuale e concentrazione.

Conseguentemente, o si concretizza l’eventualità di una “ingiusta” (alla stregua delle argomentazioni in precedenza esposte) declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l’aggiudicazione definitiva da parte di chi (come la società La Cascina Global Service) ha omesso di impugnare tempestivamente l’ammissione dell’aggiudicataria (ipotesi ricorrente nel caso di specie laddove si desse applicazione all’art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm.), ovvero, all’opposto, il contenzioso in materia di ammissioni alle gare pubbliche corre il serio rischio di trasformarsi in una “guerra” di tutti (gli ammessi) contro tutti, se i partecipanti alla gara propongono tempestivamente ricorso avverso le ammissioni alla stregua del citato comma 2 bis (come avvenuto nella fattispecie concreta oggetto di rimessione alla Corte costituzionale di cui

all’ordinanza di questo T.A.R. n. 903 del 20.6.2018).

A ciò poi si aggiunge la necessità non solo di impugnare tempestivamente l’ammissione di tutti i soggetti partecipanti alla procedura di gara, ma successivamente anche di proporre un separato giudizio avverso l’aggiudicazione definitiva, come ritenuto dal Consiglio di Stato, Sez. V con ordinanza n. 1059 del 14.3.2017, con ulteriore aggravio per la parte in termini di corresponsione di contributo unificato ai sensi dell’art. 13, comma 6 bis, lett. d) d.p.r. n. 115/2002.

3.5. - Infine, per quanto concerne il contrasto con le norme interposte (rilevanti ai fini di cui all’art. 117, comma 1 Cost.) rappresentate dai citati artt. 6 e 13 della CEDU, si deve in primo luogo evidenziare che questo T.A.R., così come ogni giudice comune, non può autonomamente disapplicare la norma interna che ritenga incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, diversamente da quanto previsto per il diritto dell’Unione Europea a partire dalle sentenze della Corte di Giustizia Simmenthal del 1978 e della Corte Cost. n. 170/1984 (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4.3.2015, n. 2).

Infatti, nonostante taluni orientamenti giurisprudenziali e dottrinari di segno contrario, il Giudice delle Leggi ha più volte chiarito come sulle norme interne contrastanti con le norme pattizie internazionali, ivi compresa la CEDU, spetti esclusivamente alla stessa Corte costituzionale il sindacato di costituzionalità accentrato (cfr. Corte cost., n. 348/2007 e n. 349/2007; n. 39/2008; nn. 311 e 317 del 2009; nn. 138 e 187 del 2010; nn. 1, 80, 113, 236, 303, del 2011).

Le norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, assumono rilevanza nell’ordinamento italiano quali “norme interposte”. Alla CEDU è riconosciuta un’efficacia intermedia tra legge e Costituzione, volta ad integrare il parametro di cui all’art. 117, comma 1 Cost. che vincola il legislatore nazionale, statale e regionale, a conformarsi agli obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Tale posizione non muta anche a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona che all’art. 6, par. 2 (del nuovo Trattato sull’Unione Europea) prevede una adesione dell’Unione Europea alla Convenzione CEDU. Anche tale innovazione (peraltro non ancora avvenuta) non ha “comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la concezione delle norme interposte” (Corte cost. n. 80/2011).

Di conseguenza, qualsiasi giudice, allorché si trovi a decidere di un contrasto tra la CEDU e una norma di legge interna, sarà tenuto a sollevare un’apposita questione di legittimità costituzionale.

Rimane salva l'interpretazione "conforme alla Convenzione EDU", e quindi conforme agli impegni internazionali assunti dall'Italia, delle norme interne in contestazione. Tale interpretazione, anzi, si rende doverosa per il giudice che, prima di sollevare un'eventuale questione di legittimità, è tenuto ad interpretare la disposizione nazionale in modo conforme a Costituzione (ex multis, Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239, punto 3 del considerato in diritto).

Nel caso ora in esame, risulta esservi una tensione (non sanabile neanche con una interpretazione "conforme alla Convenzione EDU", stante il chiaro ed inequivoco tenore della contestata norma processuale di cui all'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm.) tra la norma processuale interna che impone l'onere di immediata impugnazione di un atto (l'ammissione) privo di immediata lesività (onere, la cui violazione comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria) ed il diritto fondamentale ad un giusto ed effettivo processo desumibile dagli artt. 6 e 13 della CEDU.

Analogamente a quanto evidenziato al precedente paragrafo 3.2 con riferimento al corrispondente principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, il principio sottostante al combinato disposto degli artt. 6 e 13 della CEDU, di effettività del ricorso a fronte della violazione di un diritto, inevitabilmente implica la libertà - tanto più rilevante alla luce dei costi di accesso alla giustizia amministrativa - del soggetto (nel caso di specie l'impresa ricorrente La Cascina) di autodeterminarsi in ordine alla concretezza ed attualità dell'interesse ad agire (contro le altrui ammissioni alla gara de qua), e quindi la libertà di stabilire autonomamente senza coartazione alcuna (anche da parte del "legislatore" e quindi, in caso di inerzia rispetto alla impugnazione delle ammissioni, senza incorrere nella sanzione processuale della inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva, discendente nella fattispecie in esame dalla applicazione dell'art. 120, comma 2 bis, secondo inciso cod. proc. amm.) se l'azione giurisdizionale risponde ad un proprio effettivo interesse, ovvero di decidere di astenersi dall'agire in giudizio, se detto interesse non dovesse essere ritenuto sussistente, come accade appunto nell'ipotesi del provvedimento di ammissione, rispetto al quale non è dato sapere (nel momento in cui detto provvedimento viene adottato) se il soggetto ammesso potrà mai essere aggiudicatario, ovvero se si collocherà in una posizione della graduatoria finale, tale da non poter mai ambire all'aggiudicazione quand'anche fosse dimostrata l'illegittima presenza in graduatoria di soggetti in posizione migliore rispetto alla propria.

4. - Conclusivamente il Collegio, per le ragioni sopra esposte, solleva questione di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (comma aggiunto dall'art. 204, comma 1, lettera b) dlgs n. 50/2016), limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1 della Costituzione e 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recepita con legge 4 agosto 1955, n. 848, nella parte in cui onera l'impresa partecipante alla gara ad impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara, pena altrimenti

l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo della disposizione ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale") e laddove comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria.

La previsione (art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm.), per risultare conforme alle citate norme costituzionali, deve essere depurata dai periodi indicati (primo e secondo) per quanto concerne l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni, al fine di considerare ammissibile l'impugnazione della aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di gravare il provvedimento di ammissione dell'aggiudicataria e di consentire l'operatività del tradizionale orientamento in forza del quale un atto amministrativo deve essere immediatamente contestato in sede giurisdizionale solo se immediatamente lesivo (e tale non può essere considerato l'atto di ammissione per quanto in precedenza esposto).

Né è possibile procedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, stante l'inequivoco tenore della stessa che impone l'onere di immediata impugnazione dell'atto di ammissione pena l'incorrere nella preclusione sopra descritta e comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria.

5. - Alla luce delle considerazioni che precedono è sospesa ogni decisione sulla predetta controversia, dovendo la questione essere demandata al giudizio della Corte costituzionale.

Tar Puglia – Bari, III – ordinanza del 20.07.2018 n. 1097

A Puglia - Gare - Illegittima ammissione alla gara per mancata indicazione di codice - Fattispecie

1. I fatti oggetto della odierna controversia sono i seguenti.

In data 2 marzo 2018, la Marina Militare ha indetto una procedura aperta distinta in sei lotti, per la stipula di accordi quadro con un unico operatore economico per ciascun lotto, ai sensi dell'art. 54 comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016, sui quali basare l'aggiudicazione di appalti specifici per il servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria, con somministrazione di parti di ricambio, degli automezzi logistici della predetta Marina Militare.

Per il lotto 1, relativo alle strutture ubicate nelle sedi di Taranto, Grottaglie e Brindisi, hanno presentato offerta il Consorzio Pars & Service, l'Autocarrozzeria Guarini di Lopresto Giuseppa ed Officine Jolly S.r.l.u.

La Commissione, con processo verbale n. 7 del 3 maggio, presa visione di tutta la documentazione pervenuta, ha proceduto all'ammissione di tutti i concorrenti, dandone comunicazione il giorno successivo.

A seguito dell'esame e valutazione delle offerte pervenute, è stato assegnato alla Autocarrozzeria Guarini di Lopresto Giuseppa il punteggio di 100,00, alle Officine Jolly S.r.l.u. il punteggio di 66,71 e al Consorzio Pars & Service il punteggio di 41,61.

La Commissione ha quindi proceduto a redigere la graduatoria provvisoria e, rilevata come anormalmente bassa ai sensi dell'art. 97, comma 3, del D. Lgs. 50/2016 l'offerta presentata dall'Autocarrozzeria, ha effettuato la verifica della congruità.

L'odierno ricorrente, a seguito di richiesta di ostensione del 7 maggio 2018, ha preso visione ed estratto copia della documentazione amministrativa presentata dagli altri due concorrenti per il lotto 1.

Quindi, in data giugno 2018, il Consorzio Pars & Service ha proposto ricorso per l'annullamento, previa concessione delle opportune misure cautelari, del provvedimento di ammissione denominato "Processo Verbale n.7" del 3 maggio 2018 nonché del processo verbale n. 6 del 24 aprile 2018, entrambi pubblicati e comunicati in data 4 maggio, nonché per la declaratoria di inefficacia ex tunc , ai sensi degli artt.121 e 122 cpa dell'accordo quadro nelle more eventualmente stipulato e/o stipulando tra la società aggiudicataria e l'Amministrazione resistente.

L'esponente ha articolato i seguenti motivi di diritto:

- Omessa esclusione dell'Autocarrozzeria Guarini di Lopresto Giuseppa per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 e 87 del D. Lgs. 50/2016; deduce la nullità del contratto di avvalimento per violazione degli artt. 83, 87 e 89 del D. lgs. 50/2016, nonché della lex specialis. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti, illogicità, carenza di istruttoria e difetto di motivazione;

- Omessa esclusione dell'Officina Jolly S.R.L.U.; la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 81 e 83 del D. Lgs. 50/2016 nonché della lex specialis per la mancata indicazione del codice PASSOE. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti, illogicità, carenza di istruttoria e difetto di motivazione;

- l’omessa esclusione delle ditte Autocarrozzeria Guarini di Lopresto Giuseppa e Officina Jolly S.R.L.U.. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 83 del D. Lgs. 50/2016 nonché della lex specialis per la mancata indicazione di un’officina nel raggio territoriale prestabilito;

- omessa esclusione delle ditte Autocarrozzeria Guarini S.r.l. e Officina Jolly S.r.l.u.. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 83 del D. Lgs. 50/2016 nonché della lex specialis per la carenza tecnica relativa al servizio di autosoccorso.

In sintesi, nel contestare l’ammissione, ha assunto che:

- la ditta Guarini non avrebbe prodotto la certificazione ISO 14001:2015, né la stessa sarebbe stata allegata dalla società DES al contratto di avvalimento;

- l’Officina Jolly s.r.l.u. non avrebbe presentato il “passoe” prescritto dalla lex specialis;

- entrambe le predette concorrenti non avrebbero indicato un’officina nel raggio territoriale prestabilito dall’Amministrazione e le loro offerte presenterebbero carenze tecniche relative al servizio di autosoccorso.

Si sono costituiti il Ministero della difesa e la controinteressata Autocarrozzeria Guarini s.r.l., contestando tutto quanto ex adverso dedotto perché infondato in fatto ed in diritto.

In particolare, la difesa dell’Amministrazione ha eccepito in via preliminare l’incompetenza territoriale del tribunale adito e l’inammissibilità del ricorso e della domanda cautelare per violazione dell’art. 120 commi 2 bis e 6 bis c.p.a.

All’udienza del 4 luglio la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso della possibilità di definizione immediata del giudizio ai sensi dell’art. 60 cpa.

2. Preliminarmente, deve essere esaminata l’eccezione di incompetenza territoriale sollevata dall’Amministrazione Pubblica.

Ha dedotto la difesa del Ministero che la competenza per gli atti gravati deve essere ascritta al TAR Lazio, in quanto emessi dall'Autorità Statale Centrale e connotati da un'efficacia meramente endoprocedimentale, ed in quanto così espressamente previsto dalla lex specialis per tutte le controversie.

Giova premettere che, ai sensi del primo comma dell'art. 13 del c.p.a., "sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede".

Orbene, secondo orientamento giurisprudenziale consolidato, il rapporto tra i due criteri di competenza territoriale previsti dal predetto art. 13, segue una logica di complementarietà e di reciproca integrazione: il criterio principale è quello della sede dell'autorità che ha adottato l'atto impugnato, ma nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un tribunale periferico, il criterio della sede cede il passo a quello dell'efficacia spaziale (Ad. Pl. 3/2013).

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che, nelle controversie concernenti le procedure ad evidenza pubblica, la competenza si determina in relazione al luogo di esecuzione dei lavori o dei servizi, da intendersi quale luogo di produzione degli effetti diretti dell'atto di gara, a prescindere dalla sede della Stazione Appaltante, dal luogo di svolgimento delle operazioni di gara o dalla sede dei partecipanti alla gara. Il criterio degli effetti diretti dell'atto prevarrebbe, in questo caso, su quello della sede (C. di St. 1647/2016; 1971/2014).

Nella fattispecie in esame, i provvedimenti impugnati sono relativi esclusivamente al lotto 1, che ha ad oggetto il servizio di manutenzione degli automezzi logistici della Marina Militare ubicati presso le strutture delle sedi di Taranto, Grottaglie e Brindisi.

Conseguentemente, ritiene il Collegio che la competenza nel caso di specie sia, ai sensi dell'art. 13 comma 1 c.p.a., inderogabilmente del TAR Lecce.

3. Ciò preliminarmente rilevato, si ritiene che l'infondatezza nel merito del giudizio in esame consente di prescindere dalla questione di ammissibilità del ricorso e della domanda cautelare per violazione dell'art. 120 commi 2 bis e 6 bis c.p.a.

3.1. Con il primo motivo, il ricorrente lamenta la mancata esclusione dell'Autocarrozzeria Guarini per non aver presentato la certificazione di qualità, nonché per irregolarità, legate alla certificazione ambientale, del contratto di avvalimento stipulato con la DES s.r.l.

La censura non può essere accolta.

Con riferimento al primo profilo, rileva il Collegio che, dalla documentazione versata in atti tanto dall'Amministrazione resistente quanto dalla controinteressata, è provato che l'Autocarrozzeria ha trasmesso la propria offerta in data 14 aprile 2018, priva della certificazione di qualità ambientale, a quella data ancora non rilasciata dalla competente autorità. E' altresì provato che la concorrente ha provveduto ad effettuare l'ulteriore deposito alle ore 9.58 del successivo 16 aprile, quando ancora non era spirato il termine, previsto dalla lex specialis (16 aprile 2018, ore 10:00), per la presentazione delle offerte.

Tanto determina, ovviamente, la incontestabile sussistenza del requisito richiesto dalla lex specialis sin dal momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, con consequenziale infondatezza del motivo.

In relazione al secondo profilo, si evidenzia che il disciplinare di gara, al paragrafo 3.2.C.2, prevede che "con riferimento ai requisiti relativi alla capacità professionale e tecnica, di cui di cui al precedente paragrafo 3.2.C, le certificazioni devono essere possedute … anche dalle ditte ausiliarie/subappaltatrici nel caso le stesse siano chiamate a svolgere il servizio di che trattasi".

Ancora, l'art. 6 del capitolato rubricato "Modalità di esecuzione", al punto 1 dispone che "I servizi richiesti dovranno essere erogati/eseguiti in qualificati Centri d'assistenza ubicati entro il raggio di 30 Km dalle città indicate al precedente Art. 1".

Dal quadro regolamentare come posto dalle condizioni della legge di gara deriva che la certificazione di qualità deve essere posseduta dalle ditte ausiliarie solamente nel caso in cui siano "chiamate a svolgere il servizio di che trattasi".

Ciò posto, premette il Collegio che, in forza dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., il provvedimento di ammissione può essere impugnato esclusivamente per questioni attinenti la valutazione dei "requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali", trattandosi di un rito super accelerato che persegue finalità deflattive del contenzioso, oltre che di buona amministrazione.

Orbene, nel caso di specie, è evidente che il possesso della certificazione di qualità da parte dell'impresa ausiliaria – che mette a disposizione dell'ausiliata un centro assistenza insistente in Brindisi – è materialmente necessario per l'esecuzione del contratto, e, come tale, è esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come condizione per la stipulazione del contratto. Conseguentemente, non può essere oggetto di verifica da parte della Commissione in sede di ammissione/esclusione dei concorrenti e, per l'effetto, nemmeno del giudizio che occupa.

La censura, oltre che inammissibile, si palesa infondata nel merito.

Infatti, come visto, detta certificazione deve essere posseduta solamente nel caso in cui l'ausiliaria dovesse effettivamente essere chiamata a svolgere il servizio.

Orbene, nel contratto di avvalimento, al punto 7, che peraltro si limita alla trasposizione dell'art. 89 comma 8 del D.Lgs. 50/16, si legge: "il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dall'impresa ausiliata, alla quale verrà rilasciato il certificato di esecuzione".

E' evidente che l'ausilio consiste nella messa a disposizione del locale e dell'attrezzatura necessaria allo svolgimento del servizio che, però, sarà svolto solo ed esclusivamente dall'ausiliata.

Correttamene dunque, e coerentemente in linea con le condizioni di gara (mai contestate), la Stazione Appaltante ha ritenuto di non escludere l'Autocarrozzeria Guarini.

3.2 Così superata in tesi la prima contestazione avanzata dalla ricorrente, deve essere esaminato il secondo motivo con il quale si deduce l'omessa esclusione dell'Officina Jolly per la mancata indicazione del codice PASSOE.

La censura è infondata.

Rileva il Collegio che Il PASSOE altro non è che lo strumento (elettronico) attraverso cui l'operatore economico può essere verificato per mezzo del sistema ACVPass, cosicché la stazione appaltante attraverso un'interfaccia web e la cooperazione applicativa dei vari enti certificanti può accedere in formato elettronico ai documenti posti a comprova delle dichiarazioni del concorrente.

Il Codice dei contratti - e in conformità con esso la lex specialis della gara in esame - non indica il possesso di tale strumento quale requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione dalla procedura concorsuale né lo stesso si configura, sotto il profilo operativo e funzionale, come elemento essenziale, incidente sulla par condicio dei concorrenti.

Da ciò consegue che la mancata produzione del PASSOE in sede di gara integra una mera carenza documentale e non anche un'ipotesi di irregolarità essenziale (c. di St. n. 4506/2017; 5485/2016; TAR Palermo 635/2018; TAR Lazio 7520/2016).

3.3 Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta l'omessa esclusione dell'Autocarrozzeria Guarini e dell'Officina Jolly per la mancata indicazione di un'officina nel raggio territoriale prestabilito.

In proposito, rileva il Collegio, conformemente a quanto già evidenziato con riferimento alla prima censura sollevata dall'esponente, che l'indicazione dell'officina non è prevista tra i requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale che occupa.

Invero essa attiene alla fase della esecuzione, essendo prevista esclusivamente dall'art. 6 del capitolato rubricato "Modalità di esecuzione".

Peraltro, entrambe le operatrici economici hanno presentato regolarmente tutta la documentazione amministrativa prescritta.

3.4 Anche l'ultimo motivo di ricorso non può essere accolto.

Il Consorzio Pars & Services lamenta l'omessa esclusione delle altre due concorrenti per la carenza tecnica relativa al servizio di autosoccorso.

Premesso che anche questa censura attiene alla fase esecutiva dell'appalto in esame, rileva comunque il Collegio che, nel documento di gara unico europeo, l'Officina Jolly ha indicato di aver rispettato tutti i criteri di selezione richiesti, e l'Autocarrozzeria Guarini ha dichiarato di essere iscritta alla Camera di Commercio di Taranto, iscrizione da cui si risulta che, tra i servizi svolti, c'è anche il soccorso stradale.

Peraltro, il controllo della veridicità delle dichiarazioni rese nell'ambito della gara, in forza dell'art. 85

comma 5 del Codice Appalti nonché dal paragrafo 6.2 del Disciplinare di gara, è demandato ad una fase successiva rispetto a quella in cui la Commissione dispone delle esclusioni ed ammissioni, e più precisamente alla fase che precede l'aggiudicazione.

Invero, il DGUE è stato introdotto dal nuovo codice con la finalità di semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sugli operatori economici ma anche sugli enti aggiudicatori, che potranno quindi effettuare i controlli di legge al momento in cui hanno scelto l'offerente cui aggiudicare l'appalto.

Pertanto, anche questa censura non può essere accolta.

4. Alla luce delle superiori considerazioni, tutte le contestazioni proposte dalla ricorrente appaiono infondate e per l'effetto la domanda annullatoria deve essere integralmente rigettata.

5. La particolarità della vicenda e la sussistenza dei presupposti di legge impongono di compensare tra le parti le spese di lite.

Tar Puglia – Lecce, I – sentenza del 17.07.2018 n. 1182

A Calabria *Gare - Bando e prezzo a base d'asta eccessivamente basso - Fattispecie

1.Con ricorso notificato in data 21 aprile 2018 la società Mellin spa ha impugnato l'atto meglio indicato in epigrafe riguardante la procedura negoziata indetta dall'Ospedale per la fornitura in somministrazione per anni tre di latte adattato per la UOC di Neonatologia da affidare con il criterio del prezzo più basso.

In particolare, vengono censurate le condizioni di fornitura nella parte in cui per il lotto 1 prevedono a base d'asta il prezzo complessivo di € 120,00 oltre IVA per l'approvvigionamento di durata triennale di n.6.000 litri di latte destinato alla primissima infanzia.

E' stata contestualmente impugnata la richiesta di offerta pubblicata sul sito del MEPA in data 13 aprile 2018 che fissa le modalità e il termine di presentazione delle offerte al 27 aprile 2018.

2.Il ricorso è articolato in quattro motivi.

Con il primo motivo è stata denunciata la violazione degli artt.3 lett. ii), 4, 95, 97 del D.Lgvo 50/2016; 3 e 97 della Costituzione, artt.3 e 6 L.241/90, nonché il vizio di eccesso di potere per illogicità, erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti. Ad avviso della ricorrente, la base d'asta sarebbe abnorme e distorsiva della competizione concorrenziale in quanto il prezzo su cui effettuare gli eventuali ribassi (€ 0,02 al litro) sarebbe meramente simbolico e fuori mercato al punto da trasformare l'appalto in oggetto in un contratto a titolo gratuito.

Con il secondo motivo la ricorrente ha lamentato la violazione degli artt.10 e 12 D.M.82/2009 Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali ("Regolamento concernente l'attuazione della direttiva 2006/141/CE per la parte riguardante gli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento destinati alla Comunità europea e all'esportazione presso Paesi terzi"). Ciò in ragione del fatto che la citata normativa di settore vieterebbe la vendita del latte per lattanti ad un prezzo basso o, come avvenuto, praticamente a titolo gratuito anche attraverso l'Istituto Ospedaliero.

Con il terzo e quarto motivo viene lamentata l'illegittimità delle condizioni di fornitura per violazione – sotto distinti profili - dell'art.26 comma 8 del D.Lgvo 81/2008 perché la base d'asta, così come formulata, non consentirebbe al potenziale concorrente di elaborare un'offerta tale da coprire i costi per la sicurezza e i costi del lavoro.

3.Rigettata la richiesta cautelare monocratica di misure urgenti per assenza delle condizioni previste dall'art.56 c.p.a., all'esito dell'udienza in camera di consiglio del 9 maggio 2018 il Collegio sospendeva l'efficacia dei provvedimenti impugnati ed ordinava incombenti istruttori a carico della stazione appaltante.

4. Con memoria depositata in data 31 maggio 2018 si costitutiva in giudizio l'Amministrazione intimata producendo gli atti amministrativi con cui per l'anno 2015 e 2016 la stessa aveva aggiudicato la fornitura di latte per l'infanzia ad un prezzo praticamente equivalente a quello contestato nel presente giudizio (€ 40,00 su base annuale), mentre non depositava la determinazione pubblicata in data 13 aprile 2018 su sito telematico con cui venivano fissate le "Condizioni di fornitura" per "la somministrazione, per anni tre, di latte adattato per la UOC di Neonatologia" come richiesto dall'ordinanza cautelare n. 71/18 di questo Collegio al fine di completare il quadro istruttorio. L'Ospedale dava comunque conto che l'appalto non era stato ancora aggiudicato, dovendosi ancora aprire le buste contenenti le offerte delle ditte partecipanti.

5.In vista dell'udienza di merito, le parti scambiavano memorie difensive e di replica.

6.All'udienza pubblica del 20 giugno 2018 il ricorso veniva discusso ed introitato per la decisione.

7.Il ricorso è fondato e va accolto.

8.L’esame della prima censura, incentrata sull’eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza della clausola del bando che ha estromesso la Mellin spa dalla partecipazione alla gara a causa della sostanziale antieconomicità della richiesta d’offerta, impone la preventiva verifica della legittimazione a ricorrere in capo all’operatore economico che, come la società in parola, non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara.

8.1.A tal proposito, il Collegio reputa che, alla stregua dell’attuale orientamento espresso dalla giurisprudenza sul tema, avallato di recente dalla sentenza n.4/18 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sussista in capo alla società ricorrente quella posizione soggettiva qualificata e differenziata che la legittima alla proposizione del ricorso.

Vero è che la regola generale rimane quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l’esito della medesima (cfr.sent.A.P.n.4/11),essendo soltanto a quest’ultimo riconoscibile una posizione differenziata rispetto alla moltitudine degli operatori economici potenzialmente interessati all’affidamento della commessa.

Vero anche che i bandi di gara e di concorso, al pari delle lettere di invito, vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell’interessato.

Purtuttavia, già con sentenza dell’Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014 n.9, la giurisprudenza amministrativa aveva convenuto di poter enucleare alcune eccezioni a queste due regole generali, individuando taluni casi in cui il bando di gara deve essere immediatamente impugnato, nonché ulteriori e peculiari fattispecie in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione.

8.2.In particolare, il tema della legittimazione al ricorso (o del titolo all’impugnazione) è stato declinato nel senso che tale legittimazione “deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione” e che “chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l’annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui res inter alios acta – venga nuovamente bandita”(A.P. 9/14 cit.).

E’ stato però sottolineato che a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando: i) si contesti in radice l’indizione della gara; ii) all’opposto, si contesti che una gara sia mancata, avendo l’amministrazione disposto l’affidamento in via diretta del contratto; iii) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

Per quanto qui rileva, nella categoria delle “clausole immediatamente escludenti” la giurisprudenza, da ultimo consolidatasi con la sentenza dell’Adunanza Plenaria 26 aprile 2018 n.4 (§ 16.5), ha annoverato: a) le ipotesi di regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, A.P., n. 3 del 2001; ovvero b) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero c) che prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta (Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); ovvero ancora d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; Cons.Stato sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293).

Le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l’atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara (v. § 16.5.1.).

8.3.In buona sostanza, il massimo organo della giustizia amministrativa, dopo aver esplorato una traiettoria esegetica non priva di oscillazioni, è riapprodato al principio fondamentale enunciato dall’Adunanza Plenaria n.4/11, secondo cui è legittimato ad impugnare gli atti della procedura di una gara solo chi vi ha partecipato, salvo, giustappunto, le predette eccezioni che elevano ad interesse meritevole di tutela la situazione soggettiva dell’operatore economico che, essendosi astenuto dal presentare l’offerta, sarebbe altrimenti portatore di in interesse di mero fatto a che la competizione venga nuovamente bandita (cfr. Cons. Stato, Sez. III, Sent. n.5113/2016).

9. Tornando alla vicenda contenziosa in essere, il Collegio non reputa inutile richiamare la distinzione - valorizzata anche dalla giurisprudenza meno recente (Cass. Civ. Sez. II 28 agosto 1993 n.9144) - tra vendita a prezzo vile e vendita a prezzo irrisorio o simbolico. L’esistenza di un divario, anche considerevole, tra il valore di mercato del bene venduto e il prezzo pattuito non è di per sé incompatibile con la causa del contratto di compravendita. La giurisprudenza di legittimità ha infatti avuto modo di precisare che nell’ipotesi in cui risulta concordato un prezzo obiettivamente non serio o perché privo di valore reale e perciò meramente apparente o simbolico o perché programmaticamente destinato nella comune intenzione delle parti a non essere pagato il contratto è

nullo per mancanza di un elemento essenziale; viceversa, nell'ipotesi in cui sia pattuito un prezzo di gran lunga inferiore all'effettivo valore di mercato del bene compravenduto o fornito, la conseguenza non sarà l'invalidità del contratto per difetto di causa ma una diversa qualificazione giuridica della fattispecie negoziale, che potrà essere ascritta a seconda dei casi a diverse categorie negoziali (es. donazioni indirette o negozi misti a donazione; cfr. Cass. Civ. Sez. I 04.11.2015 n.22567 citata dalla società ricorrente).

Sulla scorta di queste considerazioni, il Collegio ritiene che il prezzo posto dalla Stazione appaltante a base d'asta, se e nella misura in cui venga dimostrata la sua eccentricità al ribasso rispetto ai prezzi di mercato e quindi la sua natura "simbolica", esoneri l'operatore economico di turno dal poter o dover proporre la domanda di partecipazione alla gara, presentando un'offerta economica destinata ad essere ineludibilmente esclusa perché caratterizzata da un prezzo superiore all'importo determinato dall'Amministrazione.

10.L'avviso pubblicato dall' Ospedale viene impugnato perché impone condizioni negoziali tali da rendere il rapporto contrattuale economicamente non conveniente e "matematicamente" in perdita, come puntualmente dimostrato dalle argomentazioni difensive della Mellin spa.

La ricorrente lamenta infatti con il primo motivo di ricorso come il prezzo di € 120,00 posto dalla Stazione appaltante a base d'asta per la fornitura triennale di 6000 litri di latte (0,02 centesimi al litro) sia puramente simbolico, dato che il prezzo di mercato al dettaglio è mediamente di circa € 5 al litro (cfr.all.5 parte ricorrente) e cioè ben 250 volte superiore a quello "proposto" dall'Amministrazione resistente, con la conseguenza che il prezzo posto a base d'asta rende impossibile la partecipazione alla gara della ricorrente dal momento che quest'ultima dovrebbe offrire il proprio prodotto sotto costo, per non dire gratuitamente.

La censura va condivisa.

Confermando il giudizio espresso in sede cautelare, il Collegio ritiene che la convincente ricostruzione dei costi illustrata dalla società ricorrente evidenzi che, nel caso concreto, l'ostacolo alla partecipazione alla gara abbia natura obiettiva e non meramente soggettiva (o di mera opportunità).

Che il prezzo posto a base di gara sia oggettivamente fuori mercato lo dimostra, in prima battuta, il fatto stesso che l'Ospedale resistente non si sia peritato di provare il contrario.

Tale prezzo, a differenza di altri casi di cui si è occupata la recente giurisprudenza (cfr.TAR Veneto sent.n.212/17), è infatti macroscopicamente incongruo ed irragionevole, dato che, come efficacemente

dimostrato a pag.5 del ricorso “il solo prezzo medio dei recipienti necessari a contenere 6000 litri di latte (2.400 euro) - è di 20 volte superiore alla base d’asta (120 euro-2.400/120=20), mentre come si è sopra precisato “il prezzo al dettaglio del latte è mediamente di circa 5 euro al litro (tale dato si può agevolmente ricavare dalla lista di Altroconsumo –doc.5) e il prezzo a base d’asta è di 250 volte inferiore rispetto a quello di dettaglio” (pag.6 ricorso).

Ne deriva che coglie nel segno la difesa della ricorrente laddove afferma che l’abnorme base d’asta fissata viola il principio della concorrenza effettiva fissato dall’art.95 comma 1 del codice degli appalti (“i criteri di aggiudicazione garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva”), nella misura in cui incoraggia il singolo partecipante a formulare non l’offerta migliore ma quella meno seria.

11. Va aggiunto che il dato numerico caratterizzante la richiesta di fornitura (6000 litri di latte per tre anni per un corrispettivo di €120) è pacifico, tanto è vero che l’Ospedale resistente si è difeso contrapponendo non tanto l’erroneità del calcolo matematico effettuato dalla ricorrente per dimostrare l’incongruità del prezzo per un litro di latte, quanto una prassi fino a quel momento invalsa e ritenuta per ciò solo trasparente e concorrenziale (cfr. docc.4-5 di parte ricorrente).

In altri termini, ad avviso dell’Ospedale, il prezzo a base d’asta sarebbe congruo e conseguentemente remunerativo perché in passato “si è fatto sempre cosi” e gli stessi quantitativi di latte sono stati aggiudicati ed eseguiti ad €40 all’anno senza contestazioni da parte di alcuno.

E’ del tutto evidente che simile ragionamento debba essere necessariamente rimeditato.

Nei limiti consentiti dall’economia processuale del presente giudizio, il Collegio osserva che l’appalto per la fornitura del latte sostitutivo di quello materno presenta profili problematici di una certa peculiarità che, data la natura sensibile dell’oggetto della fornitura stessa, impattano sulla corretta applicazione del principio generale della concorrenza (art.30 D.Lgvo 50/16). Le esigenze sottese a questo tipo di affidamento sono quelle di non individuare un unico fornitore, di avere un prezzo non simbolico, di non favorire una marca rispetto ad un’altra e di garantire la libera concorrenza e la parità di trattamento, garantendo l’effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati.

Allo scopo di soddisfare tali esigenze, rispondenti a fondamentali principi di derivazione eurounitaria, le stazioni appaltanti sono chiamate a porre in essere tutti gli accorgimenti tecnici utili a mantenere il mercato nell’ assetto più concorrenziale possibile, ricorrendo ad esempio alla rotazione tra i fornitori, indicando un range di prezzo (minimo-massimo) con scarto limitato, riuscendo ad ottenere dall’industria confezioni ospedaliere diverse da quelle previste per la grande distribuzione ed assicurando la qualità del prodotto

attraverso un’offerta che tenga conto del divieto stabilito dall’art.12 D.M. 82/2009 che inibisce la distribuzione a qualsiasi titolo di quantità gratuite o a basso prezzo di alimenti per neonati.

Ciò si traduce nell’impegno da parte delle stazioni appaltanti di verificare attentamente la congruità economica della richiesta di approvvigionamento del prodotto da rivolgere al mercato che non deve naturalmente provocare la presentazione di offerte anomale a causa di prezzi posti a base di gara già di per sé anomali. L’obiettivo finale deve, infatti, essere quello di apprezzare offerte serie ed attendibili, in quanto tendenzialmente coincidenti con il prezzo indicato, stringendo le maglie ad eccessivi e susseguenti ribassi.

12.I dati raccolti a cura di parte ricorrente presso diverse fonti ufficiali, in sintonia coi principi appena indicati, conducono ad una elaborazione di prezzi superiori a quello unitario scelto dall’Ospedale a base di gara (€ 0,02 per un litro di latte) e costituiscono un serio indizio della sua irragionevolezza, che avrebbe dovuto essere smentito dalla dimostrazione di una approfondita e adeguata istruttoria da parte della stazione appaltante, il che stando agli atti di causa, non è avvenuto.

L’ordine di produzione della determinazione pubblicata il 13 aprile 2018, con la quale erano state approvate le condizioni per la fornitura, che pur avrebbe consentito all’Ospedale resistente di argomentare la congruità della motivazione circa i criteri di determinazione del prezzo a base d’asta mediante il rinvio per relationem a quel documento è rimasto ineseguito.

L’aver disatteso l’incombente istruttorio, oltre a costituire argomento di prova ex art.64 c.p.a. a carico di parte resistente, avvalora la circostanza che la decisione di indire la gara non è stata preceduta da alcuna istruttoria sulla congruità del corrispettivo che non fosse quella di un rapido quanto superficiale raffronto con il corrispettivo sulla base del quale si era aggiudicata la gara precedente. Costituisce anzi un rilievo ampiamente sintomatico il fatto che la base d’asta sia identica a quella di cui alle gara svoltasi nell’anno 2015 e 2016, nonostante il fisiologico aumento dei prezzi di cui non si è dato conto nemmeno sotto l’aspetto statistico.

13. Nel vigente codice dei contratti pubblici non si rinviene una disposizione espressa che prescriva l’obbligo da parte delle stazioni appaltanti di porre a base d’asta un prezzo necessariamente remunerativo o di inserire clausole (ovviamente non discriminatorie) che possano produrre un effetto di non remunerativitá dell’opera prestata per il servizio, la fornitura o il lavoro eseguito.

Benché la previsione si riferisca alla diversa fase della verifica dell’anomalia dell’offerta e non al contenuto del bando o dell’avviso di gara l’art.97 comma 5 del D.Lgvo 50/16 è l’unica previsione che possa fare da parametro di legittimità della base d’asta fissata dalla lex specialis, stabilendo che la stazione appaltante

“esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto… a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3;b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105;

1. c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d)il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”.

Essa infatti esprime il principio cardine nella disciplina del nuovo codice degli appalti per cui le stazioni appaltanti debbano garantire la qualità delle prestazioni, non solo nella fase di scelta del contraente (art. 97 in tema di esclusione delle offerte anormalmente basse), ma anche nella fase di predisposizione dei parametri della gara (art. 30, co. 1 D.Lgvo 50/2016).

Il potere discrezionale della P.A. di definire l’importo a base d’asta non è dunque libero od assoluto, ma è sindacabile attraverso il parametro della logicità e ragionevolezza dell’azione amministrativa nella misura in cui non viene contestualizzato o filtrato attraverso una corretta analisi di mercato ed una attenta valutazione dei prezzi.

La determinazione del prezzo d’asta può essere “criticata” ed il prezzo di gara dev’essere necessariamente collegato a quello di mercato quando determini un’effettiva alterazione della concorrenza o, come è accaduto nella vicenda de qua, quando ingeneri una falsa rappresentazione della concorrenza producendo effetti deleteri per il mercato, ancor più pericolosi in quanto destinati a durare nel tempo (cd. effetto “àncora” –cfr.pag.6 memoria Mellin spa del 4 giugno 2018).

Sulla necessità di determinare la base d’asta facendo riferimento a criteri verificabili, anche in relazione alle componenti degli oneri della sicurezza e del costo del lavoro, il Collegio ritiene utile richiamare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 agosto 2017 n. 4081, per cui la base d’asta stessa “seppure non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168)”.

Nel caso deciso, il Giudice del grado di appello aveva stabilito che è possibile contestare da parte di qualunque operatore economico l’importo a base d’asta troppo alto. E’ del tutto evidente, se non altro per simmetria argomentativa, che la conclusione non cambi se ad essere contestato, come nell’ipotesi in esame, sia il prezzo troppo basso.

14. Un’ultima riflessione merita la questione relativa al diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento dell’appalto “a titolo gratuito” che il Collegio non intende rinnegare a priori, se non altro per alcune categorie di affidamenti quali gli appalti pubblici di servizi (cfr. sent. Cons. Stato sez.V n.4614/17) o di lavori (art.20 D.Lgvo n.50/16), laddove alla previsione di un prezzo “simbolico” o addirittura “nullo” può effettivamente corrispondere un’utilità economica in senso lato (ad esempio il ritorno di immagine) diversa da quella meramente finanziaria.

Per quanto riguarda l’appalto di forniture, qualsiasi ne sia l’oggetto, si osserva peraltro che l’eventuale gratuità della causa può essere ugualmente dedotta e valorizzata dalle Amministrazioni aggiudicatrici solo qualora venga ricondotta ai “tipi” contrattuali espressamente previsti dall’ordinamento (es. contratto di sponsorizzazione ex art.19 D.lgvo 50/16) e ciò proprio al fine di scongiurare scelte non del tutto trasparenti che finiscano per tramutare affidamenti formalmente onerosi in affidamenti sostanzialmente gratuiti e quindi sine causa.

15.L’accoglimento del primo motivo di ricorso consente di ritenere assorbiti tutti gli altri con la precisazione che le deduzioni difensive di parte ricorrente sono condivisibili anche nella parte in cui colgono l’esatta portata interpretativa dell’art.12 comma 5 del DM n.82/2009, la cui ratio è quella di consentire donazioni o vendite a basso prezzo di latte in favore di soggetti diversi da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori ed in un contesto estraneo a dinamiche economico-concorrenziali.

16.Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

Tar Calabria – Reggio Calabria, I – sentenza del 16.07.2018 n. 418

A Sicilia - Ambiente e territorio - Bonifica di siti inquinati - Processo - Sopravvenuta carenza di interesse al ricorso

1. - Con il ricorso in epigrafe, ritualmente notificato e depositato, la RM - Raffineria di Milazzo S.C.p.A., premettendo di essere tra le raffinerie più complesse d’Europa, ha esposto:

1) che, in data 4.6.2009, durante le attività di esecuzione del Piano di Caratterizzazione delle aree di sua proprietà, in occasione di un sopralluogo ed un campionamento congiunto, eseguiti in ottemperanza alle prescrizioni del Decreto Direttoriale del 16.4.2008 del Ministero dell’Ambiente, alla presenza di un delegato dell’ARPA – Agenzia Regionale per la Protezione dell’Ambiente, ha rinvenuto, in terreni di sua proprietà, siti in zona A4, mai prima presidiati e che, di recente, aveva provveduto a recintare, la presenza di rifiuti,

presumibilmente di tipo RSU, alla profondità di 0,5-2 m;

2) di aver prontamente, con note del 10.6.2009 e del 29.6.2009, informato le competenti autorità locali e non, tra cui il Ministero dell'Ambiente, dell'avvenuto rinvenimento, manifestando di aver già avviato delle indagini tese ad accertare "gli aspetti qualitativi e quantitativi relativi ai materiali rinvenuti e per la definizione della successive azioni, in accordo a quanto previsto dal D.Lgs. 152/2006, che Vi saranno tempestivamente comunicate";

3) che il Ministero, con nota del 10.7.2009, "nel precisare che ai sensi dell'art.192 del Titolo Primo, della Parte Quarta del D.Lgs. n. 152/2006 è fatto divieto di abbandono e di deposito incontrollato di rifiuti sul suolo e nel suolo", la diffidava alla rimozione, all'avvio del recupero e allo smaltimento e ripristino dello stato dei luoghi, nonché all'ottemperanza, entro trenta giorni, di una serie di osservazioni/prescrizioni;

4) che, con racc. a./r. del 21.7.2009, ribadiva che, verosimilmente, detti rifiuti erano stati depositati "da persone estranee a questa Società, in epoca imprecisata, anche in considerazione del fatto che l'area ove ha avuto luogo il rinvenimento, pur appartenendo a questa Società, non è mai stata interessata da attività industriali...;

5) di aver comunque trasmesso copia della relazione descrittiva e propedeutica all'intervento di rimozione, predisposta dalla Società Foster Wheeler Italia Environmental Division, dalla medesima a tal uopo interpellata, rappresentando che lo stesso sarebbe stato, il prima possibile, intrapreso;

6) che, dal suddetto studio, si evinceva in particolare che, proprio in considerazione del fatto che l'area interessata, pur essendo di sua proprietà "è situata al di fuori del perimetro fiscale della Raffineria di Milazzo SCpA", in un settore dello stabilimento esterno, non utilizzato per l'attività produttiva e non risultava possibile "né la datazione né l'attribuzione a chicchessia di quanto rinvenuto";

7) che, con successiva nota del 7.8.2009, indirizzata a tutte le PP.AA. interessate, precisava che i rifiuti rinvenuti si erano rivelati appartenere esclusivamente alla categoria di quelli solidi urbani, con qualche presenza anche di rifiuti edili e posto che la Raffineria "smaltisce i rifiuti industriali e i pochi domestici derivanti dalle attività di ufficio nelle forme di legge, con conseguenti significativi oneri", alla medesima giammai avrebbero potuto essere imputati quelli abbandonati oggetto di casuale rinvenimento, che non potevano che attribuirsi all'opera di terzi e che peraltro "non potevano essere visibili in quanto ricoperti da terreno naturale";

8) di essersi comunque diligentemente operata fornendo al Ministero i dettagli delle analisi eseguite, significava di non poter essere chiamata a rispondere del lamentato abbandono o deposito incontrollato di rifiuti sulla propria area e che, quindi, non avrebbe potuto essere nemmeno ritenuta destinataria delle prescrizioni impartite dal Ministero al fine di provvedere alla loro rimozione, smaltimento e ripristino dello stato dei luoghi;

9) che, per tali ragioni, aveva dunque sospeso qualunque ulteriore azione sull'area in questione "in attesa delle necessarie attività di accertamento del terzo ignoto autore del fatto" attendendo, alla luce dei chiarimenti forniti e sulla scorta delle risultanze delle indagini eseguite, la revoca delle prescrizioni in precedenza impartite a carico della medesima dall'Amministrazione;

10) che, tuttavia il Ministero, pur alla luce, dei chiarimenti e delucidazioni forniti, con nota prot. n. 18773 del 15.9.2009, ribadiva le prescrizioni già impartite alla ricorrente con la precedente nota del 10.7.2009, contestandone la perdurante inottemperanza e, invocando gli artt. 192, 245, c. 2, e 242 del D.Lgs. n. 152/2006, diffidava la Raffineria di Milazzo ad ottemperare alle prescrizioni già impartite, entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento ed a trasmettere un documento di recepimento delle stesse.

Tanto premesso in punto di fatto, la Raffineria di Milazzo ha impugnato tale ultimo provvedimento, nonché quelli ad esso presupposti, chiedendone l'annullamento e spiegando i seguenti motivi di ricorso:

1. I) "Nullità ex art. 21 septies L.n. 241/1990 per Difetto assoluto di Attribuzione e/o Incompetenza Assoluta: Violazione dell'art. 244 della L. n. 152/2006" per essere il Ministero resistente, nella fattispecie in esame, del tutto incompetente.

1. II) "Violazione e falsa applicazione degli artt. 192, 245, comma 2, e 242 del D. Lgs. n. 152/2006 - Eccesso di potere per errato esercizio dell'azione amministrativa, manifesta irragionevolezza e perplessità - Difetto di istruttoria" poiché il Ministero dell'Ambiente avrebbe illegittimamente adottato i provvedimenti impugnati nei confronti della Raffineria (e non di altri enti e/o soggetti) sol perché detto ritrovamento è avvenuto su terreni di sua proprietà, in assenza, tuttavia, di alcun comportamento doloso, o quanto meno colposo, alla medesima imputabile.

III) "Violazione e falsa applicazione delle gli artt. 192, 245, comma 2, e 242 del D. Lgs. n. 152/2006 sotto altro profilo - Difetto di istruttoria" in quanto nessun accertamento, neanche sommario, men che meno in contraddittorio con la ricorrente, sarebbe stato condotto nella specie dal Ministero dell'Ambiente, che avrebbe da subito appurato che la tipologia dei rifiuti rinvenuti (di tipo urbano e non già industriale) giammai poteva ritenersi riconducibile all'attività espletata dalla Raffineria.

1. IV) “Violazione e falsa applicazione delle gli artt. 192, 245, comma 2, e 242 del D. Lgs. n. 152/2006n nonché degli artt. 3, 7, e 8 di cui alla L. n. 241/1990 – Violazione delle garanzie partecipative – Carenza di motivazione” in quanto l’Amministrazione resistente non avrebbe dato modo alla ricorrente di fornire il proprio fattivo apporto collaborativo teso a rintracciare l’effettivo responsabile dell’abbandono dei rifiuti inquinanti, poi in seguito identificatosi nell’ente comunale.

1. - Si è costituito il Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare depositando documenti.

19. - Con memoria, depositata il 19.12.2018, il predetto Ministero ha chiesto che il ricorso sia dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Ciò in conseguenza dei seguenti atti:

- conferenza di servizi decisoria del 27.2.2012 con la quale, dopo avere svolto i necessari accertamenti sulla natura dei rifiuti (urbani) e sull’uso pubblico dell’area, è stato chiesto al Comune di Milazzo di rimuove i rifiuti solidi urbani.

- conferenza di servizi istruttoria del 23.5.2013: con la quale “Le amministrazioni presenti concordano con gli esiti dell’istruttoria condotta sulla documentazione in esame e richiedono al Comune di Milazzo di presentare idonea proposta di rimozione dei rifiuti presenti nell’area in esame”;

- conferenza di servizi istruttoria del 6.5.2014 ed ulteriormente sollecitata con nota prot. n. 30493/TRI del 27.11.2014;

- conferenza di servizi istruttoria del 16.11.2015, con cui è stato ritenuto approvabile il progetto di rimozione dei rifiuti presentato dal Comune di Milazzo.

28. - Con memoria di replica del 28.2.2108 la società ricorrente ha sostenuto che l’adozione dei sopra citati atti non potrebbe condurre ad una pronuncia di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse in quanto il Ministero resistente, sebbene più volte sollecitato in tale senso e pur avendo ammesso la sussistenza della responsabilità, in via esclusiva, in capo all’ente comunale (che, con reiterati provvedimenti di immissione, in via temporanea ed urgente, ha occupato le aree di proprietà della ricorrente per procedere allo smaltimento dei rifiuti poi rinvenuti), non avrebbe inteso annullare in autotutela l’ordinanza di rimozione dei rifiuti emessa, quindi, ingiustamente in suo danno.

Ha dunque insistito per l'accoglimento del ricorso con condanna del resistente al pagamento di spese e compensi di difesa.

1. - Alla pubblica udienza del 22 marzo 2018 il ricorso è stato discusso e, quindi, trattenuto in decisione.

1. - Il Collegio ritiene necessario evidenziare come, a prescindere dai riferimenti contenuti nell'ultima memoria del Ministero resistente, quest'ultimo non ha proceduto all'annullamento del provvedimento impugnato e nemmeno ha dimostrato in maniera convincente che il sopravvenire delle sopra citate conferenze di servizi sia suscettibile di determinare il venir meno di un interesse all'annullamento di detto provvedimento.

Invero, secondo un costante orientamento giurisprudenziale, dal quale non v'è motivo di discostarsi, la concreta individuazione dei casi di sopravvenuta carenza di interesse al ricorso deve essere condotta secondo criteri rigorosi, in modo che la declaratoria di improcedibilità non si traduca in una sostanziale elusione dell'obbligo di pronunciarsi sulla domanda del ricorrente (Consiglio di Stato Sez. IV, 14/04/2014, n. 1825). È peraltro noto che la declaratoria di improcedibilità può essere pronunciata al sopravvenire di una situazione di fatto o di diritto che muti radicalmente la situazione esistente al momento della proposizione del ricorso e che sia tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza (Cons. di Stato, Sez. V, Sentenza n. 3138 del 23/06/2014), circostanze queste ultime la cui esistenza non è stata dimostrata.

Ciò premesso, è possibile esaminare nel merito il ricorso in epigrafe anticipando sin d'ora come quest'ultimo sia da accogliere risultando fondati i vizi di violazione degli artt. 192, 245, comma 2, e 242 del D.Lgs. n. 152/2006 e di difetto di istruttoria.

L'art. 192 del D.Lgs. n. 152/2006 (Codice dell'Ambiente) in materia di "Divieto di abbandono" stabilisce che:

"1. L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati.

2. È altresì vietata l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee.

3. Fatta salva l'applicazione delle sanzioni di cui agli articoli 255 e 256, chiunque viola i divieti di cui ai

commi 1 e 2 è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo...".

Con riferimento all'interpretazione della suddetta disposizione, costituisce orientamento giurisprudenziale consolidato quello per cui:

4. a) "l'imputabilità delle condotte di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti sul suolo in capo al proprietario o di chiunque abbia la giuridica disponibilità del bene, presuppone necessariamente l'accertamento in capo a quest'ultimo di un comportamento doloso o colposo, nei limiti dell'esigibilità, non ravvisando la disposizione dell'art. 192, D.Lgs. n. 152 del 2006 (Codice dell'ambiente) un'ipotesi legale di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, con conseguente esclusione della natura di obbligazione propter rem dell'obbligo di ripristino del fondo a carico del titolare di un diritto di godimento sul bene" (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 4.10.2017, n. 1569; Cons. Stato, sez. IV, 25.07.2017, n. 3672; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 18.09.2017, n. 2190);

7. b) in caso di rinvenimento di rifiuti abbandonati da parte di terzi ignoti, il proprietario del fondo non può essere chiamato a rispondere della fattispecie di abbandono (o deposito incontrollato) di rifiuti sulla propria area se non viene individuato a suo carico l'elemento soggettivo del dolo o della colpa" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 7.06.2017, n. 3081).

23. c) l'art. 192 del D.Lgs. n. 152 del 2016 (Codice dell'ambiente) non consente di ritenere automaticamente responsabile il proprietario dell'area su cui sono stati abbandonati i rifiuti, salvo l'emersione di una colpa dello stesso che può anche essere vista nella trascuratezza, superficialità o anche indifferenza dello stesso che nulla abbia fatto e non abbia adottato alcuna cautela volta ad evitare che vi sia in concreto l'abbandono dei rifiuti" (T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 23.05.2017, n. 952).

21. d) conseguentemente, l'imputabilità quantomeno a titolo di colpa è circostanza che i soggetti preposti al controllo sono tenuti ad appurare prima di imporre l'obbligo di rimozione, smaltimento o avvio al recupero dei rifiuti al proprietario o a coloro che comunque risultino nella disponibilità del fondo (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 21.09.2017, n. 981);

18. e) ne deriva che, "è illegittimo un ordine, ex art. 192, comma 3, D.Lgs. n. 152 del 2006 (Codice

dell'ambiente), rivolto ai proprietari di procedere alla rimozione e smaltimento dei rifiuti presenti sul suolo, adottato in assenza di istruttoria in ordine alla riconducibilità degli sversamenti a comportamenti anche solo colposi dei medesimi proprietari" (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 18.07.2017, n. 1639), "da effettuare in contraddittorio con gli interessati" (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 11.05.2017, n. 749; Cons. Stato, sez. IV, 4.05.2017, n. 2027).

Come dedotto dalla società ricorrente, la tipologia di rifiuti rinvenuti - meramente urbani e non già industriali, fa sì che essi non potessero ritenersi "per nulla riconducibili" all'attività svolta dalla Raffineria.

Il Ministero dell'Ambiente ha adottato il provvedimento impugnato senza considerare la natura dei rifiuti rinvenuti, come dallo stesso confermato successivamente e anche da ultimo, nel corso delle varie conferenze di servizi successivamente tenute ed ha illegittimamente adottato i provvedimenti impugnati nei confronti della Raffineria di Milazzo sol perché detto ritrovamento è avvenuto su terreni di sua proprietà, in assenza, tuttavia, di alcun comportamento doloso, o quantomeno colposo, alla medesima imputabile.

Peraltro nessuna attività istruttoria è stata condotta nel caso di specie dal Ministero intimato, che avrebbe in tal modo potuto appurare, come del resto successivamente confermato in sede di conferenza di servizi, che la tipologia dei rifiuti rinvenuti (di tipo urbano e non già industriale), non avrebbe potuto essere ricondotta all'attività espletata dalla società ricorrente.

Da quanto fin qui esposto discende che, in accoglimento del secondo e del terzo motivo, assorbita ogni altra censura, il ricorso va accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

Tar Sicilia – Catania, I – sentenza del 16.07.2018 n. 1495