

3

Marzo 2022

IL MERITO

MENSILE DI GIURISPRUDENZA

Condotta antisindacale e libera scelta del datore delle sigle firmatarie del contratto collettivo

Whatsapp, posti di blocco e interruzione di pubblico servizio

L'accesso civico generalizzato



LOCAZIONI IN CONDOMINIO

*Guida completa alle destinazioni d'uso abitativo
e commerciale del patrimonio condominiale*

La Guida del Sole 24 Ore analizza compiutamente i rapporti tra proprietari, conduttori e condominio, i diritti e doveri dei conduttori, la ripartizione delle spese, il recesso anticipato, la garanzia dell'immobile, in ciò dando contezza di tutte le possibili locazioni: dal locale portineria al lastrico solare per l'installazione d'impianti di telefonia mobile o di produzione di energia da fonti rinnovabili, dalle facciate per finalità pubblicitarie alle "transitorie" e "brevi" per finalità turistiche, fino a quelle di carattere domestico come B&B, affittacamere, locande, pensioni e molto altro.

IN EDICOLA DAL

15

MARZO

CON IL SOLE 24 ORE A

9,90*€

*Oltre al prezzo del quotidiano

OPPURE ONLINE:

offerte.ilssole24ore.com/locazioniincondominio

OFFERTA VALIDA IN ITALIA FINO AL 29 APRILE 2022

Il Sole

24 ORE



CIVILE

Non è condotta antisindacale escludere dalla trattativa il sindacato privo dei requisiti minimi ex art. 19 Statuto dei Lavoratori

Tribunale di Busto Arsizio, Civile, Sentenza 24 gennaio 2022

PAG. 6

Condotta antisindacale e libera scelta del datore delle sigle firmatarie del contratto collettivo

di Andrea Pagnotta e Marco Proietti

PAG. 9

Il rapporto difensore/ assistito si configura come rapporto tra professionista e consumatore e non rientra nell'ambito applicativo della negoziazione assistita

Tribunale di Brindisi, Civile, Sentenza 11 gennaio 2022, n. 33

PAG. 11

Improcedibilità dell'azione per mancato esperimento della procedura di negoziazione assistita

di Andrea Pagnotta e Marco Proietti

PAG. 15

Il ruolo della buona fede nell'ambito del rapporto di lavoro

Tribunale di Sassari, Civile, Sezione L, Sentenza 1° giugno 2021, n. 200

PAG. 17

Buona fede e correttezza nell'esercizio del potere disciplinare di Elisa Caggiari

PAG. 21

L'Osservatorio sul Merito

PAG. 25



PENALE

Non è interruzione di pubblico servizio segnalare su whatsapp i posti di blocco delle Forze di polizia

Tribunale di Genova, Penale, Decreto 15 Novembre 2019

PAG. 34

Whatsapp, posti di blocco ed interruzione di pubblico servizio

di Nicola Scodnik

PAG. 37

L'Osservatorio sul Merito

PAG. 39

Sommario

€ AMMINISTRATIVO

Legittimo il diniego di accesso agli atti non ancora formati

Tribunale Amministrativo Regionale della LOMBARDIA - Brescia, Sezione 2, Sentenza 3 dicembre 2021, n. 1015

PAG. 46

L'accesso civico generalizzato

di Camilla Insardà

PAG. 49

Decadenza dagli incentivi per energia da fonti rinnovabili

Consiglio di Stato, Sezione 4, Sentenza 28 gennaio 2022, n. 619

PAG. 54

Incentivi per l'energia da fonti rinnovabili: il funzionamento del meccanismo della conversione della decadenza dalla qualifica IAFR nella riduzione dell'incentivo

di Marta Iacopini

PAG. 59

L'Osservatorio sul Merito

PAG. 62

Il Merito

Mensile di giurisprudenza

Direttore responsabile: Ennio Bulgarelli

Coordinamento editoriale: Fulvia Paola De Sanctis

Redazione: Daniela Giovannoni

(d.giovannoni@ilsole24ore.com) 06.30227630 -

Piazza dell'Indipendenza 23 B/C - 00185 Roma

Comitato di redazione: Camilla Insardà, Rosa Iovino, Marco Proietti, Nicola Scodinik

Proprietario ed Editore Il Sole 24 ORE Spa

Sede legale e Direzione Viale Sarca n. 223,

20125 Milano. Registrazione Tribunale di

Avezzano n. 171 del 29 luglio 2003.

Presidente: Edoardo Garrone

GRUPPO 24ORE

Vicepresidente: Carlo Robiglio

Amministratore Delegato: Giuseppe Cerbone

Servizio Clienti Periodici Piazza dell'Indipendenza 23 B/C, 00185 Roma.

Tel. 02/30.300.600, Fax 06 30225400 oppure

02 30225400

Concessionario esclusiva di pubblicità: Il

Sole24Ore S.p.A. System - Direzione e

amministrazione Viale Sarca n. 223, - 20125

Milano - Tel. 02.3022.1; fax 02.3022.3214 - e-

mail:

segreteria@direzionedigitale.ilsole24ore.com.

Il Sole 24 ORE S.p.A. Tutti i diritti sono riservati.

Nessuna parte di questa rivista può essere riprodotta con mezzi grafici e meccanici quali la fotocopione e la registrazione. Manoscritti e fotografie, su qualsiasi supporto veicolati, anche se non pubblicati, non si restituiscono.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato.

La versione digitale de Il Merito

www.guidaaldiritto digitale.ilsole24ore.com

Questo numero è stato chiuso in redazione il 16 marzo 2022



Civile

LAVORO

LA SENTENZA

Non è condotta antisindacale escludere dalla trattativa il sindacato privo dei requisiti minimi ex art. 19 Statuto dei Lavoratori

Tribunale di Busto Arsizio, Civile, Sentenza 24 gennaio 2022

PAG. 6

Condotta antisindacale e libera scelta del datore delle sigle firmatarie del contratto collettivo

di Andrea Pagnotta e Marco Proietti

PAG. 9

NEGOZIAZIONE ASSISTITA

LA SENTENZA

Il rapporto difensore/ assistito si configura come rapporto tra professionista e consumatore e non rientra nell'ambito applicativo della negoziazione assistita

Tribunale di Brindisi, Civile, Sentenza 11 gennaio 2022, n. 33

PAG. 11

IL COMMENTO

Improcedibilità dell'azione per mancato esperimento della procedura di negoziazione assistita

di Andrea Pagnotta e Marco Proietti

PAG. 15

LAVORO

LA SENTENZA

Il ruolo della buona fede nell'ambito del rapporto di lavoro

Tribunale di Sassari, Civile, Sezione L, Sentenza 1° giugno 2021, n. 200

PAG. 17

IL COMMENTO

Buona fede e correttezza nell'esercizio del potere disciplinare

di Elisa Caggiari

PAG. 21

L'Osservatorio sul Merito

PAG. 25

Non è condotta antisindacale escludere dalla trattativa il sindacato privo dei requisiti minimi ex art. 19 S.L.

*(omissis)***OSSERVA**

con ricorso ex art. 28, L. 300/70 (...) - Linate ha chiesto di ordinare a (...) S.p.A. (di seguito per brevità (...)) la cessazione della condotta antisindacale consistente "...nella limitazione della libertà sindacale di (...) e della sua attività negoziale in rappresentanza dei propri iscritti conseguente alla pretesa della convenuta di escludere la (...) dal tavolo delle trattative in base al proprio arbitrario giudizio circa la sua effettiva rappresentatività o mancata sottoscrizione di un accordo sindacale applicato; nell'aver escluso (...) dal tavolo di tutti gli incontri tenutisi con le altre OO.SS. per la contrattazione di secondo livello quantomeno per quel che è dato sapere nei recenti mesi di settembre, ottobre e novembre 2021...".

Ha concluso chiedendo di adottare ogni provvedimento idoneo ad elidere gli effetti di tale condotta ed in particolare di "...ordinare alla convenuta di ammettere (...) e Linate al tavolo delle trattative in corso per il rinnovo del premio aziendale e dei tickets e del welfare e per la stabilizzazione dei lavoratori precari e per i passaggi da part-time a full-time e ordinare in particolare a (...) S.p.A. di convocare (...) in tutti i prossimi incontri per le contrattazioni di secondo livello; Ordinare a (...) S.p.A. di astenersi in futuro dall'escludere (...) da qualsiasi trattativa aziendale destinata a regolare e comunque incidere sugli aspetti economici e normativi del rapporto di lavoro dei propri dipendenti;...".

Con memoria telematica in data 13/12/2021 si è costituita in giudizio (...) eccependo in via preliminare la carenza di legittimazione attiva di parte ricorrente e chiedendo nel merito il rigetto del ricorso siccome infondato.

Tentata senza esito la conciliazione fra le parti, concesso termine per il deposito di note difensive con riferimento alle eccezioni preliminari di legittimazione attiva e passiva, espletata breve istruttoria mediante l'escussione di informatori e discussa oralmente la causa, all'udienza del 18/12/2022 il Giudice

LA SENTENZA**Attività sindacale - Condotta antisindacale ex art. 28 Statuto dei lavoratori - Sindacato escluso da trattativa negoziale - Criterio della maggiore rappresentatività in azienda - Irrilevanza - Tutela rafforzata per le organizzazioni sindacali precedenti firmatarie di accordi collettivi.**

Nel regolamentare l'attività sindacale, il legislatore ordinario si è attenuto al rispetto del principio di uguaglianza, con la possibilità di una disciplina differenziata di maggiore tutela per alcuni sindacati rispetto ad altri. Dopo la nuova formulazione dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, ha dunque individuato il sindacato rappresentativo in azienda - al fine di ottenere la tutela rafforzata - nelle associazioni sindacali che abbiano stipulato un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva.

si è riservato di provvedere.

L'eccezione di carenza di legittimazione attiva di (...) Malpensa - Linate sollevata da (...) non è fondata e non merita accoglimento.

L'art. 28 S.L. attribuisce la legittimazione attiva per l'azione di repressione della condotta antisindacale agli "...organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse".

Costituendosi in giudizio parte resistente ha eccepito come l'organismo autonomo di (...) che ha promosso il presente ricorso ((...) - Linate) non sarebbe legittimato attivamente trattandosi di soggetto settoriale, differente dagli organismi locali delle associazioni sindacali indicati dall'art. 28 S.L.

Come rilevato dalla stessa ricorrente, (...) e Linate non è una autonoma associazione sindacale distinta da (...) ma è semplicemente una struttura locale del sindacato (...) che si è separata operativamente, economicamente, gestionalmente e logisticamente dalla articolazione provinciale di (...) per gestire in modo più diretto ed efficace, secondo le previsioni dello Statuto dell'associazione (...), le attività sindacali nel settore aeroportuale presso i sedimi di Malpensa e Linate. Tale affermazione evidenzia come (...), organizzazione sindacale a diffusione nazionale, sia articolata con strutture territoriali e locali dislocate su tutto il territorio, ognuna con le proprie competenze. Deriva da ciò che tale coordinamento territoriale, dotato di autonomia

nella gestione dell'attività sindacale nell'ambito degli aeroporti di Malpensa e Linate, è il soggetto legittimato a far valere eventuali compromissioni della propria attività che si siano verificate in tale ambito territoriale. Ad ogni buon conto il sig. (...), Segretario di (...) e Linate, ha promosso la speciale procedura ex art. 28 S.L. anche in qualità di Segretario (...), coordinamento territoriale sicuramente legittimato ad agire nell'ambito della provincia di Varese anche qualora dovesse essere negata tale legittimazione all'organismo creato in ambito aeroportuale.

Entrando nel merito delle questioni dibattute nel presente procedimento, si deve rilevare come l'Associazione Sindacale abbia dedotto quanto segue:

- di essere uno dei sindacati aziendali tra i più rappresentativi all'interno della realtà aziendale di (...) (i procuratori hanno discusso se le iscrizioni abbiano raggiunto la quota di n. 120 secondo (...), piuttosto che di circa 184 per CUB) considerato che il numero degli iscritti alle altre OOSs presenti in azienda (CGIL, CISL; UIL e FLAI) è stato indicato come di circa 200/220 lavoratori in totale tra le 4 sigle;

- di aver proclamato uno stato di agitazione su alcuni temi (adeguamento tickets mensa, premio aziendale, ecc.) e di aver appreso, in sede di procedura di raffreddamento ex L. n. 146/90, non solo che (...) non era disponibile ad alcuna conciliazione non riconoscendo il sindacato (...) siccome "...non rappresentativo e non è firmatario del contratto applicato..." ma addirittura che era già stato aperto un tavolo di trattativa con le altre OO.SS. avente ad oggetto anche parte delle questioni rivendicate e alla base di scioperi promossi da (...).

Dato atto di quanto sopra, il sindacato ha denunciato la condotta antisindacale di (...) di esclusione di (...) dalle relazioni sindacali ed in particolare da trattative in essere e cioè già avviate con altre OO.SS. sulla contrattazione di secondo livello presso la resistente (poi concluse, nelle more della procedura, e cioè il 23/11/2021, v. doc. depositato in data 5/1/2022), esclusione che (...) ritiene del tutto ingiustificata e discriminatoria in considerazione dell'alto livello di rappresentatività del sindacato presso la convenuta. A tale proposito evidenzia parte ricorrente che consentire al datore di lavoro la possibilità di scegliere gli interlocutori - in generale e, ancora di più, nell'ambito di una trattativa già aperta su questioni già sollevate dal sindacato e oggetto di iniziative di lotta - comporta di fatto un'alterazione della competizione interna fra i sindacati e l'impossibilità per il sindacato escluso dalla trattativa di poter costituire una propria RSA ai sensi dell'art. 19 S.L..

La domanda è infondata e deve essere rigettata non potendosi ravvisare, alla luce dei principi enunciati in materia, sia a livello nazionale che comunitario, nonché delle scelte operate dal legislatore, una condotta che possa comportare una illegit-

tima alterazione della dinamica contrattuale tra le parti.

Dato atto che la Costituzione sancisce, all'articolo 39, che "L'organizzazione sindacale è libera" e rilevato che la titolarità della libertà sindacale deve essere riconosciuta non solo ai lavoratori ma anche ai datori di lavoro, il legislatore italiano ha dettato una disciplina differenziata di sostegno dell'attività sindacale a favore dei sindacati maggiormente qualificati (destinatari di una tutela rafforzata di cui al titolo III dello SL) rispetto agli altri sindacati a favore dei quali è garantito il generale diritto della libertà di organizzarsi. È la connotazione di maggiore o minore rappresentatività del sindacato, insita nell'articolo 39 Cost., l'elemento che consente una disciplina differente di tutela. A questo proposito non può essere messo in dubbio che il legislatore ordinario, nel regolamentare l'attività sindacale, non sia necessariamente tenuto a trattare tutti i sindacati allo stesso modo nel rispetto del principio di uguaglianza, ben potendo prevedere una disciplina differenziata di maggiore tutela per alcuni sindacati rispetto ad altri.

Dopo la nuova formulazione dell'articolo 19 SL ad esito del referendum del 1995, il legislatore ha individuato il sindacato rappresentativo in azienda - ai fini di ottenere la tutela rafforzata - nelle associazioni sindacali che abbiano stipulato un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva. Come è noto, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 231/2013, la rappresentanza sindacale aziendale può essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda. Evidenziando di essere un sindacato tra i più rappresentativi nell'ambito della realtà aziendale di (...) sulla base del solo dato numerico degli iscritti comparato con il numero di iscritti alle altre OO.SS. presenti in azienda, il ricorrente sostiene che consentire al datore di lavoro una sua esclusione da un tavolo di trattative già avviate (e avente ad oggetto problematiche e istanze già inoltrate a tutela dei propri iscritti e in generale dei lavoratori) si traduca di fatto in un meccanismo nelle mani del datore di lavoro atto ad impedire ad un soggetto significativamente rappresentativo a livello aziendale di svolgere la propria attività portando avanti le istanze e gli interessi dei lavoratori; il tutto con evidente discriminazione rispetto all'attività espletata dalle altre OO.SS.. A sostegno della tesi esposta, parte ricorrente richiama un passaggio della sentenza della grande camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo, 12/11/2008, caso Demir e Baykara c. Turchia che ha stabilito: "... la Corte ritiene che, tenuto conto degli sviluppi del diritto del lavoro, sia nazionali che internazionali, e per la pratica degli Stati contraenti in materia, il diritto alla contrattazione collettiva con il datore del lavoro è, in linea di principio, diventato uno dei più es-

senziali elementi del diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi di cui all'art. 11 della Convenzione, fermo restando che gli Stati restano liberi di organizzare il loro sistema così come, se del caso, accordare uno speciale stato per i sindacati rappresentativi" (punto 154 - doc. 33).

Cita altresì alcune disposizioni contenute nella Carta di Nizza, fra cui l'art. 28 che prevede: "i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi compreso lo sciopero".

Ritiene lo scrivente giudice che, come evidenziato dalla CEDU e conformemente alla Carta di Nizza, nel nostro ordinamento il legislatore ha legittimamente ("...fermo restando che gli Stati restano liberi di organizzare il loro sistema...") effettuato scelte ben precise in ordine al sistema dei rapporti tra parte datoriale e OO.SS., ha accordato uno speciale stato ai sindacati rappresentativi (come indicati all'art. 19 SL come ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale) lasciando liberi gli altri sindacati di intraprendere eventuali azioni collettive per la difesa dei loro interessi, primo fra tutti attraverso lo strumento dello sciopero (cfr. art. 28 Carta di Nizza sopra riportato). In altre parole, se da una parte la rappresentatività ai fini di cui all'articolo 19 dipende da una scelta del legislatore (il quale deve temperare la libertà e gli interessi sia dei lavoratori che della parte datoriale), dall'altra la possibilità di essere ammessi al tavolo delle trattative attiene ad un differente profilo che è quello della capacità del sindacato di "imporsi" come interlocutore. Invero, come rilevato dalla Corte d'appello di Milano (cfr. sentenza n. del 28/01/2021-18/3/2021) "... il fatto di aver negoziato la stipulazione del contratto collettivo di diritto italiano solo con alcuni sindacati e non con altri non costituisce di per sé un comportamento antisindacale, bensì rappresenta

un'espressione del principio di libertà imprenditoriale specificamente tutelato a livello sovranazionale oltre che, per quanto riguarda il nostro ordinamento, dall'art. 41 Cost. X infatti non aveva e non ha alcun obbligo - derivante dal contratto collettivo o da norme di legge - di negoziare con Filt-Cgil e Uiltrasporti, ne aveva o ha un obbligo di riconoscerle come controparti sindacali nelle proprie relazioni industriali il datore di lavoro instaura il confronto con quelle sigle che riescono ad imporsi come interlocutori dimostrando il proprio potere contrattuale "sul campo", attraverso gli strumenti di pressione tipici della lotta sindacale e ciò è proprio quello che è accaduto nel caso di specie virgola in cui X ha deciso di intavolare una trattativa con Anpac e Anpav (cui si è poi aggiunta la Fit-Cisl) dopo che tali sigle sindacali avevano dimostrato la propria forza contrattuale in occasione dello sciopero che era stato proclamato per il 15 di dicembre 2017 e che fece temere alla società gravi disagi e ripercussioni sul servizio aereo nelle basi italiane, con conseguente ingente danno per la compagnia aerea. Peraltro il principio secondo cui il datore di lavoro è libero di scegliere con quale organizzazione sindacale intavolare le trattative è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza sia di legittimità che di merito...".

Tale situazione non è diversa nel caso in cui la trattativa sia già stata avviata; la libertà contrattuale riconosciuta in campo sindacale al datore di lavoro non muta, salvo che vi siano espresse disposizioni di legge, a seconda che sia o meno già stato aperto un tavolo di confronto sulle questioni che riguardano i lavoratori.

Per i motivi esposti, il ricorso proposto da (...) - Linate deve essere rigettato.

L'esistenza di decisioni non conformi e il dibattito esistente sulle questioni oggetto del presente giudizio, giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

(omissis)

Tribunale di Busto Arsizio, Sezione Lavoro, Sentenza 24 gennaio 2022

a cura di **Andrea Pagnotta e Marco Proietti**
Avvocati

Condotta antisindacale e libera scelta del datore delle sigle firmatarie del contratto collettivo

Nella questione in oggetto, un'organizzazione sindacale autonoma adiva il Tribunale di Busto Arsizio in qualità di Giudice del Lavoro con ricorso ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori, chiedendo la condanna per condotta antisindacale della parte datoriale per essere stata esclusa dalle trattative finalizzate alla sottoscrizione del contratto di II livello (settore aeroportuale), pur avendo la stessa un numero superiore di lavoratori iscritti rispetto alle altre organizzazioni sindacali firmatarie.

Il Giudice di primo grado, nella sentenza quivi indicata, si è trovato a decidere, stante la domanda proposta dalla ricorrente associazione, in merito a:

- › Legittimazione attiva della parte ricorrente;
- › Sussistenza di una condotta datoriale da qualificarsi come antisindacale.

Art 28 L. 300/70 e legittimazione attiva nel procedimento per repressione di condotta antisindacale.

L'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori rappresenta norma di chiusura della legge n. 300/70.

Ai fini di poter ricorrere al procedimento disciplinato dalla norma *de qua* è necessario che i soggetti ricorrenti godano di legittimazione attiva. In questo senso, la giurisprudenza di legittimità è praticamente univoca nel riconoscere tale requisito **alle organizzazioni sindacali che siano dotate di rappresentatività ed organizzazione sul territorio nazionale e che svolgano in concreto attività anche solo su parte del territorio nazionale ove la legittimazione a sottoscrivere contratti collettivi rimane solo indice secondario al fine di dimostrare l'effettiva dimensione dell'organizzazione stessa** (Cfr. Cass. Sez. lav. n. 11322 del 01.06.2015; Cass. Sez. lav n. 12885 del 09.06.2014 e Cass.

L'ANALISI DELLA DECISIONE

Il fatto di aver negoziato la stipulazione del contratto collettivo di diritto italiano solo con alcuni sindacati e non con altri non costituisce di per sé un comportamento antisindacale, bensì rappresenta un'espressione del principio di libertà imprenditoriale specificatamente tutelato a livello sovranazionale oltre che, per quanto riguarda il nostro ordinamento, dall'art. 41 Cost.

Sez. lav. n. 16787 del 29.07.2011).

In punto di diritto, dunque, l'eccezione di carenza di legittimazione attiva sollevata dalla resistente parte datoriale non poteva trovare accoglimento.

La questione principale sottoposta al Giudice riguardava però la possibilità o meno di qualificare l'esclusione dalle trattative per il rinnovo del contratto aziendale come condotta antisindacale. Questione di non poco conto, poiché nel dispositivo del provvedimento, compensando le spese di lite, il Giudice *a quo* rilevava **"l'esistenza di decisioni non conformi nel dibattito esistente sulle questioni oggetto del presente giudizio"**.

Muovendo da questa premessa, il Giudice di prime cure, a fondamento della sua decisione, richiamando consolidati principi sia comunitari che costituzionali (Art. 41 Cost), nonché recente giurisprudenza della competente Corte Territoriale (sent. del 28.01.2021 e 18.03.2021) evidenziava la tutela della libera scelta dell'interlocutore nella sottoscrizione dei contratti collettivi in nome della libera iniziativa privata; scelta che prescinde ad ogni modo dalla sussistenza del requisito della "maggiore rappresentatività" soprattutto avuto riguardo al potere "contrattuale" - che si manifesta nel possesso degli strumenti di lotta sindacale - e non anche solo dal punto di vista del numero degli iscritti.

In poche parole, il Giudice ha così definito una sorta di "tutela rafforzata" per le organizzazioni sindaca-

li precedenti firmatarie di accordi collettivi in coerenza con la normativa nazionale e comunitaria.

Invero, la mancata previsione di un obbligo a trattare per il datore di lavoro non esclude il rispetto della regola cardine del principio di buona fede e correttezza applicato all'esecuzione dei contratti di diritto comune. Così, ad esempio, potrà costituire condotta antisindacale quella di un datore che ometta di riscontrare le richieste di informazione e collaborazione avanzate da altri sindacati, ovvero di interloquire solo con alcuni di essi discriminando gli intenti collaborativi dei precedenti (cfr. lo stesso *Trib. Busto Arsizio* 4/6/2019, n. 197), ovvero manifestando un palese contegno discriminatorio nei confronti dell'organiz-

zazione esclusa dalle trattative (*Trib. Roma* 23/8/2019, n. 82784).

Brevi note di osservazione.

La sentenza in commento rappresenta una delle tante decisioni nel merito che si sono uniformate al principio di libera scelta dell'interlocutore nella contrattazione collettiva. Tale prerogativa però è bilanciata dal necessario possesso del requisito della maggiore rappresentatività così come disciplinata dai vigenti accordi interconfederali e soprattutto nel **rispetto di una condotta che non si manifesti palesemente discriminatoria e lesiva nei confronti di altre organizzazioni sindacali.** ____ ●

Il rapporto difensore/assistito si configura come rapporto tra professionista e consumatore e non rientra nell'ambito applicativo della negoziazione assistita

(omissis)

FATTO E DIRITTO

La presente sentenza viene redatta in forma sintetica omettendo di riportare la parte relativa allo svolgimento del processo a norma dell'art. 132, comma 2, n.4, c.p.c. per come novellato dall'art. 45, comma 17, legge 69/2009.

Con atto di citazione in riassunzione, l'avv. (...) ha convenuto in giudizio dinanzi a questo Tribunale, (...) e (...), a seguito della declaratoria di incompetenza territoriale da parte del Tribunale di Latina adottata con ordinanza n. 4070/2018 -dinnanzi al quale il giudizio era stato incardinato con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. -, al fine di sentirle condannare al pagamento della somma di Euro 49.559,08, comprensiva di R.S.G. e CAP, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali sulle somme via via rivalutate dal 6.1.2017 al saldo, a titolo di compensi professionali per l'attività difensiva prestata in favore della (...) nel procedimento penale svoltosi in Francia ed iscritto al n. 00626/2017/000226 dinanzi al Tribunale di Lille, in composizione collegiale, su mandato conferitole dalla (...), madre della (...), nonché di aver prestato assistenza a quest'ultima durante il fermo di polizia eseguito in data 7/1/2017 sul treno Parigi/Milano, durante il viaggio di rientro in Italia. In via preliminare la odierna attrice ha altresì domandato la revoca della ordinanza emessa dal Tribunale di Latina relativamente al capo contenente la condanna al pagamento delle spese di lite per la fase del giudizio celebrata presso quel Tribunale ed in subordine la dichiarazione di compensazione parziale dei rispettivi crediti.

Si sono costituite in giudizio le convenute con una unica comparsa di risposta, nella quale preliminarmente è stato eccepito il difetto di legittimazione passiva di (...), che non avrebbe conferito il mandato all'attrice, l'improcedibilità del ricorso ex

LA SENTENZA

Procedimento civile - Procedura di negoziazione assistita - Condizione di procedibilità - Ambito applicativo - Casi di esclusione - Obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori - Azione intentata dal difensore nei confronti del cliente per il pagamento dei compensi professionali a titolo di attività difensiva prestata in sede giudiziale - Assoggettamento a negoziazione assistita - Configurabilità - Esclusione.

In tema di negoziazione assistita, ai sensi dell'art. 3, comma 1, del decreto-legge n. 132/2014 convertito in legge n.162/2014, la procedura non si applica alle controversie in materia di obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori tra le quali si annovera la lite avente ad oggetto la domanda con la quale un avvocato chieda, nei confronti della parte assistita, il pagamento dei compensi professionali per l'attività difensiva prestata in suo favore in sede giudiziale. (Nel caso di specie, in cui il professionista aveva lamentato il mancato pagamento dei compensi professionali per l'attività difensiva prestata in favore di una delle convenute nell'ambito di un procedimento penale svoltosi in Francia su mandato conferitole dall'altra convenuta, il giudice adito ha disatteso l'eccezione d'improcedibilità dell'azione sollevata in via preliminare per mancato esperimento della procedura di negoziazione assistita).

art. 702 bis c.p.c., trattandosi di credito presuntivo e contestato da parte convenuta, "l'improcedibilità dell'azione" per il mancato esperimento della procedura di negoziazione assistita, trattandosi di pagamento di somma non eccedente gli Euro 50.000,00, l'inammissibilità ed improcedibilità della domanda "per il mancato e preventivo parere di congruità del Consiglio dell'ordine degli avvocati"; in subordine è stato richiesto l'accertamento della congruità della somma di Euro 2.700,00 già corrisposta all'attrice per l'opera svolta, ovvero l'accertamento del compenso dovuto all'attrice, con vittoria delle spese di lite.

Contestando gli assunti attorei, le convenute hanno precisato che l'attività prestata dall'avv. (...) si sarebbe sostanziata nella partecipazione ad un'unica udienza di discussione, tenuta da un avvocato francese nominato d'ufficio, alla quale l'odierna attrice si sarebbe limitata ad affiancarsi senza alcun intervento né scritto, né tantomeno verbale. La causa, in difetto di alcuna

esigenza istruttoria, è stata riservata a sentenza. La domanda attrice merita di essere accolta nei termini di cui in seguito.

Ha dedotto l'attrice di avere prestato la propria opera professionale nel procedimento penale iscritto al n. 00626/2017/000226 dinanzi al Tribunale di Lille, in Francia, su mandato conferitole dalla madre (...), madre di (...), arrestata nel gennaio 2017 dalla gendarmeria francese con l'accusa di spaccio internazionale di sostanza stupefacente, perché trovata in possesso di 2 kg di acidi MDMA.

Ha assunto che, dopo aver raggiunto la città di Lille, la sua attività è consistita nell'aver preso visione degli atti del processo in lingua francese, nell'aver incontrato la detenuta ed il Pubblico Ministero, con il quale ha tenuto un colloquio, nello studio del fascicolo in lingua francese, nella discussione del processo in lingua francese, terminato lo stesso giorno 6.1.2017 con l'assoluzione della (...) e la sua immediata scarcerazione.

Ha inoltre precisato di essere positivamente intervenuta, nel corso del viaggio di ritorno in Italia, a bordo del treno ove la gendarmeria francese aveva operato "un nuovo fermo" nei confronti della (...).

Deve ritenersi ormai superata ogni questione inerente all'applicabilità del rito sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c. per aver l'attrice riassunto il giudizio attraverso atto di citazione. Merita invece di essere rigettata l'ulteriore eccezione sollevata in via preliminare da parte convenuta inerente al mancato esperimento della procedura di negoziazione assistita, trattandosi di pagamento di somma non eccedente gli Euro 50.000,00, atteso che, in disparte la considerazione che la relativa richiesta non è stata formulata alla prima udienza, non ritiene questo giudicante che l'improcedibilità sancita dall'art. 3 del D.L. 132/2014 sia applicabile alla presente controversia, siccome concernente le obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori, come espressamente escluso dall'ultima parte del comma I della medesima norma.

Va altresì rigettata la eccezione di inammissibilità ed improcedibilità della domanda per il mancato e preventivo parere di congruità del Consiglio dell'ordine degli avvocati, pacifico essendo che detto parere sia necessario a norma dell'art. 636 c.p.c. solo allorché l'avvocato opti per il recupero del credito in via monitoria.

Passando al merito, va preliminarmente valutata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva (*rectius* titolarità passiva nel rapporto) della (...).

È pur vero che il conferimento del mandato difensivo da parte di quest'ultima in favore della (...), non comporta di per sé l'assunzione della obbligazione del pagamento in favore del difensore, siccome avvenuta a norma del secondo comma dell'art. 96 c.p.p. da parte del congiunto nella impossibilità di

soggetto, che per essere in stato di fermo o di arresto, era di fatto impossibilitato a provvedervi.

D'altra parte, secondo costante giurisprudenza, il rapporto che sorge tra la parte e l'avvocato, in virtù del rilascio della procura *ad litem*, è ben distinto dal rapporto di mandato - dal quale deriva l'obbligo di pagamento del compenso professionale - che si instaura tra il cliente ed il legale. Nelle ipotesi in cui, come nel caso di specie, tale mandato venga conferito ad un legale non già direttamente dalla parte rappresentata in giudizio, bensì da un terzo, occorre verificare se al momento del conferimento il congiunto abbia speso il nome della parte ovvero lo abbia fatto in nome proprio (ancorché nell'interesse della parte), e ciò in quanto l'esistenza della procura alle liti/alla difesa, è destinata ad avere effetti meramente processuali, non essendo di per sé sufficiente a far sì che l'obbligazione per il corrispettivo dell'opera professionale prestata in giudizio dal procuratore gravi sulla parte stessa, anziché su colui dal quale l'incarico effettivamente ed esclusivamente promana, posto che in un caso il conferitore a sua volta agirà quale mandatario (Cassazione civile sez. I, 23/05/1997, n.4628) e nel secondo caso ricorrerà una ipotesi di contratto a favore di terzo (Tribunale Roma sez. XI, 06/06/2016, n.11382). In tale ultimo caso, allorché il professionista agisce per il conseguimento del compenso, grava su di lui l'onere di provare che il conferimento dell'incarico da parte del terzo si avvenuto secondo lo schema di cui all'art. 1411 c.c., dovendosi in difetto presumere che il cliente, e cioè l'obbligato al pagamento del compenso, sia colui che ha rilasciato la procura (Cass. 4959/2012). Ad avviso del giudicante, nel caso di specie deve ritenersi che l'avv. (...) abbia assolto all'onere probatorio sulla stessa gravante in ordine al fatto che la qualità di cliente sia stata assunta dalla (...), dovendosi ciò desumere innanzitutto dai messaggi WhatsApp prodotti in atti da cui si evidenzia non soltanto che fu la (...) a conferire la procura ex art. 96, comma 2, c.p.p., ma altresì che la stessa si assumeva ogni onere derivante dal conferimento ed espletamento dell'incarico difensivo in favore della figlia.

Emerge altresì dai predetti messaggi WhatsApp che la (...), a differenza della (...) la quale percepiva uno stipendio da insegnante ed una pensione di reversibilità, fosse al momento dell'arresto, priva di fonti di reddito e dunque non fosse nelle condizioni economiche di conferire l'incarico ad un difensore di fiducia peraltro proveniente dall'Italia.

Che la (...) avesse assunto l'obbligazione di pagare il compenso e le spese dell'avv. (...), lo dimostra infine la circostanza secondo la quale fu lei a corrispondere alla professionista l'acconto/fondo spese di Euro.1.500,00.

Per le considerazioni che precedono, deve dunque riconoscersi in capo alla (...) la titolarità passiva nel rapporto di mandato professionale conferito all'avv. (...) e alla (...) la posizione

del terzo, secondo lo schema di cui all'art. 1411 c.c.: peraltro, in difetto di alcuna specifica contestazione da parte di quest'ultima, la stessa deve ritenersi obbligata in solido con la madre al pagamento del compenso a norma dell'art. 1294 c.c.

Pacifico il conferimento dell'incarico ed individuati i legittimati passivi, occorre valutare l'effettiva consistenza ed importanza dell'incarico espletato dall'avv. (...). L'attrice ha fornito la prova, attraverso l'allegazione della copia dei verbali di udienza, di avere assunto la difesa della (...) nel procedimento penale iscritto al n. 00626/2017/000226 dinanzi al Tribunale di Lille, in composizione collegiale, la quale posta in stato di arresto dalla gendarmeria francese, era stata imputata di spaccio internazionale di sostanze stupefacenti. L'avv. (...) nulla ha invece provato circa l'assistenza prestata in favore di quest'ultima durante il fermo di polizia eseguito in data 7/1/2017 sul treno Parigi/Milano, durante il viaggio di rientro in Italia.

Sul quantum, se da un lato deve convenirsi con la professionista attrice, sulla particolare complessità di un incarico espletato in un paese straniero, e dunque sulla differenza di lingua, di procedura e di istituti giuridici rispetto a quelli con i quali un avvocato italiano ha normalmente dimestichezza il che si aggiunge alla delicatezza del caso, dovendo prestare assistenza ad un soggetto in stato di detenzione ed accusato di un grave reato, d'altro lato è indubbio che a norma dell'art. 13, comma 6, legge 247/2012 qualora, come nel caso di specie, "... all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale ... e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi ...", per la determinazione del compenso occorre rifarsi ai parametri riportati nel "... nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNF, ogni due anni, ai sensi dell'articolo 1, comma 3 ..." e dunque nel DM 55/2014 *ratione temporis* vigente (e dunque nel testo anteriore alle modifiche apportate dal DM 37/2018).

In particolare, a norma del comma 1, dell'art. 12 DM 55/2014, nella determinazione del compenso spettante al difensore nell'ambito dei procedimenti penali, si deve tener conto della importanza, difficoltà, esito dell'attività di assistenza nonché del fatto che la difesa sia stata prestata fuori dal luogo ove svolge la professione in modo prevalente: alla stregua dei predetti parametri, il giudice liquida il compenso dovuto al professionista, tenuto conto dei valori medi di cui alle tabelle alleghe al DM, le quali possono essere aumentati di regola fino all'80 per cento. Il comma 3 del menzionato articolo, prevede poi che il compenso si liquidi con riferimento alle diverse fasi del giudizio: a) fase di studio (nella quale si deve ricomprendere l'attività investigativa, l'esame e studio degli atti, le ispezioni dei luoghi, la iniziale ricerca di documenti, le consultazioni con il cliente, i colleghi o i consulenti, le relazioni o i pareri, scritti

o orali, resi in momento antecedente alla fase introduttiva); b) fase introduttiva del giudizio (vale a dire gli atti introduttivi quali esposti, denunce querele, istanze richieste dichiarazioni, opposizioni, ricorsi, impugnazioni, memorie, intervento del responsabile civile e la citazione del responsabile civile); c) fase istruttoria o dibattimentale (nella quale vanno ricomprese le richieste, gli scritti, le partecipazioni o assistenze relative ad atti ed attività istruttorie procedurali o processuali anche preliminari, rese anche in udienze pubbliche o in camera di consiglio, che sono funzionali alla ricerca di mezzi di prova, alla formazione della prova, comprese liste, citazioni e le relative notificazioni, l'esame dei consulenti, testimoni, indagati o imputati di reato connesso o collegato); d) fase decisionale nella quale vanno ricomprese le difese orali o scritte, le repliche, l'assistenza alla discussione delle altre parti processuali sia in camera di consiglio che in udienza pubblica).

Tenuto conto dei parametri sopra indicati ed in considerazione della importanza, complessità e buon esito dell'attività prestata, appare congruo liquidare il compenso secondo i parametri massimi di cui alle tabelle allegate riferite all'attività di assistenza penale prestata dinanzi ad un tribunale collegiale e segnatamente: Euro.810,00 per la fase di studio, Euro.1.296,00 per la fase introduttiva del giudizio, Euro.2.430,00 per la fase istruttoria, Euro.2.430,00 per la fase decisionale, e così in totale Euro.6.966,00.

Al predetto importo va aggiunta la somma di Euro.1.044,90, pari al 15% del compenso, a titolo di rimborso spese forfetarie, a norma del combinato disposto di cui agli artt. 13, comma 10, legge 247/2012 e 2, comma 2, DM 55/2014.

È inoltre dovuto dalle odierne convenute all'avv. (...) l'importo di Euro.1.680,13 a titolo di spese vive da questa effettivamente sostenute e documentate, sia per lo svolgimento della prestazione fuori dalla propria residenza sia per quelle anticipate in favore della assistita, secondo il combinato disposto di cui agli artt. 13, comma 10, legge 247/2012 e 2 DM 55/2014. Il predetto importo deve ritenersi comprensivo anche della c.d. indennità di trasferta, avendo l'attrice già maggiorato del 10% le spese di soggiorno di cui ha domandato il rimborso. Invero, prevede l'art. 2, comma 2, DM 55/2014 che "Oltre al compenso e al rimborso delle spese documentate in relazione alle singole prestazioni, all'avvocato è dovuta ... fermo restando quanto previsto dai successivi articoli 5, 11 e 27 in materia di rimborso spese per trasferta". Il menzionato art. 27 (richiamato anche dall'art. 15, dettato in materia penale) prevede che "All'avvocato, che per l'esecuzione dell'incarico deve trasferirsi fuori dal luogo ove svolge la professione in modo prevalente, è liquidato il rimborso delle spese sostenute e un'indennità di trasferta. Si tiene conto del costo del soggiorno documentato dal professionista, con il limite di un albergo quattro stelle, unitamente, di

regola, a una maggiorazione del 10 per cento quale rimborso delle spese accessorie; ...".

Dal combinato disposto della normativa primaria (la quale, come visto, rimanda al DM la indicazione dei parametri di determinazione dei compensi in mancanza di convenzione scritta) e di quella secondaria, deve desumersi come, nell'ipotesi in cui l'incarico venga svolto fuori dal luogo ove l'avvocato svolge la professione in modo prevalente, a differenza del rimborso delle spese di viaggio e soggiorno le quali vanno riconosciuto ove documentate, l'indennità di trasferta, nel caso in cui il compenso non sia stato pattuito per iscritto, deve ritenersi dovuta secondo l'unico parametro fissato nel DM, e dunque nel 10% delle spese di soggiorno. Per le considerazioni che precedono, all'avv. (...) debbono dunque essere riconosciuti i seguenti importi: Euro 6.966,00 a titolo di compensi, oltre Euro 1.044,90, pari al 15% del compenso, a titolo di rimborso spese forfettarie, oltre CAP e IVA se dovute ed Euro 1.680,13 a titolo di spese vive, dalle quali andrà detratto l'acconto di Euro 1.500,00 siccome riconosciuto dalla attrice e dalla stessa già imputata a deconto delle spese vive.

La domanda attorea va invece rigettata quanto alla pretesa relativa ai compensi maturati in relazione al presunto fermo avvenuto sul treno Parigi/Milano, non avendo la (...) in alcun modo documentato l'attività difensiva asseritamente svolta, nonché la richiesta di rimborso delle spese di viaggio e soggiorno in Francavilla Fontana, trattandosi di spese stragiudi-

ziali non necessarie al recupero del credito vantato.

Va invece dichiarata inammissibile la domanda con la quale parte attrice ha chiesto la revoca della ordinanza n. 4070/2018 emessa dal Tribunale di Latina, con la quale ha dichiarato la propria incompetenza per territorio, nella parte in cui è stata disposta la regolazione delle spese processuali per la fase svoltasi dinnanzi a quel giudice, condannando la (...) alla rifusione delle spese di lite in favore delle convenute.

Invero l'ordinanza con la quale il giudice dichiara la propria incompetenza ha natura di sentenza per il suo carattere decisorio, con la conseguenza che ogni statuizione in essa contenuta, ivi compresa quella sulle spese della fase del processo, è impugnabile con il regolamento -necessario di competenza, ex art. 42 c.p.c. in mancanza di alcuna statuizione nel merito -, laddove il giudice dinnanzi al quale il giudizio sia riassunto può unicamente proporre regolamento di ufficio ex art. 45 c.p.c., laddove si verta in ipotesi di incompetenza per materia o per territorio inderogabile.

Né alcuna valenza potrebbe essere attribuita al fatto che l'attrice, a seguito dell'eccezione di incompetenza per territorio sollevata delle convenute, aderiva alla traslazione del giudizio nel foro da esse indicato, vertendosi in ipotesi di foro del consumatore e dunque in ipotesi di competenza per territorio inderogabile ex art. 28 c.p.c.

(omissis)

Tribunale di Brindisi, Civile, Sentenza 11 gennaio 2022, n. 33

a cura di **Andrea Pagnotta e Marco Proietti**
Avvocati

Improcedibilità dell'azione per mancato esperimento della procedura di negoziazione assistita

Nella questione in oggetto, un avvocato conveniva in giudizio una signora al fine di vederla condannare al pagamento di oneri professionali non corrisposti a seguito della difesa della figlia, conferita su procura della stessa madre, in un procedimento penale incardinatosi presso un tribunale francese.

Il Giudice di primo grado nella sentenza quivi indicata si è trovato a decidere, stante la domanda proposta dal professionista e le eccezioni sollevate dalla convenuta, in merito a:

1. Improcedibilità della domanda per assenza di parere di congruità (relativamente alla corretta quantificazione dei compensi professionali);
2. Improcedibilità della domanda per mancato esperimento della procedura di negoziazione assistita ex art. 3. Co. 1 L. 162/2014;
3. Legittimazione passiva della convenuta.

Sul parere di congruità come condizione necessaria all'azione civile.

In riferimento all'eccezione sollevata dalla convenuta in tema di mancata presentazione del parere di congruità di cui all'art. 9 Dl. 1/2012, rileva il Giudice di prime cure che detto parere è necessario solo qualora il professionista ricorra in via monitoria ex art. 636 c.p.c. al recupero delle somme dovute a titolo di compenso professionale. Sul punto, due diversi orientamenti si sono sviluppati:

- › un recente orientamento (Trib. di Roma, decreto del 07.05.2018) ha statuito che *“deve escludersi che su detto parere possa fondarsi un comando giudiziale come quello di cui all'art. 636 c.p.c.”*, così da non onerare il professionista alla produzione del parere di congruità da porre a fondamento della sua do-

manda.

- › Diversamente, a seguito di detto provvedimento il CNF con parere del 13 giugno 2018, riprendendo un suo precedente (n. 112 del 23.10.2013) e successiva giurisprudenza di merito (Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 13 gennaio 2016, est. Buffone) ha concluso che *“ai fini della formulazione del ricorso per ingiunzione – come correttamente ritenuto dalla giurisprudenza di merito non richiamata nel decreto in parola – l'avvocato possa allegare documentazione coerente con il suddetto complesso dispositivo, e dunque: o l'accordo sul compenso o, in mancanza di accordo, il parere del COA, conformemente all'art. 13, comma 9, della legge n. 247/12”*.

Sulla condizione di improcedibilità della domanda per mancato esperimento del procedimento di negoziazione assistita.

Il procedimento di negoziazione assistita di cui alla L. 162/2014 adottato al fine di addivenire ad una risoluzione stragiudiziale di una controversia, si configura come condizione di procedibilità nelle ipotesi tassativamente previste. Tra queste rileva nel caso di specie il contenuto di cui all'art. 3 nella parte in cui prevede *“chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro”*, specificando altresì nel comma 1 i

L'ANALISI DELLA DECISIONE

Il Giudice di primo grado nella sentenza quivi indicata si è trovato a decidere, stante la domanda proposta dal professionista per il pagamento di oneri professionali, in merito a: a) improcedibilità della domanda per assenza di parere di congruità (relativamente alla corretta quantificazione dei compensi professionali); b) improcedibilità della domanda per mancato esperimento della procedura di negoziazione assistita ex art. 3. Co. 1 L. 162/2014; c) legittimazione passiva della convenuta.

casi di esclusione di applicabilità della norma. Orbene, come precisato dal giudice a quo, il rapporto difensore/assistito si configura come rapporto tra professionista e consumatore e pertanto estraneo all'applicazione della predetta norma; diversamente, nel caso in cui l'assistito non fosse qualificato come consumatore ma come persona giuridica sussisterebbe l'obbligatorietà dell'esperimento della procedura di negoziazione assistita di cui alla legge n. 162/2014 (cfr. Trib. di Verona del 02.10.2015, caso in cui l'assistito era rappresentante legale di un'azienda).

Sulla legittimazione passiva della convenuta.

La procura *ad litem* conferita dalla madre dell'imputata al difensore, nel caso di specie (come correttamente qualificata dal giudice di prime cure) non può configurarsi come mandato ma a tutti gli effetti come contratto in favore di terzo ex art. 1411 c.c. Ne conviene in questo caso che, assolto l'onere probatorio in capo all'attore di dimostrare l'effettiva sottoscrizione nell'interesse della terza (come risultato dagli estratti delle conversazioni avvenute via messaggi), la stipulante sia obbligata nei confronti della parte ricorrente (cfr. Cassazione civile, Sez. Lavoro, sentenza n. 7398 del 9 agosto 1996 secondo cui *"Nel contratto in favore di terzi (art. 1411 codice civile) le parti stipulanti assumono reciprocamente degli obblighi in favore di un terzo il quale assume la veste di creditore della prestazione*

promessa senza essere parte del contratto, né in senso formale né in senso sostanziale; ne consegue che il terzo, la cui dichiarazione di voler approfittare del contratto è necessaria solo per renderlo irrevocabile ed immodificabile, non ha alcun obbligo verso le parti stipulanti, le quali, pertanto, restano le sole vincolate per le prestazioni convenute; Cass. civ. n. 8075/1994 secondo cui "per la configurabilità di un contratto a favore di terzi non è sufficiente che il terzo riceva un vantaggio economico indiretto dal contratto intervenuto tra altri soggetti, ma è necessario che questi ultimi abbiano inteso direttamente attribuirglielo, nel senso che i soggetti stessi, nella qualità di contraenti, abbiano previsto e voluto una prestazione a favore di un terzo estraneo al contratto, come elemento del sinallagma".

Brevi note di osservazione.

Come esaustivamente esposto, a parere dello scrivente il provvedimento del Tribunale di Brindisi appare logico e corretto in ogni suo punto. Di dovuta menzione appare in questo caso l'attenzione posta ai due distinti indirizzi giurisprudenziali afferenti l'obbligo di produzione del parere di congruità in caso di ricorso ex 636 c.p.c. che, nel caso di specie, però, non rileva giacché il procedimento precedente alla citazione in riassunzione fu introdotto con ricorso ex art. 702-bis c.p.c. e non anche nelle modalità del procedimento monitorio suindicato. ●

Il ruolo della buona fede nell'ambito del rapporto di lavoro

(omissis)

MOTIVI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Con il ricorso, depositato in data 5.5.2016, (...) ha chiesto della società resistente, suo datore di lavoro, sulla base delle allegazioni e deduzioni esposte in dettaglio:

accertare e dichiarare che il licenziamento del 12.9.2015 comminato alla dott.ssa (...) è illegittimo, inefficace, nullo e/o annullabile e, conseguentemente, condannare la (...) Soc. Cooperativa Sociale Onlus a riassumere la dott.ssa (...) o, in mancanza, a corrispondere il risarcimento del danno nella misura di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, o in quella diversa che sarà accertata in corso di causa;

accertare e dichiarare che la dott.ssa (...) è creditrice, per tutti i titoli di cui alla narrativa che precede, della somma pari a 6.585,35 Euro e, conseguentemente, condannare la (...) Soc. Cooperativa Sociale Onlus al pagamento in favore della dott.ssa (...) della somma di 6.585,35 Euro, oltre gli interessi e la rivalutazione monetaria dalle singole scadenze al saldo, o della diversa somma che sarà accertata nel corso del giudizio;

condannare la (...) Soc. Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rapp.re p.t., in solido con il sig. (...), al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti dalla sig.ra (...), e, segnatamente, del danno all'immagine, con liquidazione in via equitativa da parte del giudice;

il tutto con vittoria di spese, anche nella misura del 15%, e compensi del presente procedimento.

(...). Società Cooperativa Sociale (d'ora in avanti: (...)), costituendosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso per i motivi esposti in comparsa, con vittoria di spese legali.

Motivi della decisione.

La ricorrente ha prestato attività lavorativa in favore della società resistente in forza di un contratto a tempo indeterminato full time, con mansioni di operatore socio-assistenziale e inquadramento nel livello 2D del CCNL Cooperative Sociali, presso una struttura che si occupava di dare assistenza a don-

LA SENTENZA

Lavoro e formazione - Diritti e doveri del lavoratore - Potere disciplinare del datore di lavoro - Esercizio - Limiti - Rispetto della buona fede - Necessità.

Sebbene sia prerogativa datoriale poter verificare, controllare e, se del caso, sanzionare il lavoratore che non si attenga ai comuni doveri derivanti dal rapporto di natura subordinata, ciò non di meno detti poteri devono comunque essere esercitati entro i confini della buona fede, per non sfociare nell'abuso del diritto.

ne maltrattate e ai loro bambini; rapporto iniziato l'1.5.2014, e terminato il 12.9.2015 a causa del licenziamento disciplinare della dipendente, cui era stato contestato che ella avrebbe "in data 5.9.2015 sottoscritto un accordo di lavoro non autorizzato e in chiara concorrenza con la scrivente società in palese violazione del codice disciplinare (...) in concorrenza anche solo potenziale con le attività della Cooperativa (tutte le attività indicate nello Statuto della Cooperativa Sociale (...). depositato presso la CCIA di Sassari), sia in forma individuale che per conto di terzi, indipendentemente dalla forma utilizzata e anche fuori dell'orario di lavoro (...) comportamento da noi riscontrato in questa occasione con prove documentali, che non consentono dubbi né diverse interpretazioni. Si aggiunga che durante le ore in cui lei era in servizio, in seno alla presente contestazione è emerso che lei abbia utilizzato i canali telematici per la ricerca di un ulteriore lavoro, nonostante la delicatezza dell'incarico assegnatole che non ammetterebbe alcuna distrazione, men che mai per interessi propri contrari e concorrenti all'attività preposta. Ovviamente, vista la gravità delle contestazioni mosse, Lei deve considerarsi esonerata da qualunque prestazione lavorativa (...) a far data da oggi 9.9.2015".

Dopo di che, nonostante le spiegazioni offerte dalla lavoratrice per iscritto, con lettera del 12.9.2015 la ricorrente è stata licenziata per giusta causa.

La causa, a ben vedere, potrebbe essere decisa già in punto di diritto, giacché l'art. 2105 c.c., secondo cui "il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore (...)", deve essere interpretato

senza dubbio letteralmente, stante la chiarezza delle sue espressioni: e allora, ciò che viola il dovere sancito dalla norma sono appunto gli "affari", ossia non le attività occasionali, e tanto più se offerte con modalità informali ed ingenuie come nel caso di specie, ma solo attività analoghe a quelle previste nell'oggetto sociale del datore di lavoro, che siano organizzate però anch'esse in forma di impresa (nel senso della violazione del dovere di non concorrenza, quando l'attività è organizzata in forma societaria, Cass. Sez. L, Sentenza n. 16377 del 18/07/2006 (Rv. 591689 - 01), la cui motivazione questo giudice condivide e fa propria), o perlomeno che siano almeno abituali. Nel caso di specie la lavoratrice si è limitata a pubblicare in modo assolutamente improvvisato un annuncio sul portale web gratuito "subito", che probabilmente sarebbe rimasto privo di effetti concreti se non si fosse a lei presentato un tale sig. (...), dal comportamento equivoco e dal ruolo non ben chiarito, che ha fatto cadere la ricorrente in una trappola mediante un falso accordo per la prestazione di poche ore di aiuto educativo per i suoi bambini, facendole firmare un documento attestante la prestazione che alla avrebbe dovuto svolgere, per poi sparire immediatamente salutandola al telefono con dilleggio.

Che si tratti di un falso accordo, ossia che (...) abbia simulato di avere bisogno di qualche ora di ripetizioni per i suoi figli, al solo fine di potere acquisire una prova contro la lavoratrice, è reso evidente dall'inconsistenza e illogicità del suo racconto come reso in udienza, contrario al senso comune e alle regole di comune esperienza, che si riporta di seguito: "ho conosciuto la ricorrente quando ho risposto ad un annuncio su (...), cercavo una educatrice, baby sitter-aiuto per i compiti per i miei due figli che avevano all'epoca 13 e 11 anni; ci siamo quindi incontrati al bar a Sassari e ci siamo accordati per le sue prestazioni dal 7 settembre sino all'inizio della scuola, per circa una settimana, fino al 14.9.2015, ho portato con me il contratto firmato, che le sottoposi perché essendo io in regime di separazione con mia moglie residente a R. avevo necessità anche della approvazione di mia moglie. Mia moglie però non ha accettato che i bambini ricevessero queste lezioni, pertanto ho contattato la (...) e le ho detto 1-2 giorni prima avvisandola della disdetta, le ho chiesto scusa e poiché lei mi disse che a causa dell'accordo con me aveva perso degli altri contatti di lavoro ci siamo accordati per un risarcimento di 150 Euro che le ho assicurato tramite bonifico bancario di cui conservo copia. Le esibisco sia il contratto in originale sia la copia del bonifico. La (...) il giorno dopo il bonifico mi ha chiamato per chiedermi il mio iban per restituirmi i soldi, e per chiedermi la restituzione del contratto che era in mio possesso, io non l'ho restituito il contratto per il semplice fatto che ero a Roma per qualche giorno, non le ho dato l'Iban perché le ho detto che ero fuori Roma chiedendole di attendere il mio rientro, i soldi non me li ha mai resti-

tuiti perché non le ho mai dato l'Iban. Infatti nei giorni successivi la (...) era stata molto insistente per restituirmi questi soldi, e io avevo paura che restituendole il contratto lei poi mi denunciassero chiedendomi altri soldi, se non addirittura l'intera somma. Adr giudice: la (...) che io sappia non mi ha mai fatto causa, perché io le ho mandato i soldi a titolo di risarcimento, penso proprio che anche la (...) avesse una sua copia del contratto. Al telefono io e la (...) abbiamo sempre solo parlato di quanto già ho detto, non ho mai sentito parlare da parte della (...) di un procedimento disciplinare. E' vero che io al telefono ho detto alla (...) la frase che lei mi legge (capo 4) perché la (...) mi tempestava di telefonate tanto che io avevo dovuto bloccarla sia sul telefono che su whatsapp, fino a che mi ha chiamato con un altro numero, quella sera, stavo lavorando, ero nervoso, e mi è scappata una parolaccia. Rinnovo ora le mie scuse a (...) per quella frase. Adr giudice: io devo scusarmi con la (...) solo per questa frase, come ho già detto non conosco la società resistente né i suoi rappresentanti. Non so in che modo la società resistente è venuta a conoscenza di questa vicenda; neanche mia moglie sa qualcosa di questa vicenda, siamo separati da dieci anni, e neppure la mia compagna che lavora fuori dalla Sardegna. Sul capo della comparsa: so che (...) lavora per lo studio (...) perché (...), titolare di questo studio, era il mio consulente del lavoro. Il giudice ricorda al testimone che ha l'obbligo di dire la verità, e rileva la contraddizione fra la risposta data dal teste al capo della comparsa, e quanto riferito in precedenza circa il fatto che non conosceva né la società resistente né la (...). Il teste spiega che non conosce la (...) personalmente ma sa solo che lavora all'interno della (...), lo so perché parlando al telefono dello studio (...) dicevo: "mi passi (...)", o "mi passi (...)", a seconda dei casi. Adr parte resistente: no io non ho parlato della vicenda del contratto con la ricorrente con lo studio (...), ho solo inviato una mail ad (...), di cui non ho al momento copia, trasmettendogli copia del contratto e chiedendogli se il contratto che avevo sottoscritto andasse bene. Adr avv.to (...): se non ricordo male non ho poi informato lo studio (...) degli sviluppi successivi della vicenda, cioè della revoca dell'incarico e trasmissione del denaro a titolo di risarcimento. Non ricordo l'ora e il giorno precisi della mail che ho mandato a (...), ma l'ho mandata qualche giorno prima rispetto all'invio del denaro alla (...), ho chiesto "(...) tutto a posto" e le ho mandato i soldi. Adr ricorrente: (...) è la mia compagna. Adr giudice: (...) non ha rapporti con la società resistente, (...) sa che io e (...) stiamo assieme. Adr ricorrente: non so se (...) e la (...) siano sposati, conviventi, non ne ho la più pallida idea".

Allora, che per un semplicissimo accordo contrattuale per poche ore di ripetizioni a due bambini, il sig. (...) avesse sentito l'esigenza non solo di formalizzare il rapporto con un documento, ma addirittura di trasmettere il documento al commer-

cialista, è assolutamente non credibile, e comunque nessuna norma e nessuna consuetudine impone che un papà separato debba chiedere l'autorizzazione della moglie, previa presentazione di un documento, per poche ore di ripetizioni. E' altrettanto assurdo che, richiestone dalla ricorrente, (...) non le abbia fatto avere il proprio codice Iban perché la donna potesse, come era stata sua volontà manifestata, restituirgli 150,00 Euro, perché non c'è ragione credibile che possa spiegare perché (...) ha rinunciato a riavere indietro tale somma, tanto più che in quanto restituita con bonifico avrebbe avuto la prova della volontarietà della restituzione, cosicché non vi sarebbe stato alcun rischio che poi la ricorrente potesse di nuovo chiedergli il versamento di soldi allo stesso titolo.

Dimostra inoltre ulteriormente, che il contatto di (...) era avvenuto al solo fine della precostituzione di una prova contro la dipendente, il fatto che, come ricordato senza dubbi dalla teste (...), la contestazione disciplinare per cui è giudizio le è stata comunicata via pec esattamente cinque minuti dopo la ricezione da parte della (...) di un sms con cui (...) la informava di non avere più necessità delle ripetizioni. E' evidente che la società resistente e (...) erano in contatto, e che (...) ha acquisito prova documentale del contatto contrattuale con la ricorrente, al solo fine di fornire alla società il pretesto per il licenziamento.

Ad ogni modo, già in punto di diritto, il dovere di fedeltà sancito dall'art. 2105 c.c. si sostanzia nell'obbligo del lavoratore di astenersi da attività contrarie agli interessi del datore di lavoro, tali dovendosi considerare anche quelle che, sebbene non attualmente produttive di danno, siano dotate di potenziale lesività: è ovvio che la piccola integrazione dello stipendio che la ricorrente si proponeva di trarre dall'attività di educatrice offerta in privato, non avrebbe potuto in alcun modo ledere gli interessi della società resistente.

Tanto più che non solo la resistente non svolgeva in concreto attività educativa a domicilio per bambini privi di particolari esigenze e problemi (il depliant in atti, in particolare, indica al massimo il "babysitting domiciliare" come una delle attività svolte in concreto dalla società, mentre nell'annuncio la ricorrente si è proposta come educatrice per ripetizioni a studenti - come dal documento 6 all. al ricorso, e da dichiarazioni del teste (...) - che è una figura diversa dalla baby sitter), ma l'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo della società resistente è amplissimo, troppo e tanto ampio, cosicché se si assicurasse alla società tutela piena in relazione ad ogni distinta voce dell'oggetto sociale, si finirebbe ingiustificatamente per impedire in assoluto alla ricorrente di svolgere, anche in via occasionale e non organizzata, l'attività educativa connessa con i suoi titoli di studio, e ciò in contrasto con l'art. 4 della Costituzione.

Se così non fosse, dovrebbe ritenersi lecito per il datore di

lavoro inserire nell'oggetto sociale ogni possibile impresa (è notorio che spesso l'oggetto sociale è amplissimo, in previsione astratta anche di attività che mai l'imprenditore in concreto deciderà di svolgere), così impedendo in modo assoluto al dipendente di svolgere altra attività.

Pertanto, già in punto di diritto la condotta contestata alla lavoratrice non può integrare né una violazione dell'art. 2105 c.c., e neppure dei doveri derivanti al dipendente dal contratto di lavoro; e il codice disciplinare, ove venisse letto nel senso che al lavoratore fosse vietato di svolgere qualsivoglia attività, sol che fosse indicata nell'oggetto sociale, anche meramente occasionale ed a prescindere almeno da una allegazione di concreta probabilità di svolgimento, dovrebbe ritenersi senza dubbio illegittimo per violazione dell'art. 4 Cost., e dell'art. 2113 c.c. (non avendo la lavoratrice rinunciato ai suoi diritti inderogabili, nelle forme previste da tale ultima norma).

Da tenere presente, comunque, che come confermato da tutte le testimoni sentite in giudizio, nella struttura della resistente il ruolo e le mansioni delle educatrici, tra cui la dott.ssa (...), consistevano nell'aiutare gli ospiti a lavarsi, vestirsi, preparare e consumare i pasti, impartire le regole sul corretto e ordinato svolgimento di tali attività quotidiane, occuparsi della vigilanza notturna degli ospiti della comunità, ascoltare gli utenti e accompagnarli agli incontri con gli assistenti sociali, alle visite fatte ai genitori o ai compagni con problemi di dipendenze presso la Comunità "La Crucca" o, ancora, accompagnarli presso esercizi commerciali o, nel fine settimana, in pizzeria, paninoteche, sagre paesane ecc.: attività queste, ovviamente ben diverse da quella di sostegno educativo domiciliare a due bambini che non hanno particolari esigenze di sostegno.

I testi di parte ricorrente hanno confermato gli assunti della lavoratrice, in particolare (...) ha così dichiarato: "ricordo bene che la ricorrente qualche anno fa pubblicò un annuncio pubblicitario offrendo ripetizioni a studenti, e che successivamente un signore, di cognome (...), che la contattò in relazione all'annuncio, dopo di che i due concordarono un appuntamento".

Ad ogni modo, in punto di fatto la ricostruzione della dinamica degli eventi secondo quanto emerso dai documenti, e dalle dichiarazioni dei testimoni, dimostra che vi è stata una condotta assolutamente in violazione dei doveri di correttezza e buona fede nei confronti del lavoratore, da parte del datore di lavoro, che ha mandato dalla ricorrente una persona la cui identità neppure è certa, quel tale signor (...), a svolgere il ruolo di agente provocatore e poi a dileggiare la malcapitata, mentre sarebbe stato doveroso astenersi da tale infido espediente, e invece parlare con la lavoratrice, e serenamente invitarla, se del caso, e comunque in buona fede, a desistere dalla ricerca di una integrazione del reddito, magari anche trovando un accordo.

Il fatto che invece la società sia partita in quarta cercando di incastrare la dipendente con l'aiuto del sedicente (...), è indizio grave della pretestuosità del licenziamento, indizio che diventa prova se si tiene anche conto della occasionalità dell'attività, non esercitata dalla società, e comunque offerta con una pubblicità ingenua e assolutamente inidonea a ledere gli interessi del datore di lavoro.

Inconsistente, generica e priva di fondamento risulta altresì l'ulteriore contestazione disciplinare della condotta consistita nell'aver usato i canali telematici per la ricerca di un ulteriore lavoro, giacché neppure è allegato in modo chiaro che l'annuncio fosse stato pubblicato sul web durante l'orario di lavoro, e comunque non è stato provato; e perché esso riguardava una attività non strutturata, e del tutto occasionale e di contorno rispetto a quella oggetto del rapporto fra le parti.

Deve ritenersi pertanto la illegittimità del licenziamento comminato, per insussistenza giuridica della violazione dei doveri contrattuali contestata alla lavoratrice; con le conseguenze di legge come previste dall'art. 8 della L. n. 604 del 1966 che trova applicazione nel caso di specie.

Detto articolo così dispone, per la parte di interesse specifico: "qualora risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti".

Tenuto conto della condotta gravemente lesiva dei doveri di

buona fede e correttezza nel rapporto di lavoro, posta in essere dalla società resistente che ha organizzato un trabocchetto ai danni della dipendente, per giunta mediante l'aiuto di una persona, il (...), che ha verosimilmente agito sotto mentite spoglie, deve riconoscersi alla ricorrente l'indennità forfettaria nella misura massima di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, somma che equivale a 10.504,80 Euro come da conteggi del ctu.

Quanto alla domanda avente ad oggetto le differenze retributive, allegate con dettaglio nel ricorso, i conteggi prodotti dalla ricorrente, confermati ed espliciti in udienza dal consulente di parte che li ha redatti, attestano un credito complessivo in capo alla ricorrente per 6.585,35 Euro; di questi, parte resistente ne ha già riconosciuti come dovuti 4.578,89 Euro, col documento pec all. 13 al ricorso.

All'esito delle operazioni di perizia contabile il ctu dott. (...) ha riconosciuto come ancora dovuta alla ricorrente, detratto quanto già pagato dal datore di lavoro a titolo di differenze retributive e tfr (complessivamente 4.243,89 Euro), la somma di 1.988,29 Euro, che pertanto la parte resistente deve essere condannata a pagare, non essendo stata mossa alcuna contestazione all'operato del ctu, che appare comunque a questo giudice, prima facie conforme alle regole tecniche specifiche.

Parte resistente pertanto deve essere condannata a pagare alla ricorrente anche 1.988,29 Euro a titolo di differenze retributive.

La condanna alle spese, che si liquidano come in dispositivo, segue la soccombenza; e le spese di ctu, liquidate come da separato decreto, devono essere poste integralmente, in via definitiva, a carico di parte resistente.

(omissis)

Buona fede e correttezza nell'esercizio del potere disciplinare

La sentenza n. 200/2021 del Tribunale di Sassari, Sezione Lavoro, offre un'occasione di riflessione circa il ruolo della buona fede nell'ambito del rapporto di lavoro.

La buona fede rientra nel novello delle clausole generali, definite efficacemente *“tecniche di formazione giudiziale delle regole da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta”*.

Nel particolare campo giuslavorista la buona fede tende a dare equilibrio ad un sistema impari, nel quale il bisogno di impiego del lavoratore, di sovente, supera il bisogno del datore di assumerlo; specie in un momento in cui la crescente domanda di lavoro, eleva chi detiene l'offerta in una posizione di preminenza, dandogli la possibilità di trovare chi sia disposto ad accettare comportamenti in male fede (pur di mantenere l'occupazione), ovvero nell'indurre alle dimissioni chi rivendica i suoi diritti, oppure, come nel caso di specie, addirittura nel reperire dei complici che cooperino nella programmazione di artifici idonei a far apparire come giusta una causa di licenziamento.

Il Caso

Con contratto a tempo indeterminato full time iniziato nel maggio 2014, una educatrice veniva assunta da una società Cooperativa con mansioni di assistenza e sostegno a donne maltrattate e ai loro bambini.

Il rapporto terminava nel settembre del 2015 a causa del licenziamento disciplinare per giusta causa intimato alla dipendente, cui era stato contestato di aver svolto attività extralavorativa in concorrenza con la società datrice e, quindi, di aver violato gli obblighi di fedeltà e di non concorrenza (art. 2105 c.c.).

La contestazione disciplinare aveva ad oggetto il fatto che la lavoratrice pubblicava su un noto sito di

L'ANALISI DELLA DECISIONE

Nel caso in esame ha assunto rilievo, tra gli altri profili, il concetto di buona fede, che ha una natura multiforme e che assume diverse connotazioni a seconda del contesto nel quale è inserita: nel particolare campo giuslavorista essa tende a dare equilibrio ad un rapporto impari, quale è quello tra parte datrice e lavoratore.

annunci, la disponibilità ad eseguire ripetizioni private per bambini che avessero bisogno di aiuto nei compiti.

A tale offerta aveva risposto un sedicente signore che, su commissione della Cooperativa, aveva teso una trappola alla dipendente, la quale, infatti, all'incontro organizzato in un bar della città, era stata persuasa a sottoscrivere un falso accordo, già compilato dal finto interessato, con il quale la stessa si sarebbe impegnata, fuori dall'orario di lavoro e per due settimane, a dare ripetizioni in favore di due bambini.

Pochi giorni dopo la sottoscrizione del documento, l'“agente provocatore” comunicava telefonicamente alla lavoratrice di non essere più interessato alla prestazione. Curiosamente, ma non troppo, trascorsi solo cinque minuti dalla conversazione telefonica, la lavoratrice riceveva via pec la contestazione di addebito della datrice di lavoro *“per aver eseguito attività in concorrenza anche potenziale con le attività della società, anche fuori dall'orario di lavoro”*.

La datrice procedeva, quindi, al licenziamento per giusta causa, il quale veniva impugnato giudizialmente dalla lavoratrice.

Costituitasi in giudizio, la difesa della Cooperativa allegava il contratto sottoscritto dalla educatrice e chiedeva il rigetto del ricorso.

La Bona Fides

Nel caso di specie assume rilievo, tra gli altri profili, il

concetto di buona fede che ha una natura multiforme, assumendo diverse connotazioni a seconda del contesto nel quale è inserita.

Tale clausola generale può essere distinta in due tipi.

La buona fede soggettiva, designata dai romani come *bona fides*, che si sostanzia nell'ignoranza della lesione dell'altrui diritto, e, al contempo, nella erronea convinzione di agire in conformità ad un proprio diritto, oppure nell'affidamento in una situazione giuridica apparente che però differisce da quella reale.

L'effetto che in questi casi l'ordinamento riconosce allo stato soggettivo di buona fede consiste nella conservazione della situazione creata, ovvero nella limitazione o nella esclusione della responsabilità del soggetto agente.

Si considerino, ad esempio: gli effetti del matrimonio putativo per il coniuge che in buona fede contrae matrimonio ignorando che l'altro sia già sposato (art. 128 c.c.); gli effetti dell'acquisto in buona fede del bene mobile da chi non è proprietario eppure ha venduto (art. 1153 c.c.); la liberazione del debitore che paga a chi appare legittimato a ricevere ed in realtà non lo è (art. 1189 c.c.); oppure chi riceve un pagamento non dovuto, dovrà sempre restituire quanto ricevuto ma, se in buona fede, restituirà in misura minore i frutti e gli interessi (art. 2033 c.c.).

La buona fede oggettiva, al contrario, è una regola di comportamento, designata dai romani (con l'inversione dell'aggettivo) *fides bona* e contrapposta al *dolus malus*, alla quale il giudice commisura il comportamento complessivo tenuto dalle parti del rapporto obbligatorio, valutandolo, quindi, secondo modelli di comportamento e tipi di condotta osservati nel tempo dai consociati nella vita di relazione e percepiti dalla coscienza sociale come doverosi.

Si consideri, ad esempio: che le parti nella fase delle trattative devono comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.) e, quindi, non coinvolgere in trattative inutili la controparte perché, se è vero che la trattativa non comporta un obbligo di contrarre, tuttavia non è meno vero che sarebbe contrario a buona fede ingenerare nell'altra parte la ragionevole convinzione circa la conclusione dell'accordo; è anche contrario alla buona fede non informare la controparte sulle circostanze che possano rendere invalido il contratto (art. 1338 c.c.); ancora, in pendenza di una condizione, le parti devono comportarsi con correttezza, diversamente, qualora la condizione non si sia avverata

per una causa imputabile alla parte che aveva interesse al mancato avveramento, l'ordinamento interviene considerando la condizione come verificatasi (art. 1359 c.c.).

Accade poi spesso che la lettera di un contratto possa essere interpretata con significati diversi e, tra i vari criteri risolutivi, figura quello della interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.). Tale norma rappresenta una regola residuale e sussidiaria, in applicazione della quale si esclude la rilevanza di interpretazioni cavillose, formalistiche e speciose, per contestare il ragionevole affidamento della parte che invoca l'applicazione contratto.

Infine, di non minore importanza, è il principio a mente del quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 c.c.). A fronte dei comportamenti codificati di cui sopra, tale disposizione rappresenta la chiave di volta del sistema, che permette di considerare dovuti comportamenti atipici e non pattuiti, dato che il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.).

Le parti, quindi, sono tenute ad eseguire non solo quanto pattuito in contratto, ma anche quanto necessario per soddisfare l'interesse dell'altra parte.

Si discorre in proposito della *buona fede integrativa* per indicare tutti quei comportamenti che, sebbene i contraenti non abbiano pattuito al momento della conclusione del contratto o non risultino da disposizioni normative, una parte può pretendere dall'altra. Ciò accade quando ricorrono due circostanze: *in primis*, che il comportamento non pattuito possa comunque salvaguardare l'interesse o l'utilità della controparte; *in secundis*, che il nuovo comportamento non determini il pagamento di un prezzo personale e/o economico ingente per chi lo esegue.

Tali obblighi possono specificarsi, ad esempio, nella esecuzione di prestazioni non previste, nella modifica del proprio comportamento, nel tollerare le modifiche del comportamento della controparte.

In merito è stato efficacemente osservato che tale obbligo “*non si presta ad essere predeterminato nel suo contenuto in quanto esso richiede comportamenti diversi in relazione alle concrete circostanze*”.

Così, secondo la giurisprudenza “*nell'esecuzione del contratto secondo buona fede la parte è tenuta, da un lato, ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte e, dall'altro, a tollerare anche inadempimenti della controparte, che*

non pregiudichino sensibilmente il proprio interesse” (Cass. 5420/2004).

Il ragionamento del giudice

Nel caso in esame, il giudice si è trovato dinnanzi a posizioni antitetiche.

Da un lato, secondo la tesi datoriale, la lavoratrice avrebbe violato l'obbligo di non concorrenza di cui all'art. 2105 c.c. secondo cui *“il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza [ancorché solo potenziale] con l'imprenditore”*, costituendo tale contegno giusta causa di licenziamento.

Invece, a mente della lavoratrice il provvedimento disciplinare sarebbe stato illegittimo per insussistenza dei fatti addebitati - giacché il comportamento contestato non integrerebbe attività in concorrenza, neppure potenziale - e, comunque, per sproporzionalità della sanzione.

Appare utile rilevare che per attività in concorrenza, si intende un'attività economica organizzata e finalizzata ad attuare interessi contrastanti con quelli datoriali. Il divieto di compiere attività in concorrenza rappresenta una esplicazione del più ampio dovere di fedeltà che, come chiarito costantemente dalla giurisprudenza, costituisce un obbligo collegato ai principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.. Tale obbligo, quindi, impone al dipendente di tenere un comportamento leale nei confronti del proprio datore, astenendosi da qualunque atto che possa nuocergli, anche potenzialmente.

Il comportamento del prestatore di lavoro è quindi censurabile se, per la sua natura e le sue conseguenze, è in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa e se crea situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della parte datoriale.

In altre parole e sotto il preciso profilo della concorrenza, i comportamenti del lavoratore sono censurabili ed idonei a ledere irreparabilmente il vincolo fiduciario solo se diretti a realizzare una competizione economica nella quale il prestatore sfrutta le conoscenze tecniche e commerciali acquisite nel corso del rapporto a svantaggio ed in danno della parte datoriale.

La giurisprudenza ha poi individuato le attività che, anche potenzialmente, costituiscono concorrenza vietata ricomprendendovi:

I) il comportamento del lavoratore della commit-

tente che, nel ruolo di supervisore dei lavori svolti dalla appaltatrice, omette di comunicare al datore di lavoro la compartecipazione dei suoi familiari nella società appaltatrice (Cass. Civ. 4 aprile 2005, n. 6957);

II) lo svolgimento di attività imprenditoriale nell'ambito di un'impresa effettivamente concorrente, quale - ad esempio - la condotta del dipendente di un albergatore che parallelamente gestiva una propria struttura ricettiva rurale e collaborava con altri alberghi della zona, pur in assenza di sviamento di clientela (Cass. Civ., sez. lav., 30/01/2017, n. 2239);

III) la costituzione di una società da parte della lavoratrice con altri colleghi, per lo svolgimento di medesima attività svolta dal datore di lavoro (Cass. Civ. 5 aprile 2004, n. 6654);

IV) il comportamento del lavoratore che non informa il datore, sia in fase di assunzione che successivamente, di intrattenere una relazione stabile con il direttore commerciale di una società concorrente e ciò poiché sussiste il potenziale pericolo di rilevazione, al concorrente, di notizie riservate (Corte d'Appello di Milano 2 aprile 2021, n. 429);

V) la partecipazione al capitale sociale di una azienda concorrente (Cass. Civ. 9 ottobre 2018, n. 24916).

Peraltro, la giurisprudenza ha anche statuito che la condotta del dipendente, per essere disciplinarmente rilevante, deve richiedere non già la mera potenzialità lesiva della condotta concorrenziale, ma che almeno una parte dell'attività concorrenziale sia stata compiuta, così che il pericolo per il datore di lavoro sia divenuto concreto durante la pendenza del rapporto.

Invero, la Suprema Corte con la pronuncia n. 6091 del 9.3.2017 ha statuito che *“Ai fini della configurabilità della violazione dell'obbligo di fedeltà, e in particolare del divieto di operare in concorrenza con il datore di lavoro, non è sufficiente la mera potenzialità lesiva della condotta addebitata al dipendente (nella specie, è stata esclusa la fondatezza dell'addebito per una dipendente a tempo parziale che, nel residuo orario disponibile, lavorava nell'azienda del familiare, operante nello stesso settore del datore di lavoro)”* (cfr. Corte di appello Brescia sez. lav., 31/01/2019; Conformi_ Cass. Civ., sez. lav., 26/08/2003, n. 12489; Cass. Civ., sez. lav., n. 2478/2008).

Ciò detto, appare interessante ripercorre il ragionamento del giudice che, pur evidenziando la ragione assorbente dell'illegittimità del licenziamento, si pronunciava sulla mala fede della datrice.

La ragione più liquida muove dal concetto di “affari” richiamato dall’art. 2105 c.c.. Correttamente, osservava il Giudice che l’articolo in commento “deve essere interpretato senza dubbio letteralmente, stante la chiarezza delle sue espressioni: e allora, ciò che viola il dovere sancito dalla norma sono appunto gli “affari”, ossia non le attività occasionali, e tanto più se offerte con modalità informali ed ingenuie come nel caso di specie, ma solo attività analoghe a quelle previste nell’oggetto sociale del datore di lavoro, che siano organizzate però anch’esse in forma di impresa, o perlomeno che siano almeno abituali”.

Successivamente, dopo aver evidenziato la simulazione del contratto fatto firmare alla lavoratrice dall’“agente provocatore”, al solo fine di consegnare alla committente/datrice una prova scritta della attività in concorrenza, nonché della infedeltà all’azienda, il giudice faceva proprio il noto principio di autoreponsabilità, inteso come “la necessità di risentire le conseguenze pregiudizievoli della propria condotta”.

È possibile infatti leggere: “la ricostruzione dinamica degli eventi secondo quanto emerso dai documenti, e dalle dichiarazioni dei testimoni, dimostra che vi è stata una condotta assolutamente in violazione dei doveri di correttezza e buona fede nei confronti del lavoratore, da parte del datore di lavoro, che ha mandato dalla ricorrente una persona la cui identità neppure è certa, a svolgere il ruolo di agente provocatore e poi a dileggiare la malcapitata, mentre sarebbe stato doveroso astenersi da tale infido espediente, e invece parlare con la lavoratrice, e serenamente invitarla, se del caso, e comunque in buona fede, a desistere dalla ricerca di una integrazione del reddito, magari anche trovando un accordo. Il fatto che invece la società sia partita in quarta cercando di incastrare la dipendente con l’aiuto del sedicente (...),

è indizio grave della pretestuosità del licenziamento, indizio che diventa prova se si tiene conto della occasionalità dell’attività, non esercitata dalla società, e comunque offerta con una pubblicità ingenua e assolutamente inadonea a ledere gli interessi del datore di lavoro”.

La pronuncia in commento offre lo spunto per valutare il limite posto alla parte datoriale nell’esercizio del potere di controllo e disciplinare.

Invero, sebbene sia prerogativa datoriale poter verificare, controllare e, se del caso, sanzionare il lavoratore che non si attenga ai comuni doveri derivanti dal rapporto di natura subordinata, ciò non di meno detti poteri devono comunque essere esercitati entro i confini della buona fede, per non sfociare nell’abuso del diritto.

In particolare, è certo vero che tramite l’attività investigativa, anche occulta, il datore possa svolgere le verifiche sul lavoratore che si sospetti possa essere inadempiente (si vedano, ad esempio, i controlli sul lavoratore assente per malattia che presta, al contempo, attività lavorativa in favore di terzi). Tuttavia, è anche vero che l’attività di indagine non può tradursi in una istigazione all’inadempimento, né men che meno nell’attività di cooperazione insidiosa che muove dall’unico scopo di tendere una trappola al lavoratore e, conseguentemente, preconstituire una prova, apparentemente idonea, ad integrare una giusta causa di licenziamento.

Il Tribunale, quindi, facendo buon governo del principio di buona fede nel rapporto di lavoro accertava e dichiarava, per quel che qui interessa, l’illegittimità del licenziamento dell’educatrice, condannando la società a risarcire il danno nella misura massima pari a sei mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto ex art. 8 della L. 604/66, applicabile al caso di specie. ●

A cura della Redazione Plus Plus 24
Diritto
I testi integrali sono disponibili in
banca dati Plus 24 Diritto
www.plusplus24diritto.ilssole24ore.com

L'Osservatorio sul Merito

CONDOMINIO

Condominio - Installazione della pedana mobile nel vano condominiale - Diritto riconosciuto a tutti i soggetti che si trovino in condizioni fisiche disagiate.

In materia condominiale il diritto ad installare e mantenere la pedana mobile nel vano scale condominiale deriva dall'art. 2, 2° comma, della L 13/1989, che consente ai portatori di handicap di installare a proprie spese le strutture di sollevamento e trasporto atte a consentirgli l'accesso alla proprietà, nonostante l'inerzia e/o il dissenso manifestato dagli altri condomini. La giurisprudenza di merito e di legittimità ha esteso tale diritto a tutti i soggetti che si trovino in condizioni fisiche disagiate e che subiscano una significativa limitazione della libertà di movimento consentita alla generalità degli individui.

¶ *Corte d'Appello di Taranto, Civile, Sentenza 24 novembre 2021, n. 404*

Condominio - Controversie condominiali - Ingresso del nuovo amministratore - Consegna della documentazione - Legittimazione passiva dell'appallato evocato in giudizio.

In merito alla controversia condominiale con la quale l'appellante, creditore del Condominio di cui era stato amministratore, non essendo ancora stato saldato del proprio credito maturato nei confronti del Condominio in ragione del suo ruolo, aveva convenuto in giudizio il nuovo amministratore affinché venisse condannato a consegnargli l'anagrafica dei condomini con le tabelle millesimali di riferimento ed il piano di riparto con indicazione dei condomini e delle somme ancora dovute, onde consentirgli di agire nei loro confronti, è fondato il motivo di doglianza con il quale l'appellante eccepisce l'infondatezza della richiesta di rigetto dell'appello, per difetto di legitti-

mazione passiva del nuovo amministratore convenuto, laddove l'appellante abbia correttamente evocato in giudizio il nuovo amministratore, in tale veste lo abbia invitato a costituirsi in giudizio e come tale ne abbia chiesto la condanna alla consegna della richiesta documentazione.

¶ *Corte d'Appello di Venezia, Civile, Sezione 2, Sentenza 22 novembre 2021, n. 2920*

Deliberazioni assembleari - Autorizzazione o ratifica dell'assemblea - Singoli condomini - Declaratoria di nullità.

Non solo l'esecuzione, ma anche la difesa delle deliberazioni assembleari impugnate da singoli condomini rientra fra le attribuzioni proprie dell'amministratore condominiale ai sensi dell'art. 1130 c.c. e che pertanto, a norma dell'art. 1131 c.c., l'amministratore del condominio possa sia resistere alla domanda di annullamento o di declaratoria di nullità di una delibera assembleare, sia impugnare la sentenza che la accolga senza necessità di autorizzazione o ratifica dell'assemblea.

¶ *Corte d'Appello di L'Aquila, Civile, Sentenza 12 novembre 2021, n. 1689*

Controversie condominiali - Spese addebitate in bilancio - Obbligo di rendiconto - Onere dell'amministratore di provare le spese addebitate in bilancio.

In tema di controversie condominiali grava sull'amministratore l'onere di fornire la prova delle spese addebitate nel bilancio condominiale e la mancanza o insufficienza dei documenti giustificativi a sostegno delle voci di spesa inserite in bilancio non può che comportare la carenza di idonei elementi per ritenere sussistente l'effettuazione di quelle spese. Infatti, l'obbligo di rendiconto, cui è tenuto l'amministratore quale mandatario con rappresentanza dei

condomini, può dirsi adempiuto quando egli abbia fornito la prova, attraverso i necessari documenti giustificativi, non soltanto della somma incassata e dell'entità e causale degli esborsi, ma anche di tutti gli elementi funzionali alla individuazione e al vaglio delle modalità di esecuzione dell'incarico, onde stabilire se il suo operato sia adeguato o meno a criteri di buona amministrazione.

¶ *Corte d'Appello di Venezia, Civile, Sezione 2, Sentenza 4 novembre 2021, n. 2790*

CONTRATTI BANCARI

Contratti bancari - Piano di ammortamento alla francese - Assenza di una qualsivoglia forma di capitalizzazione palese o occulta - Effetti.

In tema di contratti bancari, con specifico riferimento al piano di ammortamento alla francese, l'assenza di qualsivoglia capitalizzazione (palese o occulta) in tale tipologia di piano esclude che possa verificarsi alcuna discordanza (indeterminatezza tasso di interesse ex art. 1284 c.c.) tra il tasso pattuito nel contratto di finanziamento (TAN) e quello effettivo, salvo il caso, del tutto eccezionale, in cui nello svolgersi del rapporto il contegno della banca diverga da quanto pattuito. La circostanza che il piano di ammortamento alla francese non genera alcun fenomeno anatocistico esclude anche alcuna discordanza tra il tasso pattuito per iscritto e quello eventualmente effettivo; non sussistendo indeterminatezza del tasso ultralegale da applicare, non deve procedersi al ricalcolo del credito con applicazione del tasso legale ai sensi dell'art. 1284, comma 3, c.c..

¶ *Tribunale di Ancona, Civile, Sezione 2, Sentenza 4 novembre 2021, n. 1391*

LAVORO E OCCUPAZIONE

Subordinazione - CIGO, CIGS - Natura e caratteri dei due istituti - Funzione - Differenze nella selezione del personale da sospendere.

La diversità ontologica tra CIGO e CIGS è riconducibile alla diversità delle cause integrabili e produce un'inevitabile diversità procedimentale nella selezione del personale da sospendere. Il potere di scelta dei lavoratori da porre in cassa integrazione guadagni ordinaria, riservato al datore di lavoro, è sottoposto al

solo limite (di carattere interno) derivante dalla necessaria sussistenza del rapporto di coerenza fra le scelte effettuate e le finalità specifiche cui è preordinata la cassa e dall'obbligo di osservare i doveri di correttezza e buona fede imposti dagli articoli 1175 e 1375 cc, nonché dall'ulteriore limite (di carattere esterno) derivante dal divieto di discriminazioni fra i lavoratori per motivi sindacali, di età, di sesso, di invalidità o di presunta ridotta capacità lavorativa. Dunque, posto che la CIGS e la CIGO sono fattispecie ex se diverse, l'esigenza di razionale obiettività e di equa ripartizione tra i lavoratori dei sacrifici derivanti dalla collocazione in cassa integrazione può essere soddisfatte anche con modalità diversa dalla preventiva comunicazione alle organizzazioni sindacali dei criteri di scelta e del meccanismo della rotazione, previste positivamente soltanto per la prima fattispecie.

¶ *Corte d'Appello di Roma, Civile, Sezione I, Sentenza 9 dicembre 2021, n. 4159*

Magistratura onoraria - Retribuzione - Attività lavorativa svolta a tempo pieno ed indeterminato - Equipollenza rispetto alla disciplina prevista per i magistrati togati - Esclusione.

In tema di magistratura onoraria, l'incarico svolto dal giudice di pace non può essere considerato attività lavorativa svolta a tempo pieno e indeterminato; pertanto, non sussiste il diritto del magistrato onorario a percepire un trattamento retributivo non inferiore a quello previsto per i magistrati togati, ai sensi degli artt. 10 e 11, L. n. 392/1951, dell'art. 3 della L. n. 28/1981 e successive modificazioni e integrazioni, nonché un analogo trattamento previdenziale.

¶ *Corte d'Appello di Sassari, Civile, Sezione I, Sentenza 10 novembre 2021, n. 191*

Lavoro subordinato - Demansionamento - Risarcimento danni - Onere prova - Presunzioni - Idoneità.

In tema di rapporto di lavoro subordinato, dall'inadempimento datoriale non deriva automaticamente l'esistenza del danno, non potendosi quest'ultimo ravvisare immancabilmente a causa della potenzialità lesiva dell'atto illegittimo. Ciò in ragione del fatto che dall'inadempimento datoriale possono derivare, astrattamente, una pluralità di conseguenze lesive per il lavoratore (danno professionale in senso patri-

moniale, danno biologico, danno all'immagine o alla vita di relazione, sintetizzati nella locuzione danno c.d. esistenziale), che possono anche coesistere l'una con l'altra, con conseguente necessità di specifica allegazione e prova da parte di chi assume di essere stato danneggiato. In particolare, nel caso di demansionamento e dequalificazione professionale, la prova del relativo danno può essere data dal lavoratore anche ai sensi dell'art. 2729 c.c., attraverso l'allegazione di elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti, potendo a tal fine essere valutati la qualità e quantità dell'attività lavorativa svolta, il tipo e la natura della professionalità coinvolta, la durata del demansionamento, la diversa e nuova collocazione lavorativa assunta dopo la prospettata dequalificazione.

¶ *Tribunale di Ascoli Piceno, Civile, Sentenza 5 novembre 2021, n. 234*

PROCEDIMENTO CIVILE

Mediazione obbligatoria - Comparizione personale parti - Necessità - Fondamento - Rappresentanza della parte - Ammissibilità - Condizioni - Conferimento potere rappresentativo - Procura speciale notarile - Necessità - Inosservanza - Improcedibilità della domanda.

La "ratio" e la finalità della mediazione sono quelle di attivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata della controversia, in maniera tale da implicare necessariamente una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. In ragione di ciò, il legislatore ha volutamente previsto la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore, in quanto, solo nel dialogo informale e diretto tra parti e mediatore, si auspica che si possa trovare quella composizione degli opposti interessi soddisfattiva al punto da evitare la controversia e risultare vantaggiosa per entrambe le parti. Tuttavia, la necessità della comparizione personale, pur prevista dall'art. 8 del D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28, non comporta che si tratti di attività non delegabile, tanto che la medesima delega può essere conferita anche al proprio difensore. A tal fine, però, non è sufficiente una procura conferita al difensore e da questi autenticata ma è necessaria una procura speciale notarile che conferisca rappresentanza sostanziale. In sede di mediazione, infatti, la procura speciale non può reputarsi validamente rila-

sciata qualora recante sottoscrizione del delegante priva di autenticazione da parte di pubblico ufficiale a ciò autorizzato dalla legge. (Nel caso di specie, relativo ad una controversia insorta in materia di diritti reali, accogliendo l'eccezione sollevata dalla parte convenuta, il giudice adito ha dichiarato l'improcedibilità della domanda attorea, in quanto, nel procedimento di mediazione avviato "ante causam", gli attori, non comparsi personalmente innanzi al mediatore, non erano stati idoneamente rappresentati a motivo di una delega non autenticata e priva di data certa da loro conferita all'unico attore comparso personalmente; inoltre, osserva la decisione in esame, alla riscontrata irregolarità non può neppure ovviarsi disponendo l'applicazione dell'art. 5, comma 1 bis del D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28, che impone al giudice l'obbligo di assegnare alle parti il termine per la presentazione della domanda di mediazione e di fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6: ciò in quanto tale disposizione si applica solo nel caso in cui la mediazione sia già iniziata ma non ancora conclusa oppure nel caso in cui essa non sia stata esperita e non anche nella diversa ipotesi, ricorrente nella fattispecie concreta, in cui la mediazione sia stata definita, ma in violazione delle prescrizioni che regolano il suo corretto espletamento).

¶ *Tribunale di Bari, Civile, Sezione 1, Sentenza 21 dicembre 2021, n. 4584*

Procedimento civile - Rinuncia all'azione - Caratteri - Inconfigurabilità di formule sacramentali - Effetti - Estinzione dell'azione e cessazione della materia del contendere.

In materia processuale civile, la rinuncia all'azione, che non richiede formule sacramentali, ma può essere anche tacita e va riconosciuta quando vi sia incompatibilità assoluta tra il comportamento dell'attore e la volontà di proseguire nella domanda proposta, si configura nel caso di riconoscimento dell'infondatezza dell'azione, accompagnato dalla dichiarazione di non voler insistere nella medesima. Essa determina, indipendentemente dall'accettazione della controparte (richiesta, invece, per la rinuncia agli atti del giudizio), l'estinzione dell'azione e la cessazione della materia del contendere, la quale va dichiarata, anche d'ufficio, in ogni caso in cui risulti acquisito in causa, che non sussiste più contestazione tra le parti sul diritto sostanziale dedotto e che conseguentemente

non vi è più la necessità di affermare la volontà della legge nel caso concreto.

¶ *Tribunale di Bari, Civile, Sentenza 2 dicembre 2021, n. 3540*

PROVA CIVILE

Somministrazione vaccini - Derivazione malattia - Nesso causale - Regime presunzioni - Limiti operatività.

In tema di malattie derivanti dalla somministrazione di vaccini obbligatori, il giudice di merito può ritenere, nell'esercizio del libero apprezzamento conferitogli al riguardo, che, nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisca né escluda l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della malattia da cui è affetto il danneggiato, taluni elementi in fatto invocati dal ricorrente costituiscano indizi gravi, precisi e concordanti e quindi utilizzare il meccanismo delle presunzioni. Tuttavia, il giudice deve assicurarsi che l'applicazione concreta di tale regime probatorio non conduca a violare l'onere della prova, nel senso che non sussiste in materia una presunzione di tipo assoluto, che, attraverso il suo automatismo, pregiudicherebbe il principio secondo il quale l'onere della prova del difetto e del nesso di causalità grava sul danneggiato. Non è, quindi, conforme al diritto UE, in particolare all'art. 4 della Direttiva del Consiglio del 25 luglio 1985 n. 85/374/CEE, un regime probatorio fondato su presunzioni secondo il quale, quando la ricerca medica non stabilisce né esclude l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della malattia da cui è affetto il danneggiato, la sussistenza di un nesso di causalità tra il difetto attribuito al vaccino e il danno subito dal danneggiato deve sempre essere considerata dimostrata in presenza di taluni indizi fattuali predeterminati di causalità.

¶ *Corte d'Appello di Roma, Civile, Sezione L, Sentenza 2 dicembre 2021, n. 3989*

PROCEDIMENTI SPECIALI

Opposizione a decreto ingiuntivo - Fattura - Idonea per l'ingiunzione ma non come prova nel giudizio di opposizione - Occorre la prova del credito.

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo

l'inversione processuale dei ruoli delle parti non comporta anche una inversione dell'onere della prova e non esonera quindi colui che agisce per far valere un proprio diritto dalla dimostrazione dei fatti che ne costituiscono il fondamento, ex art. 2697 c.c.. Ciò posto, nel caso di fatture poste a fondamento del d.i. l'efficacia probatoria è limitata alla fase monitoria ma non costituisce prova dell'esistenza del credito nel successivo giudizio di opposizione. Pertanto, nel giudizio di opposizione, è necessario fornire la prova del credito oggetto di ingiunzione.

¶ *Corte d'Appello di L'Aquila, Civile, Sentenza 30 novembre 2021, n. 1767*

PUBBLICO IMPIEGO

Pubblico impiego - Contratto a termine - Reiterazione illegittima - Risarcimento danni - Fondamento.

In tema di pubblico impiego, il danno di cui all'art. 36, comma 5 del D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 non è riferibile alla mancata conversione del rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato, visto che nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni il lavoratore, stante il divieto di conversione legislativamente previsto, non può reclamare un tale diritto, trattandosi piuttosto del danno per la perdita della "chance" di conseguire, con percorso alternativo, l'assunzione mediante concorso nel pubblico impiego o la costituzione di un ordinario rapporto di lavoro privatistico a tempo indeterminato, risarcibile nella misura in cui l'illegittimo (soprattutto se prolungato) impiego a termine abbia fatto perdere al lavoratore altre occasioni di lavoro stabile.

¶ *Tribunale di Agrigento, Civile, Sezione L, Sentenza 1° dicembre 2021, n. 1309*

Pubblico impiego - Settore scolastico - Docenti - Mobilità - Disciplina differenziata per docenti dalle graduatorie di merito e ad esaurimento - Illegittimità - Esclusione.

In materia di pubblico impiego, con riferimento al settore scolastico, non è applicabile, in via analogica, ai docenti provenienti dalle graduatorie ad esaurimento la medesima disciplina in tema di mobilità riservata ai docenti provenienti dalle graduatorie di merito, in quanto il legislatore ha attribuito "priorità" e, dunque, un trattamento di favore per questi ultimi,

senza per questo costituire alcun trattamento deterritoriale per i docenti di cui alla prima categoria.

¶ *Corte d'Appello di Venezia, Civile, Sezione L, Sentenza 20 novembre 2021, n. 550*

RESPONSABILITÀ CIVILE

Danni cagionati da cose in custodia - Vizio di costruzione della cosa in custodia ascrivibile al terzo costruttore - Non esclude la responsabilità del custode nei confronti del terzo danneggiato.

La fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. individua un'ipotesi di responsabilità oggettiva e non una presunzione di colpa, essendo sufficiente per l'applicazione della stessa la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo. Pertanto non rileva in sé la violazione dell'obbligo di custodire la cosa da parte del custode, la cui responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, fattore che attiene non ad un comportamento del responsabile, ma al profilo causale dell'evento, riconducibile in tal caso non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno. Ne consegue che il vizio di costruzione della cosa in custodia, anche se ascrivibile al terzo costruttore, non esclude la responsabilità del custode nei confronti del terzo danneggiato, non costituendo caso fortuito, che interrompe il nesso eziologico, salva l'azione di rivalsa del danneggiante-custode nei confronti dello stesso costruttore.

¶ *Corte d'Appello di L'Aquila, Civile, Sentenza 22 novembre 2021, n. 1732*

Risarcimento del danno alla persona - Danno patrimoniale risarcibile - Presupposti risarcitori - Ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale al soggetto disoccupato e senza reddito - Ratio.

In tema di risarcimento del danno alla persona, un danno patrimoniale risarcibile può essere legittimamente riconosciuto anche a favore di persona che, subita una lesione, si trovi al momento del sinistro senza un'occupazione lavorativa e, perciò, senza reddito, in quanto tale condizione può escludere il danno da invalidità temporanea, ma non anche il danno futuro collegato all'invalidità permanente che, proiettandosi appunto per il futuro, verrà ad incidere sulla capacità di guadagno della vittima, al momento in cui

questa inizierà a svolgere un'attività remunerata. Questo danno, infatti, si ricollega, con ragionevole certezza, alla riduzione della capacità lavorativa specifica conseguente alla grave menomazione cagionata dalla lesione patita e va liquidato in aggiunta rispetto a quello del danno biologico riguardante il bene della salute, potendosi procedere alla sua quantificazione anche in via equitativa, tenuto conto dell'età della vittima stessa, del suo ambiente sociale e della sua vita di relazione.

¶ *Tribunale di Alessandria, Civile, Sentenza 11 novembre 2021, n. 875*

Danno alla salute - Risarcimento - Lucro cessante - Danno emergente - Criteri e presupposti di risarcibilità.

In materia risarcitoria, per i danni conseguenti all'intervento chirurgico cui l'istante sia stato sottoposto, la perdita o riduzione della capacità lavorativa specifica attiene al risarcimento del danno patrimoniale, che può atteggiarsi nella duplice forma del danno emergente e del lucro cessante. Quando un soggetto subisce una lesione dell'integrità fisica, può riportare, infatti, oltre al danno alla salute (danno non patrimoniale), un danno alla capacità lavorativa (danno patrimoniale). È infatti possibile che il pregiudizio patito precluda o renda più gravoso, per il danneggiato, svolgere la propria occupazione o reperirne una confacente alle proprie capacità e formazione. La capacità lavorativa, astrattamente intesa, è l'idoneità di un soggetto a produrre un reddito; si distingue in due forme: capacità lavorativa generica, che attiene alla possibilità di svolgere qualsiasi lavoro, anche diverso dal proprio, ma confacente con le proprie attitudini e capacità lavorativa specifica, inerente all'idoneità a svolgere la propria attuale occupazione. Ambedue le categorie di danno sono autonome l'una rispetto all'altra, pertanto, vanno risarciti al danneggiato, non solo i danni patrimoniali dovuti all'incapacità di continuare ad esercitare l'attività svolta all'epoca del sinistro (danni da incapacità lavorativa specifica), ma anche i danni ulteriori, derivanti dalla perdita o dalla riduzione della capacità lavorativa generica, allorquando il grado di invalidità non consenta alla vittima la possibilità attendere ad altri lavori, consoni con le sue attitudini, condizioni personali e ambientali, idonei alla produzione di fonti di reddito.

¶ *Corte d'Appello di Venezia, Civile, Sezione 4, Sentenza 4 novembre 2021, n. 2792*

RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

Responsabilità sanitaria - Rapporto tra paziente e casa di cura - Fonte - Contratto atipico a prestazioni corrispettive - Natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria.

In tema di responsabilità sanitaria, il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, all'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "latu sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizioni del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto.

¶ *Tribunale di Ancona, Civile, Sentenza 2 novembre 2021, n. 1364*

SEPARAZIONE E DIVORZIO

Assegno divorzile - Natura e finalità - Presupposti per la corresponsione - Criteri per la quantificazione.

L'assegno divorzile non spetta al coniuge economicamente autosufficiente: il giudizio di adeguatezza va parametrato non al criterio della conservazione (tendenziale) del tenore di vita matrimoniale, ma all'indipendenza o autosufficienza economica del coniuge

richiedente; ne consegue che l'assegno ha funzione essenzialmente assistenziale tanto che il relativo giudizio si articola in due fasi nettamente distinte, l'una, attinente all'an, incentrata sul principio di autore-sponsabilità e tradotta nella regola applicativa di cui sopra fondata sulla verifica dell'autosufficienza economica del coniuge richiedente; l'altra, concernente il quantum, destinata ad avere ingresso solo in caso di esito positivo della prima, e cioè di non autosufficienza del coniuge, basata sull'applicazione dei criteri elencati dalla norma al fine della concreta determinazione dell'assegno: condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, reddito di entrambi, durata del matrimonio.

¶ *Corte d'Appello di Venezia, Civile, Sezione 3, Sentenza 23 dicembre 2021, n. 3133*

Revisione assegno di divorzio - Coniuge - Soppressione dell'assegno - Decisione giurisdizionale - Intangibilità e stabilità - Contributo di mantenimento.

In materia di revisione dell'assegno di divorzio, il diritto a percepirlo di un coniuge ed il corrispondente obbligo di versarlo dell'altro, nella misura e nei modi stabiliti dalla sentenza di divorzio, conservano la loro efficacia sino a quando non intervenga la modifica di tale provvedimento, rimanendo del tutto ininfluente il momento in cui di fatto sono maturati i presupposti per la modificazione o la soppressione dell'assegno, sicché, in mancanza di specifiche disposizioni, in base ai principi generali relativi all'autorità, intangibilità e stabilità, per quanto temporalmente limitata ("rebus sic stantibus") del precedente giudicato positivo del contributo di mantenimento, la decisione giurisdizionale di revisione non può avere decorrenza anticipata al momento dell'accadimento innovativo, rispetto alla data della domanda di modificazione.

¶ *Corte d'Appello di Torino, Civile, Sentenza 2 novembre 2021, n. 1174*

SERVITÙ

Costituzione delle servitù - Costituzione negoziale - Prefigurati elementi - Determinazione dell'estensione - Fondo dominante - Fondo servente.

Stante il principio di tipicità dei modi di costituzio-

ne delle servitù, nel caso di costituzione negoziale, pur non essendo necessario l'uso di formule specifiche, è necessario che risultino senza incertezze o siano determinabili in base a prefigurati elementi oggettivi, gli estremi idonei a dimostrare il reale intento delle parti, quali l'indicazione del fondo dominante e di quello servente, il peso e l'utilità costituenti il contenuto della servitù e la determinazione dell'estensione e delle modalità di esercizio della stessa.

¶ *Corte d'Appello di L'Aquila, Civile, Sentenza 16 dicembre 2021, n. 1847*

STATUS E CAPACITÀ

Acquisto della cittadinanza italiana iure sanguinis per via materna - Questione di legittimità costituzionale - Efficacia della sentenza della Corte Costituzionale n. 30 del 1983 - Effetti.

Per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 30 del 1983, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1 n. 1 L. 55/1912 per violazione degli artt. 3 e 29 della Costituzione nella parte in cui

non prevede che sia cittadino per nascita anche il figlio di madre cittadina, è possibile l'acquisto della cittadinanza italiana iure sanguinis per via materna da parte dei discendenti diretti da ava cittadina italiana. L'efficacia erga omnes della sentenza della Corte Costituzionale ha inciso sulla disciplina legislativa dello status civitatis di tutti coloro, cittadini potenzialmente tali, che non avevano acquistato quello status esclusivamente per effetto di legge incostituzionale e che, in quanto legittimati al riconoscimento del loro stato di cittadinanza originario illegittimamente compresso, possono farlo valere incondizionatamente in conseguenza della rimozione dell'illegittimo impedimento legislativo, in considerazione della natura permanente ed imprescrittibile del diritto al riconoscimento della cittadinanza. In conclusione, in forza degli effetti esplicitati dalla sentenza n. 30/1983, dalla data di entrata in vigore della nuova Costituzione, la titolarità della cittadinanza italiana deve ritenersi riconosciuta anche ai figli e, conseguentemente, ai discendenti di donna cittadina italiana.

¶ *Corte d'Appello di Roma, Civile, Sezione 1, Sentenza 30 novembre 2021, n. 7950*



ABUSO DEL DIRITTO

*Come e quando si delinea un abuso del diritto
Elementi per classificare un comportamento come elusivo
Applicazione delle norme ed effetti per il contribuente*

La disciplina dell'abuso del diritto rappresenta una tematica di grande interesse per il comparto tributario, con risvolti problematici peculiari per tale settore.

La Guida del Sole 24 Ore fa chiarezza tra i vari istituti "fiscalmente interessati": segnalando le imprecisioni in cui spesso incorrono giurisprudenza e prassi amministrativa, indica la corretta declinazione dei termini dell'abuso del diritto e consente all'operatore di impostare con le giuste modalità le operazioni da realizzare, evidenziandone rischi e opportunità.

IN EDICOLA DAL

22

FEBBRAIO

CON IL SOLE 24 ORE A

9,90*€

*Oltre al prezzo del quotidiano

OPPURE ONLINE:

offerte.ilsole24ore.com/abusodeldiritto

OFFERTA VALIDA IN ITALIA FINO ALL'8 APRILE 2022

Il Sole

24 ORE



Penale

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

LA SENTENZA

Non è interruzione di pubblico servizio segnalare su whatsapp i posti di blocco delle Forze di polizia
Tribunale di Genova, Penale, Decreto 15 novembre 2019

PAG. 34

IL COMMENTO

Whatsapp, posti di blocco ed interruzione di pubblico servizio
di Nicola Scodnik

PAG. 37

L'Osservatorio sul Merito

PAG. 39

Non è interruzione di pubblico servizio segnalare su whatsapp i posti di blocco delle Forze di polizia

(omissis)

OSSERVA

Con CNR pervenuta in data 31.08.2019, la Stazione Carabinieri di Montoggio segnalava all'Autorità giudiziaria alcune decine di soggetti che - tramite l'applicazione di messaggistica "(...)" - partecipavano ad una chat di gruppo denominata "Posti di blocco", creata il 28.03.2019 e contenente oltre cinquecento messaggi, il cui scopo era quello di segnalare le attività di controllo su strada poste in essere dalle Forze dell'Ordine nel territorio della Valle Scrivia e, più in generale, nel genovesato.

L'attività d'indagine - consistita nell'acquisizione di copia della chat, spontaneamente consegnata da parte di alcuni utenti, nell'estrazione dei numeri di telefono dei partecipanti e nella loro successiva identificazione ed assunzione a ss.ii. - ha consentito di accertare lo scambio di messaggi di testo, note vocali e fotografie con cui gli utenti del gruppo si indicavano reciprocamente la posizione e le attività delle pattuglie operanti sul territorio, al fine di evitare controlli ed eventuali sanzioni.

In sede di CNR, a carico di tutti i partecipanti alla chat veniva ipotizzato il reato di cui all'art. 340 c.p.: lo scambio di informazioni così realizzato avrebbe infatti seriamente pregiudicato l'attività di controllo del territorio posta in essere dalle Forze di Polizia, configurando quindi il delitto di interruzione di pubblico servizio.

I soli (...) e (...), invece, venivano deferiti all'autorità giudiziaria anche per il reato p. e p. dall'art. 378 c.p., per essersi rifiutati di fornire ai militari operanti copia della chat oggetto di indagine, che gli stessi ancora conservavano sui propri telefoni cellulari, aiutando così gli altri partecipanti a sottrarsi alle investigazioni dell'Autorità.

Per quanto concerne il primo dei due delitti ipotizzati a carico degli odierni indagati si deve invero osservare quanto se-

IL DECRETO

Reati contro la pubblica amministrazione - Delitti dei privati contro la pubblica amministrazione - Interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità - Configurabilità - Fattispecie in tema di chat social per segnalazione posti di blocco - Non sussiste.

Ai fini della configurabilità del delitto di interruzione di un ufficio o servizio pubblico di cui all'art. 340 cod. pen., è necessario che il turbamento della regolarità dell'ufficio o del servizio si riferisca ad un'alterazione, anche temporanea, del suo complessivo funzionamento e non di una singola prestazione o fruizione; non può perciò ritenersi che piccole, limitate disfunzioni di un singolo settore di un ufficio o di un servizio, che non ne pregiudicano la regolarità di funzionamento nel suo complesso, possano costituire offesa al bene giuridico protetto dalla legge, e cioè il regolare ed ordinato andamento dell'attività della pubblica amministrazione. [In tal senso è esclusa la configurabilità del reato con riguardo alle segnalazioni su whatsapp dei posti di blocco sulle strade].

gue.

L'art. 340 c.p. si pone a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, in relazione alla continuità e regolarità della prestazione di servizi pubblici e di pubblica necessità; configurandosi come fattispecie a forma libera, il reato può essere commesso con qualunque mezzo in grado di interrompere o anche solo turbare la prestazione di un servizio. È in particolare su questa seconda modalità di realizzazione del reato che occorre soffermarsi, non emergendo dalla descrizione dei fatti recata dalla CNR elementi in base ai quali poter riscontrare una vera e propria interruzione di pubblico servizio.

Al fine di individuare la soglia di rilevanza superata la quale è effettivamente possibile ravvisare un turbamento del pubblico servizio, la Suprema Corte ha anche di recente affermato che "è necessario che il turbamento della regolarità abbia comportato, e causato un'apprezzabile alterazione del funzionamento dell'ufficio o del servizio, ancorché temporanea" (Cass. Pen., sez. VI, n. 12218 del 12.02.2019, dep. 19.03.2019).

Sotto il profilo della concreta incidenza della condotta criminosa, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che "non è configurabile il reato di cui all'art. 340 cod. pen. nell'ipotesi in

cui il servizio pubblico nel suo complesso continui a funzionare regolarmente, adempiendo allo scopo cui è stato predisposto: in tal caso il fatto che una singola prestazione sia stata resa meno adeguata alle condizioni ottimali attraverso cui doveva essere effettuata non può far ritenere sussistere l'ipotesi criminosa in questione" (Cass. Pen., sez. VI, n. 2723 del 21.01.1997, dep. 21.03.1997; nello stesso senso Cass. Pen., sez. II, n. 5851 del 19.01.1998, dep. 18.05.1998).

Nel caso di specie, si ritiene che lo scambio di informazioni realizzato tramite il gruppo "(...)" denominato "Posti di blocco" non abbia in alcun modo interrotto o turbato il servizio di controllo su strada posto in essere dalle Forze dell'Ordine nel territorio di Montoggio e dei comuni limitrofi: la condivisione di notizie circa tempi e luoghi in cui gli operatori di polizia procedevano a controlli sulla circolazione stradale può aver indotto gli utenti della chat a modificare il proprio percorso o a prestare particolare attenzione al rispetto delle regole della strada, ma non ha sicuramente impedito alle Forze dell'Ordine di procedere liberamente a tutte le attività di controllo di propria competenza, sotto il profilo della scelta dei tempi, dei luoghi di appostamento e dei veicoli da fermare.

Nel senso dell'irrelevanza delle condotte contestate rispetto alla complessiva efficacia dell'attività di controllo della circolazione stradale occorre inoltre evidenziare come il gruppo "(...)" in questione coinvolgesse un numero limitato di persone, del tutto modesto rispetto alla ampia platea di utenti della strada che quotidianamente si trovano a transitare nel territorio della Valle Scrivia. Anche sotto tale profilo emerge dunque l'assenza di un concreto pregiudizio all'attività istituzionale delle Forze di Polizia operanti sul territorio.

Giova infine evidenziare che lo scambio di informazioni realizzato tramite la chat "Posti di blocco" costituisce l'equivalente "social" della ben più risalente, diffusa e criticabile consuetudine di molti utenti della strada di segnalare la presenza di forze dell'ordine agli altri conducenti provenienti in senso contrario mediante lampeggio dei fari abbaglianti. Tale condotta, lungi dal configurare un'ipotesi di interruzione di pubblico servizio, rientra nella clausola generale prevista dall'ultimo comma dell'art. 153 C.d.S., che commina la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 41 ad Euro 168 nei confronti di chi utilizzi impropriamente i dispositivi di segnalazione luminosa. Anche tale elemento induce a ritenere le condotte oggetto di CNR prive di rilevanza penale, in quanto inidonee a ledere concretamente il bene giuridico tutelato dall'art. 340 c.p..

Rispetto al delitto di favoreggiamento, inoltre, ipotizzato a carico di soli due indagati, occorre osservare come in realtà difettino ben due dei requisiti individuati dalla norma incriminatrice. In primo luogo, alla luce di tutto quanto sin qui argo-

mentato, non si ritiene sussista alcun reato presupposto rispetto ai cui autori gli indagati avrebbero potuto prestare opera di favoreggiamento: la condivisione di informazioni realizzata mediante il gruppo "Posti di blocco" non sembra infatti poter integrare il delitto di cui all'art. 340 c.p., risolvendosi in una condotta che, per quanto non meritevole di incoraggiamento, rimane tuttavia priva di rilevanza penale.

In secondo luogo poi - anche a voler ritenere sussistente il reato presupposto - nell'ambito della CNR (...) e (...) risultano entrambi indagati per il reato p. e p. dall'art. 340 c.p., commesso in concorso con le altre decine di soggetti a vantaggio dei quali avrebbero poi compiuto atti di favoreggiamento. Tale circostanza rende evidente la carenza dell'ulteriore requisito che più di tutti esprime ratio e funzione dell'art. 378 c.p.: nell'escludere la configurabilità del reato in parola a carico di chi si sia trovato a concorrere nel reato presupposto, la norma incriminatrice individua il disvalore meritevole di sanzione penale soltanto nella condotta di chi, estraneo al reato, aiuti un'altra persona ad eludere le investigazioni dell'Autorità.

Nel caso di specie (...) e (...) - che pure in sede di ss.ii., avevano già collaborato con gli operanti mostrando loro la chat in questione sullo schermo dei propri telefoni - in assenza di atti cogenti di indagine disposti dalla P.G. di propria iniziativa o su ordine dell'Autorità giudiziaria hanno semplicemente esercitato una propria legittima facoltà di rifiuto, rispetto alla quale l'eventuale e del tutto ipotetico vantaggio recato a terzi rimane sullo sfondo e resta privo di rilevanza penale.

Nell'ambito della CNR era altresì ipotizzato, a carico di (...) e (...), il delitto di cui all'art. 290 c.p., per aver essi condiviso sul gruppo "(...)" oggetto di indagine messaggi di testo e note vocali recanti espressioni ingiuriose nei confronti dell'Arma dei Carabinieri. Tale addebito non è stato neppure oggetto di iscrizione tra le notizie di reato, essendosi ritenuto che il contesto chiuso della chat nell'ambito della quale sono state manifestate le espressioni ingiuriose in esame - chat circoscritta a poche decine di partecipanti - non possa integrare il requisito per cui il vilipendio deve avvenire "pubblicamente".

Tutto ciò osservato, ritenuta quindi l'infondatezza della notizia di reato, non essendo emersi nel corso delle indagini elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio

visto l'art. 411 c.p.p.

CHIEDE

che il G.I.P. in sede pronunci decreto di archiviazione, restituendo quindi gli atti a questo Ufficio. Si allega il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate.

Genova, 10 ottobre 2019

TRIBUNALE DI GENOVA

UFFICIO DEI GIUDICI PER LE INDAGINI PRELIMINARI

Proc. n. 11093/ 2019 RG NR Proc. n. 8631/2019 RG GIP

DECRETO DI ARCHIVIAZIONE

(art. 409 cpp)

Il giudice per le indagini preliminari, dott.ssa Luisa Avanzino

Letti gli atti del procedimento di cui in epigrafe;

Esaminata la richiesta di archiviazione formulata dal Pubblico Ministero; Ritenuto che la richiesta di archiviazione vada accolta per le ragioni, del tutto condivisibili, espresse dal Pubblico Ministero nella richiesta;

OSSERVA

In primo luogo, con riferimento al reato di interruzione di pubblico servizio, debbono condividersi integralmente le argomentazioni del PM.

Il fatto è stato oggetto di sicuro accertamento ossia la partecipazione degli indagati ad un gruppo (...) il cui oggetto e la cui finalità era quella di rendere noto fra i partecipanti l'esistenza di posti di blocco delle Forze dell'Ordine finalizzati all'accertamento con apparecchiatura etilometro, lungo le strade nel territorio della Valle Scrivia, delle violazioni amministrative o penali concernenti la guida in stato di ebbrezza. La finalità del gruppo di condivisione era evidentemente quella di preavvisare i partecipanti al gruppo così da consentire loro la scelta di percorsi alternativi per sottrarsi all'accertamento.

Come osservato dal PM, ai fini della integrazione del reato di cui all'art. 340 c.p., ipotizzato a carico di tutti i partecipanti al gruppo, "è necessario che il turbamento della regolarità abbia comportato e causato un'apprezzabile alterazione del funzionamento dell'ufficio o del servizio, ancorché temporanea (Cass. 1913/2017): ciò non può dirsi nel caso di specie, posto che la condotta ascritta agli indagati non ha comportato alcuna alterazione del servizio che è sempre stato svolto regolarmente, considerato il numero limitato di partecipanti al gruppo se rapportato alla estensione territoriale delle strade della zona di riferimento e al numero di utenti della strada che su tali strade circolavano.

Sul punto si richiama anche la Giurisprudenza della Suprema Corte citata dalla Procura per la quale "Non è configurabile il reato di cui all'art. 340 cod. pen. nell'ipotesi in cui il servizio pubblico nel suo complesso continui a funzionare regolarmente adempiendo allo scopo cui è stato predisposto: in tal caso il fatto che una singola prestazione sia stata resa meno adeguata alle condizioni ottimali attraverso cui doveva essere effettuata non può far ritenere sussistere l'ipotesi criminosa in questione. Quanto sopra vale in particolare con riguardo a servizi nei quali gli scopi possono essere raggiunti con modalità e tempi non predeterminati e rigidi ma elastici" (Cass. 2723/1997; in senso conforme Cass. 5851/1998 per la quale "Ai fini della configurabilità del delitto di interruzione di un ufficio o servizio pubblico (art. 340 cod. pen.), è necessario che il turbamento della regolarità dell'ufficio o del servizio si riferisca ad un'alterazione, anche temporanea, del suo complessivo funzionamento e non di una singola prestazione o fruizione; tenendo conto infatti dell'obiettività giuridica del reato e della "ratio" della norma incriminatrice, non può ritenersi che piccole, limitate disfunzioni di un singolo settore di un ufficio o di un servizio, che non ne pregiudicano la regolarità di funzionamento nel suo complesso, possano costituire offesa al bene giuridico protetto dalla legge, e cioè il regolare ed ordinato andamento dell'attività della pubblica amministrazione").

Neppure sussiste l'ipotizzato reato di cui all'art. 378 c.p., iscritto a carico dei coindagati (...) e (...) posto che, con riferimento a tale fattispecie criminosa, difettano sia la esistenza di un reato presupposto (per le ragioni sopra spiegate) che in ogni caso il fatto di non essere concorsi in esso.

In ultimo va escluso, per le ragioni spiegato dal PM, il reato di cui all'art. 290 c.p., ipotizzato a carico dei coindagati (...) e (...) in relazione al contenuto offensivo verso l'operato dell'Arma dei Carabinieri di alcuni messaggi di testo o note vocali da essi condivisi sulla chat, considerato che, stante il limitato numero dei partecipanti al gruppo e il carattere conseguentemente "chiuso" della conversazione, non può dirsi vi sia stato un vilipendio "pubblico" dei pubblici ufficiali.

P.Q.M.

Dispone l'archiviazione del procedimento con conseguente restituzione degli atti al Pubblico Ministero.

Whatsapp, posti di blocco ed interruzione di pubblico servizio

I contenuti di una chat creata tramite la nota applicazione di messaggistica Whatsapp da un gruppo di giovani sono divenuti oggetto di un'interessante inchiesta penale, che ha visto poi replicarsi la casistica in diversi Fori del paese.

In particolare, veniva accertato, attraverso la casuale acquisizione dei relativi supporti, come, attraverso lo scambio di messaggi, i ragazzi comunicassero tra loro la posizione e le attività poste in essere dalle pattuglie delle forze dell'ordine preposte ai controlli stradali, in modo da scongiurare la possibilità di incorrere nell'applicazione di sanzioni per violazione delle norme del Codice della Strada.

L'ipotesi investigativa coltivata dagli inquirenti (così come rappresentata nella comunicazione di notizia di reato da costoro redatta) assume che tale condotta possa configurare gli estremi del reato di cui all'art. 340 c.p..

Tanto, sul presupposto che tale disposizione descrive una fattispecie a forma libera, rispetto alla quale l'attenzione del legislatore si concentra solo sulle conseguenze della condotta dell'agente e non sulle concrete modalità che l'azione causale deve assumere, con il risultato che l'illecito può essere commesso con qualunque mezzo.

Peraltro, per la punibilità della condotta è previsto il dolo generico dato dalla consapevolezza dell'idoneità del comportamento a realizzare il pregiudizio considerato dalla norma e non occorre, ai fini dell'integrazione del reato, la presenza di un dolo intenzionale, essendo sufficiente che l'agente operi avendo coscienza che la propria condotta, anche in via di mera possibilità, determini l'interruzione o il turbamento di un pubblico servizio

L'ANALISI DELLA DECISIONE

La condivisione di informazioni sull'attività degli operatori di polizia ha quale possibile conseguenza quella di indurre i ricettori della comunicazione a modificare il loro comportamento di guida ovvero a prestare maggiore attenzione al rispetto delle regole del Codice della Strada, ma in alcun modo ha la capacità di ledere il bene giuridico tutelato dalla norma compromettendo il dinamismo operativo del servizio pubblico.

Ciò posto, con il GIP genovese ha ritenuto di aderire all'impostazione del PM, il quale ha valutato l'assenza di profili di rilevanza penale nella vicenda presa in esame.

La motivazione, in specie, si sofferma ad analizzare le condotte tipiche descritte dalla norma sanzionatrice, rilevando come le stesse si realizzino allorquando sia rinvenibile una concreta capacità delle stesse ad impedire od ostacolare il funzionamento del servizio.

Guardando, invero, agli effetti della condotta, mette conto osservare che il concetto di interruzione viene definito come la cessazione totale della prestazione del servizio, con possibilità di una ripresa in prosieguo dello stesso previa ristrutturazione e riparazioni; mentre, più delicata è la declinazione dell'ipotesi del turbamento, posto che qualsiasi alterazione delle normali modalità di funzionamento del servizio può in astratto definirsi come tale e che, dunque, occorre individuare quale grado di alterazione della regolarità del servizio possa effettivamente assurgere a violazione del precetto penale

Sotto quest'ultimo aspetto, rifacendosi alla casistica giurisprudenziale, il Giudice appunta l'attenzione sul fatto che, in concreto, al fine di ritenere configurabile la fattispecie di cui all'art. 340 c.p. è necessario che la condotta sia stata capace di alterare, anche se solo in termini sommari e temporanei il funzionamento dell'attività pubblica, non già quando il comportamento

posto in essere abbia avuto solo la capacità di produrre una modificazione delle condizioni di svolgimento dello stesso in termini meno adeguati alle condizioni ottimali (*Cass. VI, Sent. 19.5.2021, n. 19853; Sez. VI, Sent. 12.12.2018 n. 1334*)

E questo perché non è sufficiente che l'ufficio o la funzione risultino turbati con riferimento ad una singola prestazione, bensì è necessario che le conseguenze dell'azione delittuosa si riverberino sull'ufficio nel suo complesso di funzioni.

Letta in questi termini, è evidente, pertanto, che lo scambio di comunicazioni che è stata fatta circolare all'interno di una comunità di utenti con la quale, in definitiva, gli stessi si autodeterminano al rispetto delle regole che governano la circolazione stradale, non può in alcun modo aderire ai parametri della previsione della fattispecie incriminatrice; invero, si tratta di un contesto che, di fatto, appare in tutto e per tutto assimilabile all'attività che viene svolta dai servizi resi da note applicazioni per smartphone o dagli apparecchi di navigazione satellitare di sono dotate le autovetture, la cui funzione è quella – per l'appunto – di “segnalare” la presenza sul percorso di strumenti elettronici di rilevazione della velocità approntati dalle forze dell'ordine; od ancora, in modo più rudimentale, della nota prassi invalsa tra molti utenti della strada di utilizzare i dispositivi di segnalazione luminosa della vettura per “avvertire” i conducenti che provengono in senso contrario della presenza delle forze dell'ordine sul tratto percorso (nel quale caso, al più, potrà concretizzarsi nei confronti di costoro la contestazione di una violazione amministrativa)

In sintesi, possiamo dire la condivisione di infor-

mazioni sull'attività degli operatori di polizia ha, dunque, quale possibile conseguenza quella di indurre i ricettori della comunicazione a modificare il loro comportamento di guida ovvero a prestare maggiore attenzione al rispetto delle regole del Codice della Strada, ma in alcun modo ha la capacità di ledere il bene giuridico tutelato dalla norma compromettendo il dinamismo operativo del servizio pubblico.

Il GIP, da ultimo, si è trovato d'accordo il P.M. scartando anche l'eventualità che nelle condotte di taluni giovani possa ritenersi ravvisabile la condotta di favoreggiamento ai sensi dell'art. 378 c.p. (anch'essa ipotizzata nella comunicazione di notizia di reato redatta dagli inquirenti) per il fatto – per vero fin troppo pacifico e scontato – che nella vicenda non è rinvenibile la sussistenza obiettiva del reato presupposto che sarebbe stato fatto segno di un'attività di agevolazione e che, soprattutto, non si può certamente attribuire la qualità di soggetto estraneo al reato “favorito” ai fruitori della chat, i quali, avendone condiviso il contenuto, si pongono tutti sullo stesso piano conoscitivo di eventuali futuri comportamenti indebiti.

Mentre sappiamo che il punto centrale di distinzione del reato di favoreggiamento rispetto ai reati presupposti è proprio costituito dalla circostanza che questi ultimi siano già stati commessi; sicché la condotta criminosa dell'autore nel caso in cui intervenga prima può essere qualificabile unicamente a titolo di concorso.

Non già, tuttavia, nel nostro caso, poiché, come abbiamo visto, difetta in radice la sussistenza della relativa fattispecie di reato prevista e punita dall'art. 340 c.p.. ●

A cura della Redazione Plus Plus 24
Diritto
I testi integrali sono disponibili in
banca dati Plus 24 Diritto
www.plusplus24diritto.ilssole24ore.com

L'Osservatorio sul Merito

BANCAROTTA E REATI FALLIMENTARI

Distrazione di somme - Bancarotta fraudolenta - Materialità del reato - Dichiarazione di fallimento - Concordato preventivo - Patrimonio dell'impresa.

La distrazione di somme da una società ammessa al concordato preventivo configura un'ipotesi di bancarotta fraudolenta post fallimentare in relazione alla quale la restituzione della somma distratta non realizza una forma di cosiddetta bancarotta "riparata", poiché, per determinare l'insussistenza della materialità del reato, l'attività di segno contrario che annulla la sottrazione deve reintegrare il patrimonio dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento o del decreto che ammette il concordato preventivo, evitando che il pericolo per la garanzia dei creditori acquisisca effettiva concretezza.

¶ *Tribunale di Udine, Penale, Sentenza 22 ottobre 2021, n. 1656*

CIRCOLAZIONE STRADALE

Incidente stradale - Omissione di soccorso - Lesioni integrità fisica - Consapevolezza.

In tema di circolazione stradale, il reato di mancata prestazione dell'assistenza occorrente in caso di incidente, di cui all'art. 189, comma 7 C.d.S., implica una condotta ulteriore e diversa rispetto a quella del reato di fuga, previsto dal comma 6 del medesimo articolo, non essendo sufficiente la consapevolezza che dall'incidente possano essere derivate conseguenze per le persone, occorrendo invece che un tale pericolo appaia essersi concretizzato, almeno sotto il profilo del dolo eventuale, in effettive lesioni dell'integrità fisica.

¶ *Tribunale di Genova, Penale, Sezione 1, Sentenza 4 ottobre 2021, n. 3718*

GIOCHI E SCOMMESSE

Giochi e scommesse - Reati - Difetto del titolo autorizzativo - Contrasto tra le fattispecie criminali previste dalla L. 13 dicembre 1989, n. 401, art. 4 ed i principi comunitari concernenti la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi - Limiti.

Affinché possa configurarsi il contrasto tra le fattispecie criminali previste dalla L. 13 dicembre 1989, n. 401, art. 4 ed i principi comunitari concernenti la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato CE, occorre che l'attività di accettazione e raccolta di scommesse sia effettuata per conto di una società avente sede in altro Stato membro della Comunità, che non abbia potuto partecipare, per preclusioni derivanti dalla normativa interna, alle gare per l'attribuzione delle licenze, sebbene in possesso delle necessarie autorizzazioni per la gestione organizzata di scommesse in altro Stato membro.

¶ *Tribunale di Taranto, Penale, Sezione 1, Sentenza 11 ottobre 2021, n. 1784*

MISURE DI PREVENZIONE

Via obbligatorio - Emissione del provvedimento - Illegittimità - Prescrizioni - Determinato luogo.

Il provvedimento di foglio di via obbligatorio deve contenere non solo il divieto di fare ritorno nel territorio del Comune di emissione del provvedimento, ma anche l'ordine di rimpatrio in un determinato luogo, prescrizioni che costituiscono condizioni imprescindibili e inscindibili per la legittima emissione del foglio di via obbligatorio, con la conseguenza che la mancanza di una delle due prescrizioni determina l'illegittimità del suddetto provvedimento e la conseguente insussistenza del reato di cui all'art. 76, co. 3, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

¶ *Tribunale di Ferrara, Penale, Sentenza 12 ottobre 2021, n. 1201*

Provvedimento di rimpatrio con foglio di via obbligatorio - Appartenenza del soggetto ad una delle categorie di pericolosità previste dall'art. 1, D.Lgs. n. 159 del 2011 - Provvedimento motivato - Divieto di far ritorno nel comune da cui il soggetto è stato allontanato.

In tema di misure di prevenzione personali, il Questore ha il potere di adottare, nei confronti delle persone indicate nell'art. 1 del D.Lgs. n. 159 del 2011 un provvedimento motivato con il quale dette persone vengono rimandate nel luogo di loro residenza con foglio di via obbligatorio, inibendo loro di far ritorno, senza preventiva autorizzazione ovvero per un periodo non superiore a tre anni, nel comune dal quale sono state allontanate.

¶ *Tribunale di Vicenza, Penale, Sentenza 1° ottobre 2021, n. 1098*

REATI CONTRO IL PATRIMONIO

Appropriazione indebita - Profitto - Nozione - Soddisfacimento esigenze agente - Valutabilità economica.

In tema di appropriazione indebita, per "profitto" non deve intendersi necessariamente un arricchimento personale dell'autore della condotta, essendo invece sufficiente che tale condotta sia destinata a soddisfare esigenze, diverse da quelle dei titolari del bene oggetto di appropriazione, economicamente valutabili.

¶ *Tribunale di Genova, Penale, Sentenza 19 ottobre 2021, n. 4149*

Reato di furto - Possesso - Diritti reali e personali - Detenzione qualificata con la cosa.

Il bene giuridico protetto dal reato di furto è costituito non solo dal diritto di proprietà e dai diritti reali e personali di godimento, ma anche del possesso, come sopra delineato, inteso nel senso di detenzione qualificata con la cosa, con il conseguente potere di utilizzarla e di disporne.

¶ *Tribunale di Ferrara, Penale, Sentenza 12 ottobre 2021, n. 1105*

Reato di estorsione - Circostanza aggravante speciale - Violenza o della minaccia - Natura oggettiva - Simultanea presenza.

Nel reato di estorsione, la circostanza aggravante speciale delle più persone riunite, avente natura oggettiva in quanto relativa alle modalità dell'azione, richiede la simultanea presenza di non meno di due persone nel luogo ed al momento di realizzazione della violenza o della minaccia.

¶ *Tribunale di Ferrara, Penale, Sentenza 5 ottobre 2021, n. 924*

REATI CONTRO IL SENTIMENTO PER GLI ANIMALI

Uccisione di animali - Pericolo imminente - Pericolo o danno - Uccisione dell'animale.

In tema di uccisione di animali, la necessità si riferisce esclusivamente alle situazioni, nel caso in esame all'evidenza insussistenti, che inducano all'uccisione dell'animale per evitare un pericolo imminente o per impedire l'aggravamento di un danno a sé o ad altri o ai propri beni, quando tale pericolo o danno non sia altrimenti evitabile.

¶ *Tribunale di Udine, Penale, Sentenza 18 ottobre 2021, n. 1723*

REATI CONTRO LA FAMIGLIA

Coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento - Stato di precarietà economica - Non è sufficiente ad evitare la condanna.

Lo stato di precarietà economica non è sufficiente ad evitare la condanna in caso di mancato versamento dell'assegno di mantenimento. Solo la presenza di elementi da cui desumere la assoluta impossibilità di adempiere, qualora incolpevole e perdurante per tutto il tempo dell'adempimento, può scriminare tale omissione, tenuto anche conto che la sussistenza della violazione anche in presenza di un inadempimento parziale, non essendo riconosciuto all'obbligato un potere di adeguamento dell'assegno in revisione della determinazione fattane dal giudice.

¶ *Tribunale di Vicenza, Penale, Sentenza 11 ottobre 2021, n. 1097*

REATI CONTRO LA FEDE PUBBLICA

Vendita di prodotti contraffatti - Reato di pericolo - Tutela fede pubblica - Effettività inganno acquirente - Irrilevanza.

Integra il delitto di cui all'art. 474 c.p. la detenzione per la vendita di prodotti recanti marchio contraffatto, senza che abbia rilievo la configurabilità della contraffazione grossolana, considerato che l'art. 474 c.p. tutela, in via principale e diretta, non già la libera determinazione dell'acquirente, ma la fede pubblica, intesa come affidamento dei cittadini nei marchi e segni distintivi, che individuano le opere dell'ingegno e i prodotti industriali e ne garantiscono la circolazione anche a tutela del titolare del marchio; si tratta, pertanto, di un reato di pericolo, per la cui configurazione non occorre la realizzazione dell'inganno, non ricorrendo, quindi, l'ipotesi del reato impossibile qualora la grossolanità della contraffazione e le condizioni di vendita siano tali da escludere la possibilità che gli acquirenti siano tratti in inganno.

¶ *Tribunale di Genova, Penale, Sezione 1, Sentenza 14 ottobre 2021, n. 3827*

Reati di falso - Contraffazione o alterazione - Grossolanità - Rilevabilità ictu oculi - Inidoneità azione - Reato impossibile.

In tema di delitti di falso, soprattutto materiale, ove la contraffazione o l'alterazione dell'oggetto materiale considerato sia grossolana, nel senso che essa risulti "ictu oculi" rilevabile, anche "ex ante", da una persona di comune avvedutezza e diligenza, viene radicalmente meno l'attitudine decettiva della condotta e, dunque, l'idoneità della stessa ad offendere la fede pubblica, sicché il fatto riconfluisce nell'alveo applicativo del reato impossibile per inidoneità dell'azione, disciplinato dall'art. 49, comma 2 c.p.

¶ *Tribunale di Cassino, Penale, Sentenza 4 ottobre 2021, n. 942*

Trasporto di rifiuti - Falsa attestazione contenuta nel FIR - Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico - Integrazione - Esclusione.

In tema di trasporto di rifiuti, la falsa attestazione contenuta nel formulario di identificazione (c.d. FIR), previsto dall'art. 193, D.Lgs. n. 152 del 2006, non inte-

gra il reato di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico, di cui all'articolo 483 cod. pen., trattandosi di documento recante mera attestazione del privato a contenuto puramente dichiarativo, avente natura diversa dal certificato di analisi di rifiuti indicato dall'art. 258, comma quarto, D.Lgs. cit.

¶ *Tribunale di Rovigo, Penale, Sentenza 1° ottobre 2021, n. 690*

Falsità ideologica - Atto pubblico - Leggerezza - Negligenza - Falso documentale colposo.

In tema di falsità ideologica commessa da privato in atto pubblico, il dolo deve essere escluso qualora la falsità sia il risultato di una leggerezza o di una negligenza, non essendo prevista nel sistema la figura del falso documentale colposo.

¶ *Tribunale di Trieste, Penale, Sentenza 1° ottobre 2021, n. 1484*

REATI CONTRO LA PERSONA

Atti persecutori - Presupposti per la configurabilità del reato - Rilevanza di anche due sole condotte di minacce, molestie o lesioni - Reiterazione delle condotte - Causa effettiva di uno degli eventi considerati dalla norma incriminatrice.

Integrano il delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis cod. pen. anche due sole condotte di minacce, molestie o lesioni, pur se commesse in un breve arco di tempo, idonee a costituire la "reiterazione" richiesta dalla norma incriminatrice, non essendo invece necessario che gli atti persecutori si manifestino in una prolungata sequenza temporale. Sono, dunque, ampiamente sufficienti a costituire la reiterazione richiesta dalla norma incriminatrice le numerose molestie e minacce inviate sia sulle utenze telefoniche delle persone offese, ma anche verbalmente e durante l'incursione nei pressi dell'abitazione della sorella della vittima, i pedinamenti e i danneggiamenti alla vettura del compagno della vittima medesima, indipendentemente dall'arco temporale in cui tali condotte si siano verificate. Infatti, è configurabile il delitto di atti persecutori anche quando le singole condotte sono reiterate in un arco di tempo molto ristretto, a condizione che si tratti di atti autonomi e che la reiterazione di questi sia la causa effettiva di uno degli eventi considerati dalla norma incriminatrice.

¶ *Corte d'Appello di Napoli, Penale, Sezione 6, Sentenza 29 ottobre 2021, n. 7279*

Minaccia - Integrazione del delitto - Condotta idonea ad incidere sulla libertà morale della vittima - Necessità - Sussistenza.

Ai fini dell'integrazione del delitto di minaccia, non è necessario che la prospettazione di un male ingiusto intimidisca effettivamente il soggetto passivo, essendo invece sufficiente che la condotta posta in essere dall'agente, in relazione alla situazione contingente, sia potenzialmente idonea ad incidere sulla libertà morale della vittima.

¶ *Tribunale di Taranto, Penale, Sezione 1, Sentenza 18 ottobre 2021, n. 1788*

Delitto di diffamazione attraverso social network Facebook - Mezzo che per sua natura è destinato ad essere normalmente visitato in tempi assai ravvicinati da un numero indeterminato di soggetti - Aggravante di cui al 595 c.p. - Sussiste.

Ai fini dell'integrazione del delitto di diffamazione, è possibile presumere la sussistenza qualora il messaggio diffamatorio sia inserito in un sito internet o in un social network trattandosi di un mezzo che per sua natura è destinato ad essere normalmente visitato in tempi assai ravvicinati da un numero indeterminato di soggetti, a nulla rilevando l'astratta e teorica possibilità che esso non sia letto da alcuno. Sussiste poi, l'aggravante di cui all'art. 595 comma 3 c.p. quando la diffusione di un messaggio diffamatorio avviene attraverso l'uso di una pagina del social network Facebook (come nel caso di specie) in quanto integra l'ipotesi di un'offesa arrecata "con qualsiasi altro mezzo di pubblicità" diverso dalla stampa, poiché la condotta illecita è potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato, o comunque quantitativamente apprezzabile, di persone.

¶ *Tribunale di Vicenza, Penale, Sentenza 4 ottobre 2021, n. 863*

Diffamazione - Reazione offesa Resistenza - Turbamento - Provocazione - Idoneità scriminante.

In tema di diffamazione a mezzo Facebook, non risulta meritevole di pena, ex art. 599 c.p., perché com-

messa nello stato d'ira determinato dal fatto ingiusto altrui, la condotta del soggetto che abbia agito a fronte di altrui invettive immotivate, sprezzanti e di mera svalutazione dei valori della Resistenza, travalicanti il mero diritto di critica, che abbiano assunto i caratteri di asserzioni provocatorie ed obiettivamente ingiuste, tali da turbare detto soggetto agente, in quanto familiare di partigiano.

¶ *Tribunale di Forlì, Penale, Sentenza 1° ottobre 2021, n. 822*

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Buon andamento della pubblica amministrazione - Pubblica amministrazione - Prestazione - Espressioni offensive rivolte al pubblico ufficiale.

Poiché il bene giuridico fondamentale tutelato dall'art. 341 bis c.p. è il buon andamento della pubblica amministrazione, allora è sufficiente che le espressioni offensive rivolte al pubblico ufficiale possano essere udite dai presenti, perché già questa potenzialità costituisce un aggravio psicologico che può compromettere la sua prestazione, disturbandolo, mentre compie un atto del suo ufficio, perché gli fa avvertire condizioni avverse, per lui e per la pubblica amministrazione della quale fa parte, e ulteriori rispetto a quelle ordinarie.

¶ *Tribunale di Udine, Penale, Sentenza 18 ottobre 2021, n. 1626*

Resistenza a pubblico ufficiale - Accompagnamento coattivo - Esecuzione misura - Assenza presupposti - Configurabilità scriminante.

È configurabile la scriminante di cui all'art. 4 del D.Lgs.lgt. 14 settembre 1944 n. 288 nel caso di resistenza opposta ad un pubblico ufficiale nell'esecuzione della misura dell'accompagnamento coattivo di cui all'art. 349 c.p.p. in difetto dei presupposti previsti dal quarto comma di detto articolo, costituiti dal rifiuto del soggetto di farsi identificare ovvero dalla sussistenza di sufficienti elementi per ritenere la falsità delle generalità o dei documenti di identificazione da lui forniti.

¶ *Tribunale di Cassino, Penale, Sentenza 19 ottobre 2021, n. 1054*

REATI EDILIZI

Reati edilizi - Permessso di costruire - Norme urbanistiche vigenti - Zone sismiche - Assetto del territorio - Reati contravvenzionali.

In tema di reati edilizi, il conseguimento del permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, comporta l'estinzione dei soli reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti, nella cui nozione non rientra la disciplina per le costruzioni da eseguirsi nelle zone sismiche, che ha una oggettività giuridica diversa da quella riguardante il corretto assetto del territorio.

¶ *Tribunale di Ferrara, Penale, Sentenza 13 ottobre 2021, n. 1242*

Edilizia - Costruzione - Nozione - Modificazione permanente territorio - Permessso di costruire - Necessità.

In tema di edilizia, restano assoggettate a permesso di costruire anche le attività che, pur non integrando interventi edilizi in senso stretto, comportano comunque una modificazione permanente dello stato materiale e della conformazione del suolo per adattarlo ad un impiego diverso da quello che gli è proprio. Ne consegue che la nozione di "costruzione" va intesa in senso ampio, ricomprendendo tutti quei manufatti che, comportando una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e non avendo il carattere di assoluta precarietà, alterano lo stato dei luoghi, essendo destinati a durare nel tempo.

¶ *Tribunale di Cassino, Penale, Sentenza 7 ottobre 2021, n. 1245*

REATO

Causa estintiva del reato - Assoluzione nel merito - Presupposti - Insufficienza e contraddittorietà della prova della colpevolezza dell'imputato - Declaratoria di estinzione.

In presenza di una causa estintiva del reato, il giudice è tenuto alla relativa declaratoria se dalle prove acquisite al processo non risulta evidente che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge reato, ipotesi queste ultime in cui si impone l'adozione di formule assolutorie nel merito. Si tratta

del tradizionale principio, fissato dal secondo comma dell'art. 129 c.p.p., che sancisce la limitata prevalenza delle formule assolutorie di merito, in presenza di una situazione di evidenza probatoria in ordine all'insussistenza del reato e all'innocenza dell'imputato, alla quale può essere equiparata soltanto la mancanza totale di prova circa la sussistenza del reato e della colpevolezza. Quando, invece, dalla disamina degli elementi acquisiti emerge una situazione di insufficienza e contraddittorietà della prova della colpevolezza dell'imputato, la formula di assoluzione nel merito è subvalente rispetto alla declaratoria di estinzione, in quanto la regola di giudizio contenuta nell'art. 129 c.p.p. è derogatoria rispetto a quella dettata dal secondo comma dell'art. 530 del nuovo codice di rito.

¶ *Tribunale di Salerno, Penale, Sezione 1, Sentenza 28 ottobre 2021, n. 3127*

Nesso causale - Causalità psichica - Persona offesa - Condotte condizionanti - Ragionevole dubbio.

In tema di nesso causale, anche la c.d. "causalità psichica", da intendersi quale derivazione causale tra la condotta dell'agente e la successiva condotta della persona offesa, indotta ad agire in forza del condizionamento subito, deve essere ricostruita sulla base di consolidate e riscontrabili massime di esperienza, che consentano di selezionare "ex ante" le condotte condizionanti, socialmente o culturalmente tipizzabili, cui deve necessariamente far seguito un rigoroso e puntuale riscontro critico fornito dalle evidenze probatorie e dalle contingenze del caso concreto, sì da escludere la plausibilità di ogni altro decorso causale alternativo, al di là di ogni ragionevole dubbio.

¶ *Tribunale di Trieste, Penale, Sentenza 13 ottobre 2021, n. 638*

Recidiva - Aumento di pena - Prescrizione - Determinazione - Limiti.

In tema di determinazione del tempo necessario a prescrivere ai sensi dell'art. 157 c.p., deve tenersi conto dell'aumento di pena stabilito per la recidiva in quanto il carattere facoltativo dell'aumento di pena attiene soltanto ai poteri discrezionali del giudice di cognizione nell'apprezzamento complessivo del fatto sottoposto al suo esame. Tuttavia, non può tenersi conto dell'aumento di pena ai fini della prescrizione ove la circostanza non sia stata contestata anterior-

mente allo spirare del tempo necessario a prescrivere, calcolato secondo la originaria configurazione del fatto-reato; ciò in relazione alla natura costitutiva della contestazione dell'accusa. Pertanto, quando la prescrizione si è già verificata in relazione alla contestazione originaria, deve pronunciarsi l'estinzione del reato per tale causa non potendo valere la contestazione della recidiva, come di ogni altra circostanza aggravante, avvenuta successivamente alla scadenza del termine di prescrizione.

¶ *Tribunale di Taranto, Penale, Sezione 1, Sentenza 1° ottobre 2021, n. 1345*

STUPEFACENTI

Stupefacenti - Trattamento sanzionatorio - Risposta repressiva - Lieve entità.

In materia di stupefacenti la funzione assegnata alla fattispecie di lieve entità è quella di adeguare il trattamento sanzionatorio alla concretezza della fattispecie al fine di garantire la ragionevolezza della risposta repressiva in materia di stupefacenti.

¶ *Corte d'Appello di Perugia, Penale, Sentenza 16 ottobre 2021, n. 992*



Amministrativo

ATTI AMMINISTRATIVI

LA SENIENZA

Legittimo il diniego di accesso agli atti non ancora formati

Tribunale Amministrativo Regionale della LOMBARDIA - Brescia, Sezione 2, Sentenza 3 dicembre 2021, n. 1015

PAG. 46

L'accesso civico generalizzato di Camilla Insardà

PAG. 49

ENERGIA

LA SENIENZA

Decadenza dagli incentivi per energia da fonti rinnovabili

Consiglio di Stato, Sezione 4, Sentenza 28 gennaio 2022, n. 619

PAG. 54

IL COMMENTO

Incentivi per l'energia da fonti rinnovabili: il funzionamento del meccanismo della conversione della decadenza dalla qualifica IAFR nella riduzione dell'incentivo

di Marta Iacopini

PAG. 59

L'Osservatorio sul Merito

PAG. 62

Legittimo il diniego di accesso agli atti non ancora formati

(omissis)

FATTO e DIRITTO

Il sig., già consigliere comunale e ora cittadino particolarmente interessato alla partecipazione all'attività del Comune di (omissis) (basti a tal fine ricordare le oltre ottanta domande di accesso agli atti presentate negli anni 2020 e 2021) ha richiesto, l'1 febbraio 2021, una sorta di rendicontazione rispetto all'utilizzo delle risorse concesse al Comune dallo Stato per finanziare interventi di sostegno di carattere economico e sociale connessi con l'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19.

Tale istanza è stata rigettata, atteso che la sua evasione avrebbe richiesto un'attività di elaborazione che avrebbe anticipato quella dovuta nei confronti dello Stato solo alla scadenza del 31 maggio 2021.

Il sig. ha, quindi, formulato una nuova istanza, in termini formalmente diversi, in quanto tesa all'ostensione delle determinazioni dirigenziali e delle deliberazioni adottate per l'impiego di tali risorse economiche.

Anche tale istanza è stata rigettata dal Comune, chiarendo come l'esibizione di quanto richiesto riguardasse una notevole quantità di atti non facilmente individuabili se non attraverso una complessa attività di rielaborazione dei dati aggregati riportati nella rendicontazione inoltrata al MEF (e di cui è stata resa disponibile copia nel corso del giudizio).

Tali conclusioni sono state confermate anche dopo l'intervento del difensore civico, cui l'odierno ricorrente si è rivolto.

Entrambe i dinieghi sono stati, quindi, impugnati con il ricorso in esame, nel quale è stato richiesto, oltre all'annullamento degli stessi, anche l'accertamento del diritto ad ottenere il rilascio di copia dei documenti di cui alla domanda rigettata, con contestuale nomina anche di un commissario ad acta per l'adempimento dell'obbligo così imposto.

Il Comune si è, quindi, costituito in giudizio, chiedendo la declaratoria di inammissibilità dell'istanza di accesso, in quan-

LA SENTENZA

Trasparenza amministrativa - Accesso civico - Esclusioni - Esibizione di atti non formati - Diniego - Legittimità.

È legittimo il diniego quando l'istanza di accesso non abbia riguardato l'esibizione solo di atti già formati, poiché l'amministrazione non è tenuta, nel caso di istanze di accesso manifestamente onerose, a effettuare una attività di elaborazione dei dati o documenti richiesti, non essendo previsto un obbligo in tal senso nella normativa vigente. Nel caso in esame l'istanza di accesso presentata da un ex Consigliere comunale, per quanto correttamente formulata, è stata legittimamente respinta dal Comune, comportando per lo stesso un'onerosa ed ulteriore attività di rielaborazione del tutto incompatibile con le finalità proprie dell'accesso civico generalizzato.

to da qualificarsi come "massiva" in ragione delle oltre ottanta richieste di accesso agli atti presentate nell'ultimo biennio dall'odierno ricorrente.

In ogni caso, secondo quanto sostenuto dall'ente, la richiesta sarebbe stata legittimamente rigettata, atteso che il ricorrente è stato reso edotto della disponibilità del solo dato aggregato dei fondi spesi per macro aree, mentre la produzione di quanto richiesto avrebbe comportato una notevole attività di elaborazione dei dati da parte degli uffici a fronte di un organico sempre più ridotto.

Al fine di dimostrare come l'accesso del sig. ... abbia le caratteristiche proprie di un accesso generalizzato e con effetto negativo sulla funzionalità degli Uffici, il Comune ha depositato una notevole quantità di documenti, principalmente costituiti da copie delle richieste di accesso dell'odierno ricorrente, delle risposte del Comune stesso e delle relative interlocuzioni, oltre alla corrispondenza intercorsa via PEC e copia della rendicontazione inviata al MEF e della determina di spesa n. 136 del 2 settembre 2020.

Parte ricorrente ha, però, eccepito l'inammissibilità del deposito della documentazione dimessa dal Comune resistente, in ragione del fatto che sarebbe stato violato l'art. 12, comma 5 dell'Allegato 2 del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 28 luglio 2021 intitolato "Regole tecniche - operative del pro-

cesso amministrativo telematico", secondo cui: "il deposito di atti e documenti in formato immagini e di documenti PDF ottenuti da copia per immagini di originali cartacei è ammesso esclusivamente nel caso in cui i documenti originali siano disponibili solo in versione cartacea".

A tale proposito si deve dare atto di come la maggior parte dei documenti sia rappresentata da immagini riproducenti le comunicazioni effettuate via e-mail, previa stampa dei messaggi per poter apporre sugli stessi il numero di protocollo. Non esiste, infatti, un modo di acquisire al protocollo comunale il normale messaggio trasmesso mediante posta elettronica ordinaria. Gli altri sono, in parte documenti non scaricabili in formato digitale (come il rendiconto, documento 6, che il programma gestionale del MEF consente solo di stampare, ma non di esportare come file) e in parte immagini di documenti cartacei (cfr. documenti 4, 5 e 7).

Si tratta, dunque, di documenti che non potevano che essere prodotti nel formato in concreto utilizzato, non essendo l'originale redatto in formato digitale.

Pertanto, non vi è nemmeno un principio di prova del fatto che i documenti così depositati siano stati, così come ventilato nella memoria, manomessi, nonostante tale prova avrebbe potuto essere facilmente fornita dal ricorrente, in possesso dell'originale delle comunicazioni.

Così rigettata l'eccezione di inammissibilità del deposito documentale, il ricorso non può trovare positivo apprezzamento.

Il nuovo accesso civico, introdotto nell'ordinamento ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che ha novellato l'art. 5 del decreto trasparenza (d.lgs. 33/2013), attiene - a differenza dell'accesso documentale, caratterizzato dal rapporto qualificato tra richiedente e documenti cui è chiesto l'accesso - alla possibilità di consentire una conoscenza di documenti relativi allo svolgimento dell'azione amministrativa a prescindere da uno specifico interesse diverso da quello alla verifica del buon andamento dell'azione amministrativa e si affianca, senza sovrapposizioni, alle forme di pubblicazione on line imposte dal legislatore nel 2013 e allo stesso accesso agli atti amministrativi disciplinato nel 1990.

Come si legge nella sentenza del TAR Napoli, n. 2486/2019, esso consente, "coerentemente con la ratio che lo ha ispirato (e che lo differenzia dall'accesso qualificato previsto dalla legge generale sul procedimento), l'accesso alla generalità degli atti e delle informazioni, senza onere di motivazione, a tutti i cittadini singoli e associati, in guisa da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della "cosa pubblica", oltreché mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione (cfr. Cons. St. sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546)".

L'art. 5, comma 2 del decreto 33/2013, così come modificato nel 2016, attribuisce, dunque, ai cittadini la possibilità di accedere a dati e documenti (detenuti dalle Amministrazioni) "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati individuati all'art. 5 bis del decreto.

Quest'ultima norma consente di escludere l'accesso civico nel caso in cui ciò risulti necessario per evitare un "pregiudizio concreto" alla tutela di uno degli interessi pubblici elencati nel comma 1 dell'art. 5 bis del d.lgs. 33/2013 ovvero di uno degli interessi privati cui fa riferimento il comma 2 del medesimo articolo. "Pregiudizio concreto" che deve, peraltro, essere valutato discrezionalmente dall'Amministrazione tenendo conto anche dell'interesse alla divulgazione che fonda la richiesta dell'istante. Del temperamento dei contrapposti interessi deve, quindi, darsi conto nella motivazione del provvedimento, sì da consentire al richiedente di conoscere le ragioni dell'eventuale diniego.

Cionondimeno non può rappresentare un ostacolo all'accesso civico il fatto che esso sia stato esercitato per finalità "egoistiche", nella misura in cui l'accesso tende comunque a conoscere l'attività amministrativa, favorendo il controllo sul perseguimento dei compiti istituzionali dell'Amministrazione e una maggiore partecipazione dei cittadini ai processi democratici.

Fatta tale premessa, non può trovare positivo apprezzamento l'eccezione del Comune volta a far dichiarare l'inammissibilità dell'istanza d'accesso, in quanto qualificabile come "massiva" in senso stretto.

Secondo la giurisprudenza formatasi sull'argomento, tale può essere definita l'istanza volta a un controllo generalizzato e diffuso dell'operato dell'amministrazione, che renda anche difficile, se non impossibile, l'individuazione dei controinteressi.

Nella fattispecie, però, tale condizione non può essere ravvisata per le ragioni che saranno puntualmente esaminate dopo aver dato conto dell'inammissibilità parziale del ricorso per tardività.

Ciò con espresso riferimento alla richiesta di annullamento dei provvedimenti datati 1° marzo 2021 e 18 marzo 2021, con cui sono state rigettate rispettivamente la richiesta di accesso alla rendicontazione relativa alla spesa del contributo percepito dal Comune per interventi di sostegno di carattere economico e sociale connessi con l'emergenza sanitaria da COVID-19 e la richiesta di riesame del rigetto stesso.

È lo stesso ricorrente, infatti, a dare conto, nel ricorso, di aver presentato la nuova istanza di accesso del 22 marzo 2021, rinunciando contestualmente a quella precedentemente depositata in data 01.02.2021, con la quale aveva richiesto una maggiore mole di dati ed informazioni. In tal modo esso ha ricono-

sciuto la totale autonomia tra le due istanze per cui la prima, peraltro inammissibile (in quanto lo stesso ha chiesto di conoscere "come tali risorse sono state spese o impegnate, con l'indicazione specifica, per le singole spese o impegni di spesa, dei codici delle relative missioni e dei relativi programmi, nonché con l'indicazione della denominazione del programma e soprattutto della descrizione specifica del programma" e, dunque, di avere accesso a una rendicontazione che non solo risultava più gravosa di quella richiesta dallo Stato, ma che non era ancora disponibile in un momento anteriore alla scadenza del termine per la rendicontazione stessa, fissato per il 31 maggio 2021), è stata rigettata con un provvedimento divenuto definitivo in ragione della mancata sua impugnazione.

Chiarito che oggetto della presente pronuncia non può, quindi, che essere il diniego alla successiva, autonoma, in quanto diversa, istanza presentata il 22 marzo 2021, non può trovare accoglimento la domanda volta all'annullamento dei provvedimenti negativi impugnati.

In primo luogo va chiarito che, pur dovendosi dare atto dell'effettiva sussistenza di una difficoltà nell'individuare eventuali potenziali controinteressati, portatori di un interesse privato alla non diffusione dei documenti richiesti, potenzialmente correlato anche a dati sensibili, la specifica richiesta di accesso formulata dal ricorrente oggi *sub judice* non è finalizzata a un controllo generalizzato e diffuso, in quanto riferita a una specifica area di intervento del Comune e cioè quella rappresentata dall'impiego dei fondi c.d. Covid.

Ciò premesso è essenziale ricordare che, come evidenziato nella nota del Comune del 30 giugno 2021, le risorse assegnate al Comune per interventi di sostegno di carattere economico e sociale connessi con l'emergenza sanitaria da COVID-19 sono confluite nel bilancio comunale e sono state impiegate, congiuntamente con risorse già a disposizione del Comune, per il finanziamento di una pluralità di interventi. L'evasione della richiesta del ricorrente avrebbe richiesto, dunque, come evidenziato dal Comune nel proprio diniego, un'attività di elaborazione (finalizzata a disaggregare i dati relativi alle macroaree in cui i fondi hanno avuto impiego, così come puntualmente indicato nello specchio riepilogativo trasmesso al sig. il 6 settembre 2021, documento depositato dal Comune sub 7.1) non compatibile con l'accesso che è strumentale all'esibizione di documenti già esistenti, ma non può imporre all'Amministrazione un facere ulteriore rispetto alla mera divulgazione delle informazioni detenute.

L'ente, infatti, che, con riferimento all'impiego delle risorse in questione, ha adottato oltre settanta impegni di spesa, avrebbe dovuto, per adempiere alla richiesta, interessare tutti gli uffici comunali per individuare le delibere e le determine che, pur non essendo direttamente riconducibili a misure di sostegno collegate alla pandemia, hanno visto l'utilizzo dei

fondi Covid per rafforzare interventi e progetti definiti dal Comune stesso come "ordinari".

Quindi, l'istanza di accesso è stata legittimamente respinta, in quanto l'odierno ricorrente avrebbe dovuto limitarsi a richiedere l'esibizione di atti già formati, in conformità al principio giurisprudenziale per cui l'amministrazione non è tenuta, nel caso di istanze di accesso manifestamente onerose, a effettuare una attività di elaborazione dei dati o documenti richiesti, non essendo previsto un obbligo in tal senso nella normativa vigente (tra le altre Tar Lazio, sez. III-bis, 27 luglio 2017, n. 9023, e Tar Emilia-Romagna, sez. II, 3 ottobre 2017, n. 645).

Tanto più che le deliberazioni e le determine dirigenziali, di cui il ricorrente ha effettivamente richiesto copia, sono documenti già soggetti al generalizzato obbligo di pubblicazione. Dunque, considerato che, come già più sopra ricordato, l'art. 5, comma 2 del decreto 33/2013 consente ai cittadini di accedere a dati e documenti (detenuti dalle Amministrazioni) "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, la richiesta di rilascio di copia degli stessi risulta trasbordare i confini propri del diritto di accesso generalizzato.

Da un lato, infatti, sussistendo l'obbligo di pubblicazione delle deliberazioni e determinazioni, l'accesso alle stesse è già garantito all'odierno ricorrente, che può liberamente consultarle per ricavarne tutte le informazioni di suo interesse.

Dall'altro la ricerca e individuazione di tutti gli atti che hanno comportato un impegno di spesa anche solo parzialmente sostenuto con i fondi di cui il ricorrente vuole controllare l'impiego comporterebbe un'attività di rielaborazione dell'attività svolta integrante un onere aggiuntivo cui l'amministrazione non è tenuta per soddisfare l'accesso generalizzato (cfr. in tal senso T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sentenza n. 263/2018).

Per completezza, infine, appare opportuno precisare che il diritto di accesso generalizzato è caratterizzato, proprio in ragione del suo scopo (conoscitivo dell'attività dell'ente e partecipativo), dalla necessità di un minor grado di approfondimento che, quantomeno in prima battuta, esclude l'acquisizione anche degli allegati agli atti richiesti (cfr., in tal senso, TAR Campania, Napoli, n- 2486/2019), così come accaduto nella fattispecie in esame.

Ne deriva che, respinta l'istanza caducatoria degli atti adottati dal Comune in ordine all'istanza di accesso presentata dal ricorrente, anche la domanda di accertamento dell'obbligo di esibizione di quanto richiesto non può trovare positivo apprezzamento, in quanto avente a oggetto in parte atti che dovrebbero essere prodotti dall'amministrazione previa elaborazione di quelli già adottati e, in parte, provvedimenti oggetto dell'obbligo di pubblicazione.

(omissis)

Tribunale Amministrativo Regionale della
LOMBARDIA - Brescia, Sezione 2,
Sentenza 3 dicembre 2021, n. 1015

a cura di **Camilla Insardà**
Avvocato

L'accesso civico generalizzato

La controversia oggetto di decisione da parte del T.A.R. lombardo trae origine da alcune istanze di accesso agli atti presentate da un ex consigliere al proprio Comune, con le quali domandava un resoconto delle risorse finanziarie concesse all'Ente Locale per far fronte alla pandemia Sars - Covid 19.

Sia la richiesta presentata nel febbraio del 2021, sia quella successivamente riformulata dal cittadino erano state rigettate, in quanto il loro accoglimento avrebbe comportato lo svolgimento anticipato di una complessa attività, comunque dovuta nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze entro il mese di maggio.

Rivelatosi inutile anche l'intervento del difensore civico, l'istante si rivolgeva al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia di Brescia, chiedendo innanzitutto l'accertamento del suo diritto all'accesso ai dati e ai documenti amministrativi ex articolo 5, comma II del Decreto Legislativo 33/2014 e la conseguente condanna dell'ente locale al rilascio di quanto richiesto entro il termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione della sentenza e a nominare un eventuale commissario *ad acta* per l'adempimento di tale obbligo, previa dichiarazione di illegittimità ed annullamento dei provvedimenti di diniego dell'istanza di accesso e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente.

Costituitasi a sua volta in giudizio, l'Amministrazione locale affermava l'inammissibilità dell'istanza di accesso del ricorrente e di conseguenza la legittimità dei provvedimenti di diniego impugnati. In primo luogo, le numerose domande da lui presentate nel corso del biennio qualificavano la sua richiesta come "massiva". Inoltre, l'aver messo informazioni

L'ANALISI DELLA DECISIONE

Il nuovo accesso civico, introdotto nell'ordinamento ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97, che ha novellato l'art. 5 del decreto trasparenza (d.lgs. 33/2013), attiene [...] alla possibilità di consentire una conoscenza di documenti relativi allo svolgimento dell'azione amministrativa a prescindere da uno specifico interesse diverso da quello alla verifica del buon andamento dell'azione amministrativa e si affianca, senza sovrapposizioni, alle forme di pubblicazione on line imposte dal legislatore nel 2013 e allo stesso accesso agli atti amministrativi disciplinato nel 1990.

aggregate per macro aree comunque a disposizione del richiedente confortava l'asserita legittimità delle decisioni. In proposito, veniva prodotta una ricca documentazione, anche per dimostrare l'onerosità del carico di lavoro che un accoglimento dell'istanza di accesso avrebbe comportato per gli uffici comunali.

Sulla base di queste premesse, dunque, l'ente locale chiedeva al Collegio amministrativo bresciano di pronunciare l'infondatezza del ricorso e pertanto di respingerlo.

La difesa di parte ricorrente reagiva eccependo il deposito degli allegati documentali, affermandone l'inammissibilità per violazione delle regole tecnico-operative del processo amministrativo, contenute del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 luglio 2021.

Una volta dichiarata inammissibile l'eccezione di parte ricorrente, in quanto i documenti depositati non potevano essere prodotti in altro formato, il Collegio amministrativo bresciano analizzava puntualmente il nuovo accesso civico cosiddetto "generalizzato", introdotto dal Decreto Legislativo 97/2016 a sua volta modificativo del Decreto Legislativo 33/2013.

Dopo aver ricordato la funzione del nuovo istituto, come descritta dalla recente giurisprudenza, i giudici

della Seconda Sezione ne rimarcavano le differenze con l'accesso qualificato descritto dalla legge sul procedimento amministrativo, soffermandosi in seguito sull'articolo 5, comma II del Decreto trasparenza 33/2013 e sul concetto di "pregiudizio concreto" di cui al successivo articolo 5-bis, comma I, quest'ultimo rimesso alla valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione.

Il Collegio escludeva, da un lato, che finalità meramente egoistiche potessero impedire l'esercizio del diritto di accesso, dall'altro, che nel caso di specie l'istanza del ricorrente potesse definirsi "massiva", non trattandosi di un controllo diffuso sull'azione amministrativa, bensì limitato al settore dei cosiddetti "benefici Covid" ottenuti e poi impiegati dal Comune.

Ciò posto, i giudici bresciani ritenevano ugualmente legittimo il diniego all'accesso. Richiamando alcuni principi giurisprudenziali, essi spiegavano come un eventuale accoglimento dell'istanza del ricorrente avrebbe implicato l'esibizione di documenti ulteriori a quelli effettivamente detenuti dalla Pubblica Amministrazione e non ancora formati al momento della richiesta. In altre parole, la domanda di accesso, come formulata nel caso di specie, avrebbe comportato un'attività eccessivamente onerosa per il Comune, incompatibile con la funzione propria dell'istituto dell'accesso. Quanto alle delibere già assunte, il Comune aveva già provveduto a renderle consultabili e a disposizione del ricorrente, in adempimento agli obblighi di pubblicazione. Logica conseguenza di tali considerazioni era il mancato riconoscimento di un obbligo di esibizione per la Pubblica Amministrazione.

In conclusione, con la sentenza del 3 dicembre 2021 n. 1015, la Seconda Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia di Brescia dichiarava legittimo il provvedimento di diniego all'accesso e respingeva il ricorso, condannando la parte al pagamento delle spese processuali a favore del Comune.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE SULL'ACCESSO CIVICO

Istituto protagonista della vicenda processuale decritta nel precedente paragrafo è senza alcun dubbio quello dell'accesso civico generalizzato.

La pronuncia n. 1015/2021 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia di Brescia si rivela di particolare interesse nel momento in cui riconosce testualmente che *"il nuovo accesso civico, introdot-*

to nell'ordinamento ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97, che ha novellato l'art. 5 del decreto trasparenza (d.lgs. 33/2013), attiene [...] alla possibilità di consentire una conoscenza di documenti relativi allo svolgimento dell'azione amministrativa a prescindere da uno specifico interesse diverso da quello alla verifica del buon andamento dell'azione amministrativa e si affianca, senza sovrapposizioni, alle forme di pubblicazione on line imposte dal legislatore nel 2013 e allo stesso accesso agli atti amministrativi disciplinato nel 1990".

Tale affermazione di principio consente di distinguere almeno tre figure: l'accesso documentale ordinario, di cui alla legge 241/1990; l'accesso civico semplice, contenuto nel decreto legislativo 33/2013; infine, l'accesso civico generalizzato, ex decreto legislativo 97/2016.

Iniziando dalla prima tipologia, com'è noto, la disciplina generale sul diritto di *"Accesso ai documenti amministrativi"* è contenuta nel Capo V della Legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990 n. 241.

Il diritto di accesso viene definito dalla lettera a) dell'articolo 22 come *"il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi"*. Conformemente ai principi che governano l'azione amministrativa, indicati nella norma di apertura, l'accesso ai documenti amministrativi si propone, come riportato dal comma II, *"di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza"*.

Quanto agli interessati, la lettera b) li identifica in *"tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"*. Infine, ai sensi della lettera c), controinteressati sono *"tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza"*.

Salvi i casi indicati nel successivo articolo 24, rubricato *"Esclusione del diritto di accesso"*, il comma III dell'articolo 22 afferma l'accessibilità a tutti i documenti amministrativi.

Venendo ora alle concrete modalità di esercizio dell'accesso documentale ordinario, esse sono descritte nell'articolo 25, il quale, dopo aver ribadito che tale diritto si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti, precisa che la richiesta deve

comunque essere motivata così come anche il rifiuto da parte dell'amministrazione. Si è detto poc'anzi che l'istante deve essere portatore di un interesse diretto, concreto ed attuale. In altri termini, l'interesse deve appartenere alla sfera giuridica del richiedente e non a quella di altri; non sono sufficienti esigenze di trasparenza, a giustificare l'accesso, essendo richiesta la connessione ad un bene della vita meritevole di tutela; fine, occorre che l'accesso sia riferibile ad una situazione attuale. L'inutile decorso di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza concretizza un'ipotesi di silenzio-rigetto. Il comma IV dell'articolo 25, riconosce al richiedente al quale è stato espressamente o tacitamente opposto il diniego all'accesso il diritto di ricorrere innanzi al tribunale amministrativo regionale o al difensore civico competente per territorio (ove istituito).

A proposito del giudizio in materia di accesso agli atti, si rivela di particolare interesse una recente pronuncia del 13 gennaio 2022 n. 352 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio di Roma. I giudici della Sezione III quater hanno infatti riconosciuto che esso, *“pur atteggiandosi come impugnatorio, in quanto riferito all'atto di diniego o al silenzio-diniego formatosi sulla relativa istanza o ancora all'atto di differimento, è sostanzialmente rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella specifica situazione alla luce dei parametri normativi, e indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'Amministrazione per giustificare il diniego stesso”*.

Fatte queste generali (e necessarie) premesse sull'accesso agli atti amministrativi, come disciplinato dalla Legge 241/1990, è opportuno illustrare le novità introdotte prima dal Decreto Legislativo 14 marzo 2013 n. 33, sul *“Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”*, poi dal Decreto Legislativo 25 maggio 2016 n. 97, recante la *“Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012 n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015 n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*.

Iniziando dal cosiddetto Decreto Trasparenza 33/2013, la norma di apertura richiama il principio generale della trasparenza, definendo quest'ultima come l'*“accessibilità totale delle informazioni concer-*

nenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”.

A questo punto, vale la pena soffermarsi su un aspetto esaminato dai giudici amministrativi bresciani nella sentenza 1015/2021: si è visto, infatti, che la Pubblica Amministrazione resistente, nel negare l'accesso agli atti all'ex Consigliere, ha qualificato la sua istanza come *“massiva”*, ossia, secondo la definizione proposta dalla consolidata giurisprudenza, tesa ad un controllo generalizzato e diffuso dell'azione amministrativa, tale da rendere pressoché impossibile, l'individuazione dei controinteressati.

Alla luce di quanto sin qui esposto, tale interpretazione sarebbe corretta nell'ambito di un tradizionale accesso documentale, di cui alla Legge sul procedimento amministrativo del 1990, il quale, come lo stesso Collegio ha evidenziato nella pronuncia oggetto di commento, *“è caratterizzato dal rapporto qualificato tra richiedente e documenti cui è chiesto l'accesso”*.

Così non è, tuttavia, nel caso dell'accesso civico (semplice o generalizzato) che attribuisce a *“chiunque”*, il diritto di conoscere gli atti amministrativi, a prescindere da una specifica qualifica del richiedente. Inoltre, come si legge nella parte motiva della sentenza 1015/2021, *“non può rappresentare un ostacolo all'accesso civico il fatto che esso sia stato esercitato per finalità ‘egoistiche’, nella misura in cui l'accesso tende comunque a conoscere l'attività amministrativa, favorendo il controllo sul perseguimento dei compiti istituzionali dell'Amministrazione e una maggiore partecipazione dei cittadini a processi democratici”*.

In linea generale, infatti, il decreto 33/2013 si propone di garantire, attraverso la massima trasparenza, l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, rendendola in questo modo più vicina al cittadino, in un'ottica di sussidiarietà.

Sul punto, il T.A.R. di Brescia ha richiamato un'importante sentenza dei colleghi napoletani, n. 2486/2019, la quale ha sottolineato come la trasparenza amministrativa, assicurata mediante l'accesso alla generalità degli atti senza onere di motivazione a tutti i cittadini, costituisca un fondamentale presupposto per il loro coinvolgimento nella tutela della *res publica* e nella prevenzione e contrasto di ogni eventuale ipotesi di corruzione.

Ciò posto è opportuno sottolineare subito che l'accesso civico semplice e l'accesso civico generalizzato,

entrambi disciplinati dal Decreto Legislativo 33/2013 come modificato dal Decreto Legislativo 97/2016, si affiancano a quello documentale tradizionale, poco sopra descritto.

Prima di procedere ad un più dettagliato approfondimento di queste figure è opportuno premettere che l'articolo 23 del pluricitato decreto n. 33 impone alla Pubblica Amministrazione un obbligo di pubblicazione dei propri provvedimenti.

Speculare a tale dovere è il diritto riconosciuto a chiunque di chiedere alla Pubblica Amministrazione documenti, dati o informazioni dei quali ne sia stata omessa la pubblicazione. Quello descritto dal comma I dell'articolo 5 è il cosiddetto accesso civico semplice. Dalla lettera della norma si possono facilmente dedurre le caratteristiche principali dell'istituto.

Innanzitutto, come si è detto sopra, non è necessario un rapporto qualificato tra il richiedente e il documento richiesto. Tale diritto può essere esercitato da chiunque, in altre parole da tutti i cittadini, singolarmente o associati, senza onere di motivazione, in quanto esso è diretta conseguenza di un inadempimento da parte della Pubblica Amministrazione, tenuta a divulgare i propri provvedimenti.

Sempre nella prospettiva di favorire la massima partecipazione del cittadino al buon andamento amministrativo, il Decreto Legislativo 97/2016 è intervenuto sul Decreto Trasparenza, modificando l'articolo 5 e introducendo gli articoli 5 bis e 5 ter.

Rimasto immutato il comma I, il nuovo comma II dell'articolo 5 contempla l'accesso civico generalizzato, detto anche accesso FOIA (*Freedom of Information Act*). Scopo principale dell'istituto è quello *“di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”*.

Tale affermazione sarebbe per sé sufficiente a riconoscere piena legittimità dell'istanza del ricorrente, basata su *“finalità meramente egoistiche”*. Tuttavia, come si legge nel prosieguo della decisione in commento, il ricorso è stato rigettato per un altro motivo, in quanto una risposta adeguata da parte della Pubblica Amministrazione avrebbe implicato un'attività di rielaborazione eccessivamente onerosa.

A supporto di tale conclusione, i giudici bresciani hanno nuovamente richiamato il Tribunale Amministrativo campano di Napoli, che nella medesima sentenza n. 2486 del 2019 ha specificato che l'accesso ci-

vico generalizzato ex articolo 5 comma II, *“è caratterizzato [...] dalla necessità di un minor grado di approfondimento”*.

Correttamente, il Collegio ha aggiunto quanto sostenuto dal T.A.R. per l'Emilia Romagna nella sentenza 645/2017, ossia che, *“l'amministrazione non è tenuta, nel caso di istanze di accesso manifestamente onerose, a effettuare una attività di elaborazione dei dati o documenti richiesti, non essendo previsto un obbligo in tal senso nella normativa vigente”*.

Innanzitutto ad una domanda come quella formulata dal ricorrente, inerente un settore specifico, ma estremamente ampio e riguardante atti non ancora formati, correttamente il Comune ha negato l'accesso.

Nel rispetto dei limiti di tutela degli interessi pubblici e privati ex articolo 5 bis, anche il diritto all'accesso civico viene riconosciuto a chiunque ed ha per oggetto dati e documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, ma ulteriori rispetto a quelli soggetti all'obbligo di pubblicazione.

Ecco dunque che, come hanno spiegato i giudici della Seconda Sezione del T.A.R. per la Lombardia di Brescia, *“il nuovo accesso civico, introdotto nell'ordinamento ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97, che ha novellato l'art. 5 del decreto trasparenza (d.lgs. 33/2013), attiene [...] alla possibilità di consentire una conoscenza di documenti relativi allo svolgimento dell'azione amministrativa a prescindere da uno specifico interesse diverso da quello alla verifica del buon andamento dell'azione amministrativa e si affianca, senza sovrapposizioni, alle forme di pubblicazione on line imposte dal legislatore nel 2013 e allo stesso accesso agli atti amministrativi disciplinato nel 1990”*.

Anche in questo caso, come per l'accesso civico semplice, non è necessaria in capo al richiedente una particolare qualifica, così come l'istanza non deve essere accompagnata da una motivazione.

Quanto ai casi di esclusione e ai limiti, l'articolo 5 bis stabilisce che l'accesso civico può essere rifiutato qualora il diniego sia necessario ad evitare un concreto pregiudizio alla tutela di alcuni interessi pubblici e privati, individuati nei commi I e II.

Il T.A.R. bresciano ha speso qualche parola anche sul concetto di *“pregiudizio concreto”*, evidenziando come esso sia rimesso alla discrezionale valutazione della Pubblica Amministrazione. Occorre infatti riconoscere che, se da un lato l'istanza non deve essere sorretta da una specifica motivazione, dall'altro, nel momento in cui emette un provvedimento di diniego

deve tenere in considerazione i contrapposti interessi (quello alla divulgazione, insito nell'istanza di accesso, e quelli con esso potenzialmente in contrasto).

Alla luce di quanto sin qui esposto, risulta più che condivisibile la scelta effettuata dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia di Brescia, con la sentenza del 3 dicembre 2021, n. 1015. L'istanza di accesso presentata dall'ex Consigliere, per quanto di per sé correttamente formulata, è stata altrettanto giustamente respinta dal Comune, comportando per lo stesso un'onerosa ed ulteriore attività di rielaborazione del tutto incompatibile con le finalità proprie

dell'accesso civico generalizzato.

Come hanno precisato i giudici nella loro decisione, questo nuovo istituto consente a tutti di accedere a dati e documenti ulteriori, rispetto a quelli soggetti all'obbligo di pubblicazione, ma pur sempre detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni.

Tali principi confermano, dunque, che l'istanza del ricorrente, in parte concentrata su determinazioni già assunte e pubblicate (e quindi messe a disposizione), in parte su delibere non ancora formate, ha oltrepassato l'ambito dell'accesso generalizzato e che il diniego del Comune è più che legittimo. ➤

LA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

di **M. Bove, G. Buffone, G. Finocchiaro, N. Graziano, A. Moramarco**

Questo volume raccoglie i contributi pubblicati sui Dossier n. 4 e 5 di Guida al Diritto che analizzano la legge 206/2021, la cosiddetta "Riforma della giustizia civile", provvedimento che si affianca alla già varata Riforma della giustizia penale (legge 127/2021), completando così - sul fronte della Giustizia - gli interventi di attuazione del Pnrr.

La legge 206/2021 presenta un duplice contenuto: da una parte delega il Governo a riformare il processo civile, dettando specifici principi e criteri direttivi; dall'altra, modifica direttamente alcune disposizioni sostanziali e processuali relative ai procedimenti in materia di diritto di famiglia, esecuzione forzata e accertamento dello stato di cittadinanza.

**ACQUISTA
SUBITO
IL VOLUME**



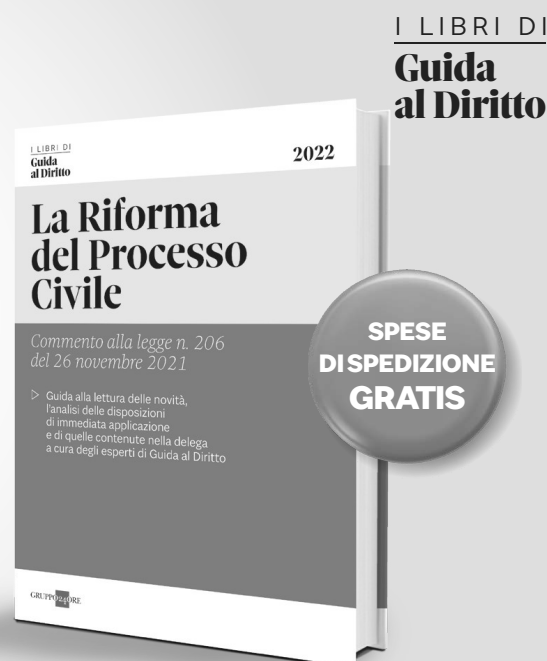
ONLINE



**NELLE LIBRERIE
PROFESSIONALI**

**www.shopping24.it - Link diretto al prodotto:
offerte.ilsole24ore.com/riformaprocessocivile**

SERVIZIO CLIENTI LIBRI - tel. 02/30.300.600 - servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com



**Pagg. 224
€ 14,90**

GRUPPO 24ORE

Consiglio di Stato, Sezione 4, Sentenza
28 gennaio 2022, n. 619

Decadenza dagli incentivi per energia da fonti rinnovabili

(omissis)

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al TAR per il Lazio, la società Agricola a r.l. Aziende Bi. Ri. esprimeva di essere titolare di un impianto termoelettrico alimentato a biogas da biomasse, di potenza nominale pari a 0,999 MW, sito in (omissis) (MC), assentito con autorizzazione unica n. 58/EFR del 29 giugno 2012 rilasciata dalla Regione Marche ai sensi dell'art. 12, comma 3, D.lgs. n. 387

del 2003, il quale aveva ottenuto, con provvedimento del Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.A. del 2 ottobre 2012, l'ammissione ai benefici inerenti la qualifica "IAFR" (Impianto Alimentato da Fonti Rinnovabili), ai sensi del D.M. 18 dicembre 2008.

Con successivo provvedimento del 7 dicembre 2015 il GSE aveva tuttavia dichiarato la decadenza da tale qualifica e dal connesso regime incentivante, sul presupposto del mancato tempestivo completamento della impermeabilizzazione del piazzale di stoccaggio previsto in sede di autorizzazione unica.

Detto provvedimento era stato impugnato da ABR davanti al TAR del Lazio; il giudizio era stato definito con la sentenza n. 9906/2017, di reiezione del ricorso.

La sentenza è stata successivamente confermata dal Consiglio di Stato con la decisione n. 506 del 2019, attualmente oggetto del giudizio di revocazione iscritto al n. 7031/2019 RG.

1.1. In pendenza del giudizio di revocazione, la ABR presentava al GSE una istanza con la quale chiedeva:

- l'accoglimento dell'istanza di "adesione al meccanismo disciplinato dall'art. 13-bis, co. 2 e 3, del D.L. 10/2019 e ss.mm. con conseguente annullamento del provvedimento di decadenza e riammissione al regime di incentivazione alle condizioni di cui all'art. 13-bis del DL 101/2019 e ss.ii.mm."

- in via subordinata, "in sede di autotutela" l'annullamento del provvedimento di decadenza.

1.2. Non avendo il GSE provveduto a riscontrare detta istanza, la ricorrente proponeva ricorso ex art. 31 e 117 c.p.a.; nelle

LA SENTENZA

Energia rinnovabile - Impianti di produzione - GSE - Incentivi - Erogazione - Decurtazione - Presupposti per l'applicazione.

A fronte del rilievo di violazioni incidenti sull'erogazione degli incentivi per energia da fonti rinnovabili, il Gestore ha l'onere di valutare, in prima battuta, l'applicabilità della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della decurtazione dell'incentivo, potendo procedere a disporre la decadenza dall'incentivo solo nel caso in cui ritenga - in forza di valutazioni che devono essere esternate nella motivazione del provvedimento - che tali presupposti non siano configurabili.

more della definizione di tale giudizio il GSE adottava il provvedimento dell'11 maggio 2020, con cui, da un lato, in mancanza della "preliminare definizione, di competenza del Ministero dello Sviluppo Economico, di una disciplina organica dei controlli", faceva presente, allo stato, di non potere "valutare l'applicabilità della novella legislativa alla fattispecie in esame"; dall'altro, respingeva la domanda di autotutela, ritenendo che gli elementi "di novità" rappresentati nell'istanza non consentissero una diversa valutazione sulla sussistenza dei presupposti per disporre la decadenza dall'incentivo, così come originariamente disposto.

1.3. Tale provvedimento veniva impugnato dalla società innanzi al TAR, sulla base dei motivi così sintetizzati dal primo giudice.

1) violazione artt. 3, 35, 41 e 97 Costituzione; violazione e/o falsa applicazione dall'art. 13-bis, co.2 e 3, del D.L. 101/2019 e dell'art. 42 del d.lgs. 28/2011 e s.m.i.; eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza assoluta dei presupposti, ingiustizia manifesta.

Il GSE avrebbe dovuto limitarsi ad accertare la sussistenza dei requisiti oggettivi richiesti dall'art. 13 bis, comma 3, del d.l. n. 101 del 2019. Tale accertamento sarebbe vincolante ai fini dell'accoglimento della domanda, con il conseguente riconoscimento della tariffa già attribuita, sia pure decurtata della misura attualmente prevista dall'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011 (dal 50% al 10% ovvero in caso di autodenuncia, dal 25% al 5%,).

L'attuazione delle richiamate previsioni legislative, infatti, non potrebbe restare paralizzata dalla mancata emanazione del decreto ministeriale attuativo. Nel caso di specie ricorrebbe, peraltro, l'ulteriore condizione dell'autodenuncia della violazione, alla quale dovrebbe conseguire l'applicazione del relativo, più favorevole, regime sanzionatorio;

2) violazione e/o falsa applicazione art. 30 del Decreto Ministeriale 6 luglio 2012 e relativo allegato III; violazione e/o falsa applicazione del Decreto Ministeriale 18 dicembre 2008. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 42, co.3, del d.lgs. 28/2011 e degli artt. 2 e 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241. Eccesso di potere per carenza assoluta di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti ed ingiustizia manifesta.

In via subordinata, la ricorrente deduceva l'illegittimità del provvedimento nella parte in cui non aveva disposto la rimozione in autotutela del precedente provvedimento di decadenza, in quanto dai nuovi documenti allegati all'istanza da essa presentata avrebbe potuto evincersi che l'impianto era stato effettivamente ultimato al momento di presentazione della dichiarazione parziale di fine lavori (27 dicembre 2012), in considerazione dell'irrelevanza della residua parte del piazzale all'epoca non ancora impermeabilizzata.

2. Nella resistenza del GSE il TAR ha respinto il ricorso e condannato la società alla rifusione delle spese.

3. La sentenza è stata impugnata dalla società, rimasta soccombente.

L'appello è affidato ai seguenti motivi:

I. Errata e/o omessa valutazione su un punto decisivo della controversia. Violazione artt. 3, 35, 41 e 97 Costituzione. Violazione e/o falsa applicazione dall'art. 13-bis, co.2 e 3, del D.L. 101/2019 e dell'art. 42 del D.Lgs. 28/2011 e s.m.i.. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza assoluta dei presupposti, ingiustizia manifesta. Erroneità ed illogicità della sentenza di primo grado.

La sentenza gravata si fonderebbe su un evidente travisamento dei fatti allorché presuppone che il GSE abbia esaminato nel merito la domanda di conversione della sanzione di decadenza in provvedimento di decurtazione della tariffa ex art. 13-bis del d.l. n. 101/2019, salvo respingerla per ragioni "di merito".

A tale errore, il primo giudice sarebbe giunto riferendo le ragioni addotte dal GSE a supporto del rigetto della domanda subordinata di annullamento in autotutela dell'originario provvedimento di decadenza anche alla domanda principale di conversione proposta ex art. 13-bis, cit.

Tuttavia le due domande sono state tenute nettamente distinte nella istanza dalla società ricorrente tant'è che il GSE le ha esaminate separatamente, adottando due distinte decisioni.

Secondo le disposizioni applicabili *ratione temporis*, il GSE

non ha il potere di disporre la decadenza tout court dagli incentivi e il recupero totale di quanto già erogato ma soltanto di applicare la sanzione della decurtazione dell'incentivo "in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione".

Sussistendo le condizioni prescritte, l'istante avrebbe diritto a beneficiare della decurtazione della tariffa in luogo della decadenza della qualifica IAFR, residuando solo da stabilire l'entità di detta decurtazione, peraltro fra un minimo ed un massimo anch'esso già chiaramente stabilito dalla citata fonte primaria.

In favore della natura vincolata dell'attività svolta dal GSE nel decidere sulle istanze presentate per l'accesso al meccanismo in parola, deporrebbe poi espressamente il penultimo periodo del secondo comma dell'art. 13-bis del d.lgs. n. 101 del 2019, laddove significativamente dispone che "La richiesta dell'interessato equivale ad acquiescenza alla violazione contestata dal GSE nonché a rinuncia all'azione".

In forza di tale previsione la semplice presentazione dell'istanza (e non il suo accoglimento) equivale ad acquiescenza alla violazione contestata e a rinuncia all'azione giudiziaria che è possibile proporre o che è già stata proposta; il che intanto ha ragion d'essere in quanto si ammetta che il legislatore ha configurato l'accesso al meccanismo di conversione in questione come "necessario" ogni qual volta siano verificati i quattro requisiti oggettivi predetti; ove così non fosse, si giungerebbe all'assurdo di sentir dichiarare la sopravvenuta improcedibilità di un ricorso avverso una sanzione di decadenza a fronte della mancata conversione del provvedimento di decadenza medesimo in provvedimento di riduzione della tariffa.

Nel caso di specie, l'unica ragione che ha portato al rigetto dell'istanza è stata l'asserita non immediata applicabilità della disciplina di cui all'art. 13-bis del d.l. n. 101/2019, come convertito con l. n. 128/2019.

Non è, invece, stata effettuata alcuna valutazione di merito sulla fondatezza dell'istanza presentata da ABR.

Il TAR avrebbe poi adottato una pronuncia palesemente contraddittoria laddove ha rigettato il ricorso di ABR pur affermando la sussistenza del principio invocato dalla ricorrente in merito alla immediata applicabilità della disciplina prevista dal cit. art. 13-bis.

Tale interpretazione è stata infatti condivisa dallo stesso TAR che nella sentenza appellata ha affermato che "la riportata disposizione dell'art. 42 comma 3 d.lgs. 28/2011 non è subordinata all'emanazione del decreto ministeriale di cui al comma 5, lett. c- bis) dello stesso art. 42 (TAR Lazio, questa sez. III Ter, 30 luglio 2019, n. 10129 e, da ultimo, 7 gennaio 2021 n. 188), in quanto la formulazione del comma 3 della norma è netta ed inequivocabile nell'imporre al Gestore le suddette valutazioni

"in deroga" pur a prescindere dalle indicazioni ministeriali."

Il primo giudice avrebbe tuttavia contraddittoriamente sostenuto che le "violazioni rilevanti" ai sensi del D.M. 31 gennaio 2014 precluderebbero alle imprese l'accesso al meccanismo di conversione di cui all'art. 13-bis del d.l. n. 101 del 2019 e, pertanto, ABR potrebbe beneficiarne solo "qualora, a seguito dell'adozione del DM di cui al comma 5 lett. c) bis dell'art. 42 d.lgs. 28/2011, le violazioni rilevate dovessero essere espunte dall'elenco delle violazioni rilevanti di cui al DM 2014, che allo stato danno luogo alla declaratoria di decadenza".

Il. Errata e/o omessa valutazione su un punto decisivo della controversia. Violazione e/o falsa applicazione art. 30 del Decreto Ministeriale 6 luglio 2012 e relativo allegato III; violazione e/o falsa applicazione del Decreto Ministeriale 18 dicembre 2008. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 42, co. 3, del D.Lgs. 28/2011 e degli artt. 2 e 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Eccesso di potere per carenza assoluta di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti ed ingiustizia manifesta. Errori ed illogicità della sentenza di primo grado.

In via subordinata, con il secondo motivo di ricorso, la società ha censurato il provvedimento impugnato nella parte in cui il GSE ha negato la sussistenza dei presupposti per la revoca in autotutela del provvedimento di decadenza dagli incentivi del 2015.

Tuttavia essa aveva allegato alla sua domanda subordinata di autotutela documenti nuovi (ossia la lettera del 21 novembre 2013 inviata dal Comune alla Regione e la nota della Regione alla Società ABR di cui alla PEC del 2 ottobre 2019), i quali sarebbero idonei ad attestare che l'impianto era senz'altro completo ed ultimato al momento di presentazione della dichiarazione parziale di fine lavori (27 dicembre 2012) stante la sussistenza di una porzione più che congrua di piazzale impermeabilizzato e non essendo stata la residua parte di esso (all'epoca non ancora impermeabilizzata) giudicata rilevante al fine di escludere detta conclusione.

Anche la statuizione circa il carattere meramente confermativo del provvedimento impugnato operata dal TAR sarebbe erronea poiché la società aveva dimostrato al GSE che gli enti territoriali competenti a valutare la conformità edilizia dell'impianto alla data della sua attivazione lo avevano ritenuto perfettamente conforme ancorché con piazzale solo parzialmente asfaltato.

4. Si è costituito, per resistere, il GSE articolando le proprie argomentazioni difensive con la memoria del 5 luglio 2021.

4.1. Le parti hanno depositato memorie conclusionali e di replica.

5. L'appello è stato infine assunto in decisione alla pubblica udienza del 9 dicembre 2021.

6. La presente controversia trae origine dal provvedimento con cui il GSE ha disposto la decadenza dell'odierna appellante dalla qualifica IAFR.

Il TAR del Lazio ha respinto l'impugnativa della società con pronuncia confermata da questa Sezione (è attualmente pendente il giudizio di revocazione).

Successivamente al deposito del ricorso per revocazione è entrata in vigore la legge 2 novembre 2019, n. 118, di conversione del d.l. n. 101/2019 il quale, all'art. 13, dopo avere apportato ulteriori modifiche all'art. 42 del d.l. n. 28 del 2011, ha così disposto: "Le disposizioni di cui alla lettera a) del comma 1 si applicano agli impianti realizzati e in esercizio oggetto di procedimenti amministrativi in corso e, su richiesta dell'interessato, a quelli definiti con provvedimenti del Gestore dei servizi energetici (GSE) di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, compresi i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica per i quali non è intervenuto il parere di cui all'articolo 11 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199. La richiesta dell'interessato equivale ad acquiescenza alla violazione contestata dal GSE nonché a rinuncia all'azione. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano qualora la condotta dell'operatore che ha determinato il provvedimento del GSE di decadenza sia oggetto di procedimento e processo penale in corso, ovvero concluso con sentenza di condanna anche non definitiva" (art. 13-bis, comma 2).

Il testo dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011, così come modificato dal d.l. n. 101 del 2019 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie), era il seguente "Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate, e trasmette all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481. In deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte della metà".

La società appellante ha presentato contestualmente al GSE due istanze: una - formulata in via principale - volta all'applicazione del d.l. del 2019, l'altra - espressamente presentata in

via subordinata - volta a sollecitare il ritiro, in autotutela, dell'originario provvedimento di decadenza.

Il GSE si è così pronunciato su tali istanze: "Come noto, l'applicabilità dell'art. 42, comma 3, del D.lgs. n. 28/2011 è subordinata, ai sensi del comma 5 del medesimo art. 42, alla preliminare definizione, di competenza del Ministero dello Sviluppo Economico, di una disciplina organica dei controlli. Pertanto, nelle more della definizione della predetta disciplina, del suo ambito di efficacia (ai soli "impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi" o meno), dell'individuazione delle violazioni rilevanti che danno luogo alla decadenza e di quelle che dovrebbero dare luogo alla decurtazione dell'incentivo, il GSE non può, allo stato, valutare l'applicabilità della novella legislativa alla fattispecie in esame. Resta inteso, in ogni caso, che il GSE procederà alla suddetta valutazione a seguito dell'emanazione della disciplina ministeriale. [...].

Si rappresenta inoltre che:

- le violazioni che sono state accertate nel caso di specie sono ricomprese nell'"Elenco delle violazioni rilevanti" di cui al Decreto Ministeriale 31 gennaio 2014, recante "Attuazione dell'articolo 42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 sulla disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore elettrico di competenza del Gestore dei Servizi Energetici GSE SpA";

- gli elementi "di novità" rappresentati nell'istanza del 6 dicembre 2019 confermano il mancato completamento dell'impianto entro i termini definiti dall'art. 30 del Decreto Ministeriale 6 luglio 2012 per accedere ai meccanismi di incentivazione previsti dal Decreto Ministeriale 18 dicembre 2008. [...].

6.1. Il TAR ha rigettato le doglianze della ricorrente sulla base delle seguenti argomentazioni.

"4.1.2. Questa Sezione ha avuto modo di affermare, a più riprese, che la riportata disposizione dell'art. 42 comma 3 d.lgs. 28/2011 non è subordinata all'emanazione del decreto ministeriale di cui al comma 5, lett. c- bis) dello stesso art. 42 (TAR Lazio, questa sez. III Ter, 30 luglio 2019, n. 10129 e, da ultimo, 7 gennaio 2021 n. 188), in quanto la formulazione del comma 3 della norma è netta ed inequivocabile nell'imporre al Gestore le suddette valutazioni "in deroga" pur a prescindere dalle indicazioni ministeriali; "la norma, infatti, non condiziona affatto l'applicazione della deroga all'adozione del decreto ministeriale il quale, dal canto suo, è previsto solo dalla successiva (e diversa) norma contenuta nella lettera c-bis) del comma 5. Del resto, a ragionar diversamente, si finirebbe per avallare la possibilità (come, plasticamente, avverrebbe nella fattispecie oggi sub iudice) per cui la volontà espressa dal legislatore di ammettere una deroga al potere amministrativo di decadenza possa rimanere "congelata", a tempo indefinito, dall'inerzia del

Ministero, con una sorta di comportamento "abrogante" posto in essere dal potere esecutivo avente l'effetto di porre nel nulla la norma primaria di favore, in palese stravolgimento del sistema costituzionale delle fonti".

4.1.3. Deve, pertanto, essere in questa sede ribadito, in linea generale e dunque anche con riferimento alle istanze formulate ai sensi dell'art. 13 bis comma II DL 101/2019, che a fronte del rilievo di violazioni incidenti sull'erogazione degli incentivi il Gestore ha l'onere di valutare, in prima battuta, l'applicabilità della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della decurtazione dell'incentivo, indipendentemente dall'emanazione del decreto ministeriale, potendo procedere a disporre la decadenza dall'incentivo solo nel caso in cui ritenga - in forza di valutazioni che devono essere esternate nella motivazione del provvedimento - che tali presupposti non siano configurabili.

4.1.4. È stato, tuttavia, altresì affermato - parimenti in plurime occasioni - che laddove il GSE abbia effettuato tale valutazione, riportandone gli esiti nella motivazione del provvedimento, non può ritenersi configurabile la dedotta violazione di legge (TAR Lazio, questa sezione III ter, 29 dicembre 2020 n. 14087; ord. nn. 661/2021; 4371/2020; 4020/2020; Cons. di Stato, Sez. IV, ord. n. 2488/2020); ciò in quanto nel disposto normativo emergente dalle disposizioni sopra riportate, in vigore all'atto dell'emanazione del provvedimento impugnato, non è ravvisabile un diritto all'applicazione della decurtazione in luogo della decadenza dall'incentivo, bensì un'attività valutativa del Gestore, da condursi nell'ambito dei parametri legislativi e regolamentari vigenti.

4.1.5. Nel caso all'esame il GSE, effettuata tale valutazione, la quale risulta esternata nella motivazione del provvedimento, ha ritenuto di non individuare, allo stato, i presupposti per disporre la decurtazione dell'incentivo, bensì di ritenere la stessa sanzionabile con la decadenza, riservandosi peraltro di valutare la possibilità di disporre la revoca di quest'ultima, e la contestuale decurtazione dell'incentivo qualora, a seguito dell'adozione del DM di cui al comma 5 lett. c) bis dell'art. 42, d.lgs. 28/2011, le violazioni rilevate dovessero essere espunte dall'elenco delle violazioni rilevanti di cui al DM 2014, che allo stato danno luogo alla declaratoria di decadenza, per essere inserite tra quelle soggette a decurtazione.

4.1.6. Parte ricorrente non ha, peraltro, censurato tale articolazione del provvedimento, così che il motivo all'esame deve essere nel suo complesso respinto, dovendo peraltro ritenersi irrilevante l'ulteriore circostanza che la violazione sia stata o meno autodenunciata [...].

6.2. Ciò posto, il piano raffronto tra il provvedimento adottato dal GSE e le statuizioni del TAR rende evidente che il primo giudice ha erroneamente attribuito alle ragioni addotte dal Gestore a supporto del rigetto della domanda subordinata di

annullamento in autotutela dell'originario provvedimento di decadenza, la valenza di motivazione anche della sostanziale declaratoria di improcedibilità della domanda principale presentata dalla società ai fini dell'adesione al meccanismo disciplinato dall'art. 13-bis del d.l. n. 101 del 2019.

L'articolato provvedimento del GSE evidenzia infatti la sussistenza di due distinte decisioni, delle quali la prima - di carattere interlocutorio o soprassessorio, essendosi il Gestore riservato di esprimere le proprie valutazioni una volta che fosse intervenuto il D.M. previsto dall'art. 42, comma 5, lett. c- bis), del d.lgs. n. 28 del 2011 - appare del tutto incompatibile con l'indicazione di ragioni pretesamente ostative all'accoglimento della (prima) istanza.

L'ultima parte del provvedimento, per le espressioni usate (giudizio di irrilevanza delle circostanze "nuove" evidenziate dalla società istante, "conferma" delle precedenti determinazioni) risulta infatti palesemente riferibile alla domanda subordinata di autotutela e non alla domanda principale di conversione.

È altresì condivisibile quanto osservato dalla ricorrente circa il fatto che il meccanismo di conversione della decadenza dagli incentivi in decurtazione dei medesimi, introdotto dal legislatore al dichiarato fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, ha senso proprio con riferimento alle sole sanzioni "rilevanti", ossia a quelle sanzioni che prima della novella legislativa, davano luogo a decadenza sulla base del D.M. 31 gennaio 2014.

6.3. Va infine evidenziato che non hanno formato oggetto di appello incidentale i capi della sentenza di primo grado, in precedenza riportati, che hanno affermato l'immediata applicabilità dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. 28/2011 e dell'art. 13, comma 2, del d.l. n. 101 del 2019 indipendentemente dall'emanazione del decreto ministeriale attuativo.

Risulta altresì privo di fondamento il rilievo del GSE, avallato dal TAR, secondo cui la parte del provvedimento in cui esso si è riservato di procedere alla suddetta valutazione a seguito dell'emanazione della disciplina ministeriale, non sarebbe stata impugnata da ABR.

Al contrario, sia il primo motivo del ricorso articolato in primo grado che il primo mezzo dell'appello, riguardano proprio il sostanziale mancato esame della domanda di conversione.

Al riguardo, come già evidenziato, il GSE non ha negato la sussistenza dei presupposti per l'integrazione della fattispecie disciplinata dall'art. 13-bis, del d.l. n. 101 del 2019, ma si è limitato ad addurre l'impossibilità di fare applicazione della novella legislativa in ragione della mancanza del decreto attuativo.

7. Da quanto testé rilevato, non può che derivare l'annullamento del provvedimento impugnato, nella parte in cui non ha esaminato, nel merito, la domanda della ricorrente di applicazione della decurtazione della tariffa incentivante prevista dall'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2001, come modificato dall'art. 13-bis del d.l. n. 101 del 3 settembre 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 128 del 2 novembre 2019.

Ne consegue il dovere del GSE di ripronunciarsi sull'istanza di conversione della decadenza in decurtazione degli incentivi.

8. La fondatezza del primo motivo di appello riveste carattere assorbente ai fini dell'accoglimento del gravame.

Si è visto infatti che la seconda istanza della società - di rimozione in autotutela dell'originario provvedimento di decadenza dagli incentivi - era stata dichiaratamente formulata solo in via subordinata, per la "denegata ipotesi" di reiezione della domanda di conversione della stessa decadenza in decurtazione degli incentivi.

Analoga graduazione era stata operata dalla società in primo grado rispetto alla domanda di annullamento del provvedimento impugnato "nella parte in cui GSE ha negato la sussistenza dei presupposti per la revoca in autotutela del provvedimento di decadenza dagli incentivi del 2015" (pag. 20 del ricorso di primo grado), la quale era stata formulata nell'ipotesi in cui non fosse stato accolto il primo motivo formulato in primo grado.

8.1. La novità delle questioni giustifica, infine, l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

(omissis)

Consiglio di Stato, Sezione 4, Sentenza
28 gennaio 2022, n. 619

a cura di **Marta Iacopini**
Avvocato

Incentivi per l'energia da fonti rinnovabili: il funzionamento del meccanismo della conversione della decadenza dalla qualifica IAFR nella riduzione dell'incentivo

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato, Quarta Sezione, si è pronunciato sulla questione finora oggetto di pronunce del solo Tar Lazio (giudice munito di competenza funzionale inderogabile) circa l'applicabilità del particolare meccanismo previsto dall'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011 come modificato dal d.l. n. 101 del 2019, in materia di incentivi per la promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

In particolare, nel caso sottoposto ai Giudici di Palazzo Spada, il G.S.E. (Gestore dei Servizi Energetici) aveva respinto l'istanza proposta da una società attiva nella produzione di energia da biomassa di conversione della decadenza dalla qualifica IAFR nella meno grave sanzione della decurtazione degli incentivi, motivando il diniego sul presupposto che, fino all'adozione della disciplina ministeriale di carattere attuativo, il G.S.E. non avrebbe potuto esaminare le domande dirette all'applicabilità del meccanismo dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28/2011, e, incidentalmente, contestando alla società istante la commissione di violazioni "rilevanti" ai fini della decadenza dagli incentivi energetici.

Il Giudice di prima istanza, pur avendo affermato l'immediata applicabilità dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. 28/2011 e dell'art. 13, comma 2, del d.l. n. 101 del 2019 indipendentemente dall'emanazione del decreto ministeriale attuativo richiamato dal comma 5 del medesimo d.lgs. 28/2011, aveva però concluso per la legittimità del diniego opposto dal G.S.E. ritenendo che l'Ente avesse respinto l'istanza "nel merito".

Il Consiglio di Stato, ribaltando la pronuncia di primo grado, ha invece condiviso la tesi dell'appellante secondo cui il G.S.E. avrebbe respinto l'istanza solo per l'asserita non immediata applicabilità dell'art. 42

L'ANALISI DELLA DECISIONE

Con la sentenza del Consiglio di Stato oggetto di commento può affermarsi che il G.S.E. è comunque tenuto ad esaminare nel merito le domande di conversione dei provvedimenti di decadenza in provvedimenti di riduzione della tariffa e che, per converso, sussiste un diritto dei titolari degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili ad ottenere una simile decisione.

del d.lgs. 28/2011, senza esaminare la domanda del merito.

Inoltre, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che tale meccanismo (previsto espressamente come deroga alla decadenza dagli incentivi) si rivolge proprio alle sanzioni "rilevanti", ossia a quelle sanzioni che, prima della novella legislativa, davano luogo a decadenza sulla base del D.M. 31 gennaio 2014, con ciò facendo intendere, incidentalmente, che la loro commissione non può costituire ostacolo alla positiva definizione della domanda.

La sentenza è importante perché è la prima che interviene sulla questione della immediata applicabilità della disciplina di conversione dei provvedimenti di decadenza dalla qualifica IAFR (Impianto Alimentato da Fonti Rinnovabili) in provvedimenti di mera decurtazione della tariffa.

Inoltre, ed in chiave più sistematica, la sentenza è rilevante perché afferma, sia pure implicitamente, la sussistenza in detta materia di una attività vincolata del GSE, il quale, una volta accertata la sussistenza dei requisiti previsti per il beneficio della conversione, non potrebbe giustificare il mancato riconoscimento dietro l'affermazione della natura "comunque rilevante" dell'addebito contestato.

In particolare, il predetto art. 42, comma 3, dispone che nel caso in cui ai produttori di energia siano contestate violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il G.S.E. delibera il rigetto dell'istanza pre-

ordinata al loro ottenimento ovvero - se sono già percepiti - la decadenza dalla qualifica IAFR dell'impianto.

Tuttavia, il secondo periodo della disposizione precisa che *"in deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, l'energia termica e il risparmio energetico, conseguente agli interventi di efficientamento, degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione"*, percentuali che si riducono della metà laddove la contestazione operata dal G.S.E. sia conseguenza di una autodenuncia.

Secondo quanto previsto dall'art. 13-bis del d.l. 101/2019, la deroga appena menzionata può trovare applicazione non solo nel caso in cui il procedimento amministrativo avviato con l'istanza di accesso agli incentivi non sia ancora stato definito, ma anche nel in cui esso si sia concluso con un provvedimento di decadenza purché oggetto di contenzioso pendente in sede giudiziaria.

In quest'ultima ipotesi, quindi, il meccanismo di cui all'art. 42, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 28/2011, si configura come una sorta di conversione del provvedimento di decadenza (già adottato) in quello, meno grave, di decurtazione degli incentivi (ovviamente purché la decurtazione non arrivi a rendere la gestione dell'impianto nei fatti antieconomica).

La giurisprudenza amministrativa si è interrogata ripetutamente sulla concreta applicabilità di tale disposizione.

Una prima questione ha riguardato l'efficacia della disciplina in esame e, in particolare, se essa sia suscettibile di immediata applicazione o se debba attendersi l'adozione del decreto ministeriale di cui all'art. 42, comma 5, lett. c) del D.lgs. 28/2011 (ai sensi del quale *"entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il GSE fornisce al Ministero dello sviluppo economico gli elementi per la definizione di una disciplina organica dei controlli che, in conformità ai principi di efficienza, efficacia e proporzionalità, stabilisca: a) le modalità con le quali i gestori di rete forniscono supporto operativo al GSE per la verifica degli impianti di produzione di energia elettrica e per la certificazione delle misure elettriche necessarie al rilascio degli incentivi; b) le procedure per lo svolgimento dei controlli sugli impianti di competenza del GSE; c) le viola-*

zioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi in relazione a ciascuna fonte, tipologia di impianto e potenza nominale; c-bis) le violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3").

Sul punto il Tar Lazio, con giurisprudenza ormai costante, ha aderito alla prima soluzione, affermando l'applicabilità del meccanismo di "conversione" anche in assenza della richiamata decretazione ministeriale (ancora oggi da emanarsi) e, conseguentemente, l'onere del G.S.E., in caso di presentazione di istanze tese ad ottenere la conversione dei provvedimenti di decadenza in provvedimenti di decurtazione della tariffa, di valutare la fondatezza e la sussistenza dei presupposti.

L'altra questione sorta è relativa alla tipologia di violazioni per le quali il G.S.E. può accogliere l'istanza di revoca della decadenza e concedere la (riattivazione dell'impianto con) decurtazione dell'incentivo.

Proprio su tale profilo è destinata ad avere un grande impatto la pronuncia del Consiglio di Stato n. 619 del 2022 che, oltre ad aver ribadito l'obbligo del Gestore di esaminare nel merito le istanze di decurtazione degli incentivi proposte ex art. 42, comma 3, d.lgs. 28/2011 (così come modificato dal d.l. n. 101 del 2019), ha affermato come tale meccanismo, introdotto dal Legislatore al dichiarato fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili attraverso una deroga al regime ordinario, abbia senso con riferimento a tutte le sanzioni *"rilevanti"* che, prima della novella legislativa, davano luogo a decadenza sulla base del D.M. 31 gennaio 2014.

Con la conseguenza, dunque, che non sussiste potere discrezionale in capo al G.S.E. sulla individuazione di quali sanzioni ammettere a detto regime di conversione e quali viceversa escludere, purché -ovviamente- risultino soddisfatti i requisiti a tal fine prescritti dall'art. 42, comma 3, del d. lgs. n. 28/2011 in punto di non sopraggiunta definitività del provvedimento decadenziale (per pendenza del termine ad impugnarlo o per pendenza del giudizio di impugnazione), di pregressa attivazione dell'impianto e sua ammissione agli incentivi e di insussistenza di rilevanza penale dei fatti che hanno portato alla decadenza.

In conclusione, nonostante il ritardo tuttora esistente nell'emanazione della disciplina attuativa, con la sentenza del Consiglio di Stato appena commentata può affermarsi che il G.S.E. è comunque tenuto ad

esaminare nel merito le domande di conversione dei provvedimenti di decadenza in provvedimenti di riduzione della tariffa e che, per converso, sussiste un

diritto dei titolari degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili ad ottenere una simile decisione. ➤

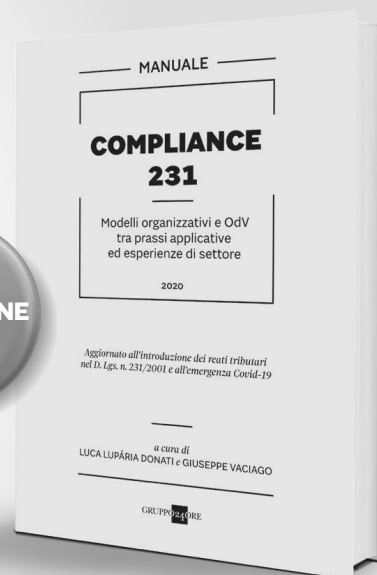
MANUALE

COMPLIANCE 231

di **L. Lupària Donati, G. Vaciago**

Il Volume si propone di offrire un pratico *vademecum* - frutto dell'esperienza sul campo e delle migliori prassi consolidate - per la costruzione, l'implementazione e la manutenzione di un idoneo "Sistema 231" nelle diverse realtà economiche. Dopo un inquadramento di ordine generale sugli aspetti trasversali della *corporate liability* ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001 e sui canoni, validi per tutte le aziende, per un'efficace attuazione dei Modelli organizzativi, i capitoli successivi affrontano le tipicità dei settori più significativi del mondo imprenditoriale.

**SPESE
DI SPEDIZIONE
GRATIS**



**ACQUISTA
SUBITO
IL VOLUME**



ON LINE



**NELLE LIBRERIE
PROFESSIONALI**

**Pagg. 366
€ 40,00**

**www.shopping24.it - Link diretto al prodotto:
offerte.ilsole24ore.com/compliance231**

SERVIZIO CLIENTI - tel. 02/30.300.600 - servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com

GRUPPO 24 ORE

A cura della Redazione Plus Plus 24
Diritto
I testi integrali sono disponibili in
banca dati Plus 24 Diritto
www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

L'Osservatorio sul Merito

ACQUE PUBBLICHE

Acqua e inquinamento idrico - Intervento di tombatura di un fosso - Ricorso - Competenza del TSAP.

Ai sensi dell'art. 143 del r.d. n. 1775/1933, appartengono alla cognizione del giudice specializzato i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi assunti dall'amministrazione in materia di acque pubbliche, nonché i ricorsi, anche per il merito, contro i provvedimenti definitivi adottati dall'autorità amministrativa in materia di regime delle acque pubbliche ex art. 2 del testo unico delle leggi sulle opere idrauliche approvato con r.d. 25 luglio 1904, n. 523, e successive modificazioni (fattispecie relativa ad un intervento di tombatura di un fosso).

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale della TOSCANA - Firenze, Sezione 3, Sentenza 5 novembre 2021, n. 1450*

AMBIENTE

Ambiente - Valutazione di impatto ambientale - Screening Dlgs - Discrezionalità della P.A. - Fattori di oggettiva pericolosità - Motivazione - Necessità - D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, All. V.

Ferma restando la discrezionalità della P.A. nelle valutazioni che svolge in sede di screening, e la doverosità in tale sede di ogni cautela, la decisione di sottoporre un progetto a valutazione di impatto ambientale (VIA) deve essere adeguatamente motivata in relazione a fattori di oggettiva pericolosità rivenienti dagli indici di cui all'Allegato V D.Lgs. n. 152/2006. È legittima una v.i.a. che dichiari la compatibilità ambientale di un progetto subordinatamente al rispetto di specifiche prescrizioni e condizioni, da verificare all'atto del successivo rilascio dei titoli autorizzatori necessari per la concreta entrata in funzione

dell'*opus*. I limiti alla legittimità di tale *modus procedendi* attengono al grado di dettaglio e di specificità delle prescrizioni, nonché al numero ed alla complessiva incidenza delle stesse sui caratteri dell'opera: la formulazione di prescrizioni eccessivamente generiche, ovvero relative a pressoché tutti i profili di possibile criticità ambientale dell'*opus*, potrebbe risolversi in una sostanziale pretermissione del giudizio.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 8 novembre 2021, n. 7408*

VIA, VAS e AIA - Valutazione di impatto ambientale - Compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici - Verifica di impatto sul sistema paesaggistico inteso nella sua complessità e unitarietà.

La VIA non può non tener conto della compatibilità del progetto presentato con gli strumenti urbanistici, atteso che la valutazione deve essere compiuta considerando la coerenza dell'intervento con le indicazioni e prescrizioni contenute nei programmi e piani urbanistici in relazione ad una verifica di impatto del progetto sul sistema paesaggio nel suo complesso inteso nella sua complessità e unitarietà con specifico riferimento agli aspetti fisici, naturali ed antropici.

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale dell'ABRUZZO - L'Aquila, Sezione 1, Sentenza 3 novembre 2021, n. 495*

APPALTI PUBBLICI

Appalti pubblici - Procedure di affidamento - Gara - Concorrente - Impugnazioni di atti precedenti l'aggiudicazione - Onere di impugnazione dell'aggiudicazione - Necessità - Mancanza - Conseguenze.

È principio assolutamente consolidato nella giurisprudenza amministrativa che il concorrente che abbia impugnato gli atti della procedura di gara precedenti l'aggiudicazione (il provvedimento che abbia

disposto la sua esclusione dalla gara o l'ammissione altrui) sia tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione sopravvenuto nel corso del giudizio, a pena di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. L'utilità finale che l'operatore economico intende conseguire attraverso il giudizio avverso gli atti della procedura di aggiudicazione è l'affidamento dell'appalto, quale che sia il provvedimento impugnato e, nel caso di atto diverso dall'aggiudicazione, indipendentemente dall'utilità strumentale immediatamente perseguita, così che l'eliminazione dell'aggiudicazione della gara in favore di altro concorrente è indispensabile. D'altra parte l'autonomia funzionale del provvedimento di aggiudicazione rispetto agli altri atti della procedura di gara e la sua peculiare natura giuridica di atto di non mero riscontro della legittimità formale del procedimento, ma approvativo dello stesso, non consente di ipotizzare che le eventuali illegittimità riscontrate in uno qualsiasi degli atti della predetta procedura di gara abbia un effetto automaticamente caducante, che ne renda inutile la relativa impugnazione.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 3, Sentenza 25 novembre 2021, n. 7892*

Appalti pubblici - Procedure di affidamento - Gare pubbliche - Clausole della *lex specialis* malamente formulate - Richiesta di chiarimenti - Risposta della PA - Natura - Individuazione.

Nelle gare pubbliche - in una situazione di obiettiva incertezza dipendente dal fatto che le clausole della *lex specialis* risultano malamente formulate o si prestano comunque ad incertezze interpretative o sono equivoche - la risposta della Pubblica amministrazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata dai concorrenti non costituisce un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*; in effetti i chiarimenti operano a beneficio di tutti e - laddove trasparenti, tempestivi, ispirati al principio del favor participationis e, resi pubblici - non comportano, se giustificati da un oggettiva incertezza della *lex* di gara, alcun pregiudizio per gli aspiranti offerenti, tale da

rendere preferibile, a dispetto del principio di economicità, l'autoannullamento del bando e la sua ripubblicazione.

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale del VENETO - Venezia, Sezione 1, Sentenza 24 novembre 2021, n. 1416*

Appalti pubblici - Lex specialis - Prescrizioni - Intangibilità, salvo l'esercizio del potere di autotutela - Vincolo per i concorrenti e per la stazione appaltante.

Le prescrizioni della *lex specialis* sono intangibili per la stazione appaltante e non possono essere modificate o disapplicate, salvo l'esercizio del potere di autotutela. In effetti, in sede di gara la stazione appaltante è tenuta ad applicare rigorosamente le regole fissate nel bando e nel disciplinare, che non possono essere disapplicate nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune di esse risultino non più conformi allo *ius superveniens*, salvo l'esercizio del potere di autotutela (Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2201). Le prescrizioni stabilite nella *lex specialis* vincolano, dunque, non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (ex multis, T.A.R. Basilicata, 8 marzo 2017, n. 195).

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale della BASILICATA - Potenza, Sezione 1, Sentenza 15 novembre 2021, n. 736*

Appalti pubblici - Concorrenti ex aequo - Nozione - Applicazione dell'art. 77 r.d. n. 827/1924 - Ulteriore confronto competitivo tra i concorrenti ex aequo ed eventuale successivo sorteggio - Diretta applicabilità alle procedure da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso - Oggetto di scelta discrezionale nelle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel caso in cui i concorrenti abbiano presentato "la stessa offerta", ossia un'offerta "uguale" con il medesimo ribasso (non quindi offerte tecniche ed

economiche diverse a cui la Commissione ha attribuito il medesimo punteggio complessivo), l'applicazione dell'art. 77 del r.d. n. 827 del 1924 - disposizione ancora formalmente in vigore, la quale, sia pur con riferimento alle 'aste' detta una disciplina residuale destinata ad applicarsi nei rari casi di ex aequo, che prevede un ulteriore confronto competitivo tra i concorrenti ex aequo e, solo in caso di esito negativo di tale confronto, lo svolgimento del sorteggio - deve ritenersi necessaria, ai sensi dell'art. 1339 cod. civ., per le procedure da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso, e invece oggetto di una scelta discrezionale, per le procedure da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, potendo in quest'ultimo caso le stazioni appaltanti decidere di procedere direttamente al sorteggio, in ragione della opportunità di valorizzare maggiormente le esigenze di semplificazione e di speditezza dell'azione amministrativa.

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale del VENETO - Venezia, Sezione 1, Sentenza 12 novembre 2021, n. 1382*

Appalti pubblici - Forniture - Procedure di affidamento - Offerte tecniche - Valutazioni della commissione di gara - Espressione di discrezionalità tecnica - Sindacato - Limiti.

Le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle Commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e, come tali, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie, ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero, ancora, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire, in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri, proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità amministrativa, quando si tratti di regole attinenti alle modalità di valutazione delle offerte.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 3, Sentenza 11 novembre 2021, n. 7528*

Appalti pubblici - Errore - Definizione - Emendatio - Mera attività correttiva della dichiarazione - Ricorrenza del soccorso istruttorio nell'ipotesi di necessario intervento dell'operatore economico - Errori contenuti nell'offerta.

Secondo la giurisprudenza, l'errore è tale se, riconosciuto o riconoscibile dalla stazione appaltante, possa essere dalla stessa emendato con una mera attività correttiva della dichiarazione, poiché in ogni altro caso emendabile solo mediante l'intervento dell'operatore economico offerente ricorre la diversa fattispecie del soccorso istruttorio, non utilizzabile, tuttavia, per porre rimedio ad errori contenuti nell'offerta senza che se ne abbia la violazione del principio di par condicio tra i concorrenti (Consiglio di Stato sez. V, sentenza 26/10/2020, n. 6462).

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale dell'ABRUZZO - Pescara, Sezione 1, Sentenza 11 novembre 2021, n. 479*

Appalti pubblici - Documento non autenticato da un pubblico ufficiale - Data certa - Presupposto - Documento presentato in sede di soccorso istruttorio - Prova della formazione in data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

Nei confronti dei terzi - stazione appaltante e altri concorrenti - un documento, non autenticato da un pubblico ufficiale, ha data certa dal giorno in cui si verifica un fatto che stabilisca, in modo certo, l'anteriorità della sua formazione rispetto a un determinato evento (art. 2704 c.c.). Pertanto, se un documento richiesto in gara a pena di esclusione, viene presentato in sede di soccorso istruttorio dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, è necessario provare che sia stato formato prima della scadenza di detto termine (circostanza che invece si presume se esso viene presentato con l'offerta).

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale dell'ABRUZZO - L'Aquila, Sezione 1, Sentenza 5 novembre 2021, n. 502*

Appalti pubblici - Disciplina di gara - Espressioni chiare e coerenti con lo scopo della procedura - Clausole di natura dubbia - Tutela dell'affidamento degli interessati.

Nella formulazione della disciplina di gara, la stazione appaltante è tenuta ad adoperare espressioni chiare e coerenti con lo scopo cui è funzionalizzata la procedura, evitando clausole di natura dubbia che

non consentano al ricorrente la formulazione di un'offerta aderente allo schema predisposto ed evitare che l'indeterminatezza delle condizioni della *lex specialis* interferisca con lo svolgimento di un ampio confronto concorrenziale precludendo o rendendo meno agevole la partecipazione delle imprese potenzialmente interessate. Pertanto nel caso di equivocità e perplessità, in ossequio ai principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, nonché per tutelare il principio del *favor participationis*, occorre privilegiare una lettura della *lex specialis* che sia idonea a tutelare l'affidamento degli interessati.

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale dell'ABRUZZO - Pescara, Sezione 1, Sentenza 2 novembre 2021, n. 435*

ATTI E PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI

Attività amministrativa - Provvedimento - Motivazione - Contestazioni - Integrazione nel corso del giudizio - Non è possibile.

La motivazione del provvedimento amministrativo non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, individuando con ciò il fondamento dell'illegittimità della motivazione postuma nella tutela del buon andamento amministrativo e nell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 3, Sentenza 30 novembre 2021, n. 7981*

CONCORSI PUBBLICI

Concorsi pubblici - Polizia di stato - Prove - Valutazioni della commissione concorsuale - Esercizio di discrezionalità tecnica - Sindacato.

Le valutazioni della Commissione concorsuale di che trattasi sono espressione di discrezionalità tecnica, di natura infungibile, e in quanto tali non possono essere sostituite o surrogate da accertamenti demandati ad altri organi diversi rispetto a quelli competenti per legge ad espletarli e secondo parametri di giudizio non previsti o non pertinenti in relazione alla disciplina di riferimento, ovvero svolti in epoca successiva. Esse pertanto sono sindacabili soltanto ove inattendibili, nonché soggette al principio

tempus regit actum, per cui eventuali risultanze di segno difforme, rese in epoca successiva, non sono idonee ad inficiare l'attendibilità del dato tecnico originariamente reso dalla Commissione all'uopo preposta.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 30 novembre 2021, n. 7979*

Università - Concorsi pubblici - Professori di prima fascia - Revoca del bando - Possibilità - Limiti.

La revoca di un bando di concorso pubblico rientra nei normali ed ampi poteri discrezionali della pubblica amministrazione che, fino a quando non sia intervenuta la nomina dei vincitori, può provvedere in tal senso (vantando i meri partecipanti una semplice aspettativa alla conclusione del procedimento) in presenza di fondati motivi di pubblico interesse che sconsigliano la prosecuzione dell'iter concorsuale rendendone evidente l'inopportunità.

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale dell'UMBRIA - Perugia, Sezione 1, Sentenza 29 novembre 2021, n. 894*

Concorsi pubblici - Valutazione dei titoli - Attribuzione del punteggio - Censurabilità - Presupposti.

L'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione valutatrice non è censurabile se non per illogicità manifesta o travisamento dei fatti: vizi che qui non risultano sussistenti.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 3, Sentenza 22 novembre 2021, n. 7807*

DEMANIO

Demanio marittimo - Concessione - Indennizzi dovuti per l'occupazione senza titolo - Controversia - Giurisdizione del giudice ordinario.

Le controversie concernenti le richieste di indennizzo per l'occupazione abusiva di un bene demaniale appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto relative a un rapporto privatistico tra l'amministrazione pubblica e il privato avente ad oggetto la proprietà del bene e non a un rapporto di tipo amministrativo, e questo anche nelle ipotesi in cui il privato abbia detenuto l'immobile in virtù di una precedente concessione ormai scaduta.

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale della TOSCANA - Firenze, Sezione 3, Sentenza 30 novembre 2021, n. 1601*

EDILIZIA E URBANISTICA

Titolo edilizio - Decadenza - Proroga - Termini - Novazione - Dpr 6 giugno 2001, n. 380, articolo 18.

La decadenza del titolo edilizio non può essere valutata, incidenter tantum, nel contesto di procedimenti che attengano ad altra materia, ma deve essere oggetto di una istruttoria ad hoc per accertare la sussistenza dei presupposti che vanno al di là della mera scadenza del triennio previsto dall'articolo 15 del Dpr n. 380/2001 ben potendo esservi delle circostanze di fatto che giustificano lo sfioramento del termine. La proroga del permesso di costruire rappresenta, per definizione, un atto accessorio al titolo abilitativo che, dilatando i confini operativi della sua efficacia temporale, realizza, di fatto, una vera e propria novazione del termine nell'ambito di un provvedimento ancora efficace, e ciò costituisce l'esito di un nuovo e diverso iter procedimentale di contemperamento e ponderazione degli interessi in gioco: il rilascio dell'atto di proroga del permesso di costruire ha comunque una connotazione discrezionale di cui il Comune è riservatario esclusivo.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 29 novembre 2021, n. 7948*

Titolo edilizio - Terzi frontisti e vicini - Obblighi di comunicazione - Avvio del procedimento - Soggetti interessati a partecipare al procedimento di rilascio del permesso di costruire in variante - Individuazione - Legge 7 agosto 1990 n. 241, articolo 7.

Quale regola generale i Comuni non sono tenuti a comunicare ai proprietari frontisti ed ai vicini l'avvio del procedimento (articolo 7 Legge n. 241/1990) volto al rilascio del titolo edilizio, dal momento che gli interessi coinvolti dal provvedimento con cui si consente la trasformazione edilizia del territorio sono di tale varietà ed ampiezza da rendere difficilmente individuabili tutti i soggetti che dall'adozione dell'atto potrebbero ricevere nocimento. Al contempo, la pendenza di un giudizio tra le parti, di cui la Pa sia a conoscenza avendo ad oggetto la materia dell'edilizia, consente ed impone alla Pa di individuare agevolmente quei terzi quali soggetti interessati a partecipare al

procedimento di rilascio del permesso di costruire in variante; il tutto fermo restando che il titolo abilitativo è comunque rilasciato facendo salvi i diritti dei terzi.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 17 novembre 2021, n. 7662*

Interventi edilizi - Abusi - Lottizzazione abusiva - Illecito urbanistico-edilizio - Trasferibilità propter rem.

La lottizzazione abusiva costituisce illecito urbanistico-edilizio soggettivamente trasferibile propter rem e, pertanto, sanzionabile in capo a tutti coloro che siano divenuti titolari dei terreni abusivamente lottizzati e, a fortiori, che abbiano goduto di costruzioni eseguite sine titolo su tali terreni, concorrendo, per tal via, attivamente alla prosecuzione della fattispecie illecita.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 10 novembre 2021, n. 7464*

Diritto urbanistico - Edilizia - Diritto dell'energia - D.m. 10 settembre 2010, Allegato 1, Par. 17 - Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili - Individuazione regionale dei siti non idonei - Funzione ed effetti del piano.

L'individuazione regionale di siti non idonei agli impianti, sulla base della previsione dell'art. 17 d.m. 10 settembre 2010 non ha l'effetto di determinare, in via automatica e presuntiva, la compatibilità urbanistica dell'intervento da realizzare nei siti esclusi dal piano regionale. La funzione del sopra indicato piano regionale, infatti, non è quella di predeterminare l'idoneità, sul piano generale e a prescindere dalla compatibilità urbanistico-edilizia, di tutti i siti non esclusi, ma è quella, più limitata, di offrire agli operatori un quadro certo e chiaro di riferimento e orientamento per la localizzazione dei progetti.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 3 novembre 2021, n. 7357*

ENERGIA

Autorizzazione Unica - Impianti rinnovabili - Integrazione istruttoria - Completamento progettuale - Opere connesse - Punti di connessione - Soluzione di allaccio - Progetto definitivo.

Ai sensi dell'articolo 12 del Dlgs. 29 dicembre 2003, n. 387, per la promozione dell'energia elettrica pro-

dotta da fonti rinnovabili, costituiscono oggetto di Autorizzazione Unica non solo la costruzione e l'esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, ma anche le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi, senza le quali difetterebbero delle coordinate essenziali di praticabilità ed essendo, per legge, qualificate di pubblica utilità, indifferibili e urgenti. Pertanto, la definizione del punto di connessione e della soluzione di allaccio alla rete elettrica, prescritte dalla normativa regionale di settore, non costituiscono un illegittimo aggravio del procedimento di autorizzazione, in quanto non rappresentano un elemento estrinseco al progetto, ma una componente sostanziale della soluzione progettuale dell'impianto per cui l'autorizzazione viene richiesta, rappresentando la previsione per cui la domanda debba essere corredata dal progetto definitivo «comprensivo di tutti gli schemi utili alla definizione della connessione dell'impianto alla rete elettrica» un onere già immanente nel sistema, con funzione meramente ricognitiva.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 17 novembre 2021, n. 7680*

FORZE ARMATE

Polizia penitenziaria - Sede di servizio - Trasferimento d'autorità - Ragioni di incompatibilità ambientale - Motivazione.

I trasferimenti d'autorità per ragioni di incompatibilità ambientale non abbisognano nemmeno di una particolare motivazione, atteso che l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio è prevalente sugli altri eventuali interessi del subordinato, ciò anche al fine di evitare l'esternazione di situazioni di particolare delicatezza, sulle quali è comunque opportuno mantenere il massimo riserbo nell'interesse dell'Arma e dello stesso militare.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 22 novembre 2021, n. 7825*

IMMIGRAZIONE

Stranieri - Accesso al lavoro - Emersione lavoro irregolare - Presupposti per l'accoglimento - Dichiarazioni rilasciate dal datore di lavoro agli ufficiali di polizia giudiziaria - Natura.

In merito all'accoglimento o meno dell'istanza di emersione dal lavoro irregolare, di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 109/2012, le dichiarazioni rilasciate dal datore di lavoro agli ufficiali di polizia giudiziaria, ancorché non rese nella forma dell'interrogatorio, sono assistite da una fede privilegiata ed hanno una valenza probatoria particolarmente forte, atteso che le stesse per l'immediatezza della forma orale e per l'autorevolezza del destinatario qualificato, assicurano una genuinità ben maggiore di eventuali successive dichiarazioni di parte, scritte a freddo e in funzione eventualmente difensiva, anche in sede procedimentale o in prospettiva di un eventuale contenzioso.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 24 novembre 2021, n. 7879*

MISURE DI PREVENZIONE

Informativa antimafia - Fattispecie di pericolo - Valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia - Prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza - Principio del più probabile che non - Dlgs. 6 settembre 2011, n. 159, articolo 84.

L'informazione antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento della responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non", il pericolo di infiltrazione mafiosa. A tal fine l'articolo 84, comma III, del Dlgs n. 159 del 2011 ha riconosciuto quale elemento fondante l'informazione antimafia la sussistenza di "eventuali tentativi" di infiltrazione mafiosa "tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate" così delineando una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 3, Sentenza 25 novembre 2021, n. 7890*

PROCESSO AMMINISTRATIVO

Processo amministrativo - Esecuzione di giudicato - Ottemperanza - Potere interpretativo - Estensione.

Il potere interpretativo, per consolidata giurisprudenza, deve esercitarsi, peraltro, solo sugli elementi interni del giudicato stesso e non su questioni, domande o vicende esterne al giudicato, la cui valutazione spetta alla cognizione del giudice munito di giurisdizione.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 3, Sentenza 16 novembre 2021, n. 7642*

PUBBLICO IMPIEGO

Infermità - Causa di servizio - Riconoscimento - Parere del C.V.C.S. - Sindacato giurisdizionale - Limiti.

Il sindacato giurisdizionale sulle decisioni dell'amministrazione che recepiscono il parere del C.V.C.S. sulla dipendenza di un'infermità da causa di servizio è ammesso esclusivamente nelle ipotesi di vizi logici desumibili dalla motivazione degli atti impugnati, dai quali si evidenzia l'inattendibilità metodologica delle conclusioni cui essa è pervenuta, ovvero nelle ipotesi di irragionevolezza manifesta, palese travisamento dei fatti, omessa considerazione di circostanze di fatto, tali da poter incidere sulla valutazione finale, nonché di non correttezza dei criteri tecnici e del procedimento seguito.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 22 novembre 2021, n. 7811*

Pubblico impiego - Sede di servizio - Trasferimento per motivi di assistenza familiare - Riconoscimento - Presupposti - Diniego - Contestazioni.

Nell'ambito dei rapporti di lavoro pubblico non privatizzati è stato affermato che l'art. 33, comma 5, cit. implica un complessivo bilanciamento fra l'interesse del privato e gli interessi pubblici, nell'esercizio del potere discrezionale da parte della P.A., cosicché la pretesa del lavoratore può essere accolta solo se sia compatibile con le specifiche esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro: deve, dunque, sussistere la disponibilità del posto in ruolo nella dotazione di organico della sede di destinazione. Inoltre, il trasferimento per motivi di assistenza familiare può essere limitato in presenza di eventuali impedimenti

organizzativi, atti a giustificare il diniego opposto dalla struttura di provenienza o di destinazione.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 2, Sentenza 8 novembre 2021, n. 7401*

Infermità - Causa di servizio - Procedimento - Parere formulato dal Comitato di Verifica per le cause di servizio - Esercizio di discrezionalità tecnica.

Il parere formulato dal Comitato di Verifica per le cause di servizio è espressione di discrezionalità tecnica, che si sostanzia in una valutazione dei fatti alla stregua di canoni scientifici e tecnici. Pertanto il sindacato giurisdizionale è ammesso esclusivamente nelle ipotesi di vizi logici desumibili dalla motivazione degli atti impugnati, dai quali si evidenzia la inattendibilità metodologica delle conclusioni cui è pervenuta l'Amministrazione, ovvero nelle ipotesi di irragionevolezza manifesta, palese travisamento dei fatti, omessa considerazione di circostanze di fatto, tali da poter incidere sulla valutazione finale, nonché di non correttezza dei criteri tecnici e del procedimento seguito.

¶ *Tribunale Amministrativo Regionale del VENETO - Venezia, Sezione 1, Sentenza 2 novembre 2021, n. 1318*

SANITÀ

Servizio sanitario nazionale - Accreditamento - Erogazione di prestazioni sanitarie e sociosanitarie da parte dei privati - Condizioni - Individuazione.

Ai sensi degli artt. 8-bis, 8-quater e 8-quinquies, d.lgs. n. 502 del 1992, ai privati è consentito di erogare prestazioni sanitarie e sociosanitarie rientranti nel servizio pubblico alla duplice condizione del possesso dell'autorizzazione sanitaria, rilasciata previo accertamento dell'esistenza di requisiti di carattere organizzativo, igienico e tecnico-sanitario, e dell'inserimento del soggetto privato nel servizio sanitario, in regime di concorrenza amministrata con le strutture pubbliche, mediante accreditamento; quest'ultimo è il presupposto di un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche, mediante il quale l'offerta di prestazioni sanitarie da parte della struttura privata viene inserita nell'ambito della programmazione sanitaria pubblica, previa fissazione di tariffe remunerative e delimitazione del tetto massimo di spesa; non è pertanto consentito erogare prestazioni sanita-

rie rientranti nel pubblico servizio da parte di soggetti privati se non da parte di soggetti in possesso di un accreditamento.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 3, Sentenza 16 novembre 2021, n. 7654*

Servizio sanitario nazionale - Accredimento - Prestazioni sanitarie - Offerta - Articolazione - Disciplina - Dlgs n. 502/1992 - Applicazione.

Secondo il D.lgs. n. 502/1992, l'offerta delle prestazioni sanitarie è articolata in tre momenti distinti: a) l'autorizzazione (art. 8 ter), necessaria per realizzare strutture sanitarie e per l'esercizio delle relative atti-

vità; b) l'accredimento istituzionale (art. 8 quater), necessario per operare per conto del Servizio Sanitario Regionale, subordinatamente alla rispondenza della struttura ai requisiti ulteriori di qualificazione e in relazione alla funzionalità delle strutture rispetto agli indirizzi della programmazione sanitaria regionale; c) la stipulazione di accordi contrattuali con le Aziende Sanitarie Locali (art. 8-quinquies) con indicazione, tra l'altro, del volume massimo di prestazioni che le strutture sanitarie si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza.

¶ *Consiglio di Stato, Sezione 3, Sentenza 11 novembre 2021, n. 7534*



MANUALE

PROPRIETÀ INTELLETTUALE, DIRITTO INDUSTRIALE E INFORMATION TECHNOLOGY

di A. Sirotti Gaudenzi

Il volume permette di affrontare le tematiche più attuali legate ai rapporti tra proprietà intellettuale e industriale e il mondo delle nuove tecnologie.

Vengono illustrate le questioni legate alle grandi aree di interesse: i diritti d'autore, i segni distintivi e i brevetti per invenzioni e modelli. Inoltre vi sono approfondimenti legati agli aspetti operativi che consentono di affrontare le questioni pratiche connesse alla tutela dei diritti di privativa. In particolare, viene affrontato il problema relativo ai criteri per quantificare il danno da contraffazione, grazie all'analisi dei recenti interventi della Cassazione.

Infine vengono analizzate le novità legate ai D.LGS. n. 177/2021 e n. 181/2021 con cui è stata data attuazione alle direttive 2019/790 e 2019/789.

ACQUISTA
SUBITO
IL VOLUME



ON LINE



NELLE LIBRERIE
PROFESSIONALI

Pagg. **540**
€ **48,00**

www.shopping24.it Link diretto al prodotto:
offerte.ilsole24ore.com/proprietaintellettuale

SERVIZIO CLIENTI LIBRI - tel. 02/30.300.600 - servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com

GRUPPO **24ORE**



MANUALE

CONTRATTI D'IMPRESA

di A. De Nicola

L'opera collettanea raccoglie i contributi di un gruppo di Autori, appartenenti prevalentemente allo studio legale internazionale Orrick, sulle tipologie di contratti più ricorrenti nell'attività di impresa. Ciascun contributo descrive la disciplina fondamentale degli istituti analizzati, utilizzando casi pratici ed evidenziando problematiche concrete, alla luce della giurisprudenza più aggiornata, della miglior prassi e dell'esperienza maturata sul campo. L'opera si caratterizza per la presenza di numerosi spunti redazionali e modelli di clausole contrattuali. Nella parte conclusiva sono formulate alcune riflessioni sui principali impatti sulla contrattualistica d'impresa connessi alle novità normative finalizzate a risolvere e contenere gli effetti negativi derivanti dall'emergenza da "Covid-19".

La nuova edizione arricchita con una sezione dedicata agli accordi di collaborazione tra imprese e due nuovi capitoli relativi alla mediazione e all'outsourcing del sistema informativo.

ACQUISTA
SUBITO
IL VOLUME



ON LINE



NELLE LIBRERIE
PROFESSIONALI

Pagg. **604**
€ **55,00**

www.shopping24.it Link diretto al prodotto:
offerte.ilsole24ore.com/contrattiimpresa

SERVIZIO CLIENTI - tel. 02/30.300.600 - servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com

GRUPPO **24ORE**