

Mag/2018



CAMMINO DIRITTO

Articoli Divulgativi

ISSN 2421-7123
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE DIVULGATIVO -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessandra INCHINGOLO, Angela CUOFANO, Francesco ORABONA, G DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Luigi KALB, Marco NIGRO, Saverio SEI LUCIA

Comitato dei Revisori: Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Ilaria MOLA, Ilaria TACCC VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA, Salvatore AR

Redazione: Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA, Salvatore AROMANDO

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CUI SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista: **Cammino Diritto**

ISSN: 2532-9871

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)

Editore: CAMMINO DIRITTO di Arianna Rotella

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it/index.asp>

Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it

Recapito telefonico: 02 87188451

Indice dei contenuti

1 - GDPR: IL GARANTE PRIVACY CONFERMA L'IMMEDIATA APPLICAZIONE DELLE SANZIONI PARTIRE DAL 25 MAGGIO

autore: **Lucio Orlando**, pubblicazione mercoledì 2 maggio 2018

2 - CANAPA LIGHT: LA NORMATIVA E GLI ASPETTI GIURIDICI PROBLEMATICI

autore: **Lucio Orlando**, pubblicazione venerdì 4 maggio 2018

3 - LA NOTIFICAZIONE A MEZZO PEC A PERSONE GIURIDICHE DI ATTI DI CONTESTAZIONE I ALL'ART. 7 DEL D. LGS. N. 322-89

autore: **Francesco Orabona**, pubblicazione lunedì 7 maggio 2018

4 - LICENZIAMENTO DISCIPLINARE: PER LE SEZIONI UNITE AL RITARDO NELLA CONTESTAZIONE APPLICA LA TUTELA INDENNITARIA FORTE

autore: **Carlo Giaquinta**, pubblicazione giovedì 10 maggio 2018

5 - IL PROCESSO AMMINISTRATIVO TELEMATICO

autore: **Ilaria Valentino**, pubblicazione sabato 12 maggio 2018

6 - LA PARTECIPAZIONE PUBBLICA NELL'IN HOUSE PROVIDING

autore: **Elena Dall'olio**, pubblicazione lunedì 14 maggio 2018

7 - LA MOTIVAZIONE DELLA VALUTAZIONE PARZIALE NELLA GRIGLIA DI ATTRIBUZIONE I PUNTEGGI NELLE PROCEDURE CONCORSUALI

autore: **Francesco Orabona**, pubblicazione martedì 15 maggio 2018

8 - CLAUSOLE CLAIMS MADE: AUTONOMIA CONTRATTUALE E PROFILI DI MERITEVOLEZZA SUGUARDO DOPO L'ORDINANZA DI RIMESSIONE.

autore: **Floriana Curcio**, pubblicazione mercoledì 16 maggio 2018

9 - IL DANNO DA LESIONE ALLA REPUTAZIONE È DANNO-CONSEGUENZA: DEVE ESSERE AL SPECIFICAMENTE PROVATO

autore: **Laura Martinelli**, pubblicazione giovedì 17 maggio 2018

10 - IL RISARCIMENTO DEL DANNO CAUSATO AD UNA ATTIVITÀ ECONOMICA DAL RITARDO PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

autore: **Elena Dall'olio**, pubblicazione venerdì 18 maggio 2018

11 - L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO CHIARISCE LA PORTATA DELL'ART. 131 BIS DEL CODICE ANTIMAFIA.

autore: **Daniele Scaramuzzino**, pubblicazione domenica 20 maggio 2018

12 - APPALTI: I CRITERI DI VALUTAZIONE SOGGETTIVI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

autore: **Semiramide Pace**, pubblicazione lunedì 21 maggio 2018

13 - COMMITTE FALSO CHI OCCULTA CON IL NASTRO ADESIVO UNA LETTERA DELLA TAR DELL'AUTO

autore: **Barbara Druda**, pubblicazione mercoledì 23 maggio 2018

14 - ACTIO FINIUM REGUNDORUM DELL'ART. 131 BIS DEL CODICE PENALE

autore: **Crescenzo Granata**, pubblicazione venerdì 25 maggio 2018

15 - NESSUNA PROROGA AI POTERI DELL'AMMINISTRATORE IN CASO VOLONTÀ CONTRARIA CONDANNI

autore: **Nicola Glorioso**, pubblicazione sabato 26 maggio 2018

16 - LA RESPONSABILITÀ PER DANNO CAGIONATO DA ANIMALI

autore: **Simona Rossi**, pubblicazione lunedì 28 maggio 2018

Rivista Cammino Diritto ISSN 2421-7123

GDPR: IL GARANTE PRIVACY CONFERMA L'IMMEDIATA APPLICAZIONE DELLE SANZIONI A PARTIRE DAL 25 MAGGIO

Ecco il testo del comunicato che conferma la data di entrata in vigore del sistema sanzionatorio

Lucio Orlando - Pubblicazione, mercoledì 2 maggio 2018
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Con un comunicato stampa sintetico e laconico, il Garante per la protezione dei dati ha smentito le notizie che circolavano su siti Internet e sui social network secondo le quali sarebbe stato previsto un differimento, da parte dello stesso Garante, dello svolgimento delle funzioni ispettive sanzionatorie connesse all'entrata in vigore del Regolamento UE/2016/679 (GDPR), fissata per maggio 2018.

Riportiamo di seguito il testo del comunicato Stampa emesso in data 19 Aprile 2018 dal Garante protezione dei dati personali: *"Con riferimento a notizie circolanti in Internet è necessario precisare che non è vero che il Garante per la protezione dei dati si sia pronunciato sul differimento dello svolgimento delle funzioni ispettive e sanzionatorie né il provvedimento richiamato nei siti attinenti a tale materia. Nessun provvedimento del Garante, peraltro, potrebbe incidere sulla data di entrata in vigore del Regolamento europeo fissata al 25 maggio 2018".*

CANAPA LIGHT: LA NORMATIVA E GLI ASPETTI GIURIDICI PROBLEMATICI

L'analisi normativa della Legge sulla Canapa del 2 dicembre 2016, n. 242, pubblicata sulla GU n. 304 del 30-12-2016 e l'analisi delle criticità.

Lucio Orlando - Pubblicazione, venerdì 4 maggio 2018
Redattore: **Giovanni Sicignano**

La normativa italiana sulla canapa ha avuto riconoscimento giuridico nel nostro ordinamento con l'approvazione della Legge del 2 dicembre 2016, n. 242, pubblicata sulla GU n.304 del 30-12-2016, che principalmente ha reso legale la coltivazione di Canapa c.d. "light", ossia quella avente un tenore di THC presente nelle piante inferiore allo 0,2%, rientrante nelle varietà di canapa ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, le quali non rientrano nell'ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Ha tra l'altro creato anche un "cuscinetto" di esenzione di responsabilità per l'agricoltore nel caso in cui i risultati ad un controllo rivelino un tenore di THC presente nelle piante di canapa superiore a 0,2% ma inferiore a 0,6%.

La suddetta normativa ha come finalità, secondo quanto disposto dall'art. 1 della Legge n. 242 del 2 dicembre 2016, il sostegno e la promozione della coltivazione e della filiera della canapa (*Cannabis sativa* L.), in grado di contribuire alla riduzione dell'impatto ambientale in agricoltura, alla riduzione del consumo dei suoli e della desertificazione e alla perdita di biodiversità, nonché come coltura da impiegare quale possibile sostituto di colture eccedentarie e come coltura da rotazione. Il sostegno e la promozione riguardano la coltura della canapa finalizzata: a) alla coltivazione e alla trasformazione e all'incorporazione nell'alimentazione umana e animale; b) alla coltivazione e alla trasformazione e all'incorporazione nell'industria di prodotti a base di fibre di canapa; c) allo sviluppo di filiere territoriali integrate che valorizzino i risultati della ricerca e perseguano l'integrazione locale e la reale sostenibilità economica e ambientale; d) alla produzione di alimenti, cosmetici, materie prime biodegradabili e semilavorati innovativi per le industrie di diversi settori; e) alla realizzazione di opere di bioingegneria, bonifica dei terreni, attività didattiche e di ricerca.

Una delle più grandi novità è che la coltivazione delle varietà di canapa light è consentita senza necessità di preventiva autorizzazione e senza necessità di comunicazione ad alcuna autorità pubblica.

per la produzione dei seguenti prodotti, come elencati dall'art. 2 della Legge n. 242/16: a) alimenti cosmetici prodotti esclusivamente nel rispetto delle discipline dei rispettivi settori; b) semilavorati quali fibra, canapulo, polveri, cippato, oli o carburanti, per forniture alle industrie e alle attività artigianali di diversi settori, compreso quello energetico; c) materiale destinato alla pratica sportiva; d) materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o prodotti utili per la bioedilizia; e) materiale finalizzato alla fitodepurazione per la bonifica di siti inquinati; f) coltivazioni dedicate ad attività didattiche e dimostrative nonché di ricerca da parte di istituti pubblici o privati; g) coltivazioni destinate al florovivaismo. L'uso della canapa come biomassa ai fini energetici è consentito esclusivamente per l'autoproduzione energetica aziendale. L'unico obbligo del coltivatore è relativo alla conservazione dei cartellini della semente acquistata per un periodo non inferiore a dodici mesi e alla conservazione delle fatture di acquisto della semente per il periodo previsto dalla normativa vigente.

Circa il sistema dei controlli e sanzionatorio l'art. 4 della Legge n. 242/16 prevede che il Corpo forestale dello Stato sia autorizzato a effettuare i necessari controlli, compresi i prelievi e le analisi di laboratorio, sulle coltivazioni di canapa. Viene fatto salvo però ogni altro tipo di controllo effettuato da parte degli organi di polizia giudiziaria eseguito su segnalazione e nel corso dello svolgimento delle attività giudiziarie. Qualora gli addetti ai controlli reputino necessario effettuare i campionamenti e i prelievi della coltura, sono tenuti a eseguirli in presenza del coltivatore e a rilasciare un campione prelevato in contraddittorio all'agricoltore stesso per eventuali controverifiche. Qualora all'esito del controllo il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulti superiore allo 0,2 per cento, entro il limite dello 0,6 per cento, nessuna responsabilità è posta a carico dell'agricoltore e deve essere rispettato le prescrizioni di cui alla presente legge. Gli esami per il controllo del contenuto di THC delle coltivazioni devono sempre riferirsi a medie tra campioni di piante, prelevati, conservati, preparati e analizzati secondo il metodo prescritto dalla vigente normativa dell'Unione europea nazionale di recepimento. Il sequestro o la distruzione delle coltivazioni di canapa impiantate in violazione delle disposizioni stabilite dalla presente legge possono essere disposti dall'autorità giudiziaria solo qualora, a seguito di un accertamento, risulti che il contenuto di THC nella coltivazione sia superiore allo 0,6 per cento. In tal caso è esclusa la responsabilità dell'agricoltore, che abbia rispettato l'obbligo di conservazione dei cartellini e delle fatture della semente.

Per quanto riguarda la possibilità di riproduzione della sementi, l'art. 7 della Legge n. 242/16 prevede che gli enti di ricerca pubblici, le università, le agenzie regionali per lo sviluppo e l'innovazione, stipulando protocolli o convenzioni con le associazioni culturali e i consorzi dedicati specificamente alla canapicoltura, possano riprodurre per un anno la semente acquistata certificata nel precedente, utilizzandola per la realizzazione di piccole produzioni di carattere dimostrativo sperimentale o culturale, previa comunicazione al Ministero delle politiche agricole alimentari

forestali.

Dopo aver analizzato la legge n. 242/16, ci sovvieni andare ad affrontare alcune delle criticità prassi ha messo in evidenza.

Circa il livello di THC, secondo l'interpretazione dello scrivente, il limite dello 0,6% è un limite riguarda la coltivazione in campo, una tutela per quanto riguarda l'agricoltore. La legge dice che la canapa industriale è quella delle varietà certificate che sviluppano al massimo lo 0,2% di THC; la legge dice che laddove il limite dello 0,2% venga sfiorato, non c'è nessuna conseguenza per l'agricoltore anche perché, come è noto, le varietà che per due anni sfiorano i limiti di THC vengono cancellate dal registro della varietà ammesse. La famosa questione dello 0,6% va considerata una soglia di sequestrabilità perché la legge dice che se supera lo 0,2% non ci sono conseguenze per l'agricoltore e non si può nemmeno procedere al sequestro, mentre se supera lo 0,6% è possibile il sequestro su ordine dell'autorità giudiziaria, sempre senza conseguenze per l'agricoltore, tranne un danno economico.

Circa la commercializzazione ed utilizzazione delle infiorescenze, la normativa ha lasciato un margine legislativo. Le infiorescenze tecnicamente avrebbero una destinazione ad uso tecnico e per questi prodotti, come per quelli da collezione, la destinazione non dovrebbe essere quella dell'assunzione o dell'ingerimento. Quello tecnico è un utilizzo ammissibile grazie al disposto degli articoli 1 e 2 della legge che incentivano la filiera e l'utilizzo di tutta la pianta. Ecco perché in questo caso, secondo l'interpretazione dello scrivente, una volta che il fiore viene proposto ad uso tecnico e derivato da coltivazioni certificate, si può ritenere ammissibile.

Circa la possibilità di far rientrare la pianta di canapa tra quelle destinate al florovivaismo, si può affermare che, nel rispetto delle normative di settore, la canapa è parificata di fatto alle altre piante. Sul florovivaismo, attenendosi al dettato normativo, l'articolo 2 stabilisce chiaramente che è lecita la coltivazione di canapa per questa destinazione. Quando si parla di florovivaismo si intende un'attività professionale di produzione e commercializzazione di fiori recisi e di piante in un contesto di vivaio. Altra cosa importante è che già la Convenzione di New York del 1961, ratificata poi nel 1968, escludeva dalle sostanze stupefacenti la canapa ad uso industriale di fibra seme od orticoltura. Cioè fare ortoflorovivaismo significa che per la canapa, come per qualunque altra pianta, poter svolgere tutte le attività del settore come piante ornamentali, fiori recisi; è chiaro che si debba a questo punto rispettare la normativa di settore ed avere quindi il patentino fitosanitario che serve per chi svolge esercizi commerciali o a privati. Discorso un po' diverso vale per le talee; da un lato gli obblighi per il coltivatore sono quelli di conservare la fattura ed il cartellino delle sementi, quindi, in primis, il coltivatore parla di originale. Quello che conta è che venga conservato un cartellino e la ratio della norma

favore della tracciabilità. Teoricamente potrebbe essere ipotizzabile dire che può essere utilizzata copia. La certezza non ci può essere perché si parla sempre di semina: per quanto riguarda la commercializzazione e produzione del prodotto ottenuto dalle talee o per florovivaismo, non è un problema, per quanto riguarda la possibilità d'impianto, potrebbero sorgere perplessità perché la legge parla di semina e l'impianto da una parte non è semina, ma dall'altra è un'attività florovivaistica.

LA NOTIFICAZIONE A MEZZO PEC A PERSONE GIURIDICHE DI ATTI DI CONTESTAZIONE DI CUI ALL'ART. 7 DEL D. LGS. N. 322-89

L'Amministrazione - al fine di non incorrere in eventuali vizi di notifica degli atti di contestazione delle violazioni nei confronti di soggetti privati (imprese e soci) - allo stato attuale continua ad avvalersi delle forme ordinarie di notificazione.

Francesco Orabona - Pubblicazione, lunedì 7 maggio 2018
Redattore: Emmanuel Luciano

Sommario: 1. Introduzione; 2. Brevi cenni sul procedimento sanzionatorio di cui al D.Lgs. n. 322/1989; quadro normativo sul procedimento notificatorio delle violazioni; 4. In particolare la notificazione a persone giuridiche; 5. Digitalizzazione delle notifiche; 6. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Con i riferimenti normativi e giurisprudenziali contenuti nel presente contributo, si tenta di focalizzare principalmente l'attenzione sulla questione se l'Amministrazione, in tema di procedimenti sanzionatorio attivato nei confronti delle persone giuridiche che abbiano omesso di osservare l'obbligo previsto dall'art. 7 del D. Lgs. n. 322/89, possa utilizzare, oltre agli altri mezzi previsti dalla legge in materia, lo strumento della posta elettronica certificata per la notifica alle stesse persone degli atti di contestazione della violazione di tale obbligo.

2. Brevi cenni sul procedimento sanzionatorio di cui al D.Lgs. n. 322/1989.

Il D. Lgs. n. 322/1989 prevede l'obbligo per tutte le Amministrazioni, enti e organismi pubblici e soggetti privati di fornire tutti i dati che vengano loro richiesti per le rilevazioni previste dal Programma statistico nazionale. I soggetti che non forniscono i dati e le informazioni richieste o li forniscono scientemente errati o incompleti, sono tenuti al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria che viene applicata secondo il procedimento di cui alla L. n. 689/81 (art. 14 del D.Lgs. n. 322/1989). Infatti, l'accertamento delle violazioni, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, viene effettuato dagli Uffici di statistica appartenenti al Sistema statistico nazionale (SISTAN) che siano venuti a conoscenza della violazione. L'Ufficio di statistica competente provvede alla redazione di motivato rapporto in ordine alla violazione e, previa contestazione addebitata agli interessati, lo trasmette all'Amministrazione che, ai sensi dell'art. 14 della L. n. 689/81, procede alla notifica dell'atto di contestazione al trasgressore entro il termine di novanta

(decorrente dall'accertamento). Il trasgressore può definire la violazione con il pagamento in r
ridotta, ai sensi dell'art. 16 della L. n. 689/81, da effettuarsi entro il termine di sessanta giorni
notificazione della contestazione oppure può proporre al Prefetto competente per territorio, e
termine di trenta giorni di cui all'art. 18 della citata Legge, scritti difensivi unitamente ai docu
inerenti le violazioni contestate e può, eventualmente chiedere l'audizione personale.

Il Prefetto, esaminati gli scritti difensivi ed i documenti inviati, può adottare, entro il term
prescrizione quinquennale, nei confronti dell'autore della violazione ordinanza-ingiunzio
pagamento delle somme dovute se ritiene fondato l'accertamento oppure ordinanza di archivia
degli atti se ritiene fondate le argomentazioni dell'interessato.

Il soggetto ingiunto è tenuto al pagamento della sanzione irrogata con l'ordinanza entro il term
trenta giorni dalla notificazione della stessa.

L'ordinanza-ingiunzione costituisce titolo esecutivo ed è impugnabile dinanzi al Giudice di
competente per territorio entro il termine di trenta giorni dalla notifica della stessa.

3. Il quadro normativo sul procedimento notificatorio delle violazioni.

La legge 24-11-1981 n. 689, in tema di accertamento delle sanzioni amministrative, all'ar
prevede l'ipotesi di contestazione immediata della violazione nei confronti del trasgressore e
persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa (c
1) ed il caso della notifica degli estremi della violazione ai soggetti interessati, ove quest'ultim
sia stata immediatamente contestata, che deve avvenire entro il termine di novanta
dall'accertamento (comma 2).

La notificazione degli estremi della violazione è disciplinata dalle disposizioni delle leggi vig
può essere effettuata anche da un funzionario dell'Amministrazione che l'ha accertata con le mc
previste dal codice di procedura civile (art. 14, comma 4, L. 689/81).

Tale ultima modalità di notifica non costituisce l'unica possibile qualora il procedimento notific
sia attivato dal funzionario, il quale ha la scelta fra vari mezzi previsti senza essere vincolato a
del codice di rito.

Infatti, quando l'Amministrazione, alla quale appartiene il funzionario o l'agente che ha accert
violazione, si avvale del servizio postale per la notificazione dei relativi estremi è tenuta ad oss
le norme sulla notificazione degli atti giudiziari a mezzo posta di cui alla legge 20 novembre 19
890.

La notificazione può essere eseguita anche con la consegna dell'atto nelle mani propri destinatario. Nell'ipotesi in cui la notificazione dell'atto non può essere eseguita in mani propri osservano le modalità previste dall'articolo 137, terzo comma, c.p.c. (art. 14 comma 4, ultimo pe L. 689/81) secondo il quale se l'atto da notificare è costituito da un documento informatic destinatario non possiede l'indirizzo di posta elettronica certificata, la notificazione si esegue me consegna di una copia dell'atto su supporto cartaceo con attestazione sulla stessa di confc all'originale.

4. In particolare la notificazione a persone giuridiche.

Nel caso di notifica da eseguirsi nei confronti di persone giuridiche, vige il principio di solidari autore della violazione (legale rappresentante della persona giuridica) e la persona giuridica mede

Infatti, se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridic un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle p funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligata in solido con l' della violazione al pagamento della somma da questo dovuta. (art. 6, comma 3, L. 689/81 consegue che la notificazione della contestazione della violazione, ai fini della validità contestazione stessa, deve essere eseguita, ai sensi dell'art. 14 della L. n. 689 del 1981, non so confronti della persona fisica, quale responsabile della trasgressione, ma anche nei confronti persona giuridica o dell'ente privo di personalità giuridica.

In merito alle modalità di notificazione del verbale di accertamento, si applica la disciplina all'art. 145 c.p.c. in virtù di quanto disposto dall'art. 14, comma 4 L. 689/81.

In particolare l'art. 145 c.p.c. si riferisce alla notificazione alle persone giuridiche, alle societ aventi personalità giuridica, alle associazioni non riconosciute e ai comitati di cui agli articoli seguenti del codice civile.

Secondo la disciplina processuale la notifica della contestazione alle persone giuridiche si eseg via alternativa, nella loro sede, mediante consegna di copia dell'atto al rappresentante o alla pe incaricata di ricevere le notificazioni o in mancanza, ad altra persona addetta alla sede stessa ovv portiere dello stabile in cui è la sede.

E' anche possibile eseguire la notificazione a norma degli articoli 138, 139 e 141, alla persona che rappresenta l'ente qualora nell'atto da notificare ne sia indicata la qualità e risultino spec residenza, domicilio e dimora abituale.

Trovano applicazione gli artt. 140 e 143 c.p.c. qualora sia stato impossibile notificare l'atto alla società per assenza del legale rappresentante o di una persona incaricata al ritiro degli atti e successivo rifiuto di ricevere l'atto delle persone (dipendenti) rinvenute nella sede, nonché l'assenza del portiere dello stabile ove la società ha sede.

La notificazione alle società non aventi personalità giuridica, alle associazioni non riconosciute e ai comitati di cui agli articoli 36 codice civile e seguenti viene eseguita nella sede indicata nell'art. 19 secondo comma del medesimo codice di rito, ovvero alla persona fisica che rappresenta qualora nell'atto da notificare ne sia indicata la qualità e risultino specificati residenza, domicilio e dimora abituale.

E', altresì, consentita -e ritenuta valida- la notifica dell'atto, nei modi di cui all'art. 149 c.p.c. presso le persone giuridiche presso la sede a mezzo del servizio postale non sussistendo alcuna norma o regolamento al riguardo, purché avvenga mediante consegna a persone abilitate a ricevere il piego. In assenza di tali persone, deve escludersi la possibilità del deposito dell'atto e dei conseguenti avvisi presso l'ufficio postale; in tale situazione l'art. 145 c.p.c., infatti, non consente la notifica alle società con le modalità previste dagli artt. 140 e 143 c.p.c., e, quindi, con gli avvisi di deposito di cui all'art. 8 della legge n. 890 del 1982, che costituiscono modalità equivalenti alla notificazione ex art. 140 c.p.c., essendo questa riservata esclusivamente al legale rappresentante.

L'Amministrazione, ai sensi dell'art. 11 del D. Lgs. n. 322/89, provvede ad attivare il procedimento sanzionatorio a seguito di violazione dell'obbligo da parte dei soggetti privati, ivi comprese le persone giuridiche con o senza personalità giuridica, di fornire i dati e le notizie richiesti in occasione di indagini e rilevazioni statistiche previste dal PSN (art. 7 D. Lgs. n. 322/89). Il procedimento segue le regole di cui agli artt. 13 e ss. della L. n. 689/81.

Considerato l'elevato numero di atti da notificare alle imprese in occasione di indagini statali complesse, l'Ufficio competente dell'Amministrazione, in applicazione della normativa vigente, provvede di solito alle notifiche delle contestazioni a mezzo servizio postale (raccomandata con ricevuta di ricevimento) al rappresentante legale dell'impresa (ditta individuale o società) cui viene indirizzato l'atto.

5. Digitalizzazione delle notifiche.

Con l'entrata in vigore dell'art. 4, D.L. 29.12.2009, n. 193, conv. in L. 22.2.2010, n. 24, in attuazione della digitalizzazione della giustizia, è stato inserito nel codice di procedura civile l'art. 149 bis che disciplina le notificazioni a mezzo posta elettronica certificata degli atti processuali a cura dell'Ufficiale giudiziario.

In particolare, l'art. 4, comma 1 del citato D.L. n. 193/09 prevede l'adozione di decreti minist attuativi da emanarsi entro 60 giorni dalla entrata in vigore della legge di conversione. Solo al della entrata in vigore di tali decreti le norme contenute nell'art. 4, tra le quali l'art. 149 bis, pot trovare concreta attuazione.

Con tale norma, infatti, al 2° co., il legislatore ha previsto che tutte le comunicazioni e le notific per via telematica nei casi consentiti si effettuino mediante posta elettronica certificata ai sen codice dell'amministrazione digitale di cui al D.Lgs. 7.3.2005, n. 82 (come modificato con I 30.12.2010, n. 235 («Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, re codice dell'amministrazione digitale, a norma dell'art. 33 della legge 18 giugno 2009, n. 69»)), D.P.R. 11.2.2005, n. 68 nonché dei decreti ministeriali di cui al 1° co. contenenti le regole tecni materia di comunicazioni e notificazioni.

In virtù dell'art. 149 *bis* da quel momento, quindi, anche le notificazioni, in mancanza di un es divieto di legge, potranno eseguirsi a mezzo di posta elettronica mediante l'uso di una casella di elettronica certificata (Pec).

Il 2° co. dell'art. 149 bis come modificato dal co. 2, dell'art. 16, D.L. 18.10.2012, n. 179, conv con modificazioni, dalla L. 17.12.2012, n. 221, dispone che la notificazione di copia infor dell'atto sottoscritta con firma digitale avvenga all'indirizzo PEC del destinatario risultante da pu elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni. Al riguardo i soggetti costitu forma societaria hanno l'obbligo di munirsi di PEC, che deve essere comunicata al Registro Imprese in forza della previsione di cui al co. 6 dell'art. 16, D.L. 29.11.2008, n. 185, convertit modificazioni, dalla L. 28.1.2009, n. 2.

Nella relata della notificazione eseguita mediante l'invio a mezzo di posta elettronica il luc notificazione, previsto quale requisito dall'art. 148 c.p.c., sarà sostituito dall'indirizzo Pe destinatario.

La relazione di cui all'articolo 148, primo comma, c.p.c. viene redatta dall'Ufficiale giudizia documento informatico separato, sottoscritto con firma digitale e congiunto all'atto cui si rif mediante strumenti informatici, individuati con apposito decreto del Ministero della giustizia.

La notificazione si intende perfezionata nel momento in cui il gestore renderà disponibile il docu elettronico nella casella di posta elettronica del destinatario.

Anche in tali casi è auspicabile un intervento chiarificatore della emananda normativa t

secondaria sia per cristallizzare tale dato in maniera oggettiva, sia per ottenere una uniforme comportamento da parte dei gestori.

Anche nell'ambito del procedimento sanzionatorio di cui L. n. 689/81, ivi compresa la possibile notificazione dei verbali di contestazione a soggetti privati risultanti da pubblici elenchi o registri (persone giuridiche/professionisti), le Amministrazioni pubbliche avranno la facoltà di avvalersi della suddetta disciplina, di cui all'art. 149 bis c.p.c., solo nell'ipotesi in cui verranno adottati i decreti ministeriali attuativi di cui all'art. 4, D.L. 29.12.2009, n. 193, conv. in L. 22.2.2010, n. 24.

6. Riflessioni conclusive

In definitiva, alla luce del quadro normativo sopra delineato, a parere di chi scrive e contrariamente a quanto sostenuto da qualche Autore, pare opportuno ritenere che l'Amministrazione, -al fine di evitare di incorrere in eventuali vizi di notifica degli atti di contestazione delle violazioni e considerare la complessità e rilevanza delle indagini statistiche cui sono sottoposti i soggetti privati (imprese e società) -, allo stato attuale continui ad avvalersi delle forme ordinarie di notificazione (in particolare mezzo servizio postale) ed attendere eventualmente l'entrata in vigore di apposito Regolamento attuativo che disciplini nel dettaglio il procedimento notificatorio degli atti a mezzo posta elettronica certificata.

Tale impostazione appare corretta in quanto si evita il rischio che l'Amministrazione possa essere esposta ad un contenzioso dinanzi alla competente Autorità giudiziaria la quale, in caso di accoglimento dell'opposizione, potrebbe dichiarare invalida l'intera procedura sanzionatoria con eventuali ripercussioni economiche a carico dell'Ente che si troverebbe nella condizione di non poter incassare le somme e ciò avrebbe incidenza sia sotto il profilo della responsabilità erariale e contabile che del mancato introito sia nel campo della responsabilità dello Stato italiano per violazione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario la cui procedura di infrazione, come ben noto, è attivata dinanzi alle competenti Autorità dell'Unione europea.

LICENZIAMENTO DISCIPLINARE: PER LE SEZIONI UNITE AL RITARDO NELLA CONTESTAZIONE SI APPLICA LA TUTELA INDENNITARIA FORTE

Per la Suprema Corte, l'eccessivo ritardo nella contestazione dell'infrazione comporta l'accesso alla tutela indennitaria "forte" dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

Carlo Giaquinta - Pubblicazione, giovedì 10 maggio 2018
Redattore: Lucio Orlando

Sommario: 1. Il principio di immediata contestazione dell'addebito disciplinare; 2. Le quattro tipologie di t ai sensi del "nuovo" art 18 della L. 300/1970; 3. La natura del principio di immediata contestazione sec l'interpretazione delle Sezioni Unite.

1. Il principio di immediata contestazione dell'addebito disciplinare

La Corte di Cassazione, con la recente pronuncia a Sezioni Unite, n. 30985 del 27 dicembre 20 avuto modo di affrontare il tema delle conseguenze del mancato rispetto del pri dell'immediatezza nella contestazione dell'addebito disciplinare, nonché del tipo di tutela invo dal lavoratore nel caso in cui gli vengano contestati fatti a notevole distanza di tempo da accertamento.

Che infatti il datore di lavoro sia tenuto a dare immediata contestazione di quei comportamen ritenga meritevoli di intervento disciplinare, è quanto previsto dalla normativa giuslavor segnatamente dall' **art. 7 della L. 300/1970** (c.d. Statuto dei Lavoratori) ai sensi del quale *"Il c di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa"*.

Scopo della disposizione è quello di portare immediatamente alla cognizione del lavoratore que che appaiono al datore di lavoro come contrari ai tradizionali doveri di diligenza, obbedienza e f (come sancito dagli artt. 2104 -2105 c.c.), di cui sarà pertanto chiamato a rispondere i disciplinare.

Potere disciplinare che, a seconda dell'importanza del comportamento, può nelle ipotesi più tradursi nella sanzione massima che è in grado di irrogare il datore di lavoro, ovvero i **licenziamento disciplinare.**

Stando così le cose, tuttavia, va considerato come, se l'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori è la norma che per intero compiutamente disciplina tutte le fasi dell' accertamento disciplinare (contestazione, addebito, diritto e termine a difesa del lavoratore con possibilità di sua audizione orale, contestazione definitiva), una delle sue falle è senza dubbio la **mancata individuazione del termine entro il quale il datore di lavoro sia tenuto a contestare formalmente l'addebito disciplinare** una volta accertato il fatto imputabile dal lavoratore dipendente.

Infatti, il non avere il legislatore previsto al datore di lavoro un termine entro cui concludere le personali indagini intorno alla sussistenza del fatto del dipendente, ha aperto la strada a fattispecie come quella da cui scaturisce la pronuncia delle Sezioni Unite, il licenziamento veniva intimato a notevole distanza di tempo dal suo accertamento, nel caso di specie a distanza di ben due anni.

Entrando nello specifico nel caso sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite, il dipendente in primo grado ricorreva al Giudice del lavoro affinché dichiarasse la nullità del licenziamento per violazione dell'art. 7 L. 300/1970 con conseguente diritto alla reintegra sul posto di lavoro ex art 18 dello Statuto dei Lavoratori.

Sia in primo che in secondo grado i Giudici di merito dichiaravano l'illegittimità del licenziamento, ma tuttavia rigettando la domanda di reintegrazione del lavoratore, a cui veniva riconosciuta una somma di denaro secondo lo schema della c.d. tutela indennitaria debole, di cui all' art. 18 comma 6 della L. 300/1970.

Ora, è proprio sul tema delle conseguenze del mancato rispetto del principio dell'immunità di contestazione che sono nate le principali questioni giuridiche riguardanti la fattispecie.

Fondamentale è in questi casi stabilire la tipologia di tutela cui accede il lavoratore tra le quattro previste dal nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

2. Le quattro tipologie di tutela ai sensi del “nuovo” art 18 della L. 300/1970

Come si è accennato, nel caso in esame, i Giudici di merito avevano accertato che nell'ipotesi di licenziamento dell'imprenditore ritardi notevolmente ed in maniera ingiustificata, la contestazione dell'addebito disciplinare al proprio dipendente, conseguenza sarà la dichiarazione di **illegittimità del licenziamento**, con conseguente applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

La questione è tutt'altro che semplice, atteso che una volta giunta la causa in Cassazione viene richiesto l'intervento delle Sezioni Unite, cui compito era quello di individuare in concreto la tipologia di tutela accessibile tra le quattro oggi previste dal “nuovo” art. 18, come riformato dalla L.

Fornero (L. 92/2012).

L' art 18 della L. 300/1970 è stato infatti oggetto di un completo *restyling* ad opera della contro riforma Fornero, la quale ha sostanzialmente ridisegnato le tipologie di tutela di cui gode il lavoratore nei casi di licenziamento illegittimo, vale a dire non sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo.

Accanto alle due tradizionali categorie della **tutela reale** (reintegra nel posto di lavoro in aggiunta a una somma a titolo di risarcimento) e della **tutela obbligatoria** (diritto ad un risarcimento pecuniario) oggi il legislatore prevede, a seconda della gravità cui riconduce l'ingiustizia del licenziamento secondo le ipotesi normativamente tipizzate dallo stesso articolo 18, ben **quattro di tutela**:

a) Si prevede **tutela reale piena (art. 18, primi 3 commi)** qualora il licenziamento sia il frutto di un provvedimento discriminatorio, ovvero intimato in concomitanza del matrimonio, oppure nullo o annullabile riconducibile alle ipotesi di nullità previste dalla legge .

In tali casi, il dipendente che si vedesse accertata l'illegittimità del licenziamento per una siffatta ipotesi, **ha diritto alla reintegrazione sul posto di lavoro a cui si aggiunge il risarcimento del danno per tutto il periodo che va dal licenziamento all'effettiva reintegra, e che non può essere mai inferiore a 5 volte dall'importo dell'ultima retribuzione.**

b) Viceversa, si parla di **tutela reale attenuata (art. 18, comma 4)** qualora il Giudice di merito accerti l'illegittimità del licenziamento, in difetto di giusta causa o di giustificato motivo, per l'insussistenza del fatto contestato o qualora quest'ultimo rientri in una delle ipotesi, regolamentate dai contratti collettivi, in cui prevista è solo una sanzione di carattere conservativo.

In tali ipotesi, il carattere attenuato della tutela reale si ravvisa nel fatto che il lavoratore, oltre alla reintegra, viene accompagnato da un risarcimento quantificato in misura minore, corrispondente ad un massimo di 12 mensilità calcolata sull'ultima retribuzione lorda percepita dal dipendente.

Al di fuori delle summenzionate ipotesi, il dipendente ingiustamente licenziato non conserva il diritto alla reintegrazione sul posto di lavoro bensì unicamente ad una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno dovuto al comportamento illecito del datore di lavoro

In questo contesto **la tutela è dunque solo indennitaria**, ed a sua volta il legislatore distingue **tutela indennitaria forte** e **tutela indennitaria debole**.

c) Alla **tutela indennitaria forte (art. 18, comma 5), con condanna per il datore di lavoro**

versamento di una somma che va da un minimo di 12 ad un massimo di 24 mensilità, acci-
pendente tutte le volte in cui il Giudice accerta che nella sua condotta non ricorrano gli estremi
giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro (ma non
insussistenza del fatto, che invece rientra, come detto, nella tutela reale ex art 18 comma 4);

d) La **tutela indennitaria debole (art. 18, comma 6)** opera invece in tutte quelle ipotesi in
datore di lavoro, nell'irrogare il licenziamento, abbia posto in essere una violazione formale
procedimento di irrogazione della sanzioni disciplinari, scandito dall' art. 7 dello Statuto
lavoratori.

Trattasi, dunque, di violazioni di carattere formale, ed in cui conseguenza dell'accertamento si
condanna il datore di lavoro al **pagamento di una somma omnicomprensiva che oscilla tra
le 12 mensilità.**

Questi i livelli di tutela, resta da stabilire a quale sia da ricondurre la fattispecie di illegittimo
licenziamento per violazione dell'obbligo di contestazione immediata.

3. La natura del principio di immediata contestazione secondo l'interpretazione delle SS. UU.

Per risolvere il dibattito, i Giudici delle SS.UU. non possono che affrontare il tema della **valenza
si intende attribuire al principio di immediata contestazione** di cui all' art. 7 dello Statuto
relazione alle garanzie che questo offre al lavoratore.

Fermo che quest'ultimo **non può vantare nessun diritto alla reintegra**, non rientrando la violazione
in nessuna delle ipotesi tassativamente previste dall' art. 18 per l'accesso alla tutela reale, resta
stabilire a quale carattere di tutela indennitaria far ricorso.

A parere dei Supremi Giudici deve disattendersi l'orientamento secondo cui la violazione della regola
dell'immediata contestazione possa tradursi in una mera lesione formale del procedimento di cui
art. 7 dello Statuto, cui far conseguire automaticamente l'accesso alla sola tutela indennitaria debole
cui all' art. 18 comma 6 della L. 300/1970.

Al contrario, per gli Ermellini, "il **principio della tempestività della contestazione può risolversi
anche in esigenze più importanti del semplice rispetto delle regole, pur esse essenziali, di natura
procedimentale, vale a dire nella necessità di garantire al lavoratore una difesa effettiva
sottrarlo al rischio di un arbitrario differimento dell'inizio del procedimento disciplinare.**"

Rappresenta infatti già un approdo pacifico della giurisprudenza di legittimità che il principio

immediata contestazione, da un lato, è volto ad assicurare nella sua piena effettività il diritto di dell'incolpato, consentendogli di allestire in tempi ragionevoli il materiale difensivo per contrastare l'accusa del datore di lavoro, dall'altro, tutelato è anche il legittimo affidamento a datore di lavoro possa soprassedere e dunque si astenga dall'esercizio del potere disciplina particolar modo qualora siano stati posti in essere comportamenti concludenti in tal senso (con esempio, il continuare ad affidare al dipendente compiti di rilevante importanza).

Di tal guisa, il consentire di esercitare il potere disciplinare anche a distanza di un tempo notevole eccessivo rispetto all'accertamento dei fatti condurrebbe il dipendente sostanzialmente a trovar mercé del datore di lavoro.

È proprio per questo che **il legislatore giuslavorista, con il principio in questione, appaga : l'esigenza di impedire che l'indugio del datore di lavoro possa avere effetti intimidatori.**

Da tali considerazioni ne scaturisce che la **lesione del principio di tempestività è da risolvere tanto e non solo in una violazione del procedimento formale di irrogazione delle sanzioni, nell'inosservanza, da parte del datore di lavoro, dei generali precetti di correttezza e buona nell'esecuzione del rapporto di lavoro, e che sono scolpiti negli artt. 1175 e 1375 del codice c**

Conclusioni del ragionamento delle Sezioni Unite è che l'accertata contrarietà ai canoni di correttezza e buona fede non può che condurre all' applicazione della tutela prevista dall' art 18 comma 5, o la più intensa tutela indennitaria "forte".

Di qui il seguente principio di diritto: *"la dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare conseguente all'accertamento di un ritardo notevole e non giustificato contestazione dell'addebito posto a base del provvedimento di recesso, ricadente "ratione temporis" nella disciplina della L. n. 300/1970, art. 18 come modificato dalla L. 92/2012, con l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dalla L. n. 300 del 1970, art. 18 com*

In definitiva, viene chiarito, in maniera definitiva, che in tutti i casi di licenziamento illegittimo per violazione del principio di tempestività della contestazione, il datore di lavoro sarà condannato al versamento, in favore del lavoratore, di una somma compresa tra le 12 e 24 mensilità.

IL PROCESSO AMMINISTRATIVO TELEMATICO

Dal Codice del processo amministrativo al DPCM n. 40 del 16 febbraio 2016, introduttivo del cd. processo amministrativo telematico.

Ilaria Valentino - Pubblicazione, sabato 12 maggio 2018
Redattore: **Giovanni Sicignano**

Sommario: 1. La normativa di riferimento; 2. Le novità introdotte; 3. L'esclusività del deposito telematico; 4. Firma digitale; 5. Il fascicolo informatico; 6. La procura alle liti; 7. Deposito atti e documenti e tempestività deposito; 8. Rilievi conclusivi.

1. La normativa di riferimento

Le origini del Processo Amministrativo Telematico risalgono *all'art. 18 del d.P.R. 123/20* adottato ai sensi dell'*art. 17, comma 1, lett. c) della legge 23 agosto 1988, n.400*.

Tale norma aveva il precipuo compito di fissare le regole tecniche ed i principi operativi funzionamento dei sistemi informatici della giustizia amministrativa e contabile e rinviava ad altri decreti mai emanati del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Con la legge *n. 69 del 2009* venne attribuita al Governo la delega per il riordino del processo davanti ai Tribunali Amministrativi Regionali ed al Consiglio di Stato e fu definitivamente sancito il principio di *“assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche telematiche”*^[2].

In attuazione a tale delega fu, quindi, emanato il decreto *n. 104/2010 (codice del processo amministrativo)*^[3], che al Titolo IV dell'allegato 2 prevedeva e delineava le *“Norme di attuazione del Processo Amministrativo Telematico*.

Tuttavia, il Titolo IV è composto da una sola norma, *l'art. 13*, che prevede che *“Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, il DigitPA, sono stabilite, nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili in base alla legislazione vigente, le regole tecnico--operative per la sperimentazione, la graduale applicazione e l'aggiornamento del processo amministrativo telematico, tenendo conto delle esigenze di flessibilità e di continuo adeguamento delle regole informatiche alle peculiarità del processo amministrativo,*

sua organizzazione e alla tipologia di provvedimenti giurisdizionali”.

Successivamente, con il decreto legislativo n. **160 del 2012**^[4], sono state introdotte nuove modalità al codice del processo amministrativo, tra cui anche quelle che riguardano gli aspetti telematici.

Ed infatti, il 5 aprile 2016 è segnata quale *data ufficiale* di entrata in vigore del processo Amministrativo Telematico, disposta con il **d.p.c.m. 16 febbraio 2016 n. 40**.

Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ha introdotto **l’obbligatorietà**, per tutte le fasi del **processo amministrativo** (difensori, funzionari di cancelleria, magistrati, ausiliari, pubblici amministrazioni e parti private, nei casi in cui la legge consente a quest’ultimi di stare in giudizio senza un’assistenza tecnica)^[5], del deposito telematico di tutti gli atti – introduttivi endoprocessuali – e dei documenti relativi ai giudizi introdotti con ricorso depositato, in primo e secondo grado, a far data dal 1° gennaio 2017^[6] e consta di una parte normativa – formata da ventisei articoli – che delinea e definisce le regole tecniche e di un “*allegato A*”, che contiene le specifiche tecniche e le novità del PAT.

2. Le novità introdotte

Con il PAT, tutto il processo amministrativo è stato reso completamente informatizzato, portando alla definizione di nuove e più funzionali modalità di lavoro e garantendo un più agevole accesso alla giustizia amministrativa, mediante una serie di innovazioni: dalla firma digitale di tutti gli atti processuali e delle decisioni giurisdizionali, alla notifica degli atti processuali tra le parti tramite il deposito telematico dei ricorsi introduttivi delle memorie difensive e di tutti i documenti, all’effettuazione delle comunicazioni alle parti in forma telematica; dalla cura degli adempimenti segreteria, al potenziamento delle infrastrutture tecnologiche della Giustizia Amministrativa; alla migrazione, riservatezza e sicurezza dei dati.

3. L’esclusività del deposito telematico

Le principali novità introdotte ricordano molto quelle che furono previste con il PCT: infatti come per il processo civile, anche per il PAT (seppur con specifiche deroghe eccezionali, come ad esempio nei casi di trasposizione dal ricorso straordinario o nei casi di riassunzione del giudizio davanti al giudice amministrativo per difetto di giurisdizione dichiarata dal giudice ordinario prima del 1 gennaio 2017) l’atto del difensore deve essere redatto e depositato telematicamente sotto forma di documento informatico nativo digitale, così come previsto dalle regole e specifiche tecniche del processo amministrativo telematico, con preciso riferimento all’**art. 20** del codice dell’amministrazione digitale.

4. La firma digitale

Altra novità introdotta, già presente nel PCT, ma che nel PAT trova un punto di divergenza è quella della firma digitale. L'**articolo 12 comma 6** delle specifiche del PAT consente di utilizzare un tipo di firma digitale^[7] (cosiddetta **PAdES**) a differenza, appunto, del processo civile telematico, è invece possibile utilizzare anche la firma **CAAdES** (*ovvero quella che incorpora al file sottoscritto digitalmente l'estensione .p7m.*). A tal riguardo, va riferito, che non sono poche le critiche esterne e le difficoltà che Avvocati e operatori del settore stanno riscontrando.

5. Il fascicolo informatico

Il fascicolo processuale deve essere tenuto sotto forma di fascicolo informatico^[8]: tutto il sistema informatico si basa sul **S.I.G.A.**, Sistema Informativo della Giustizia Amministrativa, organizzato in conformità alle prescrizioni del CPA, alle disposizioni di legge speciali regolanti il processo amministrativo telematico, al CAD e al Codice dei dati personali. A tal riguardo, l'**art.6** afferma che deve essere assicurata *“la certezza della data e dell’oggetto delle registrazioni e l’identificazione del soggetto che procede”*; inoltre, – con la **modifica apportata dalla Legge n.197/2016 al comma dell’articolo 136 del c.p.a. – la norma adesso prevede che** *“Analogo potere di attestazione di conformità è esteso agli atti e ai provvedimenti presenti nel fascicolo informatico, con conseguente esonero dal versamento dei diritti di copia. Resta escluso il rilascio della copia autentica in formula esecutiva ai sensi dell’art. 475 c.p.c., di competenza esclusiva delle segreterie degli uffici giudiziari. La copia munita dell’attestazione di conformità equivale all’originale o alla copia conforme dell’atto o del provvedimento. Nel compimento dell’attestazione di conformità di cui al presente comma i difensori assumono ad ogni effetto la veste di pubblici ufficiali”*.^[9]

Quindi, come nel processo civile, è **attribuito al difensore lo stesso potere di attestazione.**

6. La procura alle liti

La procura alle liti è disciplinata dall'**art. 8** delle regole tecniche. È possibile ottenere il conferimento dell’incarico di assistenza e difesa in due differenti modi: il primo è interamente digitale, in cui prevede che sia il cliente che il difensore abbiano la firma digitale. In questo caso è possibile effettuare la sottoscrizione della procura alle liti in modalità telematica, apponendo la firma digitale del cliente e quella del difensore sulla procura.

“Il secondo modo consiste, invece, nel deposito telematico della copia per immagine su di un supporto informatico. A differenza di quanto previsto nel processo civile telematico – ove l’art. 83 conferisce al difensore poteri di autentica mediante l’apposizione della firma digitale – nelle

tecniche del processo amministrativo telematico, il difensore procede al deposito della copia immagine su un supporto informatico, compiendo l'attestazione prevista *dall'art. 22 comma CAD*, con **l'inserimento della relativa dichiarazione nel medesimo o in un distinto documento sottoscritto con firma digitale**. In questo secondo metodo, qualora l'asseverazione avvenga sul medesimo documento, è sufficiente firmare digitalmente il file. Se, invece, l'asseverazione viene effettuata in un documento separato, è necessario indicare in quest'ultimo l'impronta della copia informatica ed il riferimento temporale",[\[10\]](#) in applicazione dell'*art. 4, comma 3 del d.l. 13/11/2014*.

7. Deposito atti e documenti e tempestività del deposito

A differenza del PCT, in cui è presente il redattore atti con la "busta" per l'invio degli atti, con gli atti e documenti devono essere allegati ad un **modulo PDF** che, a seconda della tipologia del deposito, si può direttamente scaricare sul proprio pc dal sito istituzionale della giustizia amministrativa e deve essere inviato dall'indirizzo PEC del professionista e a quello della sede giudiziaria a cui è pubblicato successivamente sul sito istituzionale. Tuttavia, *"Nel caso in cui non sia possibile comprovate ragioni tecniche, il deposito con PEC, come attestato dal messaggio di cui all'articolo 7, o nel caso in cui la dimensione del documento da depositare superi i 30 MB, è consentito il caricamento diretto attraverso il Sito Istituzionale (upload), secondo quanto indicato dall'articolo 9"* e in questo caso l'avvocato deve indicare anche la ragione che non ha consentito il deposito tramite PEC.

Peraltro, ai sensi dell'*art. 9, comma 6* delle regole, l'utilizzo dell'*upload* è consentito anche nel caso in cui, per ragioni tecniche o per la particolare dimensione del documento, il deposito non possa avvenire mediante PEC.

Va precisato, tuttavia, che *l'art. 9 comma 8* delle regole tecniche, stabilisce che nel corso del Giurisdizionale il Giudice può, per specifiche e motivate ragioni tecniche, ordinare o autorizzare il deposito di cartacea ovvero di diverso supporto di singoli atti e documenti.

In questo caso, deve esser fatta menzione del deposito in copia cartacea nell'indice del fascicolo.

Secondo le regole del PAT, **il deposito si considera tempestivo** *"quando entro le ore 24 del giorno di scadenza è generata la ricevuta di avvenuta accettazione"*.

Precisazione importante da fare è che il deposito è considerato tempestivo se risulta essere avvenuto al buon fine, secondo le specifiche tecniche di cui *all'art. 19*, ossia quando il S.I.G.A. informa l'avvocato, entro le ore 24 del giorno successivo alla ricezione della PEC di avvenuta consegna.

messaggio PEC denominato “registrazione di deposito”, nel quale sarà indicato il numero di protti assegnato e l’elenco di tutti gli atti e documenti trasmessi.

Se poi al mittente perviene il messaggio di mancata consegna della PEC di deposito, quest’ultimo dovrà essere ripetuto con il medesimo contenuto e – ai fini della rimessione in termini da parte del Giudice, ove la mancata consegna sia dipesa da cause non imputabili al mittente – deve essere allegato al messaggio di mancata consegna unitamente alla ricevuta di avvenuta accettazione e consegnato tempestivamente. Sempre in tema di deposito, è reiterata la disposizione dell’**art.4 comma 2 C** quale prevede che in caso di atti o documenti da depositare “*sino al giorno precedente la trattazione della domanda in camera di consiglio*” il deposito, anche se effettuato con modalità telematiche, deve essere effettuato entro le ore 12 dell’ultimo giorno consentito.

8. Rilievi conclusivi

A parere di chi scrive, il risultato più importante del PAT è di sicuro la celerità e la efficienza nella gestione dei processi amministrativi: i Magistrati, infatti, hanno accesso in tempo reale e in qualsiasi momento a tutti gli atti dei fascicoli di causa, collegandosi a distanza tramite internet, e possono predisporre, sottoscrivere con la firma digitale e depositare i loro provvedimenti in via telematica. Avvocati, dal canto loro, possono gestire a distanza il processo, curando via computer l’instaurazione del giudizio e l’effettuazione di tutti i necessari depositi degli atti; hanno, inoltre, accesso a tutti i documenti, possono seguire le varie fasi del procedimento ed effettuare i vari adempimenti procedurali senza bisogno di recarsi presso gli uffici giudiziari.

Tuttavia, pur avendo contribuito al miglioramento delle tempistiche per gli utenti finali e all’aumento della sicurezza nell’accesso agli atti, la nuova modalità telematica ha generato malumori, reazioni arrabbiate e commenti negativi, forse poiché – così come molti Avvocati e operatori del settore affermano – il PAT resta caratterizzato da problematiche che rendono necessari ulteriori interventi per semplificare *in primis* il quadro normativo di riferimento.

Proprio per questo motivo, a parere di chi scrive, sarebbe auspicabile – ma soprattutto doveroso – un intervento normativo di carattere generale, volto ad uniformare e sistematizzare le disposizioni relative ai processi telematici in tutti, cercando di creare un quadro normativo, in senso ampio, comune alle diverse giurisdizioni.

[1] d.P.R n. 123 del 2001, 13 febbraio 2001, “Regolamento recante disciplina sull’uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo innanzi le Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti.”

[2] art. 44, comma 2, lettera a), legge 18 giugno 2009, n. 69, “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009 - Supplemento ordinario n. 95.

[3] Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, “Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”

[4] Decreto Legislativo 14 settembre 2012, n. 160 pubblicato in Gazzetta Ufficiale 18 settembre 2012, n. 218, recante modifiche al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

[5] A tal riguardo, scrive in un suo articolo il FIF (Fondazione Italiana per l’Innovazione Forense): “l’art. 14 del Regolamento contiene infatti l’inequivoca previsione (finalmente!) che « I difensori possono eseguire la notificazione a mezzo PEC a norma dell'articolo 3-bis della legge 21 gennaio 1994, n. 53» con disposizioni sostanzialmente sovrapponibili a quelle ormai ben note del PCT e con la medesima limitazione, quanto agli elenchi pubblici per gli indirizzi delle pubbliche amministrazioni, a quello previsto dall’art. 16, comma 12, DL 179/2012 (Registro PP.AA.)”.

[6] art. 13, comma 1° ter, allegato 2 al c.p.a., introdotto dall’art. 7 del d.l. n. 168/2016.

[7] viene riconosciuta solo la firma PadES BES mentre, nel PCT, atti e documenti possono essere sottoscritti digitalmente, sia per i depositi telematici che per le notifiche tramite PEC da effettuarsi ai sensi della legge n. 53/94, anche altre modalità con la modalità CADEs modalità questa che aggiunge al file, non appena lo stesso viene firmato digitalmente, l’estensione .p7m.

[8] cfr. d.p.c.m. 113 novembre 2014 “Regole tecniche sui documenti e sul fascicolo informatico” ed al d.p.c.m. del 3 dicembre 2013 in materia di conservazione dati.

[9] Art. 136 c.p.a così come modificato dalla Legge, 25/10/2016 n° 197, G.U. 29/10/2016.

[10] Così Fabrizio Corona in [Altalex](#).

LA PARTECIPAZIONE PUBBLICA NELL'IN HOUSE PROVIDING

Focus on sul requisito della partecipazione pubblica nell'istituto dell'in house providing: excursus storico-giurisprudenziale.

Elena Dall'olio - Pubblicazione, lunedì 14 maggio 2018
Redattore: Emmanuel Luciano

Sommario: 1. La partecipazione pubblica; 2. Art. 16 co. 1 D. L.vo n. 175/2016; 3. Art. 5 co. 1 del codice contratti pubblici e la previsione di eventuale capitale privato.

1. La partecipazione pubblica

Codesto elaborato tratterà del solo requisito della partecipazione pubblica nell'*in house providing* precisa che, ai fini della validità di questo istituto deve esservi la presenza di ulteriori requisiti[1] a dire la partecipazione pubblica, il controllo analogo e la dedizione dell'attività prevalenti nei confronti dei soci, i quali devono necessariamente sussistere contemporaneamente affinché l'affidamento diretto posto in essere possa essere considerato pienamente legittimo. In una sentenza[2], si è infatti precisato che la legittimità della gestione *in house providing* sussiste quando siano configurati i requisiti stilati dal [caso Teckal](#) e qualora essi vengano meno, l'affidamento deve essere immediatamente annullato.

Oltre ai requisiti poc'anzi enunciati, al fine di un corretto affidamento *in house*, deve sussistere in capo al soggetto affidatario l'effettiva possibilità, all'interno del proprio contesto organizzativo, di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto dell'affidamento medesimo[3]. In concreto, i requisiti per l'affidamento vengono a mancare qualora l'ente prescelto per lo svolgimento del servizio non possieda un'organizzazione e delle risorse umane adeguate a svolgerlo compiutamente[4].

Questi principi in materia di affidamento, ripetutamente ribaditi in sede europea[5], sono stati recepiti dalla nostra giurisprudenza interna, sia costituzionale[6] che amministrativa[7], e sono rimasti inalterati fino all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici che, in materia di *in house providing*, ha recepito l'art. 12, paragrafi 1, 2, 3 e 5, della direttiva 2014/24/UE.

Il primo requisito, analizzato in questa sede, riguarda quello della partecipazione pubblica, che il Testo Unico del 19 agosto 2016 ha subito modifiche rilevanti e pertanto si passerà in rassegna l'evoluzione, da totalitaria ad un'apertura verso capitali privati.

Fin dal concepimento dell'istituto con la nota sentenza Teckal del 1999, si era sempre puntualizzato che la prima fra le condizioni legittimanti l'affidamento diretto fosse la sussistenza di partecipazione pubblica totalitaria. In modo peculiare, si è nel tempo ribadito che l'ente locale deve possedere totalitariamente le partecipazioni della società *de quo*, sostenendo che la presenza, se minima, di una partecipazione privata ne escludesse la configurabilità: tale principio è stato poi positivizzato successivamente dal Legislatore Nazionale al comma 5 lett. c) dell'art. 113 T.U.E.L.

Infatti, l'ingresso di soci privati, avrebbe comportato la finalizzazione dell'attività dell'ente soci alla tutela di interessi esterni e privatistici, in contrasto con gli interessi di natura pubblica perseguiti dalla società in

In tal senso, oltre alla già analizzata sentenza "Stadt Halle"[\[8\]](#), pure l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si erano espresse su questo requisito in modo particolare, l'AGCM nell'Atto di segnalazione n. 894 del 4 agosto 2008 statui sull'eccezione dell'*in house providing*, affermando che *"la presenza di soggetti non pubblici nel capitale sociale della società affidataria, fa dubitare della sussistenza delle condizioni di legittimità dell'affidamento secondo le modalità in house. L'interpretazione restrittiva dei requisiti di legittimità dell'affidamento in house è stata recentemente confermata dall'intervento della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il quale ha escluso in via generale la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'in house providing"*.

Era fortemente sostenuto[\[9\]](#) che attraverso la totale partecipazione pubblica, l'ente pubblico, o i soci pubblici proprietari dell'intero pacchetto azionario (tramite la nomina degli organi ovvero mediante l'approvazione di opportune deliberazioni) erano in condizioni di esercitare pienamente quelle funzioni pregnanti di verifica e controllo sull'operato tali da determinare la sostanziale identificazione della società affidataria e l'ente pubblico. Nella prospettiva della giurisprudenza[\[10\]](#), era pure avvalorata la tesi secondo la quale il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, ancorché si rivelasse astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi in cui perdesse tale qualità se lo statuto della società avesse consentito che una quota di esso, minoritaria, potesse essere alienata a terzi.

Degna di nota è la posizione della Corte di Giustizia mantenuta in merito alle clausole statutarie che prevedevano un'astratta possibilità di cessione del capitale sociale a soggetti privati. Si è puntualizzato che mentre "l'apertura del capitale sociale" è un fatto certo che va a svolgersi e ad esaurirsi con l'affidamento diretto, "invece è un evento ipotetico" che potrebbe anche non verificarsi e pertanto

esclude l'affidamento in house. Codesta questione è stata affrontata nella sentenza “Modling” concernente l'affidamento diretto da parte del Comune del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti in capo a una società partecipata al 100% , nel cui statuto era prevista la cessione del capitale a privati pari al 49% immediatamente dopo l'affidamento. In questa ipotesi la Corte ha chiarito che, non fosse richiesto di considerare la mera condizione esistente al momento in cui era posto in essere l'affidamento, era però anche necessario considerare gli avvenimenti successivi al fine di escludere un comportamento elusivo dell'amministrazione aggiudicatrice.

Degna di menzione è anche un'altra sentenza della Corte di Giustizia Europea^[12] la quale ha precisato che *“nel caso in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta. L'apertura del capitale rileva solo se vi è un'effettiva prospettiva di ingresso di soggetti privati nella compagnia sociale, altrimenti, il principio di certezza del diritto esige di valutare la legittimità dell'affidamento in house sulla base della situazione vigente al momento della deliberazione dell'ente locale affidatario”*.

Nel caso di statuto con previsione di eventuale apertura al capitale privato, è pertanto doveroso un controllo periodico successivo all'affidamento del servizio e per tutta la durata del medesimo, che è necessario verificare che, immediatamente dopo l'affidamento diretto, non sia posta in essere una cessione di capitali a privati, poiché significherebbe che la previsione statutaria di “ possibilità” era solamente una tecnica volta ad eludere il principio di evidenza pubblica e concorrenza. Anche la Commissione Europea ^[13]in merito a quanto appena affermato, ha affermato *“l'aggiudicazione interna di un appalto pubblico o di una concessione a un'impresa pubblica è esclusa se l'intenzione è di aprirne il capitale a soggetti privati nel corso dell'esecuzione dell'appalto o della concessione di cui trattasi. Al contrario, la semplice possibilità teorica della partecipazione di un soggetto privato al capitale di una società controllata da un'amministrazione aggiudicatrice mette in discussione, secondo la Commissione, la relazione interna tra l'Amministrazione aggiudicatrice e la sua controllata”*.

La giurisprudenza italiana ^[14]ha però espresso parere diametralmente opposto, poiché ha sempre escluso in passato la legittimità di un affidamento *in house* qualora vi fosse la mera possibilità di cessione di partecipazioni a soggetti privati: ciò ha fortemente limitato l'utilizzo di questo istituto nel nostro Paese.

2. L'art. 16, comma 1, D. Lgs. n. 175/2016.

Il decreto legislativo n. 175/2016 recante “Testo Unico in materia di società partecipate dalla pubblica amministrazione” è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 210 dell’8 settembre 2016 e rappresenta la nuova disciplina in materia. Tale decreto è stato predisposto sulla base dei principali criteri direttivi contenuti sia nell’articolo 16 che nell’articolo 18 della c.d. Legge Madia, oltre che *“ai fini prioritari di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori del decreto è altresì adottato “ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni dei limiti per la costituzione di società, l’assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti straordinari per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale”.*

Va evidenziato come il testo, approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 10 agosto 2016, ha introdotto modifiche relative al requisito della partecipazione pubblica totalitaria. In modo particolare l’art. 16 al comma 1, interviene sulla disciplina delle società *in house* e codesta norma dispone che le società *in house* possono ricevere affidamenti diretti dalle amministrazioni pubbliche che esercitano su di esse un controllo analogo ovvero da ciascuna delle amministrazioni che esercitano un controllo analogo congiunto, solo se non vi è la presenza di privati ovvero, ai sensi della direttiva 2014/24/UE se quest’ultima è prevista a seguito di prescrizioni di legge e risulta priva di potere di controllo, o di influenza dominante sulla società (parrebbe quindi limitarsi alla qualità di “finanziatore”). La direttiva 2014/24/UE^[15], pur ribadendo la regola generale secondo cui *“l’aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all’operatore economico privato che detiene la partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai concorrenti”*, ammette l’ingresso di privati in via di eccezione ex art. 12, comma 1, lett. c), purché sia previsto dalla legislazione nazionale ed avvenga in conformità del Trattato e sempre che in caso di partecipazione di privati non siano conferiti poteri di veto o di controllo.

Il Testo Unico oggetto d’analisi, oltre ad essere coerente con la Direttiva sopracitata, lo è anche rispetto al Codice Appalti, specialmente all’art. 5, comma 1, lett. c), andando invece contro il consolidato orientamento della giurisprudenza tradizionale, che richiedeva tra i requisiti per la configurabilità dell’*in house*, la totalità della partecipazione pubblica, escludendo categoricamente l’ipotesi che una quota del capitale sociale potesse essere alienata a soggetti privati, poiché fonte di vantaggio ingiusto per costoro.

Si tratta tuttavia di una conclusione espressamente disattesa dal Legislatore, poiché il Testo

ammette una partecipazione privata e ciò è desumibile “a contrario” dall’art. 16 comma 1, il specifica che essa è legittima solo se non sia di maggioranza, vale a dire di controllo, oppure minoranza non abbia poteri di veto, rilevandosi così decisiva. La dottrina^[16] ha osservato che *tale previsione pare contenere delle indicazioni significative in merito all’individuazione interessi rilevanti nell’ambito di tale fattispecie, posto che l’ingresso, anche potenziale, di soci privati nella società in house impedisce di identificarla completamente con l’ente pubblico che la controlla e quindi di concepirla come mero strumento nelle sue mani”*.

Quanto appena detto è avvalorato anche dal fatto che, come meglio si dirà, l’art. 1, comma 3, riconosce ai soci privati i medesimi diritti, patrimoniali e amministrativi, ad esse spettanti dal diritto comune.

3. L’art. 5, comma 1, del Codice dei contratti pubblici e la previsione di un eventuale capitale privato.

Il nuovo codice dei contratti pubblici all’art. 5 dello stesso ha finito col positivizzare, in modo pedissequo, i requisiti Teckal così come indicati nelle direttive appalti del 2014.

Il Legislatore in questo nuovo Codice ha anche cercato di uniformarsi agli orientamenti interpretativi forniti dalla giurisprudenza dell’Unione Europea e come sottolineato dalla relazione illustrativa al testo di legge *de quo*, la normativa è rivoluzionaria rispetto alle previsioni vigenti, nella parte che descrive la partecipazione di capitali privati e recepisce, quindi, pienamente la disciplina europea anche in relazione alla giurisprudenza del Consiglio di Stato ^[17]che aveva considerato, relativa alla partecipazione di capitali privati, la direttiva europea come *self executing* e, pertanto, direttamente applicabile all’ordinamento interno.

Ciò che rileva in questa sede è l’art. 5 rubricato sotto la dicitura di “Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell’ambito del settore pubblico”, al cui comma 1, lett. c), così come modificato dall’art. 6 del D.L. correttivo al codice appalti, recita: *“nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata.”*

Il Legislatore Italiano ha in sostanza ammesso la possibilità, in virtù di una puntuale legge rispettosa dei Trattati istitutivi, la partecipazione di capitali privati in favore di un soggetto *in house* in condizione che questa rappresenti una minima parte del capitale sociale e, comunque, sia tale da non comportare un’influenza determinante sul soggetto controllato. Codesta normativa ha pe

espressamente riconosciuto questa facoltà ai legislatori nazionali, oltrepassando il contrasto sorto tra le sezioni consultive e giurisdizionale del Consiglio di Stato.

È stato però correttamente individuata una discrepanza tra quanto sancito nelle direttive applicative, le quali utilizzano il termine “prescritte” ritenendo così che l’eventualità di una partecipazione privata è prevista dalla legislazione interna in termini di obbligo (vale a dire che spetterà agli stati membri valutare caso per caso se consentirla o meno), e tra quanto sancito dall’art. 5, comma 1, lett. c) del D.L. n. 50/2016, il quale utilizza il termine “previste”, da intendere come una mera facoltà di scelta irrinunciabile all’amministrazione.

La dottrina^[18], sul punto, ha correttamente precisato che *“tra la situazione in cui le deroghe debbano essere «previste» dalla legge ex art. 5 del nuovo codice dei contratti e quella in cui debbano essere «prescritte» dalla legge, intercorre una certa differenza, laddove «previste» individua l’esistenza di una facoltà di scelta in capo all’amministrazione, mentre «prescritte» individua un obbligo”*.

Il Consiglio di Stato è intervenuto con un parere^[19] relativo ai profili di criticità sorti in merito alle locuzioni^[20] sopra descritte, chiarendo che *“in relazione alla disciplina delle società in house holding è presente la necessità di uniformarla, per alcuni profili, alle regole europee. In particolare si puntualizza come la possibilità che della compagine societaria facciano parte privati debba essere “prescritta” da specifiche disposizioni di legge, che indichino le ragioni che giustificano la partecipazione.”*

Devono pertanto sussistere specifiche disposizioni di legge a livello nazionale che individuano i casi in cui è lecita la presenza di capitali privati, posto che non si è inteso in alcun modo autorizzare in via generale la partecipazione dei privati.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cons. di Stato, Sez. III, 27.04.2015, n. 2154: *si precisa che “la legittimità dell’affidamento in house holding è da valutata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento dell’adozione del provvedimento”*

[2] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784.

[3] T.A.R. Veneto, sez. I, 2 febbraio 2009, n. 236.

[4] Cons. di Stato, sez. V, 28.07.15, n. 3716.

[5] Corte di giustizia 19 giugno 2014, in causa C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal e 11 gennaio 2005 in causa C-26/03, Stadt Halle.

[6] Corte costituzionale 28 maggio 2014, n. 141, ha dichiarato illegittima, per violazione del vincolo di cui all’art. 117, comma 1, Cost., una legge regionale istitutiva di una società finanziaria avente un oggetto sociale non conforme al modello tipo dell’*in house providing*.

[7] Consiglio di Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034 e 30 settembre 2013

n. 4832; Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660 e 11 febbraio 2013, n. 762.

[8] Si richiama, ancora una volta, CGCE, Stadt Halle, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03-17, secondo cui *“la partecipazione, anche minoritaria, di un’impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l’amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.”*

[9] Consiglio di Stato, Sezione V, Sent. n. 7345/05.

[10] Consiglio di Stato, sezione V, 30 agosto 2006 n. 5072/06.

[11] Causa C-29/2004, 10 novembre 2005.

[12] Corte di Giustizia Europea, Sez. III, 10.09.2009, n. C-573/07.

[13] Comunicazione interpretativa della Commissione sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati del 05.02.2008.

[14] Cons. Stato 1.06.2007 sent. n. 2932.

[15] Considerando 32.

[16] E. Codazzi, VIII convegno annuale dell’associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale- “orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 17-18 febbraio 2017.

[17] Cons. di Stato, parere Sez. II, n. 298 del 30 gennaio 2015.

[18] V. N. Durante, L’affidamento in house – Relazione resa al convegno sul tema “sistemi di realizzazione”, organizzato presso il T.A.R. del Lazio il 29 settembre 2016, nell’ambito dei “Workshop su D.lgs. n. 50/2016”, in www.italiappalti.it, 30 settembre 2016.

[19] Cons. di Stato, parere n. 968 del 21 aprile 2016.

[20] Il medesimo refuso era altresì presente nel d. lgs. 175/2016, modificato a seguito del parere 968 del 2016 del Consiglio di Stato.

LA MOTIVAZIONE DELLA VALUTAZIONE PARZIALE NELLA GRIGLIA DI ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI NELLE PROCEDURE CONCORSUALI

La Commissione esaminatrice, nella griglia di valutazione dei candidati, deve esplicitare le ragioni dell'assegnazione del punteggio e indicare, ove previsti, i singoli voti assegnati per ciascuna sub-voce. La posizione di ciascun candidato sede di esecuzione del giudicato.

Francesco Orabona - Pubblicazione, martedì 15 maggio 2018
Redattore: Valeria Lucia

Sommario: 1. Il punteggio numerico equivale a motivazione: brevi cenni; 2. La motivazione nei sottopunti della griglia di valutazione; 3. L'esecuzione del giudicato e la posizione di ciascun candidato della graduatoria

1. Il punteggio numerico equivale a motivazione: brevi cenni.

Da anni si è posta la questione se nell'ambito di un concorso pubblico o di un esame la Commissione giudicatrice, nell'attribuire il voto numerico alle prove sostenute dai candidati o ai titoli proferiti, possa assolvere l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, della L. 7 agosto 1990, n. 241 senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti sempreché apposti criteri di massima posti dalla *lex specialis* siano prefissati dalla medesima Commissione o elaborati in una griglia di valutazione.

Orbene, l'orientamento giurisprudenziale tra i TAR ed il Consiglio di Stato negli ultimi anni ha dato un risultato univoco.

Infatti, secondo alcune pronunce, il punteggio numerico è idoneo a costituire un'espressione sintetica della valutazione tecnica compiuta dalla Commissione senza che quest'ultima debba necessariamente motivare il percorso logico giuridico seguito nell'attribuzione dei punteggi. In particolare si è ritenuto che il voto numerico si ricollega alla prefissazione di criteri puntualmente applicabili ed applicati, con cui l'uso di una griglia di valutazione, preventivamente stabilita, con suddivisione analitica in indicatori e descrittori, espressivi di una scala di valori sufficientemente precisa quanto agli elementi oggetto d'esame ed all'apprezzamento per essi operato, rende comprensibili ai candidati i giudizi operati dalla Commissione esaminatrice e, quindi, soddisfa l'esigenza (sottesa all'obbligo di motivazione) d'imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa e di tutela delle posizioni soggettive^[1].

Un altro indirizzo giurisprudenziale, di segno opposto a quello sopra descritto, è, invece, concorrente ritenere che sia necessaria una motivazione espressa che renda conoscibile al candidato l'iter seguito dalla Commissione esaminatrice nell'attribuzione del punteggio numerico[2].

Di recente sembra invece prevalere il primo indirizzo giurisprudenziale.

Infatti è stato ribadito il principio secondo il quale il voto numerico esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della Commissione, contenendo in sé stesso la motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni o chiarimenti allorché i criteri prefissati di valutazione siano estremamente dettagliati, potendo quindi anche il solo punteggio numerico, di cui sono prestabiliti il minimo e il massimo, essere idoneo a dimostrare la logicità e la congruità del giudizio tecnico, sempreché i criteri di attribuzione dei voti risultano da un'adeguata griglia di valutazione, stabilita "a priori". In tal caso il punteggio numerico, tenuto conto delle superiori indicazioni, vale quale motivazione ai sensi della L. n. 241/1990[3].

2. La motivazione nei sottopunteggi della griglia di valutazione

Nel caso in cui la Commissione giudicatrice, nell'ambito di una procedura concorsuale per titoli e colloquio per l'accesso ad un elevato profilo professionale, abbia redatto per ciascun candidato una griglia di valutazione in base alla quale attribuire i punteggi complessivi delle varie macro-categorie di voci (es. anzianità di servizio, incarichi espletati, pubblicazioni, ecc.) prevedendo nella stessa griglia sottocategorie corrispondenti sotto-voci alle quali assegnare i relativi sotto-punteggi (ad esempio partecipazione a gruppi di lavoro come membro fino ad un massimo di punti 0,3; come responsabile di sottogruppo fino ad un max di 0,5, ecc.)[4], ci si è posta la questione se la medesima Commissione debba necessariamente riportare nei relativi verbali la valutazione parziale cioè i sottopunteggi consentendo ai candidati di conoscere in che modo sia stato determinato il punteggio totale delle varie macro-categorie.

Ebbene, in un primo momento il Giudice amministrativo in alcune pronunce (cfr. T.A.R. Lazio I Sez. III Quater, 20.11.2012, n. 9608; Consiglio di Stato sez. VI 13 giugno 2012, n. 3492) ha ritenuto che la Commissione, allorché si limita alla descrizione analitica nei verbali delle categorie valutabili ricollegando ad esse i vari sottocriteri dalla stessa elaborati ai fini della ripartizione dei punteggi massimi assegnati dal bando per ogni categoria valutabile, già compie una valutazione sufficiente in termini numerici delle diverse categorie di titoli e ciò consente alla stessa di ricostruire in modo sufficiente l'iter logico-giuridico nell'assegnazione del punteggio. Quindi in presenza di criteri predefiniti il voto numerico è sufficiente per la valutazione dei titoli[5].

Di recente la Giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 27.04.2015, n. 2119; TAR

Roma, Sez. III, 30.05.2017, n. 6392), contrariamente al pregresso orientamento, ha espressamente il principio secondo cui la Commissione esaminatrice quando si auto-valutando prevedendo una griglia articolata di criteri di valutazione con un punteggio massimo assegnabile eventuali sottopunteggi, deve poi esplicitare le ragioni dell'assegnazione di quel determinato voto e indicare, ove previsti, i singoli voti assegnati per ciascuna sub-voce. Se la commissione si limita a indicare, accanto alla "grande voce" un voto complessivo numerico il candidato non riesce a comprendere i motivi per i quali si è pervenuto a quel risultato. Tale principio è ancor più rigido nelle selezioni concorsuali laddove si tratti di valutare prove per soli titoli[6].

3. L'esecuzione del giudicato e la posizione di ciascun candidato della graduatoria.

All'esito della statuizione del Giudice amministrativo che impone all'Amministrazione una motivazione dei punteggi nel senso di esplicitare i vari sub-punteggi in relazione alla parte interessata, l'Amministrazione è tenuta a ricostituire la Commissione al fine di dare piena esecuzione al giudicato. In tal caso, la Commissione, in sede di rinnovazione della procedura valutativa, ha il compito di rendere espliciti, ove esistenti, i punteggi parziali delle sub voci che avevano determinato i punteggi delle singole voci già assegnati a suo tempo, senza procedere ad alcuna nuova valutazione dei titoli dei candidati né tantomeno alla ridefinizione o integrazione dei criteri stabiliti in precedenza dalla Commissione[7].

Talvolta può accadere che l'Amministrazione dia parziale esecuzione alla statuizione del Collegio in sede di rinnovazione della procedura dichiarata illegittima nel senso che la Commissione, nuovamente incaricata, proceda a riesaminare la posizione del solo candidato ricorrente.

A tal riguardo, appare evidente che trattandosi di una procedura concorsuale, la posizione di ciascun candidato della graduatoria impugnata deve essere valutata in relazione a quella di tutti gli altri partecipanti, con la conseguenza che sussiste l'interesse della parte ricorrente a conoscere non solo i propri punteggi parziali, ma anche quelli riportati dagli altri candidati nella medesima procedura. In caso di restituzione della dichiarata illegittimità del procedimento seguito dalla Commissione (nell'ipotesi in cui sono noti solo i punteggi complessivi assegnati ma non quelli parziali) coinvolge tutti i casi in cui il procedimento è stato seguito e dunque anche l'attribuzione dei punteggi relativi agli altri candidati. Di solito sono convenuti nel medesimo giudizio in qualità di controinteressati. Ciò in caso di accertamento dell'illegittimità di una fase del procedimento travolge tutte le restanti fasi del procedimento, con la conseguenza che tutte le operazioni devono essere rinnovate a partire dal momento nel quale il vizio è verificato. La Commissione, dunque, nell'ambito del percorso di rivalutazione dei punteggi deve indicare nella griglia di ciascun candidato della procedura, accanto al punteggio complessivo delle macro-voci, i voti delle singole sub-voci che hanno determinato il raggiungimento del punteggio complessivo.

attribuito agli stessi candidati nell'ambito della macro-voce. In tal modo, la Commissione, in esecuzione della sentenza, è in grado di fornire la garanzia di uniformità dei criteri di valutazione di tutti i candidati senza limitarsi a riesaminare esclusivamente la posizione dell'unico candidato menzionato nella statuizione da attuare[8].

Note e riferimenti bibliografici

[1] T.A.R. Lazio Roma Sez. I ter, 29-11-2014, n. 12000; Cons. Stato Sez. VI, 27-08-2014, n. 4348; T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 21-07-2014, n. 1891; T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. II Sent., 14-04-2008, n. 407.

[2] T.A.R. Sicilia Palermo Sez. II Sent., 09-09-2009, n. 1492; T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 07-02-2013, n. 117; Cons. Stato Sez. V Sent., 01-09-2009, n. 5145.

[3] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato Sez. V, 23-03-2018, n. 1860; Cons. Stato Sez. V, 07-12-2017, n. 5770; Cons. Stato Sez. V, 07-12-2017, n. 5775; T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, 24-05-2017, n. 6171.

[4] Le commissioni, di solito, predispongono una scheda individuale nel quale si riporta la grande voce e il voto finale complessivo. Così, ad esempio per la voce attività ordinaria il punteggio massimo è di 16 e per la voce percorso formativo il punteggio fino ad un massimo di 3, ecc; nell'ambito di queste voci sono inserite le sottovoci, rispettivamente, nella prima, partecipazione a gruppi di lavoro come membro fino ad un massimo di 0,7...; nella seconda, per dottorato di ricerca fino ad un massimo di 1,5 punti ecc.

[5] Si trattava dell'impugnazione della graduatoria per un concorso di elevato profilo professionale (dirigente di ricerca di I livello) all'esito della quale la Commissione esaminatrice aveva provveduto a inserire nella scheda di valutazione del candidato ricorrente soltanto il punteggio complessivo delle macro voci senza riportare il punteggio delle singole micro voci e, pertanto, tale omissione non permetteva all'istante di conoscere l'iter logico seguito dall'Organo valutativo nell'assegnazione del punteggio complessivo.

[6] In tal caso appare evidente il mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale in materia atteso che si è in presenza di una procedura concorsuale bandita da Ente pubblico di ricerca per profili di elevata professionalità in cui si richiede a carico della Commissione una valutazione molto rigorosa dei candidati quali sono selezionati in virtù del solo esame dei titoli professionali e curriculari ed a seguito di colloquio. Stante la specificità della procedura, non è prevista alcuna una prova d'esame scritta. Tale principio trova quindi, applicazione per tutte le procedure concorsuali analoghe a quella oggetto di tali giudizi.

[7] Cons. Stato, Sez. VI, 21.02.2017, n. 800: con tale pronuncia il Collegio imponeva alla Commissione esaminatrice di porre in esecuzione il giudicato mettendo in evidenza il principio dell'obbligo di motivare vari sottopunteggi della griglia di valutazione di ciascun candidato.

[8] T.A.R. Sardegna, 06-08-2003, n. 1006.

CLAUSOLE CLAIMS MADE: AUTONOMIA CONTRATTUALE E PROFILI DI MERITEVOLEZZA. UN SGUARDO DOPO L'ORDINANZA DI RIMESSIONE.

L'inserzione di clausole "a richiesta fatta" nel corpo dei contratti assicurativi, determinando taluni profili di atipicità, ha posto molteplici nodi interpretativi, di particolare riferimento alla meritevolezza degli interessi perseguiti. Commento recente sentenza n. 10506 del 28 aprile 2017 della Corte di Cassazione.

Floriana Curcio - Pubblicazione, mercoledì 16 maggio 2018
Redattore: Massimiliano Pace

Con ordinanza n. 1456 del 19 gennaio 2018, le **Sezioni Unite** sono state investite da questioni interpretative afferenti ai contratti assicurativi.

In particolare, l'**ordinanza della terza Sezione Civile** ha rimesso al Supremo Collegio la soluzione di due quesiti: da un lato, quello relativo all'ammissibilità di una definizione pattizia di sinistri; dall'altro, quello riguardante la meritevolezza della clausola che esclude la risarcibilità delle richieste postume rispetto alla scadenza del contratto.

In particolare, per effetto della finestra di dialogo aperta dall'ordinanza di rimessione, le S.U. dovranno chiarire **se sia corretto il principio** secondo cui nell'assicurazione della responsabilità civile si ritiene sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola secondo cui la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non avvengono in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti nel momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito.

Lasciando in disparte la trattazione della prima problematica -riconducibile ad un piano di valutazione differente-, l'ultimo quesito impone di tracciare il perimetro normativo e giurisprudenziale applicabile al vaglio dei giudici di legittimità.

In ambito assicurativo, l'articolo 1917 c.c. prevede che la responsabilità dell'assicurato è coperta dal contratto per tutti i sinistri avvenuti sotto la vigenza dello stesso, sebbene la richiesta di risarcimento sia formulata successivamente.

In proposito, con termine anglosassone, si parla di "*loss occurrence*" cioè di clausola ad insorgenza al danno. Per contro, con l'espressione "*claim made*", cioè a richiesta fatta, si identificano quelle clausole

volte a coprire i danni denunciati durante la vigenza del regolamento negoziale, indipendente dalla data della loro verifica. Ne deriva che **l'inserzione di una clausola c.d. claim made contratto assicurativo determina una traslazione dell'alea** -cioè del rischio contratto **dall'evento di danno alla denuncia del danno da parte del terzo danneggiato.**

Orbene, l'evoluzione commerciale ha registrato il passaggio delle polizze stipulate per la responsabilità civile dei professionisti -in particolare di quelli operanti nel settore sanitario- dal regime del c.c. occurrence a quello del c.d. claims made, tipico dei mercati nordamericani.

Invero, il modello loss occurrence è risultato falloso per taluni aspetti. In primo luogo, vi era, tal difficoltà di individuare il momento in cui il fatto si era verificato al fine di stabilire l'efficacia polizza. Inoltre, e soprattutto, il massimale di copertura indicato nel contratto a suo tempo stip spesso si rivelava, poi, essere insufficiente, in ragione dei mutamenti economici o della previsioni nuove ed ulteriori ipotesi risarcitorie.

Nella prassi sono ricorrenti **due species di clausole c.d. claims made**: le clausole claims made pure e le claims made c.d. impure o miste.

Con le clausole del primo tipo l'assicuratore assume l'obbligo di garantire l'assicurato per tutte le richieste di risarcimento avanzate durante la vigenza del contratto, indipendentemente dal periodo in cui si è verificato il fatto da cui ha origine la richiesta di risarcimento.

Le clausole c.d. impure o miste sono, invece, caratterizzate da una maggiore restrizione della garanzia assicurata. Esse fanno dipendere l'operatività della garanzia dalla ricorrenza sia del fatto illecito che della richiesta di risarcimento durante il periodo di vigenza del contratto.

L'innesto di clausole di ascendenza straordinariamente in una fattispecie contrattuale tipica ha portato di fianco a una serie di rilievi critici, evidenziatisi negli orientamenti giurisprudenziali che in materia sono stratificati.

Innanzitutto, si è posto il problema della liceità di tali clausole sotto il profilo della vessatorietà.

Sul punto sono intervenute le **Sezioni Unite** della Corte di Cassazione con sentenza n. 9140/2017, nelle quali hanno analizzato la natura giuridica delle clausole claims made al fine di chiarire se le stesse abbiano l'effetto di determinare una limitazione della responsabilità a favore delle Compagnie di assicurazione ovvero se, al contrario, si tratta di clausole volte legittimamente ad individuare il rischio assicurato, incidendo sull'oggetto del contratto e, quindi, sulla prestazione. **Le S.U. evidenziano la clausola claim made, nel limitare la garanzia assicurativa, non circoscrive la responsabilità**

dell'assicuratore, ma solo l'oggetto del contratto.

Sulla scorta di tale assunto, giungono ad enunciare il principio di diritto secondo cui, nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, la clausola c.d. claims made mista o impura, che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati, non è vessatoria.

Tuttavia, la clausola claims made impura può essere considerata vessatoria e, quindi, dichiarata nulla in due ipotesi. La prima ipotesi è quella in cui la clausola in discorso sia dedotta in un contratto stipulato tra professionista e consumatore. In tal caso, ove il contenuto della clausola determini, a vantaggio del contraente debole, uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, la clausola può essere dichiarata nulla ai sensi dell'art. 36 del d. lgs. n. 206/2005.

La seconda ipotesi si determina allorché il giudice rilevi un difetto di meritevolezza ai sensi dell'**art. 1322, comma secondo, c.c.** In proposito le Sezioni Unite hanno affermato che *la clausola di "claims made" pura, che non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutano del tutto la rilevanza dell'epoca di commissione del fatto illecito, mentre l'esito dello scrutinio sembra assai problematico con riferimento alle clausole c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi in cui durante il tempo dell'assicurazione intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento".*

Sostanzialmente il Giudice di legittimità ha affermato che le clausole claims made c.d. impure sono tendenzialmente immeritevoli di tutela. Viceversa, quelle pure, coprendo anche eventi verificatisi fuori della vigenza del contratto, sono tendenzialmente meritevoli di tutela poiché tendono a riequilibrare il rapporto assicurativo tra il periodo finale di copertura della polizza e quello in cui si è verificato il danno. Tuttavia, non è escluso che, rispetto a queste ultime, il giudice di merito possa, comunque, operare un giudizio di meritevolezza sulla singola clausola oggetto di controversia.

Ciò posto, la giurisprudenza si è interrogata circa il significato da ascrivere al principio di meritevolezza degli interessi e, quindi, sulla portata del sindacato giudiziale sulla meritevolezza.

La **Corte di Cassazione, con sentenza n. 10506 del 28 aprile 2017**, nel pronunciarsi in un giudizio relativo alla validità di una clausola claims made c.d. pura, ha chiarito i confini della questione. Ha fatto individuando tre ipotesi in cui un contratto deve ritenersi immeritevole di tutela. La prima ipotesi è quella in cui un contratto attribuisce un vantaggio ingiusto o sproporzionato ad una delle parti. La seconda si materializza quando il regolamento pattizio pone una delle parti in posizione

indeterminata soggezione rispetto all'altra. Infine, l'immeritevolezza è ravvisabile quando il contratto costringe uno dei contraenti a tenere condotte contrastanti con i superiori doveri di solidità costituzionalmente imposti.

La Cassazione aggiunge che la meritevolezza non si esaurisce nella liceità del contratto, dell'oggetto o della sua causa, ma costituisce un giudizio autonomo relativo non al contratto in sé, ma al risultato da esso perseguito, alla luce della teoria economico-individuale del contratto. Il risultato perseguito è immeritevole quando è contrario alla coscienza civile, all'economia, all'ordine pubblico o al buon costume. Detto altrimenti, il contratto è immeritevole di tutela quando la sintesi dei suoi contenuti contrasta con i principi di solidarietà, di parità e di non prevaricazione che l'ordinamento giuridico pone a fondamento dei rapporti tra privati. In tal modo, attraverso il sindacato sul merito, i principi costituzionali ricevono diretta applicazione al regolamento contrattuale.

Sulla scorta dei criteri enunciati, la Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, discosta dal solco tracciato dalla precedente del 2016, ha affermato che la clausola *claims made*, anche se non è priva di copertura ultrattiva rispetto alla scadenza della polizza, è sempre immeritevole di tutela e, pertanto, nulla.

La divergenza si radica su una diversa linea interpretativa dell'art. 1322, comma secondo

Infatti, le S.U. del 2016 hanno ricondotto il giudizio di meritevolezza all'esigenza di verificare l'esistenza di un equilibrio sinallagmatico tra le parti contrattuali. Così facendo, a valle, per ascrivere la meritevolezza tra gli elementi -o requisiti, come taluna parte della dottrina anche ha sostenuto, si sono strutturali del contratto. Al contrario, la Cassazione del 2017, identifica il sindacato giudiziale sulla meritevolezza con una valutazione di conformità tra il patto negoziale ed i principi costituzionali. Pertanto, la meritevolezza non è un elemento del contratto, ma un giudizio sullo stesso che si identifica in una valutazione di aderenza o di contrasto del patto negoziale ai principi costituzionali.

Ciò posto, spetterà, dunque, ai giudici a quibus, all'esito di un percorso argomentativo approfondito e analitico, risolvere il contrasto, aderendo all'una o all'altra delle soluzioni prospettabili.

In tema di clausole *claims made*, leggi anche gli altri approfondimenti già pubblicati in questa Rivista:

["Le Sezioni Unite fanno il punto sulle clausole *claims made*: via al vaglio di meritevolezza"](#) di Rosa Mugaver

["Assicurazioni professionali e clausole *claims made*"](#) di Rosa Mugavero.

IL DANNO DA LESIONE ALLA REPUTAZIONE È DANNO-CONSEGUENZA: DEVE ESSERE ALLEGATO E SPECIFICAMENTE PROVATO

La Cassazione, con ordinanza n. 9385 del 16.04.2018, ha ribadito l'orientamento ormai dominante, in tema di danno da lesione alla reputazione, secondo il quale tale danno non può essere qualificato come danno-evento "in re ipsa", dovendo essere allegato e specificamente provato dal danneggiato.

Laura Martinelli - Pubblicazione, giovedì 17 maggio 2018
Redattore: Valeria Lucia

Sommario: 1. Brevi cenni sul danno non patrimoniale 2. La risarcibilità del danno da lesione alla reputazione

1. Brevi cenni sul danno non patrimoniale.

L'art. 2059 c.c. ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale "solo nei casi determinati legge". Tale disposizione disegna una risarcibilità della suddetta categoria di danno, pertanto, sole ipotesi strettamente tipiche, ossia direttamente previste dalla legge: si pensi all'art. 185 c.p. ammette la risarcibilità di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, che siano conseguenza commissione di una fattispecie di reato. In effetti, al di là delle ipotesi di danni discendenti commissione di un reato, sono ben rare le ipotesi in cui la legge delinea una specifica risarcibilità danni non patrimoniali. In un primo momento, questo sistema di risarcimento del danno patrimoniale nelle sole ipotesi tipicamente previste si poneva in perfetta continuità e coerenza logica sottesa al Codice Civile del 1942, in base al quale il diritto privato deve interclusivamente a tutela di interessi eminentemente economico-patrimoniali.

Ben presto, tuttavia, i binari della tipicità del danno non patrimoniale diventarono troppo stretti per garantire una tutela adeguata di determinati valori costituzionalmente rilevanti, la cui lesione doveva essere suscettibile di determinare conseguenze risarcitorie, a prescindere da una specifica disposizione di legge in tal senso. Il primo sintomo di questa insofferenza nei confronti della stretta tipicità dell'art. 2059 c.c. si manifestò con il famoso "caso Gennarino", riguardante il figlio di un calzolaio coinvolto in seguito di incidente stradale il cui responsabile non fu mai individuato, aveva riportato lesioni fisiche irreversibili: la tutela risarcitoria di tali lesioni fisiche non poteva essere agganciata all'art. 2059, in quanto il risarcimento di un danno non patrimoniale, poiché nel caso di specie non era stata accertata l'esistenza di una fattispecie di reato; né poteva essere sussunta nel generale risarcimento del danno patrimoniale.

patrimoniale ex art. 2043, *sub specie* di propagazione oggettiva patrimoniale della lesione e poiché, in considerazione delle prospettive lavorative del danneggiato (destinato a compiere la professione di calzolaio), le riportate lesioni fisiche non avevano compromesso in alcun modo le aspettative di guadagno futuro.

Per superare la descritta problematica, intervenne la Corte Costituzionale, con storica sentenza n. 1 del 1986, con cui si sancì che la lesione del diritto alla salute dovesse trovare tutela risarcitoria in base all'art. 2059 c.c., ma già in base all'art. 2043 c.c., norma diretta a tutelare il patrimonio inteso in senso estensivo, come comprensivo non solo dei beni patrimoniali in senso stretto, ma anche della salute, costituzionalmente tutelato all'art. 32 Cost. In base a questa sentenza, poi, la giurisprudenza arrivò a riconoscere la risarcibilità anche del cd. danno esistenziale, in base all'art. 2043 c.c., e decise di prescindere dall'accertamento della commissione di un reato: tale danno si sostanzia nella lesione dei diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dall'art. 2 Cost.

Ma il vero, definitivo passo in avanti è stato compiuto dalla Cassazione, che, a partire dal 2001, ha ripensato completamente il sistema del risarcimento del danno non patrimoniale. Il ragionamento dei giudici di Piazza Cavour è stato sostanzialmente il seguente: il fondamento normativo ricavato dall'art. 2059 c.c. per la risarcibilità dei danni non patrimoniali può essere rinvenuto nelle norme costituzionali che tutelano i valori fondamentali della persona. In tal modo, si superano i limiti della stretta tipicità del danno non patrimoniale, arrivando ad ammettere che, laddove il danno in questione concerna interessi costituzionalmente tutelati, esso possa essere risarcito anche in assenza dell'accertamento della commissione di un reato. Viceversa, nei casi in cui il danno non patrimoniale concerna interessi non costituzionalmente rilevanti, riemergono i binari della tipicità delineati dall'intervento della Cassazione, e, pertanto, il danno sarà risarcibile solo in presenza di un reato.

2. La risarcibilità del danno da lesione alla reputazione.

Nell'ambito dei danni ritenuti risarcibili dalla giurisprudenza, sulla base del combinato disposto dell'art. 2059 c.c. e le norme costituzionali che tutelano i valori fondamentali della persona, si è sviluppato il danno da lesione alla reputazione, o cd. danno all'immagine. Il fondamento costituzionale del danno, in particolare, è stato rinvenuto dalla Cassazione negli artt. 2 e 3 Cost., che tutelano rispettivamente i diritti fondamentali della persona e l'uguaglianza formale e sostanziale tra gli individui. Il danno da lesione alla reputazione lede la dignità della persona e mina l'immagine che essa si presenta al mondo, insinuando elementi e circostanze, non corrispondenti al vero, che incidono sulla sua immagine sociale.

In merito al danno da lesione alla reputazione, si è ingenerato un dibattito in giurisprudenza

riguardo, in particolare, alla natura giuridica di tale danno e alla conseguente ripartizione dell'onere della prova.

In un primo momento, infatti, la Cassazione aveva qualificato il danno alla reputazione come danno-evento, ovverossia come lesione diretta di un interesse giuridicamente (e costituzionalmente) rilevante dell'individuo: ne discendeva, di conseguenza, la non necessità di una prova specifica delle conseguenze che il danno avesse prodotto nella sfera giuridica del danneggiato, bastando la condotta potenzialmente lesiva della reputazione del soggetto, la quale veniva considerata astratta (*cf.* Cassazione n. 16543 del 28.09.2012; cd. danno da lesione alla reputazione *in re ipsa*).

Successivamente, tuttavia, si iniziò ad avvertire un'esigenza di superamento del concetto di "danno-evento", il quale deve essere inteso come elemento costitutivo dell'illecito aquiliano (art. 2043 c.c., *sub specie* di danno ingiusto, rilevando, perciò, sotto il profilo dell'*an* del diritto al risarcimento del danno; tuttavia, ai fini della valutazione del *quantum* del risarcimento spettante al danneggiato, si dovrà guardare al cd. danno-conseguenza, consistente nel complesso delle conseguenze pregiudizievoli cagionate nella sfera giuridica dell'individuo, tanto patrimoniale quanto non patrimoniale, a causa dell'illecito subito. In questa ottica, pertanto, si è accolta una nozione di danno da lesione alla reputazione non più come danno-evento, sussistente, perciò, *in re ipsa*, ma come danno-conseguenza. Rilevanti le ricadute in punto di onere probatorio: mentre, come si è affermato la natura di danno-evento del danno alla reputazione, il danneggiato avrebbe avuto l'onere di provare il fatto causativo del danno ingiusto alla sua "immagine sociale"; sostenendo invece la sua natura di danno-conseguenza, viene addossato sul danneggiato un onere probatorio decisamente più rigoroso, dovendosi provare non soltanto il fatto illecito, ma anche le conseguenze pregiudizievoli che lo stesso abbia prodotto alla reputazione dello stesso. Si pensi, ad esempio, alla perdita di un'occasione lavorativa, dipendente dalla cattiva reputazione di "fannullone", acquisita in causa di altrui diffamazione.

Tale è stato, peraltro, l'orientamento espresso dalla Cassazione, da ultimo, con ordinanza n. 9381 del 16.04.2018, nella quale si è inteso ribadire nuovamente la qualifica del danno da lesione alla reputazione come danno-conseguenza, rifuggendo dagli orientamenti che lo qualificavano come danno-evento *in re ipsa*.

Il caso da cui prende le mosse la suddetta ordinanza attiene ad un soggetto che agiva in giudizio ritenendo di essere stato leso nella sua reputazione, a causa di un'informazione pervenuta da una società di intermediazione finanziaria alla banca dati relativa al merito creditizio (cd. CRIF), per il mancato pagamento delle rate di un contratto di mutuo stipulato dal ricorrente, al fine di acquistare un bene di consumo. La lesione alla reputazione si sarebbe prodotta, poiché l'inserimento del nome

all'interno della suddetta banca dati produce l'effetto di qualificare il soggetto attenzionato "cattivo pagatore", con tutte le conseguenze che ne possono derivare per il futuro ottenimento di prestiti. Ebbene, il ricorrente lamentava che la segnalazione effettuata dall'intermediario finanziario fondeva, in realtà, su un contratto di mutuo sottoscritto con firma apocrifa, dallo stesso ricorrente, immediatamente disconosciuta. Tuttavia, nonostante la doglianza si presentasse come astratta, fondata, in concreto la Cassazione giunge al rigetto della domanda risarcitoria avanzata dal ricorrente per mancanza di prova. Il ricorrente, infatti, aveva genericamente richiesto il risarcimento del danno alla reputazione, senza addurre alcun elemento atto ad evidenziare le effettive conseguenze pregiudizievoli che l'iscrizione del suo nominativo al CRIF avrebbe prodotto (come, ad esempio, difficoltà di accedere nuovamente ad erogazione di credito, ovvero l'ottenimento di credito con tassi di interesse più elevati, stante la sua reputazione di "cattivo pagatore").

La Suprema Corte, infatti, coglie l'occasione per ribadire come il danno non patrimoniale da lesione di interessi costituzionalmente rilevanti non possa essere qualificato come danno-evento *in re ipsa* dovendo essere oggetto di specifica prova da parte del danneggiato che ne richieda il risarcimento. Tuttavia, i giudici non mancano di riconoscere come, per la particolare difficoltà di ricorrere alla prova delle conseguenze dannose che si produrranno solo in un momento futuro (ancora una volta si richiama all'esempio della difficoltà, futura ed eventuale, di accedere ad erogazione di credito, a causa della cattiva reputazione formatasi), sia ben possibile ricorrere a valutazioni prognostiche, ovvero a presunzioni, purché basate su elementi oggettivi che è sempre onere del danneggiato offrire.

La *ratio* che ha spinto la giurisprudenza di legittimità a superare la tesi del danno non patrimoniale da lesione di interessi costituzionalmente rilevanti come danno-evento *in re ipsa* può rinverire nell'intrinseca natura del diritto al risarcimento del danno nel nostro ordinamento: deve trattarsi di un risarcimento volto a ristorare il danneggiato delle conseguenze dannose prodottesi nel suo patrimonio a causa del fatto lesivo, non dovendosi, invece, tradurre in un onere patrimoniale posto a carico del responsabile per il solo fatto illecito commesso, poiché altrimenti si rientrerebbe nella categoria dei *punitive damages*. Pertanto, il danno da lesione alla reputazione può essere risarcito sulla base del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 2 e 3 Cost., ma il danneggiato deve offrire una prova concreta, sia pur basata su presunzioni e valutazioni prognostiche, delle effettive conseguenze dannose da cui il fatto illecito abbia cagionato nella sua sfera giuridica.

IL RISARCIMENTO DEL DANNO CAUSATO AD UNA ATTIVITÀ ECONOMICA DAL RITARDO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Una breve riflessione sulla pronuncia del Consiglio di Stato sul diritto al risarcimento del danno in capo al soggetto leso, qualora il comportamento osta della Pubblica Amministrazione generi un ingiusto ritardo tale da danneggiare un'attività economica.

Elena Dall'olio - Pubblicazione, venerdì 18 maggio 2018
Redattore: Giuseppe Ferlisi

Sommario: [1. La questione affrontata dal Consiglio di Stato](#); [2. La modalità di quantificazione del danno.](#)

1. La questione affrontata dal Consiglio di Stato

La sentenza del Consiglio di Stato n. 1457 del 6 marzo 2018 statuisce un nuovo principio in tema di quantificazione del danno.

In modo particolare, una società salentina aveva presentato al Comune competente un progetto finalizzato alla ristrutturazione di alcuni trulli ubicati su un'area, di proprietà della stessa, e ad un'estensione pari a 40 mila mq., prevedendo altresì l'implementazione della zona con manufatti rimovibili in legno (come pedane con ombrelloni e un chiosco bar) idonei all'esercizio di attività turistico balneare.

La zona coinvolta dal restauro e dalla trasformazione edilizia era munita di titoli abilitativi consistenti *ab origine*, poiché a seguito della presentazione dell'istanza avvenuta nel 2003, nel 2004 la Soprintendenza per i Beni Archeologici autorizzava la realizzazione dell'intervento e nel 2006 veniva conseguito pure il nulla osta paesaggistico, rilasciato dal Comune e confermato poi dalla Soprintendenza per i Beni Culturali. All'esito dell'acquisizione di tutti gli atti autorizzatori, il Comune rilasciava il permesso di costruire, di talchè la società avviava i lavori necessari per la realizzazione del progetto, effettuando altresì un notevole esborso.

Solamente un anno dopo l'inizio dei lavori, sopravveniva un provvedimento di sospensione in materia emesso dalla Soprintendenza per i Beni Archeologici, a fondamento del quale, erano sostenute svariate difformità tra le previsioni contenute nel progetto ed i lavori in corso ed alcuni presunti danni archeologici da tutelare.

I titoli abilitativi dell'area *de quo* venivano quindi sospesi, successivamente revocati ed susseguiti da reiterati decreti di occupazione dell'area nonostante l'annullamento giurisdizionale di questi ultimi da parte del TAR locale.

La condotta tenuta dalla P.A. poneva in essere una palese violazione del principio di legittimità, il quale impone l'attenta salvaguardia delle situazioni soggettive consolidate per comportamenti idonei ad ingenerare una 'fiducia' nel destinatario. Nel caso di specie la Soprintendenza aveva autorizzato l'iniziativa imprenditoriale e di conseguenza la società, con buona fede e fattibilità, aveva effettuato significativi investimenti.

In totale spregio della concessione dei titoli abilitativi, la Soprintendenza per i Beni Archeologici Puglia paralizzava l'impresa per quasi due anni, per un'asserita tutela del valore archeologico, storico e architettonico insito in quell'area.

Quanto descritto si è poi tradotto in un vero e proprio 'accanimento' della Pubblica Amministrazione perpetrato senza alcuna giustificazione: in modo particolare quanto posto in essere, oltre che sproporzionato rispetto al fine perseguito, è da considerarsi completamente distante dai principi di correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione.

Il comportamento della P.A. ha così provocato un notevole pregiudizio economico in capo alla società, quantificato in un mancato introito di utili per quasi due anni, data la completa paralisi dell'attività turistico-balneare esercitata dalla medesima.

Una volta risolta la questione, vale a dire nel momento in cui è stato possibile riattivare l'iniziativa imprenditoriale, il soggetto leso ha azionato una tutela risarcitoria, richiedendo al Ministero il congruo ristoro per quanto patito: è stato infatti accertato il nesso di causalità tra l'illegittimità degli atti di revoca/occupazione ed il pregiudizio derivante dall'arresto dell'attività imprenditoriale.

2. La modalità di quantificazione del danno

I Giudici di Palazzo Spada, hanno applicato il principio di *accountability*, hanno cioè considerato "l'impatto che l'attività amministrativa produce sulla sfera dei cittadini e delle imprese e che l'impatto deve essere quantificato", posto che esso non può essere ridotto alla mera considerazione dell'interesse pubblico prevalente.

In modo particolare si è asserito che, in linea con le considerazioni effettuate sull'impatto economico effettivo dell'attività amministrativa nei confronti delle iniziative private, esso vada quantificato nella sua portata concreta. Il pregiudizio patito dal privato scaturito dall'a

illegittima è riferibile ad una triplice voce di danno, vale a dire al mancato funzionamento dell'impianto produttivo, al mancato svolgimento dell'attività d'impresa ed al mancato percepimento dei guadagni: tutto ciò è stato adeguatamente motivato col criterio della causalità adeguata all'art. 1223 Cod. Civ. in base al quale “è risarcibile il danno conseguenza immediata e diretta dell'illecito”, tale per cui devono essere risarciti pure le conseguenze indirette dell'illecito, a patto che siano normali e prevedibili. La Cassazione, in quest'ambito, ha infatti ritenuto risarcibile anche il danno mediato derivato da una sequenza fattuale di eventi traenti origine dal fatto originario, secondo la regola probatoria del “più probabile che non” (In questo senso Cass. Civ., sez. III, n. 29 febbraio 2016, n. 3893)

Il Consiglio di Stato nella sentenza del 6 marzo 2018 ha statuito che la quantificazione del danno doveva tener conto delle conseguenze immediate e dirette ed essere parametrata solamente in base ai utili perduti risultanti dai bilanci depositati, non dovendo ricorrere altresì a consulenze esterne e a esigenze di economia processuale a causa “del lungo tempo già trascorso dall'epoca del danno”.

Sicuramente questo è un principio innovativo, il quale ha sorpassato i parametri di equità e di riconoscimento di importi prettamente forfettari e che accorda una vera e propria tutela all'attività imprenditoriale, tenendo così ben presente il principio volto ad incrementare la competitività del Paese.

Il Consiglio di Stato ha ragionato su quanto sarebbe accaduto senza i continui impedimenti provenienti dalla P.A.: ciò che ne è scaturito è che l'imprenditore ha diritto al risarcimento, poichè gli utili che avrebbe potuto percepire nei due anni di mancata attività sono di sua spettanza e il preciso importo dei danni va ora desunto dai bilanci relativi al periodo in cui l'imprenditore ha operato “a regime”.

L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO CHIARISCE LA PORTATA DELL'ART. 67 CODICE ANTIMAFIA.

Nota a Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., (ud. 13-12-2017) 06-04-2018, n. 3. Anche pretesa risarcitoria derivante da giudicato viene preclusa all'impresa interdetta

Daniele Scaramuzzino - Pubblicazione, domenica 20 maggio 2018
Redattore: Valeria Lucia

La decisione in commento riguarda il tema, ancora oggi particolarmente dibattuto, determinazione della esatta latitudine applicativa dell'informativa antimafia interdittiva, in base alla normativa contenuta negli artt. 84 e ss. D.lgs. 159/2011.

Essa rappresenta strumento di indubbio rilievo nel contrasto al processo di espansione delle imprese interessate, in varia misura, dal fenomeno delle infiltrazioni mafiose.

La giurisprudenza ne enfatizza il carattere di misura di tipo cautelare e preventivo, tesa, al contempo, alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del regolare andamento della Pubblica Amministrazione^[1].

In sostanza, trattasi di istituto polivalente, in grado di arginare il fenomeno del riciclaggio di capi di provenienza illecita tramite lo svolgimento di attività imprenditoriale in favore della P.A. (in ogni forma di rapporto negoziale con la stessa), nonché, più in generale, ad arrestare ogni flusso di danaro pubblico nei riguardi dell'azienda interdetta, con privazione della possibilità di ottenere erogazioni a qualsiasi titolo.

Segnatamente, l'art. 94 D.Lgs 159/2011 (rubricato "Effetti delle informazioni del prefetto"), statuisce al co. 1, che "Quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni."

La norma richiama pertanto, a carico del soggetto sottoposto ad interdittiva antimafia, l'impossibilità di essere parte dei rapporti enumerati dall'art. 67, co. 1^[2] dello stesso Codice, tra i quali, per quanto diretto interesse ai fini della presente disamina, quelli previsti dalla lettera g) (ossia l'

beneficiario di “*contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Con europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali*”).

La pronuncia dell’Adunanza Plenaria viene invocata dalla sezione remittente al fine di dirimere dubbi ermeneutici inerenti la perimetrazione del divieto, nei confronti dell’impresa infiltrata ottenere “provvidenze” pubbliche comunque denominate.

Il caso sottoposto al Supremo Consesso amministrativo, dalla cui disamina occorre partire al fine di evidenziare la *ratio* della pronuncia, può sintetizzarsi nei termini che seguono: una società ottenne un contratto proprio favore, in giudizio instaurato avverso il Comune di Torraca, una pronuncia risarcitoria per l’illegittima mancata aggiudicazione dell’appalto relativo all’esecuzione di lavori di bonifica costosa (sentenza n. 644/2014 della V Sezione del Consiglio di Stato); a seguito di tale decisione l’ente pubblico si attivava per la corresponsione del dovuto, quando la Prefettura di Cosenza gli notificava una informativa interdittiva antimafia ai sensi degli artt. 84, co. 3 e 91, co. 6, D.Lgs. n. 159 del 28 settembre 2011, relativa alla società creditrice dell’obbligazione risarcitoria; ne seguì la mancata corresponsione delle somme statuite nel titolo giudiziale e l’esperimento, da parte del Comune di Torraca, di ricorso per revocazione dello stesso, motivato essenzialmente in funzione della emessa del provvedimento interdittivo; tale iniziativa veniva in seguito respinta dal Consiglio di Stato, con sentenza 16 marzo 2016 n. 1078^[3]; ottenuta una decisione favorevole anche in sede di revoca, l’impresa decideva di attivare giudizio di ottemperanza per l’esecuzione della sentenza n. 644/2014 della V Sezione del Consiglio di Stato; quest’ultimo originava la rimessione del caso all’Adunanza Plenaria.

In particolare, la sezione remittente evidenziava due questioni essenziali che apparivano meritevoli dell’intervento nomofilattico del Supremo Consesso amministrativo. La prima consisteva nel stabilire “*se la previsione di cui al comma 1, lettera g), dell’articolo 67 del ‘Codice delle leggi antimafia’ possa essere intesa anche nel senso di precludere il versamento in favore dell’impresa delle somme dovute a titolo risarcitorio in relazione a una vicenda sorta dall’affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto.*”.

La seconda riguardava il quesito, collaterale al primo, inerente alla possibilità che possa risultare ostacolo, rispetto all’effetto preclusivo sopra ipotizzato, il carattere di cosa giudicata della decisione statuente il diritto al risarcimento dei danni.

In relazione al primo quesito si afferma come l’esegesi del divieto di cui alla lettera g) dell’articolo 67 appaia suscettibile di duplice interpretazione, in funzione al criterio esegetico adottato. Ed in

ricorrendo ad una interpretazione di carattere puramente letterale, potrebbe giungersi ad una esclusione della pretesa risarcitoria dal perimetro tracciato dalla locuzione “*contributi, finanziamenti o agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate*”, risultando evidente alieno alla categoria delle ‘provvidenze pubbliche’ il credito risultante da una obbligazione di risarcitorio.

Ex adverso, può apparire una via praticabile anche il ricorso ad un criterio esegetico di tipo logico-sistemico che, valorizzando la *ratio* più profonda della norma, ossia quella di evitare che l’infiltrata possa beneficiare di qualunque tipo di erogazione pubblica, impone una lettura del comma di cui alla lettera g) dell’art. 67 e della sua clausola di chiusura (“*altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate*”) come individuante un elenco aperto, atto a ricomprendere ogni forma di erogazione proveniente, a qualsiasi titolo, da una P.A..

Anche la seconda questione appare di particolare interesse, in quanto atta a definire, ad opinione remittente, la possibilità che l’estensione dell’effetto interdittivo, con riferimento alla parte risarcitoria, possa essere influenzata dal generale carattere di intangibilità del giudicato. Sotto questo profilo si potrebbe opinare sia nel senso dell’assoluta indifferenza dell’obbligazione risarcitoria (come pronuncia che la statuisce) ad un provvedimento prefettizio che, seppur precedente alla formazione del giudicato, non entrò mai nella dialettica processuale, sia in senso diametralmente opposto, ipotizzandosi che l’informativa interdittiva antimafia dia origine ad una situazione di incapacità legale *ex lege* in capo all’impresa, con conseguente sospensione temporanea dell’obbligo per l’amministrazione di eseguire quel giudicato.

L’Adunanza Plenaria procede preliminarmente ad una ricostruzione dell’istituto dell’informativa interdittiva, rilevando che la chiave di lettura dello stesso non possa che derivare da una analisi sulla natura di provvedimento amministrativo con funzione cautelare e preventiva, dal quale scaturisce un effetto preclusivo da intendersi in termini di “incapacità” *ex lege*. Nello specifico, il Supremo Collegio sostiene che “*il provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi e interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016 n. 3247).*”.

In sostanza si tratterebbe di un’ipotesi del tutto peculiare di incapacità legale di natura parzialmente temporanea, in cui il carattere della parzialità viene definito dalla sua esclusiva riferibilità alla parte della contrattazione con la P.A. ed ai rapporti emarginati dallo stesso art. 67 del Codice Antimafia, mentre quello della temporaneità deriva inevitabilmente dalla sua revocabilità a mezzo di succ

provvedimento prefettizio.

Posto tale assunto, il *decisum* specifica inoltre come l'art. 67 comma 1 lett. g) assuma in prospettiva una funzione propriamente delimitatoria dell'ambito della incapacità *ex* dell'imprenditore nei confronti della Pubblica Amministrazione, ponendo il primo in una posizione soggettiva che lo rende inidoneo a ricevere somme dovute gli dalla Pubblica Amministrazione al titolo risarcitorio.

Nell'affermare ciò l'Adunanza Plenaria ribadisce (ed applica estensivamente) la *ratio* sottesa dalla sentenza n. 9 del 2012, con la quale interpretò l'analoga formula usata dal legislatore nell'art. 67 D.Lgs. n. 490 del 1994 (coincidente con il vigente art. 67 D.Lgs 159/2011), letto in conformità con l'allegato n. 3 al medesimo decreto legislativo, come comprensiva di ogni erogazione pubblica, anche di tipo indennitario, che dovesse essere erogata dalla P.A. nei confronti dell'imprenditore in attesa di sentenza di condanna da informativa antimafia.

In un'ottica eminentemente sanzionatoria, osserva il Collegio, può senza dubbio estendersi il divieto della norma oltre che alle erogazioni che potrebbero arricchire il soggetto interdetto anche e in modo funzionale a compensarlo di una perdita subita, poiché in ambedue i casi la sostanza dell'operazione rimarrebbe immutata, avvantaggiandosi, di fatto, un'impresa oggetto di un processo di infiltrazione mafiosa. Anche l'attuale art. 67 co. 1 lettera g) del Codice delle leggi antimafia andrà pertanto interpretato come riferito, quanto alla sua portata, ad ogni forma di pubblica erogazione di danari.

La sentenza inoltre rigetta l'opposta opzione ermeneutica, fondata su una interpretazione dell'art. 67 alla stregua di un criterio meramente letterale^[4]. Detta ricostruzione non solo non viene ritenuta coerente con la *ratio* del divieto, ma appare concettualmente erranea, poiché, a ben vedere, la categoria generale enucleabile dall'elenco della predetta disposizione e dalla sua clausola di chiusura ("altre erogazioni dello stesso tipo") non è quella delle 'provvidenze pubbliche', bensì quella delle "obbligazioni pecuniarie pubbliche", ricomprensive anche delle obbligazioni di fonte risarcitoria.

Da ultimo il *decisum* affronta il tema della interferenza dell'opzione ermeneutica prescelta con il principio di intangibilità del giudicato, statuendo la non rilevanza, nella fattispecie, di detto limite di cui è stato precipitato della riconosciuta qualificazione in termini di incapacità *ex lege* dell'impresa, quale essenziale della interdittiva.

Invero – spiega l'Adunanza Plenaria – posto che nel momento in cui subisce una interdizione antimafia il soggetto attinto è privato della possibilità di esercitare il proprio diritto di credito e di ricevere l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria da parte della P.A. per tutto il tempo di efficacia di detta misura, tali preclusioni non possono ancorarsi ad una 'incisione' del giudicato di

all'interdittiva, bensì all'effetto tipico (incapacità *ex lege*) dalla stessa conseguente.

Le obbligazioni conseguenti dal giudicato (ed il giudicato medesimo) restano del tutto inalterate che muta è la sopravvenuta incapacità del titolare del diritto di credito risarcitorio ad esperire l'*iudicati* oppure a ricevere l'adempimento spontaneo della prestazione da parte della P.A., come conseguenza che, venuto ad esaurirsi l'effetto tipico della interdittiva, *id est* lo stato di incapacità legale indotto nell'impresa, quel diritto di credito sarà pienamente azionabile nei confronti della stessa impresa senza alcuna immutazione rispetto alle originarie previsioni del titolo giudiziale.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016 n. 1743.

[2] Art. 67 - *Effetti delle misure di prevenzione:*

"1. Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere:

- a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio;*
- b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali;*
- c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni e servizi pubblici;*
- d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari e astatori presso i mercati anonimi all'ingrosso;*
- e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici;*
- f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati;*
- g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominati, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali;*
- h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materiali esplosivi."*

[3] Nel testo della motivazione si legge: *"il provvedimento interdittivo antimafia a carico della N.C., il quale nel caso di specie riveste il ruolo di documento sconosciuto al Comune perché non esibito dall'interessata e dunque costituirebbe la ragione della revocazione, è stato emesso il 19 luglio 2011, quindi in data sì antecedente alle sentenze 26 settembre 2013 n. 1956 e 11 febbraio 2014 n. 644, che per essere pronunce di esecuzione, o più sostanzialmente di attuazione di un giudicato risalente al 2011, che dunque deve restare intangibile rispetto ad un provvedimento particolarmente grave e tra l'altro confermato nella sua legittimità dal giudice amministrativo in primo e secondo grado, ma sempre successivo a ciò che in uno Stato di diritto non può essere più messo in discussione, fatte salve le ragioni di revocazione che nel caso di specie non sussistono per evidenti ragioni temporali oppure non sono state evocate nel giudizio."*

[4] Tesi che, come prima accennato, ritiene che l'espressione adoperata dall'art. 67 co. 1 lett. g) Dlgs 159/2011 "contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate" debba essere riferita, anche nella sua formula di chiusura, alla categoria delle 'provvidenze pubbliche', dalle quali esulerebbero, per diversità di natura, le pretese risarcitorie.

APPALTI: I CRITERI DI VALUTAZIONE SOGGETTIVI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Analisi e commento della Sentenza del Tar Emilia Romagna del 19 marzo 2018 n. 80 che fa chiarezza sulla natura oggettiva o soggettiva dei criteri di aggiudicazione ex art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016 predisposti dalla stazione appaltante

Semiramide Pace - Pubblicazione, lunedì 21 maggio 2018
Redattore: Massimiliano Pace

Sommario: 1. Introduzione; 2. Inquadramento normativo; 3. Le Linee guida ANAC; 4. La sentenza del Tar Emilia Romagna; 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La trattazione odierna prende spunto dalla sentenza n. 80/2018 del Tar Emilia Romagna, riguardante la contestazione del carattere soggettivo di alcuni criteri posti in essere dalla stazione appaltante, ritenuti dalla ricorrente non rispondenti alla normativa vigente dettata in tema di appalti e contratti pubblici. Tuttavia, prima di procedere con l'analisi del caso specifico affrontato in sentenza, risulta opportuno illustrare la disciplina odierna in materia di appalti, con particolare riferimento anche alle linee guida elaborate dall'ANAC per tale materia.

2. Inquadramento normativo

L'entrata in vigore della nuova normativa in materia di appalti, mediante il **D.lgs n. 50 del 2016**, ha determinato la conclusione dell'*iter* di conformazione della disciplina interna rispetto a quella europea ispirata, quest'ultima, a garantire la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento delle imprese degli Stati membri, la libertà di accesso senza discriminazioni alle procedure di aggiudicazione degli appalti.

Intento del legislatore nazionale è stato quello di *“razionalizzare l'intera materia dei contratti pubblici, oltre che sostituire la normativa secondaria di consistenza regolamentare, con l'integrazione della disciplina di nuovo conio a innovativi provvedimenti normativi, quali le linee guida ANAC”*

In tema di appalti, la normativa richiede che il bando di gara contenga i criteri di aggiudicazione ai cui la stazione appaltante terrà conto per giungere alla selezione del miglior concorrente. Conseguentemente, tali criteri costituiscono i metodi che, all'esito della gara, perm

l'individuazione dell'offerta aggiudicataria.

Il titolo quarto del D. Lgs. n. 50/2016 - "Aggiudicazione per i settori ordinari" - contiene le norme relative ai criteri di aggiudicazione, segnatamente presenti agli **artt. 95 - 97**, da ultimo modificati dal **D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56**.

Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 95, la determinazione dei criteri di scelta risponde all'esigenza di garantire l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Al comma secondo, poi, è stabilito che il criterio preferenziale è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, specificando che tale criterio deve essere "individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo/costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia".

Il secondo criterio (art. 95 co. 4) - alternativo e secondario - che la pubblica amministrazione può utilizzare è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Sul punto, l'ANAC precisa che *"poiché si tratta di una deroga al principio generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione utilizzando il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 5, devono dare adeguata motivazione della scelta effettuata e specificare nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta. Nella motivazione, le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sul ricorrere degli elementi alla base della deroga, devono dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore"*.

Il criterio del minor prezzo non è utilizzabile per le specifiche ipotesi indicate al comma 5 del primo periodo dell'articolo 95, il quale prevede, quale ordinario criterio di aggiudicazione, sempre quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Di notevole importanza è, poi, quanto specificato al comma sesto, secondo cui "l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e sociali, connesse all'oggetto dell'appalto".

Inoltre, al comma 10 bis (introdotto dalla citata novella del 2017) si legge che "la stazione appaltante deve assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizzando gli elementi qualitativi dell'offerta che individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici".

Infine, al comma 11, la norma chiarisce che per "criteri di aggiudicazione connessi all'oggetto dell'appalto" - che riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto

qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita - si intendono anche compresi i “coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o s o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori sono parte del loro contenuto sostanziale”.

3. Le Linee guida Anac.

Come già anticipato, la normativa sugli appalti è completata dal lavoro effettuato dall’A mediante la formulazione di Linee guida volte a facilitare e assicurare il rispetto della normativa costruzione della *lex specialis* da parte delle stazioni appaltanti. Nel caso di specie, risulta oppo analizzare i tratti significativi della seconda linea guida, atteso che la medesima, riguardando i di aggiudicazione, in particolare quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, viene p fondamento della sentenza di rigetto del Tar Emilia.

Ebbene, con la delibera n. 1005 del 2016, l’ANAC ha elaborato le Linee Guida n. 2, di attuazio D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, relative al primario criterio di scelta, individuato dal legislatore all’ in termini di “Offerta economicamente più vantaggiosa” (OEPV). Chiaro è l’intento perse l’Autorità ha predisposto le presenti linee guida, di natura prevalentemente tecnico-mater finalizzate a fornire indicazioni operative per il calcolo dell’OEPV, soprattutto per quanto conce scelta del criterio di attribuzione dei punteggi per i diversi elementi qualitativi e quantitativ compongono l’offerta e la successiva aggregazione dei punteggi.

Così come emerge dalla linea guida n. 2 in analisi, la funzione dell’OEPV è quella di contemp due esigenze primarie: il risparmio dei costi e la qualità del servizio acquistato dalla sta appaltante. Il metodo ritenuto maggiormente adeguato per tale bilanciamento è la procedu evidenza pubblica, poiché idonea a garantire il regolare rispetto della concorrenza. A tal f opportuno che le stazioni appaltanti, intenzionate ad indire un bando di gara, fissino in primo luo obiettivi da perseguire, oltre che assegnare a ciascuno un peso, per sintetizzare numericame informazioni di ciascun partecipante. I criteri individuati dalla stazione appaltante devono cons un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell’offerta, evitando che le offerte si att sui medesimi valori, rendendo poi di fatto inconfidente l’applicazione del criterio del miglior rap qualità/prezzo. Conseguentemente l’autorità precisa che “*le stazioni appaltanti devono indivi criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle c presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze stazione appaltante*”. In altri termini, non dovrebbero essere oggetto di valutazione i requi partecipazione che, per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti, o le condizioni min incluso il prezzo – con cui i lavori, servizi o forniture devono essere realizzati; si dovrebbe attr

un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara.

4. La sentenza del Tar Emilia Romagna.

Il Tar Emilia Romagna, con la sentenza n. 80 del 19 marzo 2018 rigettava il ricorso dell' A.S.M. con il quale quest'ultima impugnava il bando di gara per la "procedura aperta in ambito AV. sensi del D.Lgs. n. 50 del 2016 e ss.m.i. per la fornitura del servizio di manutenzione e riparazioni tutti gli automezzi in dotazione all'Azienda U.P. ed all'Azienda O.U."

Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente lamentava: la violazione dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50 del 2016, nella sua intera formulazione (eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamenti fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifestata, essendo stati inseriti criteri di valutazione non oggettivi ma soggettivi, quali quelli indicati alle lettere B e C del progetto e rappresentati dalla copertura territoriale da parte delle officine e dai curriculum manutentori. oltre che, la mancata frammentazione del punteggio che per le due voci menzionate ammonta a 45 punti. In secondo luogo, lamentava la violazione del principio di tassatività delle clausole immediatamente escludenti e del principio di non discriminazione, eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta, anomalia costo manodopera, in quanto l'importo a base per la manodopera pari ad Euro 22,50/h per lavori meccanico/elettrauto/gommista e di carrozzeria risultava eccessivamente basso a fronte del costo orario praticato dalle imprese di autoriparazioni, quale risulterebbe ben più elevato (Confartigianato, CNA e CasArtigiani Torino segnalano costi di Euro 37,40 e Euro 63,00 + IVA; Confartigianato imprese Modena - Reggio Emilia identifica sulla scala nazionale la tariffa minima oraria per le autoriparazioni ad Euro 40/h iva esclusa). In altri termini, con il primo motivo di doglianza, la ricorrente contesta il carattere soggettivo dei criteri di valutazione indicati alle lettere B e C del Progetto per l'Esecuzione del Servizio.

Con riferimento al primo motivo di doglianza, deve osservarsi che, come già evidenziato, le stazioni appaltanti sono tenute ad individuare una serie di criteri di carattere oggettivo affinché si giunga alla selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base di un procedimento di bilanciamento tra prezzo e qualità offerti. Nel caso di specie, il primo criterio impugnato (lettera B) riguarda la "Copertura territoriale" e richiede la predisposizione di diversi punti di intervento per garantire un'ottimale erogazione dei servizi previsti con riferimento alle diverse tipologie di prestazioni. Il secondo criterio (lett. C) la stazione appaltante richiede i *curricula* dei manutentori che verranno utilizzati, al fine di valutare per ciascuno sia gli elementi connessi alla formazione che all'esperienza lavorativa maturata.

Sul punto, il Tar Emilia Romagna, richiamando quanto previsto all'art. 95 D.lgs. n. 50/16, esclude il carattere soggettivo dei suddetti criteri, ritenendo che gli stessi si riferiscono a caratteristiche del progetto e non, invece, a requisiti soggettivi. Il carattere oggettivo peraltro emerge, osserva il Tar, dalla ulteriore circostanza per cui non vi è necessaria identità tra le officine che assicurano l'interesse e il soggetto che partecipa alla gara. In ragione della sostenuta connessione oggettiva tra il mezzo indicato e oggetto dell'appalto, il Tar Emilia Romagna osserva che *“la copertura territoriale e i curricula dei manutentori certamente sono connessi all'oggetto dell'appalto ed all'obiettivo che impone la Stazione Appaltante di assicurarsi un servizio capillarmente diffuso sul territorio per un'efficiente e rapida manutenzione dei veicoli. Si tratta, infatti, di un appalto per la fornitura del servizio di manutenzione e riparazione di tutti gli automezzi in dotazione all'Azienda U.P. ed all'Azienda (Aziende associate all'A.V.) che copre diversi Distretti (v. p. 2 del Capitolato Tecnico)”*. Peraltro, il Tar osserva che tali criteri oggetto di impugnazione rientrano nel perimetro segnato dalle linee guida n. 2 di ANAC di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *“Offerta economicamente vantaggiosa”* (vedi Delibera 21 settembre 2016 n. 1005), in particolare ove l'Autorità evidenzia *“con l'elenco di cui all'art. 95, viene definitivamente superata la rigida separazione tra i requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche (...) ritenute particolarmente meritevoli”*.

5. Conclusioni.

In conclusione, il Tar Emilia Romagna, nella sentenza impugnata fa chiarezza sulla natura oggettiva dei criteri di aggiudicazione predisposti dalla stazione appaltante, ritenendo che i medesimi siano di carattere oggettivo poiché, sebbene relativi a qualità e competenze soggettive del candidato operativo, rientrano non solo nella previsione di cui all'art. 95 c. 5, bensì risultano essere in armonia con quanto disposto dall'ANAC nella Linea guida n. 2. La *ratio* sottostante la decisione è quella di garantire alla stazione appaltante una scelta consapevole, che consideri non solo il carattere economico, ma anche efficienza e qualità. Per tali ragioni alle stazioni appaltanti è riconosciuta la possibilità di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di carattere *“soggettivo”*, come quello relativo ai *curricula* di ciascun membro dello staff che materialmente eseguirà i lavori di manutenzione, purché risultino connessi allo specifico progetto oggetto di gara. Peraltro, in sentenza viene richiamato quanto affermato dall'ANAC, secondo cui *“nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati”*.

Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione”.

Bibliografia

- R. Garofoli, *Compendio superiore*, ed. V, Molfetta, 2017, p. 731 e ss.
- Delibera ANAC n. 1005 del 2016, Linea guida n. 2

Altre pubblicazioni su questa Rivista

["La natura giuridica delle Linee Guida Anac alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici"](#), di A. Cuofano

(principalmente)[1] della fede pubblica, da intendersi come la fiducia riposta dai consociati in c alla veridicità e genuinità di atti cui l'ordinamento riconosce un particolare credito.

Sul piano oggettivo, le condotte tipizzate dal legislatore sono quelle di distruzione, soppressione occultamento che si pongono tra loro in un rapporto di alternatività rappresentando, infatti, d modalità di un'azione di sottrazione[2]. In particolare, la distruzione si realizza con l'eliminaz materiale del documento; la soppressione consiste nella mera eliminazione del contenuto de attraverso cancellazioni o manipolazioni che lo rendano in tutto od in parte illeggibile; l'occultai si ha quando l'atto viene temporaneamente celato, reso irreperibile, oppure ne viene impedita la l attraverso sovrapposizioni.

Il delitto in esame, inoltre, si caratterizza per il fatto che le condotte descritte ricadono su u pubblico *vero*, per tale intendendosi l'originale o la copia autentica del medesimo laddove la ste norma di legge, tenga conto dell'originale mancante[3]. Peraltro, la giurisprudenza di legittimità l volte precisato che la norma *de qua* sia applicabile a qualsiasi tipologia di atto proveniente Pubblico Ufficiale, ivi incluse le certificazioni e le autorizzazioni amministrative[4]. Ciò emer dall'uso della formula «*atto pubblico*» che, soprattutto, dal rinvio che la norma fa in favore articoli 476, 477 e 482 c.p. - aventi ad oggetto, rispettivamente, il falso materiale in atto pubbli certificati o autorizzazioni amministrative e la falsità materiale commessa dal privato - dispo l'applicazione delle sanzioni ivi previste.

L'**elemento soggettivo** è rappresentato dal dolo generico, di conseguenza il soggetto agente deve con la necessaria consapevolezza di frustrare, attraverso la sua condotta, la funzione prob dell'atto.

Tanto premesso, con specifico riguardo all'ipotesi in cui la condotta di soppressione, distruzio occultamento abbia ad oggetto una targa automobilistica, la Suprema Corte è sempre stata pacifi ritenere che la stessa sia penalmente rilevante ai sensi dell'art. 490 c.p. in relazione agli artt. 477 c.p. Infatti, la targa di un autoveicolo costituisce una certificazione amministrativa, e ciò in qua tratta di un documento attestante l'immatricolazione e l'iscrizione al pubblico registro automobili

Invece, l'art. 100 del Codice della Strada - che al comma 12 commina la sanzione amminist pecuniaria da € 2.004,00 ad € 8.017,00 nei confronti di chiunque circoli «*con un veicolo mun targa non propria o contraffatta*», mentre al comma 14 prevede che «*chiunque falsifica, manom altera targhe automobilistiche ovvero usa targhe manomesse, falsificate o alterate è punito ai del codice penale*» - trova applicazione nella diversa ipotesi in cui l'occultamento della targa sia determinato da fattori occasionali[5].

La Cassazione, quindi, con la sentenza n. 9013 del 2018 ha ribadito un proprio orientamento consolidato.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Giova ricordare che la Cassazione, pronunciandosi a Sezioni Unite, con la sentenza n. 46982 del 2007 ha sposato la tesi della plurioffensività dei delitti di falso. In particolare, ha ritenuto che oltre alla fedeltà pubblica il legislatore abbia inteso tutelare anche l'interesse del soggetto nei cui confronti l'atto viene fatto valere e risultante pregiudicato dalla falsa attestazione.

[2] Cass. sent. n. 3404/2000.

[3] Di conseguenza, è da escludersi l'integrazione di detto reato ogniqualvolta la condotta ricada su una copia autentica che non tenga luogo degli originali mancanti.

[4] *Ex pluribus* Cass. sent. n. 10580/1983.

[5] *Ex multis*, Cass. sent. n. 11072/2015 avente ad oggetto una fattispecie in cui l'occultamento della targhetta era avvenuto mediante terriccio.

ACTIO FINIUM REGUNDORUM DELL'ART. 131 BIS DE CODICE PENALE

La particolare tenuità del fatto a distanza di oltre tre anni dalla sua introduzione in rapporto con il principio di effettività della pena.

Crescenzo Granata - Pubblicazione, venerdì 25 maggio 2018
Redattore: Giuseppe Ferlisi

Sommario: 1. Il principio di effettività e l'incidenza della particolare tenuità; 2. Natura giuridica; 3. L'analisi dei presupposti: limiti edittali e tenuità dell'offesa; 4. La non abitualità del comportamento; 5. Conclusioni.

1. Il principio di effettività e l'incidenza della particolare tenuità

Il principio di effettività della pena indica la capacità di raggiungere gli scopi e di osservare le funzioni che istituzionalmente vengono ad essa attribuite. Le funzioni della pena, oltre alla tradizionale funzione retributiva consistente nel suo carattere afflittivo-sanzionatorio, sono comprese anche nelle funzioni di prevenzione generale o speciale e di rieducazione del reo come sancito dall'art. 1 Cost.

In altre parole, una pena effettiva è una pena adeguata (comminata secondo gli indici di cui all'art. 1 c.p. che tengono conto della gravità del fatto e della capacità a delinquere) proporzionale al disprezzo giuridico-penale del fatto, in grado di esplicare una reale forza dissuasiva, tendente a conseguire la risocializzazione del reo.

Fondamentale, al fine di garantire l'effettività della pena, è l'osservanza di certe regole espressive del principio di legalità della pena ex art. 25 Cost. Si tratta dei principi di certezza della pena, prevedibilità, sub specie di calcolabilità delle conseguenze penali di un reato, di proporzionalità ed eguaglianza, e non ultimo a seguito della ormai riconosciuta valenza sostanziale della prescrizione, l'impossibilità di infliggere la sanzione a fronte del trascorrere di un ragionevole lasso di tempo dalla commissione del reato.

Nel processo penale, l'applicazione e il rispetto di tali principi sono assicurati non solo nella fase di cognizione, in cui la pena è in concreto determinata e irrogata, ma anche mediante il giudice di esecuzione, che mira proprio ad attendere alle determinazioni fatte dal giudice della cognizione nell'ambito della sentenza di condanna.

Tracciato il quadro teorico di riferimento, l'attenzione si concentra sull'istituto della particolare tenuità del fatto introdotto dal D. L.vo 16 Marzo 2015 n. 28.

La norma è in grado di incidere pesantemente sull'effettività della pena poiché sancisce la punibilità del fatto quando, l'offesa, risulti, alla luce di una serie di parametri, valutabili dall'interdi "particolare tenuità". La nuova fattispecie, pertanto, pur a fronte di un fatto tipico, consente di applicare la sanzione penale, posto che, in presenza di certe condizioni e presupposti, si evince l'offesa è minima.

L'istituto opera, in questo modo, una vera e propria depenalizzazione in concreto. Di solito il legislatore cancella la rilevanza penale di un fatto o mediante una totale *abolitio criminis*, oppure mediante una depenalizzazione in astratto, che consiste nella riduzione di un illecito penale ad illecito meramente amministrativo o civile. Invece, la nuova fattispecie, si applica a fatti che penalmente rilevanti in quanto tipici, antiggiuridici e offensivi, vincolando la valutazione in ordine alla non punibilità, al riscontro degli indici criteri indicati dalla norma.

Si coglie, allora, la distinzione rispetto al reato impossibile ex art. 49 c.2 c.p. Il reato impossibile per inidoneità dell'azione o per inesistenza dell'oggetto, comporta la totale assenza dell'offesa. Invece, nel caso di particolare tenuità, l'offesa sussiste, ma è minima. In linea teorica, dunque, la linea di demarcazione è tracciata, ma la questione si complica sul piano pratico, con riferimento ad alcune ipotesi, come quelle indicate in seguito.

La rilevanza della questione, ad ogni modo, si manifesta per le possibili ricadute processuali. Invece di oltre alla applicazione della misura di sicurezza prevista per l'ipotesi dell'art. 49 c.p. ma applicata anche al caso della particolare tenuità, in forza delle regole generali della materia, la non punibilità di base all'art. 131 bis comporta comunque l'iscrizione nel casellario giudiziale, e la sentenza di proscioglimento potrebbe sempre rilevare nei giudizi civili e amministrativi (nei limiti del nuovo art. 131 bis c.p.p. introdotto ad opera della medesima legge). Per queste ragioni, si afferma, che l'imputato potrebbe avere interesse a proseguire il giudizio, per ottenere una sentenza di proscioglimento.

Da quanto sin qui illustrato è possibile cogliere la *ratio* della normativa in esame.

La pena, applicata al fatto tenue, verrebbe percepita come ingiusta e sproporzionata, e dunque sarebbe in grado di soddisfare le condizioni che l'art. 27 Cost. impone secondo quanto in precedenza esposto.

Il principio di sussidiarietà o *extrema ratio* del diritto penale, poi, confermerebbero l'assunto. In contestualizzando storicamente e giuridicamente la vicenda che ha condotto all'introduzione della nuova norma in esame, possono ravvisarsi ulteriori ragioni giustificative.

Il riferimento, va da una parte, al problema del sovraffollamento carcerario, che affligge la gran parte degli istituti penitenziari, e dall'altra si ricorda la condanna subita dall'Italia ad opera della Corte europea nella nota vicenda Torreggiani, proprio a causa del sovraffollamento carcerario e delle condizioni in cui versavano i detenuti violative del principio indicato dall'art. 3 della Convenzione.

Questo breve quadro storico-giuridico, consente allora di individuare l'ulteriore *ratio* della

disciplina, nell'esigenza di deflazione penale, sia sul versante processuale consentendo di alleviare il carico giudiziario, sia sul conseguente piano penitenziario.

2. Natura giuridica

A questo punto, prima di passare all'analisi dei fondamentali presupposti legittimanti la non punibilità dettati dal nuovo art. 131 bis, si rende necessaria, una presa di posizione, sul piano della natura giuridica della nuova causa di esclusione della punibilità.

I principali dubbi, attengono alla valenza sostanziale o soltanto processuale della norma in esame. Secondo un primo orientamento l'art. 131 bis avrebbe una portata di carattere processuale, alla stregua di una condizione di procedibilità. Tale tesi sembra ispirata dalla presenza di istituti giuridici apparentemente affini, quali la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto nel caso di reato minorile (art. 27 d.p.r. 448/1988) e l'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nel caso di reati di competenza del giudice di pace (art. 34 d.lgs. 274/2000).

Tali istituti, sono generalmente ricondotti nell'ambito di condizioni di improcedibilità, proprio a causa del tenore letterale delle fattispecie, ove non si parla affatto, di non punibilità del reato.

La giurisprudenza di legittimità, invece, sottolinea la portata sostanziale dell'art. 131 bis, e non meramente processuale, valorizzando elementi di carattere letterale e sistematico. Da un lato, infatti, l'esplicito richiamo alla "non punibilità", dall'altro, l'inserimento nel Titolo V del Libro I relativo all'"applicazione ed esecuzione della pena". In dettaglio, dal punto di vista della classificazione dogmatica, si tratta, di una causa di esclusione della punibilità in senso stretto, presupponendo l'esistenza di un reato, in tutti i suoi elementi costitutivi. Perciò, è stato affermato, che la fattispecie manifesta la non opportunità, di punire fatti ritenuti non meritevoli di pena per ragioni di proporzionalità e sussidiarietà, in precedenza esaminate.

La qualificazione in termini di causa personale di esclusione della punibilità, comporta l'applicazione del conseguente regime giuridico, ossia la non estensibilità al concorrente, e l'applicazione oggetto del reato al capo all'agente, ossia a prescindere dalla conoscenza che questi ne abbia.

3. L'analisi dei presupposti: limiti edittali e tenuità dell'offesa

Ciò posto, punto nevralgico della disciplina è la corretta individuazione degli indici criteri ai quali consentono di ritenere integrata la fattispecie, e quindi di non punire un determinato fatto.

Proprio in tale sede, si annidano i maggiori problemi ermeneutici in punto di effettività della pena. Infatti, i parametri vanno individuati in modo chiaro, nel rispetto dei principi di tassatività e determinatezza, onde delimitare la discrezionalità dell'interprete ed evitare prassi giurisprudenziali dissonanti ove un medesimo fatto, possa essere ritenuto in un caso, non punibile, per particolare tenuità, e in un altro, invece, punibile, minando il principio di effettività della pena.

Dunque, il primo presupposto, della causa di non punibilità è rappresentato dal limite edittale pena detentiva prevista per il commesso reato, che non può superare i cinque anni, ovvero da una pecuniaria sola o congiunta alla predetta.

L'art. 131 bis specifica al c. 4 che ai fini della determinazione della pena non si tiene conto circostanze, eccetto quelle indipendenti o a effetto speciale. In quest'ultimo caso non si terrà con giudizio di bilanciamento ex art. 69.

L'eccezione relativa al computo delle circostanze autonome e ad effetto speciale conduce all'applicazione dell'art. 131 bis c.p. anche a fattispecie molto comuni, come ad esempio, il furto aggraviato che pure potrebbero essere suscettibili di integrare gli estremi del fatto di particolare tenuità.

Tuttavia la giurisprudenza ne recupera l'applicabilità sul piano del tentato furto aggravato.

La norma nulla dispone quanto al tentativo. Pertanto secondo un orientamento non sarebbe applicabile, dovendosi tenere conto dei limiti edittali previsti per la fattispecie base. Invece, la dottrina e la giurisprudenza hanno optato per l'applicazione anche al tentativo sulla base dell'autonomia della fattispecie tentata rispetto a quella consumata, dovendosi allora calcolare la pena attraverso la riduzione ex art. 56 c.p.

Il caso, è quello del tentato furto aggravato nei supermercati che come confermato dalle Sezioni si configura nella forma tentata e non consumata quando, a seguito della sottrazione, non vi è stato il materiale conseguimento della res essendo la condotta compiuta sotto il costante controllo e vigilanza, poi tempestivamente intervenuta. Maggiormente complessa risulta invece l'analisi dei criteri della "tenuità dell'offesa" e della "non abitualità" del comportamento congiuntamente richiesti.

La norma indica anche i c.d. sub-requisiti da cui desumere la tenuità dell'offesa, ovvero "le modalità della condotta" e "l'esiguità del danno o del pericolo" valutate in base all'art. 133 c. 1 c.p. Il riferimento al secondo comma dell'art 133 c.p. è un chiaro segno che si è voluto escludere la valutazione della capacità a delinquere del reo.

Nonostante che tutti i requisiti indicati siano di carattere oggettivo, (per ancorare a precisi criteri l'individuazione dei presupposti nella norma) il sindacato sull'elemento soggettivo aver per oggetto l'intensità del dolo o il grado della colpa, può essere recuperato, attraverso l'indice delle modalità della condotta interpretato secondo il 133 n. 3) che si riferisce proprio a tali elementi. Quanto al secondo sub requisito si pone uno dei problemi più delicati della disciplina in esame. In primo luogo si è discusso se l'esiguità del danno dovesse tenere conto anche delle conseguenze in termini di danno risarcibile.

La giurisprudenza in proposito ha riconosciuto, ad esempio, la sussistenza della particolare tenuità anche a fronte di condotte riparatorie successive al fatto reato, nonostante che il mancato richiamo all'art. 133 c.2 c.p. sembra impedire, la possibilità di prendere in considerazione la condotta susseguente.

reato. (133 c.2 n. 3 c.p.).

In secondo luogo sussiste un sottile margine di applicazione della causa di non punibilità in cui ricorra anche nell'ipotesi in cui ricorra l'attenuante della speciale tenuità del danno ex art. 62 n.4 oppure qualora la lieve entità del fatto sia considerata elemento costitutivo di una fattispecie autonoma meno grave. Per esempio art. 648 c.2 c.p. e 73 c.5 d.p.r. n. 309 del 1990 (T.U. Stupefacenti).

In linea teorica, la questione è presto risolta, dato che lo stesso art. 131 bis al c.5 con espressa disposizione prevede l'applicazione della particolare tenuità, anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante. Ma sul piano pratico il problema è complesso. Infatti, come anticipato, se l'offesa manca del tutto dovrà applicarsi il reato impossibile. Se l'offesa è invece lieve nel senso del riconoscimento della circostanza attenuante, dovrà ulteriormente considerarsi l'ipotesi in cui si evince un disvalore ancora inferiore, tale da rendere non punibile il reato. Una valutazione non del tutto agevole. In proposito si ricorda l'orientamento della Cassazione che ritiene applicabile l'attenuante della speciale tenuità del danno anche al delitto tentato. In considerazione di un giudizio prognostico da cui risulti che il reato, ove consumato, sarebbe stato di lieve entità. Infine, analogamente all'ipotesi della circostanza attenuante, anche quando la lieve entità rappresenti un elemento costitutivo del reato, (ipotesi non contemplata dal predetto art. 131 bis c.5 c.p. che reputa ammissibile anche la particolare tenuità di quel fatto già tenuto). In dettaglio, per quanto concerne l'art. 648 c.2 c.p. si è già fuori dai limiti edittali per l'applicazione della disciplina. Per questo motivo era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 bis per contrasto con l'art. 3 Cost. e con il principio di offensività.

La Corte però ha agevolmente dichiarato infondata la questione posto che non possono ravvisarsi vincoli costituzionali alla discrezionalità del legislatore nell'individuazione dei presupposti. Si tratta di un reato con riguardo alla tenuità dell'offesa, molto discussa è la possibilità di applicare la fattispecie nei casi di reati con soglie di punibilità.

Tali fattispecie, non sono infrequenti nella legislazione penale, si considerino ad esempio i reati tributari, o quelli in materia ambientale, e nel codice della strada la guida in stato di ebbrezza (art. 187 c.d.s.).

Secondo una prima impostazione il superamento delle soglie comporta la piena integrazione dell'offesa (da intendersi come offensività in astratto) al bene giuridico tutelato, mentre il fatto che il fatto sotto soglia non è punibile perchè atipico e dunque inoffensivo. Così ragionando non vi è spazio per l'applicazione della particolare tenuità.

Del resto, si afferma, che nei reati in cui il fatto sotto-soglia integra una sanzione amministrativa, se si applicasse la particolare tenuità sorgerebbe un paradosso, la sanzione penale per un fatto più grave (sopra soglia) non si applicherebbe, mentre quella amministrativa meno grave (sotto soglia) verrebbe comunque irrogata.

Un diverso orientamento invece oppone che la valutazione del legislatore operante in astratto escluda, l'applicazione del 131 bis che opera in concreto. Infatti, nulla impedisce, che il sfioramento della soglia seppure tipico e offensivo, possa considerarsi particolarmente tenue all di un giudizio complessivo.

Ciò dunque, non equivale a sostenere che il dato quantitativo del lieve superamento automaticamente foriere della particolare tenuità, ma la valutazione dovrà essere comunque con alla luce di tutte le circostanze del fatto storico.

Tale discorso è stato confermato proprio dalla Cassazione con riferimento alla guida in stato di ebbrezza. In conclusione invece deve desumersi l'automatica esclusione della particolare tenuità specifiche ipotesi indicate dal 131 bis c.2 c.p. idonee a determinare un'offesa grave o comunque lieve.

4. La non abitualità del comportamento

Il secondo criterio è rappresentato dalla non abitualità del comportamento.

Anche in questo caso la ricostruzione del parametro passa per alcuni sub-requisiti che necessitano puntuale decodificazione.

La non abitualità può infatti desumersi in tre ordini di casi indicati dal 131 bis c.4: a) nella dichiarazione di abitualità professionalità o tendenza a delinquere; b) la commissione di reati della stessa indole; c) quando i reati abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate.

Quanto al primo requisito non vi sono molti dubbi, posto che si tratta di casi predeterminati dagli artt. 102, 103, 105, 107, c.p. (potendosi estendere anche al contravventore abituale ex art. 104 c.p.). La soluzione complessiva è l'individuazione degli ulteriori requisiti.

Per quanto riguarda i reati della stessa indole certamente il riferimento va alla recidiva reati della stessa indole. Tuttavia, i dubbi riguardano il se per la pluralità di reati sia anche necessaria la sentenza di condanna irrevocabile o sia sufficiente anche l'esercizio dell'azione penale. In merito a questa soluzione si è pronunciata la Cassazione.

L'ipotesi più controversa è invece quella indicata alla lettera c). Il richiamo a condotte plurime in materia di abitualità deve considerarsi tecnico. Mentre condotte le abituali o reiterate può sembrare una inutile ripetizione. Perciò sforzandosi di individuare dei significati puntuali, si è sostenuto, che la pluralità delle condotte potrebbe intendersi come riferita alle c.d. norme a più fattispecie in grado cioè di essere integrate da una pluralità di condotte (ad esempio: 600 bis c.p. reclutare, indurre alla prostituzione ma favorire, sfruttare, gestire, organizzare) così che la realizzazione di più condotte rende inapplicabile la norma. Invece il riferimento alle condotte abituali o reiterate si distingue solo ove si appoggia su una norma che fa riferimento al reato eventualmente abituale, oltre che al reato abituale.

Così opinando, le maglie del requisito ostativo sarebbero ampliate a quelle ipotesi in cui il reato

solo eventualmente realizzarsi con condotte ripetute. Infine quanto al requisito dell'abitudine sono sorti anche con riferimento al reato permanente e a quello continuato.

Nel primo caso, la prevalente impostazione che riconosce carattere unitario al reato permanente consente di applicare la particolare tenuità. Invece, per il reato continuato la Cassazione si è orientata nel senso della incompatibilità, poichè anche a voler considerare la fattispecie come unitaria, sarà comunque caratterizzata da una pluralità di condotte esecutive. Non contrasta invece con tale regola il concorso formale, quando cioè vi è una sola azione od omissione idonea ad integrare una pluralità di reati, anche se poi, andrebbero verificati gli altri parametri quali il limite edittale e la natura dell'offesa, invero, non facilmente evincibile, a fronte di un concorso di reati.

5. Conclusioni

In conclusione dell'analisi, deve evidenziarsi, la tendenza ad applicare estensivamente la particolare tenuità del fatto per tutte le ragioni, di economia processuale, di "meritevolezza" e proporzionalità della pena, di deflazione penale, sin ora evidenziate.

L'esigenza di ridurre il contenzioso su fattispecie bagatellari, tuttavia, non può tradursi in prassi che metta in discussione la stessa applicazione alle norme incriminatrici dell'istituto in questione.

Proprio in queste ipotesi, l'effettività della pena è minacciata, in quanto prima di tutto, una effettiva è una pena certa e prevedibile.

Perciò, l'esigenza maggiormente avvertita, è proprio quella di individuare e risolvere i problemi ermeneutici relativi alla possibile estensione della fattispecie, che in quanto causa di esclusione di punibilità in senso stretto, si colloca fra quelle eccezionali ipotesi in cui il legislatore per ragioni di opportunità esclude la sanzione penale.

Certo, non tutti i dubbi sono risolti, posto che di recente il problema qui analizzato si è posto con grande vigore, con riferimento alla responsabilità degli enti.

Proprio in questo caso, il margine di estensione della norma ha subito un brusco arresto. Infatti la Cassazione ha negato l'ammissibilità della particolare tenuità con riferimento alla responsabilità degli enti di cui al D. lgs. 231/2001.

La questione sorge dal momento che non vi sono indici normativi che regolano espressamente la materia.

Pertanto, al riguardo, sono sorti due orientamenti.

Secondo il primo più aderente al dato letterale l'art. 8 del decreto non ricomprende la particolare tenuità fra le cause che impongono l'autonoma responsabilità dell'ente, dunque in questo caso dovrebbe tornare ad applicarsi la regola generale, in base alla quale la responsabilità dell'ente, sussiste solo se ed in quanto, esista la responsabilità (per i reati specificamente previsti) dell'autore mat-

inserito a vario titolo nella struttura dell'ente.

Viceversa, l'orientamento contrario, afferma che anche in questo caso dovrà comunque sostanzialmente affermarsi l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella dei soggetti preposti. Principio che trova espressione proprio nel fatto che l'ente risulta responsabile anche se il reato presupposto è dichiarato estinto.

Tuttavia questa equiparazione tra le cause di estinzione del reato e della pena espressamente contemplate, e la particolare tenuità del fatto, risulta secondo la dottrina una vera e propria interpretazione analogica *in malam partem*.

Dunque, nonostante la presa di posizione della Cassazione, la questione non pare del tutto sopita come le questioni politico criminali attinenti all'effettività e alla legittimità della pena negli evidenti casi problematici.

NESSUNA PROROGA AI POTERI DELL'AMMINISTRATORE IN CASO VOLONTÀ CONTRARIA DEI CONDOMINI

Con sentenza n. 12120 del 17 Maggio 2018, la Corte di Cassazione ha riconfermato l'esclusione della "prorogatio" dei poteri e dei diritti dell'amministratore condominiale in caso di contraria volontà manifestata dai condomini.

Nicola Glorioso - Pubblicazione, sabato 26 maggio 2018
Redattore: Ilaria Valentino

Sommario: 1. La vicenda; 2. L'istituto della c.d. "prorogatio imperii" dell'incarico di amministratore condominiale; 3. La decisione della Corte: la prorogatio della carica di amministratore è esclusa da manifesta e inequivoca volontà contraria dei condomini.

1. La vicenda.

L'ex amministratore di uno stabile presentava e sentiva accogliere dal Giudice di Pace di Monte Emilia la domanda di pagamento, a titolo di compenso, per attività svolte successivamente alla cessazione del mandato, a carico del condominio.

Avverso il decreto ingiuntivo, il condominio proponeva istanza di opposizione, respinta con sentenza dal Giudice di Pace.

La parte soccombente proponeva, dunque, appello innanzi al Tribunale di Reggio Emilia.

Con sentenza n. 828 del 2014, il Tribunale accoglieva l'appello presentato dal condominio, riformando la decisione del Giudice di Pace e revocando il decreto ingiuntivo da questi emesso.

Infine, la Corte di Appello confermava la sentenza del Tribunale con decisione, la quale veniva successivamente impugnata dall'amministratore innanzi la Suprema Corte.

2. L'istituto della c.d. "prorogatio imperii" dell'incarico di amministratore condominiale.

Con la Sentenza del 17 maggio 2018 n. 12120, gli Ermellini hanno ulteriormente definito i contenuti della c.d. "prorogatio imperii" dell'amministrazione di condominio, intendendosi per questa la prosecuzione in via provvisoria dell'incarico di amministratore condominiale.

Occorre qui premettere che l'istituto in esame trova la sua fonte normativa principalmente nell'art. 1129, comma 7, cod. civ., così come riformato dalla L. n. 220/2012, il quale recita: «Alla cessazione dell'incarico l'amministratore è tenuto alla consegna di tutta la documentazione in suo possesso afferente al condominio e ai singoli condomini e ad eseguire le attività urgenti al fine di e

pregiudizi agli interessi comuni senza diritto ad ulteriori compensi».

Con la disposizione *de qua*, il legislatore ha inteso creare una "*prorogatio gratuita*" nel periodo che va dalla data della nomina del nuovo amministratore alla data del passaggio di consegne. Dunque la nomina del nuovo amministratore è contestuale alla revoca di quello precedente, quest'ultimo salva gli accordi risultanti dal preventivo di nomina, fino alla data del passaggio di consegne provvedere ad amministrare svolgendo, senza diritto ad un compenso, le attività urgenti e procrastinabili.

Se, invece, contestualmente alla revoca non viene nominato un nuovo amministratore, il prece incaricato continuerà ad amministrare ed a percepire un compenso, a meno che l'assemblea manifesti e verbalizzi l'intenzione di rinunciare alla "*prorogatio imperii*", indicando all'amministratore la persona a cui consegnare tutta la documentazione in suo possesso.

3. La decisione della Corte: la *prorogatio* della carica di amministratore è esclusa dalla manifestazione ed inequivoca volontà contraria dei condomini.

Nel caso di specie, l'amministratore ricorrente richiedeva il riconoscimento della piena operatività della *prorogatio* poiché, nonostante l'assemblea condominiale tenutasi in data 27 novembre 2009 avesse nominato un altro amministratore, con la stessa lo si autorizzava a compiere tutte le attività di gestione ed amministrazione dovute e necessarie fino al passaggio di consegne.

La Corte di Cassazione ha ritenuto infondata tale pretesa riaffermando l'orientamento della medesima Corte, secondo il quale **«la *perpetuatio* di poteri in capo all'amministratore uscente, dopo la cessazione della carica per scadenza del termine di cui all'art. 1129 c.c. o per dimissioni, fondandosi su una presunzione di conformità di una siffatta *perpetuatio* all'interesse ed alla volontà dei condomini, non trova applicazione quando risulti, viceversa, una volontà di cessazione, espressa con delibera dell'assemblea condominiale, contraria alla conservazione dei poteri di gestione da parte dell'amministratore, cessato dall'incarico».** Ed infatti, nel caso di specie, la volontà dei condomini di interrompere il rapporto professionale del prece amministratore appare manifesta ed inequivoca, risultando dal verbale di assemblea condominiale del 27 novembre 2009 la delibera, votata all'unanimità, della nomina di nuovo amministratore e l'autorizzazione all'amministratore uscente a prelevare, dal conto corrente del condominio, la somma di Euro 461,12 a saldo delle sue competenze.

Inoltre, risulta del tutto irrilevante, chiarisce ancora la Corte, l'affermazione secondo cui l'assemblea dei condomini nella seduta del 27 novembre 2009 aveva autorizzato l'amministratore uscente a compiere tutte le attività di gestione e di amministrazione dovute e necessarie fino al passaggio di consegne, in quanto **«è nell'ordine delle cose che l'amministratore uscente predisponga tutto il necessario per favorire il subingresso del nuovo amministratore».** La Corte rileva inoltre co-

svariati comportamenti tenuti dal condominio, come, per esempio, l'invio di numerosi solleciti all'amministratore a che provvedesse al passaggio di consegne, si evidenzia la chiara volontà di permettere di provvedere il prima possibile alla sostituzione dell'amministratore medesimo.

In definitiva, con la sentenza n. 12120/2018, la Suprema Corte ha ribadito che nel caso di contraria volontà da parte dei condomini, non c'è *prorogatio imperii* in carico all'amministratore uscente. Di conseguenza, in applicazione di quanto previsto dall'art. 1129, co. 7, cod. civ., il suo compenso è in tale caso previsto per le attività svolte successivamente alla nomina di un nuovo amministratore.

LA RESPONSABILITÀ PER DANNO CAGIONATO DA ANIMALI

La responsabilità per i danni cagionati da animali è prevista dall'art. 2052 c.c. rientra tra i casi di responsabilità oggettiva; suddetta responsabilità è pertanto esclusa solo qualora venga fornita prova del cd. caso fortuito: analizziamo la portata della norma ed i suoi principali profili applicativi.

Simona Rossi - Pubblicazione, lunedì 28 maggio 2018
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Sommario: 1. Il concetto di custodia e di uso; 2. Responsabilità oggettiva e prova liberatoria; 3. Randagi animali selvatici e responsabilità della Pubblica Amministrazione; 4. Osservazioni.

1. Il concetto di custodia e di uso.

Il presupposto della norma in esame risiede nella volontà del legislatore di attribuire la responsabilità per i danni cagionati dagli animali in capo al loro “custode” (ossia al proprietario o, come si avrà di evidenziare, in capo a “chi se ne serve”, ricomprendendo così una casistica piuttosto ampia).

Il *substratum* di tale previsione normativa va indubbiamente ricercato nell'esigenza di tutelare prevedendo, per l'appunto, dei precisi criteri di imputazione e d'individuazione del soggetto legittimato passivamente, da ricercare nel concetto di “custodia”.

Stante tale impostazione, si palesa che il fondamento della responsabilità di cui si discute vada, in ricerca nell'*omessa custodia*: la violazione dell'obbligo di custodia, pertanto, fa sorgere in capo al proprietario l'obbligo di risarcimento del danno sofferto dal terzo.

La dottrina ha, però, osservato come il concetto di “custodia” della norma *de quo* non sia identico a quello previsto ad opera dell'art. 2051 c.c. piuttosto, si è osservato come in questo contesto l'obiettivo fosse di estendere la portata della norma al fine di non ancorarla unicamente al concetto di fuga o di smarrimento.

Orbene, occorre però considerare che nella lettera della norma si fa riferimento a due concetti: “custodia” ed “uso”.

A tal proposito, il tradizionale orientamento dottrinale riteneva che andasse attribuita la responsabilità sulla base del potere di controllo sull'animale ovvero andasse considerato responsabile colui

qualsivoglia titolo, fosse custode dell'animale (stante siffatta impostazione, il responsabile del cagionato dall'animale non sarebbe il padrone bensì, ad es., il veterinario che lo ha in c conseguentemente, in custodia).

A questa tesi, si contrappone però la teoria sul **rapporto d'uso**: una parte della dottrina è, i orientata nel ritenere che la responsabilità non vada ricollegata direttamente al potere di custodia all'*uso dell'animale*.

L'art. 2052 c.c. prevede, difatti, la responsabilità in capo al proprietario ovvero "*a chi se ne serve il tempo che lo ha in uso*": alla luce di tale tenore letterale, emerge un peculiare concetto di cu che appare, quindi, disgiunto dal "potere d'uso". Pertanto, la dottrina maggioritaria (alla luce no della lettera della norma ma anche dei mutamenti storici e dell'evoluzione della figura dell'an che si ha nel contesto moderno) ha ritenuto che vada considerata la responsabilità in capo a col ha in "uso" l'animale (anche a titolo di mera cortesia col consenso del proprietario) ovvero chi r utilità. Si può, dunque, osservare come in virtù di tali considerazioni, nell'ipotesi in cui si affida un terzo l'animale per ragioni di custodia e/o cura (si tenga sempre presente l'esempio del veterir non consegua uno slittamento della responsabilità in quanto tali ipotesi di affidamento non comp diritto d'uso (Cass. Civ., pronuncia n. 5526/1997).

Per l'attribuzione della legittimazione passiva bisogna, quindi, far riferimento a chi trae dall'animale, potendo ben essere il proprietario ovvero chi lo detiene, pur dovendosi rammentar la semplice custodia non comporta che tal soggetto risponda in luogo del proprietario (in tale risulta chiarificatrice la pronuncia n. 3558/1969 della S.C. in merito al caso di un pastore che gli animali in vece del proprietario).

Pertanto, in sintesi, la giurisprudenza ha evidenziato come la responsabilità non sia attribuibile *simpliciter* al custode bensì al proprietario ovvero chi trae utilità dall'animale (si tenga presente tratta di responsabilità alternative e, pertanto, non cumulabili).

Tale orientamento, ormai prevalente ed ampiamente considerato, non tiene però presente che no gli animali possono essere oggetto di una utilizzazione economica (lampante è il caso degli a domestici) ragion per cui non si può ritenere di dover ancorare il concetto d'uso all'utilità in te economici (cd. *uso redditizio*).

2. Responsabilità oggettiva e prova liberatoria.

Premesso ciò, dal tenore della norma si comprende anche come questa responsabilità sia *presu* connota pertanto come una vera e propria responsabilità di tipo oggettivo connessa al r

rappresentato dall'aver e utilizzare un animale, superando la tesi tradizionale incentrata sul colpevole ("colpa presunta") e conseguentemente colui che ha l'uso dell'animale risponde sempre del danno da questo cagionato quale conseguenza del rapporto con l'animale, a meno che non provi il *caso fortuito*.

Si deve, tuttavia, precisare il caso fortuito potrà consistere solo in elementi estranei all'animale (essendo irrilevante la natura mansueta ovvero feroce dello stesso): la S.C. ha, difatti, avuto modo di precisare come il caso fortuito debba consistere "*in un evento imponderabile ed imprevedibile che si inserisce all'improvviso nell'azione di un soggetto*" ragion per cui deve essere costituito "*da un fatto esterno che può consistere anche nel atto del terzo o nella colpa del danneggiato ma che comunque presentare i caratteri dell'imprevedibilità, inevitabilità ed assoluta eccezionalità*".

La prova del caso fortuito, pertanto, che rappresenta l'unica prova liberatoria possibile per il proprietario, può essere costituita anche dalla condotta tenuta dal danneggiato stesso qualora l'eventuale imprudenza sia stata di entità tale da rappresentare l'esclusiva causa del danno.

Si tenga conto che per "caso fortuito", come chiarito dalla giurisprudenza, può ritenersi costituito anche dalla condotta colposa del danneggiato^[1].

In ogni caso si osservi che, analogamente alle altre ipotesi di responsabilità oggettiva, la prova del danno da animale è tenuta soltanto a provare il nesso tra l'evento lesivo e la causazione del danno, il probatorio risulta, quindi, assai meno gravoso rispetto a quello posto in capo al convenuto: difatti il convenuto/proprietario (o chi ha l'uso dell'animale!) è riconosciuto responsabile non sulla base del proprio comportamento ma del rapporto con l'animale e, per questo, non è sufficiente dimostrare di aver posto in essere tutte le misure richieste dall'ordinaria diligenza ma sarà necessario provare, se si è avuto modo di illustrare, la sussistenza dell'eventuale caso fortuito^[2].

Va inoltre precisato che la giurisprudenza ha ritenuto che "*del danno cagionato da animale risponde, ex art. 2052 cod. civ. il proprietario o chi ne ha l'uso, per responsabilità oggettiva e non per colpa colposa (anche solo omissiva), sulla base del mero rapporto intercorrente con l'animale non in virtù del nesso causale tra il comportamento di quest'ultimo e l'evento dannoso, che il caso fortuito, fattore esterno generatore del danno concretamente verificatosi, può interrompere, sicché, non grava sull'attore l'onere di provare l'esistenza del rapporto eziologico tra l'animale e l'evento il cui danno la prova del fortuito è a carico del convenuto*" (così Cass. Civ. con la sentenza n. 17091 del 1998) evidenziando, ulteriormente, il carattere **oggettivo** della responsabilità in esame.

3. Randagismo, animali selvatici e responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Se dopo l'esame della norma appare fuor di ogni dubbio che sia il padrone (o chi ne ha l'uso) ad

considerato il responsabile per la condotta dell'animale, ne conseguirebbe che qualora si trattasse di animali randagi ovvero selvatici vada ricondotta la responsabilità in capo alla P.A.

La giurisprudenza ha, difatti, chiarito come *“la responsabilità civile per i danni causati da animali randagi spetta esclusivamente all'ente, o agli enti, cui è attribuito dalla legge (ed in particolare singole leggi regionali attuative della legge quadro nazionale n. 281 del 1991) il dovere di prevenire il pericolo specifico per l'incolumità della popolazione, e cioè il compito della cattura e della cura dei cani vaganti o randagi, mentre non può ritenersi sufficiente, a tal fine, l'attribuzione di generici compiti di prevenzione del randagismo, quale è il controllo delle nascite della popolazione canina e felina, avendo quest'ultimo ad oggetto il mero controllo "numerico" degli animali, a fini di igiene e profilassi, e, al più, una sola generica ed indiretta prevenzione dei vari inconvenienti del randagismo”* (così la Cass. Civ. con l'ordinanza n. 12495 del 2017) ed analogamente si è ritenuto *“la responsabilità aquiliana per i danni provocati da animali selvatici alla circolazione dei veicoli deve essere imputata all'ente (sia esso Regione, Provincia, Ente Parco, Federazione o Associazione ecc.) a cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata”* (così la Cass. Civ. con la pronuncia n. 2288 del 2015).

A tal proposito, vale la pena segnalare la recente pronuncia del Giudice di Pace di Pinerolo con osservanza al tetragono orientamento creatosi, si è affermato che *“i poteri di protezione e gestione della fauna selvatica attribuiti alle Province rendono le stesse responsabili dei danni cagionati da animali selvatici atteso che i poteri loro conferiti sono indirizzati anche alla sicurezza dei soggetti esposti ai danni derivanti dagli imprevedibili comportamenti della fauna selvatica”* (così G. Pinerolo, 25.01.2018).

Chiarito che la P.A. è ritenuta responsabile per i danni causati da animali randagi o selvatici (risponde l'ente che concretamente ha i poteri di amministrazione sul territorio), ma a che titolo risponde?

Nel caso di danni causati da animali randagi ovvero selvatici la P.A. risponde non in virtù della responsabilità delineata ex art. 2052 c.c. bensì ai sensi dell'art. 2043 c.c. e ciò in quanto la giurisprudenza ha chiarito che in tali casi, tenuto conto della natura degli animali, non può ritenersi sussistente un rapporto di proprietà o di uso da parte della P.A. (quel rapporto di proprietà od uso che è, invece, il presupposto per l'applicazione della responsabilità oggettiva di cui all'art. 2052 c.c.)^[3].

Da ciò ne derivano importanti conseguenze in termini processuali soprattutto per quanto con

l'onere probatorio: se, infatti, nel caso di responsabilità ai sensi del 2052 c.c., trattando responsabilità oggettiva, è necessario soltanto provare il rapporto di proprietà ovvero di uso dell'animale (essendo influente la sussistenza di una condotta colposa sia commissiva che omissiva). Invece, difatti di una presunzione di responsabilità, nel caso di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. invece, occorre provare la responsabilità dell'ente ad es. provando che la cattura e la custodia specifica animale randagio/selvatico che ha provocato il danno era possibile e che la conseguenza omissione sia imputabile all'ente in virtù di un comportamento colposo[4].

4. Osservazioni.

La norma di cui in esame riveste un ruolo importante all'interno del nostro ordinamento giuridico è evidente come la rilevanza di tale tipo di responsabilità risulti, nel nostro attuale contesto storico, ridimensionata: in epoca moderna, difatti, l'uso degli animali è cambiato. Si tratta, difatti, di un contesto storico in cui l'animale non è più visto come "strumento di lavoro" ma molto più spesso "animale domestico", pertanto l'applicazione reale di tale fattispecie risulta piuttosto limitata (non è anche conto che, come si è avuto modo di illustrare, per il caso di animali randagi e/o selvatici si applica l'art. 2052 c.c. bensì l'art. 2043 c.c.).

Si può, quindi, facilmente comprendere come una norma di questo tipo, che ha rivestito un'importanza in una realtà economica di tipo agricolo, risulti "residuale" nell'attuale realtà economica in cui muoviamo; conseguentemente la sua applicazione si riduce ai casi di animali domestici e incidenti verificatosi nel corso dell'esercizio dell'attività di maneggio.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Il Tribunale di Ascoli Piceno nel caso di un danno provocato dal morso di un cane ha dichiarato che il sinistro fosse dovuto esclusivamente alla responsabilità del danneggiato in quanto questo aveva tenuto un comportamento imprudente (aveva accarezzato un cane legato ed innervosito): *"La ferita alla mano spiega, invece, con l'avvicinamento della vittima all'animale, che era al di là del recinto in ferro, come affermato dal teste S., allo scopo di accarezzarlo e "calmarlo". Ritiene allora, il Giudicante, che tale condotta della vittima costituisca caso fortuito idoneo ad escludere la responsabilità ex art.2052 c.c. perché comunque caratterizzata da imprudenza del D.C. nell'avvicinarsi, senza alcuna reale necessità, a un animale a lui sconosciuto che stava oltre tutto manifestando, abbaiando, segni di nervosismo aggressivo contro il visitatore. L'animale e la vittima, in sostanza, sono venuti in contatto per volontà di quest'ultima e non per l'aggressione improvvisa del cane."* (così il Tribunale di Ascoli Piceno, sen 26.10.2016).

[2] *"La responsabilità del proprietario, o di chi si serve di un animale, di cui all'art. 2052 c.c., si fonda non su un comportamento o un'attività - commissiva od omissiva - ma su una relazione intercorrente tra predetti e l'animale, il cui limite risiede nel caso fortuito, la prova del quale - a carico del convenuto - può anche avere ad oggetto il comportamento del danneggiato, purché avente carattere di imprevedibilità"*

inevitabilità e assoluta eccezionalità.” Così la S.C. Sez. III, 20/05/2016, n. 10402.

[3] *“Occorre preliminarmente chiarire che la responsabilità per i danni causati dagli animali randagi deve ritenersi disciplinata dalle regole generali di cui all'art. 2043 c.c., e non dalle regole di cui all'art. 2052 c.c., che non sono applicabili - così come pacificamente si ritiene per l'analoga fattispecie dei danni causati dagli animali selvatici (ex plurimis: Cass. 25 novembre 2005 n. 24895; 24 aprile 2014 n. 9276; 1 novembre 2015 n. 22886) - in considerazione della natura stessa di detti animali e dell'impossibilità di ritenere sussistente un rapporto di proprietà o di uso in relazione ad essi, da parte degli enti pubblici preposti alla gestione del fenomeno del randagismo”* Così Cass. Civ. con ordinanza n. 18954 del 2017.

[4] *“Ai fini dell'affermazione della responsabilità di tali enti occorre di conseguenza la precisa individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile agli stessi. Ciò implica che non è possibile riconoscere una siffatta responsabilità semplicemente sulla base della individuazione dell'ente cui la normativa nazionale e regionale affida in generale il compito di controllo e gestione del fenomeno del randagismo e neanche quello più specifico di provvedere alla cattura ed alla custodia degli animali randagi, in mancanza della puntuale allegazione e della prova, il cui onere certamente spetta all'attore danneggiato in base alle regole generali, della condotta obbligatoria esigibile dall'ente e nella specie omessa, e della riconducibilità dell'evento dannoso, in base ai principi sulla causalità omissiva, e del mancato adempimento di tale condotta obbligatoria. Ciò equivale a dire che, applicandosi i principi generali in tema di responsabilità per colpa di cui all'art. 2043 c.c., non è sufficiente - per affermarne la responsabilità in caso di danni provocati da un animale randagio - individuare semplicemente l'ente preposto alla cattura dei randagi ed alla custodia degli stessi, non essendo materialmente esigibile anche in considerazione della possibilità di spostamento di tali animali - un controllo del territorio così penetrante e diffuso, ed uno svolgimento dell'attività di cattura così puntuale e tempestiva da impedire di tutto che possano comunque trovarsi sul territorio in un determinato momento degli animali randagi. Occorre dunque che sia specificamente allegato e provato dall'attore che, nel caso di specie, la cattura e la custodia dello specifico animale randagio che ha provocato il danno era nella specie possibile e esigibile, e che l'omissione di esse sia derivata da un comportamento colposo dell'ente preposto (a esempio perché vi erano state specifiche segnalazioni della presenza abituale dell'animale in un determinato luogo, rientrante nel territorio di competenza dell'ente preposto, e ciò nonostante quest'ultimo non si era adeguatamente attivato per la sua cattura). Diversamente, si finirebbe per applicare ad una fattispecie certamente regolata dalla fattispecie generale della responsabilità ordinaria per colpa di cui all'art. 2043 c.c., principi analoghi o addirittura più rigorosi di quelli previsti per l'ipotesi di responsabilità oggettiva da custodia di cui agli artt. 2051, 2052 e 2053 c.c.”* così Cass. Civ. con ordinanza n. 18954 del 2017.