

## OGGI NEL QUOTIDIANO

### Civile

- La disciplina dei trasferimenti di immobili a titolo oneroso tra vecchia e nuova disciplina
- Ghiaccio: scivolone in piena notte nel cuore della città. Il Comune condannato al pagamento dei danni

### Penale

- Verifica della persistenza della pericolosità sociale: prime pronunce dopo la sentenza n. 291/2013 della Corte Costituzionale

### Amministrativo

- Iscrizione alla Camera di Commercio requisito indispensabile per la partecipazione alla gara

## IN EVIDENZA

### Iscrizione alla Camera di Commercio requisito indispensabile per la partecipazione alla gara

*di Federico Gavioli - Dottore commercialista, revisore contabile e pubblicista*

Nell'ambito di ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento restano esclusi i requisiti contenuti negli articoli 38 e 39 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. legati intrinsecamente al soggetto come, nel caso in esame, l'iscrizione alla Camera di Commercio per quel tipo di fornitura richiesta nel bando di gara.

Il TAR della Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, con la sentenza n.1, del 3 gennaio 2014, ha respinto il ricorso di una SRL che si era avvalsa dell'avvalimento per la mancanza dei requisiti prescritti dal bando di gara che riguardavano: l'iscrizione in Camera di Commercio per l'attività oggetto dell'appalto; la dimostrazione di aver effettuato forniture simili negli ultimi tre anni per un importo sopra una determinata soglia. Per i giudici amministrativi possono essere oggetto di avvalimento anche requisiti di tipo immateriale, caratterizzati da un elevato grado di astrattezza, come ad esempio il possesso di un determinato fatturato; nel caso in esame, tuttavia, le obbligazioni previste nel contratto di avvalimento sono, e non possono che essere, 

### La disciplina dei trasferimenti di immobili a titolo oneroso tra vecchia e nuova disciplina

*di Valeria Mastroiacovo - Professore associato di Diritto tributario nell'Università degli studi di Foggia*

La nuova disciplina dell'imposta di registro per i trasferimenti di immobili a titolo oneroso, prevista dall'art. 10, d.lgs. n. 23/2011, entrata in vigore il 1° gennaio 2014, ha il pregio di introdurre in termini generali una semplificazione ai fini dell'attuazione delle imposte indirette e una riduzione al 9% dell'imposizione complessivamente considerata per gli atti di trasferimento relativi a immobili, fabbricati e relative pertinenze.

La nuova disciplina dell'imposta di registro per i trasferimenti di immobili a titolo oneroso, prevista dall'art.10 del d.lgs. n.23/2011, **entrata in vigore il 1° gennaio 2014**, ha il pregio di introdurre in termini generali una **semplificazione** ai fini dell'attuazione delle imposte indirette e **una riduzione al 9% dell'imposizione** complessivamente considerata per gli atti di trasferimento relativi a immobili, fabbricati e relative pertinenze. Tuttavia innegabilmente la riforma determina un innalzamento dell'imposizione per tutte quelle altre fattispecie precedentemente disciplinate 

Civile

Trasferimenti immobiliari

## La disciplina dei trasferimenti di immobili a titolo oneroso tra vecchia e nuova disciplina

di Valeria Mastroiacovo - Professore associato di Diritto tributario nell'Università degli studi di Foggia

La nuova disciplina dell'imposta di registro per i trasferimenti di immobili a titolo oneroso, prevista dall'art. 10, d.lgs. n. 23/2011, entrata in vigore il 1° gennaio 2014, ha il pregio di introdurre in termini generali una semplificazione ai fini dell'attuazione delle imposte indirette e una riduzione al 9% dell'imposizione proporzionale complessivamente considerata per gli atti di trasferimento relativi a immobili, fabbricati e relative pertinenze.

La nuova disciplina dell'imposta di registro per i trasferimenti di immobili a titolo oneroso, prevista dall'art. 10 del d.lgs. n. 23/2011, **entrata in vigore il 1° gennaio 2014**, ha il pregio di introdurre in termini generali una **semplificazione** ai fini dell'attuazione delle imposte indirette e **una riduzione al 9% dell'imposizione** proporzionale complessivamente considerata per gli atti di trasferimento relativi a immobili, fabbricati e relative pertinenze. Tuttavia innegabilmente la riforma determina un innalzamento dell'imposizione per tutte quelle altre fattispecie precedentemente disciplinate con aliquote del 3% (beni di interesse storico e artistico) o dell'1% (abitazioni esenti da IVA acquistate da parte delle società immobiliari di rivendita e immobili compresi in piani urbanistici particolareggiati) o con la misura fissa (trasferimenti a favore dello Stato e degli enti pubblici, delle Onlus e delle istituzioni riordinate in aziende di servizi, nonché trasferimenti di immobili situati all'estero). Inoltre, la soppressione di tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie (salvo che le agevolazioni per la piccola proprietà contadina), anche se previste da leggi speciali, comporta un innalzamento di tassazione, dal 1° gennaio 2014, con un evidente impatto economico e sociale.

**Tali nuove aliquote proporzionali risultano**, inoltre, per espressa disposizione di legge (art. 10, comma 3), comprensive dell'imposta di bollo, **tributi speciali catastali e tasse ipotecarie**, sia relativamente agli atti in tutte le ipotesi di cui sopra, sia relativamente agli atti e alle formalità direttamente conseguenti posti in essere per effettuare gli adempimenti presso il catasto e i registri immobiliari. I medesimi atti (evidentemente qualora siano assoggettati ad imposizione proporzionale), per effetto delle modifiche apportate dal comma 1 dell'art. 26 del citato D.L. n. 104/2013, «sono soggetti a ciascuna delle imposte ipotecaria e catastale nella misura fissa di euro cinquanta». Pertanto superando il tradizionale principio di alternatività iva - altri tributi indiretti, a seguito della riforma, l'imposizione proporzionale delle imposte ipotecaria e catastale, nell'ambito dei trasferimenti a titolo oneroso, residua essenzialmente nelle operazioni soggette ad iva (come nel caso di cessioni di immobili strumentali), salvo che per la misura catastale degli atti soggetti alle agevolazioni per la piccola proprietà contadina.

In ogni caso, nell'immediatezza della riforma, l'operatore giuridico dovrà avvalersi di validi strumenti di

approfondimento per districarsi, ai fini della gestione di eventuali contenziosi o pratiche amministrative o in generale della propria pratica professionale, tra legislazione passata (spesso appunto parcellizzata in ragione delle caratteristiche dei beni e dei soggetti) e disciplina attuale.

Inoltre, in mancanza di indirizzi di prassi da parte dell'Agenzia dell'entrate, in più di un contesto sarà opportuno operare un riscontro tra "vecchio" e "nuovo" al fine di una corretta applicazione delle norme giuridiche. Si pensi in particolare al caso della cd. agevolazione prima casa. Nell'ambito del panorama normativo sopra descritto, il legislatore ha voluto mantenere un'aliquota in misura differenziata per gli atti di trasferimento che abbiano per oggetto case di abitazione, ad eccezione di quelle della categoria catastale A1, A8 e A9, ove ricorrano le condizioni di cui alla nota II *bis*. Più precisamente il comma 1 dell'art. 10 del D.Lgs. n. 23/2011 ha ridotto la relativa aliquota dal 3% al 2% (modificando il relativo riferimento anche nell'ambito della nota II *bis*), prevedendo anche con riferimento a questa ipotesi l'«imposta proporzionale minima» nella misura di 1.000 euro. In questo caso all'imposizione proporzionale di registro consegue l'esenzione dall'imposta di bollo, dai tributi speciali catastali e dalle tasse ipotecarie e l'applicazione dell'imposta ipotecaria e catastale nella misura di cinquanta euro ciascuna, sia per l'atto di trasferimento che per gli atti e le formalità direttamente conseguenti posti in essere per effettuare gli adempimenti presso il Catasto ed i registri immobiliari. Una rilevante novità introdotta dall'art. 10 in merito all'acquisto della prima casa concerne la diversità dei criteri oggettivi assunti per l'individuazione dei beni cui la misura ridotta dell'aliquota può trovare applicazione. La scelta del legislatore è stata quella di convergere, probabilmente per finalità sistematiche, verso i requisiti oggettivi che ai fini dell'IMU individuano l'abitazione principale ovvero sia la categoria catastale dell'immobile, abbandonando del tutto il rinvio al D.M. 2 agosto 1969, il quale disciplinava i requisiti di lusso delle abitazioni a prescindere dalle categorie catastali. Tuttavia, tale modifica sostanziale della disciplina, da cui consegue l'individuazione delle fattispecie imponibili, è stata formulata senza considerare le difficoltà interpretative che essa comporta nel coordinamento della stessa con la disciplina di altri tributi o con altre leggi speciali le cui previsioni sono ispirate alla medesima *ratio* di agevolare

l'accesso alla proprietà della casa di abitazione. Ed infatti, sia nella nota II *bis* all'art. 1, Tariffa, parte prima (modificata, dall'art. 10, solo per quanto concerne la misura dell'aliquota), che nell'art. 7 della legge n. 448/1998 relativo al credito di imposta, che nell'art. 66, comma 1, della legge n. 342/2000 (relativo all'estensione del regime anche agli appartenenti alle Forze armate laddove manchi la residenza nel Comune), rimane l'espressione «abitazione non di lusso», tradizionalmente riferita ai requisiti «strutturali» del D.M. 2 agosto 1969, che nella nuova prospettiva non paiono invece più necessari (rimanendo determinante solo il dato catastale). Se in questo contesto si può ragionevolmente pervenire ad un'interpretazione adeguatrice, stante la chiara volontà del legislatore di modificare il criterio oggettivo per l'individuazione dei beni, tale disallineamento emerge in maniera più evidente rispetto ad altri tributi. In particolare si segnala che il n. 21 della tabella A parte II allegata al D.P.R. n. 633/1972 in materia di IVA non pare intaccato dalla riforma in esame e, dunque, la disciplina relativa alle cessioni della «prima casa» resta applicabile in ragione della sussistenza dei soli requisiti di cui al D.M. 2 agosto 1969. Analogamente, problemi interpretativi potrebbero poi porsi

con riferimento alla cd. agevolazione «prima casa» ai fini degli acquisti per successione o donazione in quanto tale disciplina da un lato fa riferimento alle abitazioni non di lusso, pur non richiamando espressamente il D.M. 2 agosto 1969, da un altro lato rinvia all'art. 1 ed alla Nota II *bis*, Tariffa, parte prima, dell'imposta di registro.

Per completezza, avuto riguardo ai meccanismi di scomputo quale il credito d'imposta di cui al citato art. 7 della legge n. 448/1998 si segnala che la minima di 1.000 euro, prevista dal comma 2 dell'art. 10, indica l'ammontare dell'imposta minima dovuta per gli atti di trasferimento immobiliare a titolo oneroso, non già quella necessariamente da corrispondere. Pertanto, ai fini applicativi, la minor somma valida agli effetti del menzionato credito d'imposta per l'acquisto agevolato dovrà tenere conto di tale importo «minimo» comunque dovuto.

Sulla materia, il **Quotidiano Giuridico** segnala:

**Fedele-Mariconda-Mastroiacovo, Codice delle leggi tributarie, 2014**

Civile

Responsabilità civile

## Ghiaccio: scivolone in piena notte nel cuore della città. Il Comune condannato al pagamento dei danni

di Cristina Mantelli - Avvocato in Bologna

Il regime della responsabilità ex art. 2051 c.c. presuppone che sia stata direttamente la cosa in custodia a cagionare l'evento dannoso, nel senso che questo sia stato causato dall'insorgere di un agente dannoso ancorché provocato da elementi provenienti dall'esterno che s'inseriscano nella struttura della cosa stessa, sì da provocarne un'intrinseca attitudine lesiva.

### Il caso

L'attore adiva il Tribunale di Siena per essere risarcito delle conseguenze dannose subite dopo essere scivolato sul manto stradale (in una delle piazze principali della città ove ha sede il Municipio) a causa di una lastra di ghiaccio, formata a seguito delle intense nevicate che avevano interessato la città sin da 48 ore prima.

In tema di danno da insidia stradale, il solo fatto che sia dimostrata l'esistenza di un'anomalia sulla sede stradale fa presumere sussistere la colpa dell'ente proprietario, salva la prova che il danno sia avvenuto per negligenza od uso anomalo da parte della vittima.

Il giudicante, ritenuta sussistere la responsabilità in capo al Comune, ha quindi condannato quest'ultimo al risarcimento dei danni subiti dal danneggiato.

### La decisione del Tribunale di Siena

La prima questione di diritto affrontata nella pronuncia in esame è costituita dall'**applicabilità dell'art. 2051 c.c. alle pubbliche amministrazioni**, in qualità di enti gestori delle strade.

Prima della definitiva consacrazione dell'applicabilità del suddetto articolo agli enti, la giurisprudenza aveva elaborato la figura dell'insidia o trabocchetto, definibile come quella «*situazione di pericolo caratterizzata dall'elemento oggettivo della non visibilità e da quello soggettivo dell'imprevedibilità ed inevitabilità, valutabili dal giudice secondo le caratteristiche del caso concreto*».

Ora partendo proprio da tale riferimento, il Giudice ha dipinto la situazione in cui concretamente può operare tale figura; il solo fatto che sia dimostrata l'esistenza di una anomalia sulla sede stradale è di per sé sufficiente a far presumere sussistente la colpa dell'ente proprietario, salva la prova contraria che il danno è avvenuto per negligenza, distrazione od uso anomalo della cosa da parte della stessa vittima.

Tuttavia, tale presunzione non esime il giudice dall'accertare in concreto la possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza l'anomalia, con eventuale esclusione della configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della p.a. per difetto di manutenzione della strada pubblica.

Ed è, infatti, ciò che il Giudicante ha fatto giacché dopo aver rilevato la mancanza di prove scagionatrici della responsabilità della p.a. ha evidenziato come trattandosi di

sinistro capitato di notte, sarebbe stato onere dell'ente convenuto dimostrare pure l'esistenza di adeguati sistemi di illuminazione.

Sulla natura della responsabilità ex art. 2051 c.c. e sui conseguenti effetti che ne discendono, fin dalle prime pronunzie, la giurisprudenza è apparsa divisa sul contenuto della prova liberatoria di cui la pubblica amministrazione necessita per affrancarsi dalla responsabilità.

Prevalente è l'orientamento che sottolinea il "*carattere oggettivo*" della responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia, e pertanto ritiene "*sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza*".

Il Tribunale di Siena, ha invece richiamato il precedente principio della c.d. presunzione di colpa del custode, ai fini di imputare la responsabilità dell'evento all'ente.

Il custode è colui che è dotato di un potere di controllo sulla *res* ovvero ha il potere di intervenire sulla stessa modificando eventuali situazioni di pericolo che si sono create ovvero escludendone i terzi dall'ingerenza sul bene.

Ora, nel caso in esame, analizzando l'incuria (la nevicata era cominciata in tempo utile per poter approntare le dovute misure precauzionali in relazione anche al clima gelido stagionale) ed il luogo in cui si è verificato l'evento dannoso è evidente come, da parte della pubblica amministrazione sussisteva l'effettivo potere di controllo sulla piazza giacché la stessa si trova non solo in pieno centro storico, ma addirittura, ove ha la sede il Municipio.

Tutto ciò costituisce, senz'altro, un indice sintomatico particolarmente qualificato della possibilità di provvedere alla custodia, circostanza dalla quale discende l'applicabilità dell'art. 2051 c.c..

Alla luce di questa e di altre sentenze in cui ha fatto "capolino" il principio, che si riteneva superato, della responsabilità per colpa e quindi della necessità di indagine circa l'effettività del potere di vigilanza sulla cosa da parte del soggetto pubblico, appare più che mai auspicabile un intervento delle Sezioni Unite che faccia definitiva chiarezza sul punto.

Tale diversa classificazione della responsabilità, infatti, determina delle implicazioni in termini del contenuto della prova liberatoria a carico della pubblica amministrazione, che non possono essere sottovalutate specialmente ove per l'estensione del territorio l'ente non sia in grado di esercitare

un controllo effettivo sul bene.

La seconda questione di diritto affrontata è quella afferente al **danno biologico**.

Il danno biologico consiste nella lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità fisica della persona, la cui risarcibilità trova specifico fondamento nell'art. 32 della Costituzione.

In verità, richiamando la decisione della Corte Costituzionale n. 184 del 14/07/1986 il Tribunale di Siena ha evidenziato come per la liquidazione del danno si rende necessaria una "uniformità pecuniaria di base", pur se occorre integrarla con "elasticità e flessibilità", per adeguarla al caso concreto e va risarcita anche in difetto di criteri obiettivi per l'esatta quantificazione in denaro, stante il potere-dovere del giudice di ricorrere ad una "valutazione equitativa". D'altro canto, prosegue, la risarcibilità del danno biologico non può comportare una duplicazione nella liquidazione di un elemento del danno bensì una più completa valutazione nell'ambito del danno alla salute, diverso ontologicamente sia dal c.d. danno morale, sia dal danno da perdita.

L'adozione della regola equitativa di cui all'art. 1226 c.c. deve garantire, quindi, non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi. Conclude affermando come tale uniformità di trattamento sia assicurata dal criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano.

#### **I precedenti e i possibili impatti pratico-operativi**

Presupposti applicativi dell'art. 2051 c.c. sono: la custodia (cfr. Cass. n. 4279 del 2008; Cass. n. 858 del 2008) e la derivazione del danno dalla cosa (Cass. n. 20757 del 2010). La norma di cui all'art. 2051 c.c. non richiede, invero, altri e diversi presupposti applicativi, ulteriori rispetto alla prova da parte del danneggiato dell'esistenza dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con la cosa.

Al danneggiato non può farsi carico della prova dell'insidia o trabocchetto, trattandosi di elementi estranee alla responsabilità ex art. 2051 c.c., che, pertanto, non possono considerarsi indici tassativi ai fini della configurabilità della responsabilità della P.A. (pronunzie difformi, tra le ultime, Cass. n. 22592 del 2004; Cass. n. 15383 del 2006 e Cass. n. 3651 del 2006).

La responsabilità ex art. 2051 c.c. integra un'ipotesi di vera e propria responsabilità oggettiva (Cfr. Cass. n. 8229 del 2010, Cass. n. 20943 del 2009, Cass. n. 20415 del 2009,

Cass. n. 993 del 2009, Cass. n. 28811 del 2008, Cass. n. 26051 del 2008, Cass. n. 25029 del 2008, Cass. n. 20427 del 2008, Cass. n. 15042 del 2008, Cass. n. 4279 del 2008, Cass. n. 5308 del 2007, Cass. n. 5307 del 2007, Cass. n. 2563 del 2007).

Non rileva allora la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza (cfr. Cass. n. 2563 del 2007), il cui comportamento è di per sé estraneo alla struttura dell'articolo; né può esservi reintrodotta attraverso la figura della presunzione di colpa per mancata diligenza nella custodia, poiché il solo limite previsto dall'articolo in esame è l'esistenza del caso fortuito, non l'assenza di colpa. Per quanto riguarda infine la quantificazione del danno, si ricorda che la sentenza a sezioni unite della Cassazione n. 26972/2008, ha messo ordine all'argomento del danno biologico stabilendo in maniera chiara e netta alcuni principi.

a) il danno non patrimoniale è una categoria giuridica unitaria, allo stesso modo di quello patrimoniale.

b) il danno non patrimoniale può assumere molte forme, e produrre molte conseguenze: di tutte il giudice deve tenere conto nella liquidazione, per quanto allegato e provato dalle parti, ma senza automatismi risarcitori;

c) poiché qualunque lesione fisica provoca dolore e sofferenza, liquidare congiuntamente ed automaticamente il danno biologico e quello morale costituisce una duplicazione risarcitoria. Il dolore emozionale o psichico non lo si può considerare un danno *in re ipsa*: andrà allegato, andrà provato, andrà accertato, andrà valutato, caso per caso.

Come mai, allora, i Giudici di merito sono sostanzialmente riluttanti a recepire quanto dettato dalla Cass., sez. un., 11/11/2008 n. 26972?

#### **Esito del ricorso:**

Accoglie la domanda di risarcimento danni

#### **Precedenti giurisprudenziali:**

Cassazione civile, sez. III, 18/04/2012, n. 6062

Cassazione Civile, sentenza n. 12408 del 07/06/2011

Cass. n. 22592 del 1/12/2004

Cass. n. 15383 del 06/07/2006

Cass. n. 3651 del 20/02/2006

Cassazione Sentenza n. 21716 del 23/09/2013

#### **Riferimenti normativi:**

Cod. Civ. artt. 2051, 1226, 2056, 3 e 32

#### **Riferimenti normativi**

Tribunale Milano, Sentenza 14/11/2013

Civile

Contratti

## Leasing traslativo: anche l'utilizzatore può rispondere per responsabilità precontrattuale

Nel leasing traslativo l'utilizzatore può essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità precontrattuale in relazione agli atti che ha il potere di compiere per effetto del contratto.

Nel leasing traslativo l'utilizzatore può essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità precontrattuale in relazione agli atti che ha il potere di compiere per effetto del contratto. Questo, in sintesi, il principio che può essere espunto da una recente sentenza del giudice di legittimità. Nel caso in esame, alla luce dell'enunciato principio, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza con la quale la corte del merito, nel quadro di una articolata operazione negoziale, aveva negato ad una società a responsabilità limitata la legittimazione a rispondere per responsabilità precontrattuale perchè mera utilizzatrice, e non formale proprietaria del bene oggetto di leasing.

In generale, precisa preliminarmente la pronuncia in epigrafe, ognuno può essere chiamato a rispondere degli affidamenti ingiustamente creati nei terzi in relazione ad affari che rientrano nell'ambito dei poteri, pur limitati, che concretamente gli spettano su un determinato bene: così, il locatore risponde per mala fede o per ingiustificato recesso dalle trattative attinenti alla sublocazione, pur se non proprietario del bene. Per quanto concerne poi in particolare i contratti di leasing traslativo, i poteri dell'utilizzatore sono talmente ampi da poter essere assimilati ad una sorta di *dominio utile*, tale da rendere inaccettabile, perchè non conforme alla natura del contratto e della sottostante operazione economica, il principio per cui l'utilizzatore non potrebbe essere chiamato a rispondere per responsabilità precontrattuale (come anche per responsabilità contrattuale o aquiliana) in relazione agli atti che ha il potere di compiere per effetto del contratto di leasing.

Secondo la Corte regolatrice, l'opinione della Corte di appello - secondo cui l'utilizzatore non risponderebbe per mala fede nelle trattative perchè non proprietario del bene - è quindi irrealistica e non congruente con la natura dell'operazione economica sottostante al contratto di leasing traslativo. Di ciò, prosegue la pronuncia, la stessa giurisprudenza di legittimità ha tenuto conto sotto vari aspetti: quanto al subentro automatico dell'utilizzatore nei contratti di locazione stipulati dal proprietario; quanto all'applicazione all'utilizzatore della tassa di possesso dei veicoli; quanto alla legittimazione dell'utilizzatore ad agire in risarcimento dei danni arrecati al bene in leasing; quanto, infine, all'applicabilità al

leasing finanziario delle norme in tema di vendita con riserva della proprietà. Per poter respingere la domanda attorea, conclude la Cassazione, la sentenza impugnata avrebbe dovuto accertare, pertanto, se la società utilizzatrice in leasing avesse o meno il potere di concludere il contratto oggetto della denuncia di ingiustificata rottura delle trattative.

**Esito del ricorso:**

Cassa con rinvio, Corte di Appello di Bologna, sentenza 13 novembre 2007, n. 1271

**Riferimenti normativi:**

Cod. Civ. artt. 1337, 1526

**I precedenti giurisprudenziali:**

Cass. civ. Sez. I, 11/07/2012, n. 11643 (rv. 623535)

Cass. civ. Sez. I, 02/04/2012, n. 5253 (rv. 622230)

Cass. civ. Sez. V, 21/03/2012, n. 4507 (rv. 622112)

Cass. civ. Sez. III, 25/01/2011, n. 1747 (rv. 616364)

Cass. civ. Sez. III, 12-01-2011, n. 534 (rv. 616135)

Cass. civ. Sez. III, 12/10/2010, n. 21011 (rv. 614574)

Cass. civ. Sez. III, 10-09-2010, n. 19287 (rv. 615189)

Cass. civ. Sez. III, 08/01/2010, n. 73 (rv. 610866)

A cura della Redazione

**Riferimenti normativi**

Cassazione civile Sentenza, Sez. III, 13/02/2014, n. 3362

Civile

Edilizia ed urbanistica

## Rispetto delle distanze legali: l'intervento della Cassazione

*di Aldo Carrato - Consigliere della Corte di Cassazione*

Con la interessante sentenza in rassegna la S.C. ha affrontato la delicata questione della disciplina riguardante l'osservanza delle distanze legali, ponendo l'attenzione su quale sia in proposito la eventuale rilevanza delle modifiche normative ed urbanistiche peggiorative che sopravvengano rispetto al momento dell'edificazione della costruzione illegittima.

**Il caso e la soluzione**

A seguito della proposizione di una domanda diretta all'ottenimento del **rispetto delle distanze legali tra due edifici**, il giudice di primo grado l'accoglieva, con sentenza confermata in appello. A seguito di ricorso per cassazione, la Corte di legittimità lo accoglieva limitatamente ad un motivo concernente la violazione del principio di ripartizione dell'onere della prova, mentre, per il resto, confermava l'impianto della sentenza impugnata.

**Impatti pratico-operativi**

La segnalata sentenza è importante perchè ha ribadito l'importante principio secondo cui, in caso di **successione di**

**norme edilizie** il principio dell'immediata applicazione dello "ius superveniens" deve essere armonizzato con l'esigenza del rispetto dei diritti quesiti, talché nell'ipotesi che le **nuove norme siano più restrittive**, la nuova disciplina non è applicabile alle costruzioni che al momento della sua entrata in vigore possano considerarsi già sorte, mentre nell'ipotesi di nuove norme meno restrittive il principio richiamato trova unico limite nell'eventuale giudicato formatosi sulla legittimità o meno della costruzione, con la conseguenza che non può disporsi la demolizione degli edifici originariamente illeciti alla stregua delle precedenti norme e che siano consentiti dalla normativa sopravvenuta, salvo il diritto al risarcimento dei danni prodottisi "medio tempore", ossia di quelli conseguenti all'illegittimità della costruzione nel periodo compreso tra la sua esecuzione e l'entrata in vigore della nuova disciplina.

In linea generale, perciò, deve rimarcarsi che, nell'ipotesi di successione nel tempo di norme edilizie, **la nuova disciplina meno restrittiva è applicabile anche alle costruzioni realizzate prima della sua entrata in vigore** con l'unico limite dell'eventuale giudicato formatosi nella controversia sulla legittimità o non della costruzione, onde non può disporsi la demolizione degli edifici originariamente illeciti alla stregua delle precedenti norme, nei limiti in cui siano consentiti dalla normativa sopravvenuta. In termini più concreti, dunque, si è precisato che se dopo la concessione edilizia sopravvengono nuove norme sulle distanze tra edifici, o sulla loro volumetria o altezza, il costruttore deve conformarsi allo "ius superveniens" (art. 11 disp. prel. c.c.), salvo che la costruzione sia già iniziata, perché in tal caso, se la nuova disciplina è più restrittiva della precedente, non può esplicare efficacia retroattiva su situazioni già consolidate. Con riferimento al motivo accolto la S.C. ha, altresì, enunciato il principio di diritto in base al quale spetta al proprietario che chiede la demolizione dell'opera in violazione della normativa sulle distanze dimostrare che al momento dell'entrata in vigore della disciplina più rigorosa essa non era completata, mentre il convenuto può limitarsi a contestare, senza altro onere probatorio, neppure nel caso abbia articolato prova testimoniale sul punto, sempre che non vi sia inequivoca rinuncia ai vantaggi derivantigli dai principi che disciplinano la prova.

#### **Esito del ricorso:**

Ricorso parzialmente accolto

#### **Precedenti giurisprudenziali:**

Cass. n. 9348/1991; Cass. n. 10351/1994; Cass. n. 1047/1998.

#### **Riferimenti normativi:**

art. 873 c.c.

#### **Riferimenti normativi**

Cassazione civile Sentenza, Sez. II, 07/02/2014, n. 2856

#### **Civile**

Assicurazione professionale

## Assicurazione professionale: la cassazione "spiega" natura ed efficacia della clausola claim made

In una recente decisione la Suprema Corte si sofferma sulla natura ed efficacia della clausola claim made, che, largamente praticata nei contratti di assicurazione della responsabilità professionale, garantisce all'assicurato la copertura assicurativa in tutti i casi in cui la domanda di risarcimento dei danni sia proposta contro l'assicurato nel periodo di validità-efficacia della polizza pur se il comportamento illecito da cui deriva la responsabilità si sia verificato prima della stipulazione del contratto.

La **clausola claim made** prevede il possibile sfasamento tra prestazione dell'assicuratore (obbligo di indennizzo in relazione all'alea del verificarsi di determinati eventi) e controprestazione dell'assicurato (pagamento del premio), nel senso che possono risultare coperti da assicurazione comportamenti dell'assicurato anteriori alla data di conclusione del contratto, qualora la domanda di risarcimento del danno sia per la prima volta proposta dopo tale data; viceversa, possono risultare sforniti di garanzia comportamenti tenuti dall'assicurato nel corso della piena validità ed efficacia della polizza, qualora la domanda di risarcimento danni sia proposta successivamente alla cessazione degli effetti del contratto.

Con riferimento alla prima ipotesi e con riferimento alla **efficacia della clausola** in esame, l'estensione della copertura assicurativa a comportamenti anteriori alla stipulazione della polizza è frutto di una precisa scelta dell'assicuratore, che di sua iniziativa inserisce la clausola fra le condizioni generali di contratto - presumibilmente a fini promozionali - sulla base di una consapevole valutazione dei rischi, che peraltro vengono sapientemente circoscritti tramite altre disposizioni. Quanto all'alea, elemento essenziale del contratto assicurativo e la cui mancanza determina la nullità del contratto medesimo, essa concerne non la possibilità che l'assicurato tenga comportamenti colposi, ma che li abbia commessi in passato, pur non essendo ancora a conoscenza della loro illiceità o idoneità a produrre danno. L'alea non concerne i comportamenti passati nella loro materialità, ma la consapevolezza da parte dell'assicurato del loro carattere colposo e della loro idoneità ad arrecare danno a terzi. In secondo luogo, non è detto che qualunque comportamento colposo induca il danneggiato a proporre domanda di risarcimento danni. Sotto entrambi i profili, l'assicurazione copre eventi incerti e peculiari tipi di rischi.

Inoltre, i contratti contenenti la clausola *claim made*

delimitano la garanzia a **non più di due o tre anni** prima della sottoscrizione della polizza, nonché ai casi in cui l'assicurato non sia a conoscenza dell'illecito pregresso, dei relativi effetti dannosi e dell'intenzione del danneggiato di agire in risarcimento, serbando intatta, in mancanza, la possibilità di opporre all'assicurato la responsabilità e gli effetti delle dichiarazioni inesatte o reticenti, ai sensi degli artt. 1892 e 1893 c.c.

In forza di tali argomentazioni, in una recente decisione la Corte di cassazione ha cassato con rinvio la sentenza impugnata con la quale la corte distrettuale, nel quadro di una controversia avente ad oggetto una domanda di risarcimento danni avanzata da una società commerciale nei confronti di un dottore commercialista, aveva respinto la domanda di garanzia avanzata da quest'ultimo nei confronti della propria compagnia di assicuratrice.

#### **Esito del ricorso:**

Cassa con rinvio, Corte di Appello di Roma, sentenza 31 luglio 2007, n. 3417

#### **Riferimenti normativi:**

Cod. Civ. artt. 1322, 1362, 1917

#### **I precedenti giurisprudenziali:**

Cass. civ. Sez. III, 22/03/2013, n. 7273 (rv. 625900)

Cass. civ. Sez. III, 15/03/2005, n. 5624 (rv. 581723)

A cura della Redazione

#### **Riferimenti normativi**

Cassazione civile Sentenza, Sez. III, 17/02/2014, n. 3622

#### **Civile**

Avvocati

## Presentato il testo del nuovo Codice deontologico forense

Il Consiglio Nazionale Forense ha presentato nella giornata del 19 febbraio scorso ai presidenti dei Consigli dell'Ordine e delle altre componenti dell'Avvocatura il nuovo codice deontologico forense.

Il 19 febbraio scorso il Presidente del Consiglio Nazionale Forense, Guido Alpa, ha presentato ai presidenti dei Consigli dell'Ordine forense e di tutte le rappresentanze dell'avvocatura il nuovo codice deontologico forense, aggiornato secondo le previsioni del nuovo ordinamento forense (legge n. 247/2014).

Le principali novità riguardano la **tipizzazione degli illeciti disciplinari** e l'**espressa indicazione delle sanzioni**, che nel codice corredano ogni fattispecie con un meccanismo di **aggravamento** e di **attenuazione** in relazione alla maggiore o minore gravità del fatto contestato.

Il nuovo Codice deontologico entrerà in vigore 60 giorni dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale; e, come si legge nel comunicato stampa consultabile sul sito del CNF, «insieme ai regolamenti del CNF sulla elezione dei

componenti dei Consigli Distrettuali di Disciplina e sul procedimento disciplinare ridisegna il sistema deontologico nella direzione di una maggiore sistematicità, imparzialità e legalità, che entrerà a pieno regime il primo gennaio 2015». Per saperne di più, leggi Giuliano Scarselli su Il Quotidiano Giuridico.

A cura della Redazione

#### **Riferimenti normativi**

Codice - Deontologico forense

Penale

Misure di prevenzione

## Verifica della persistenza della pericolosità sociale: prime pronunce dopo la sentenza n. 291/2013 della Corte Costituzionale

di Margherita Lombardo - Avvocato in Torino e Dottore di ricerca in Diritto penale italiano e comparato nell'Università di Torino

La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 12 della l. 1423/1956 (ora art. 15 d.lgs. 6.9.2011, n. 159), nella parte in cui non prevede la valutazione anche d'ufficio della persistenza della pericolosità sociale al momento dell'esecuzione della misura di prevenzione, non può spiegare effetti, secondo il Tribunale di Lecce, su una misura legittimamente già in esecuzione al momento della pronuncia della Corte costituzionale.

### La sentenza della Corte Costituzionale 6.12.2013, n. 291

Con sentenza 6.12.2013, n. 291, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'art. 3 Cost., dell'art. 12 l. 27.12.1956, n. 1423 (nonché dell'attuale art. 15 d.lgs. 6.9.2011, n. 159), nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato al momento dell'esecuzione della misura.

La Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 3 Cost. nel confronto tra la disciplina prevista all'art. 679 c.p.p. per le misure di sicurezza e quella prevista all'art. 12 l. 1423/1956 (confermata al vigente art. 15 d.lgs. 159/2011) per le misure di prevenzione.

Per le misure di sicurezza, a seguito delle declaratorie di incostituzionalità di una nutrita serie di norme fondate su presunzioni legali di pericolosità (artt. 219; 222, 1° comma; 224, 2° comma c.p.), il nuovo codice di rito richiede, all'art. 679 c.p.p., un duplice accertamento di sussistenza della pericolosità sociale: da parte del giudice della cognizione, nel momento della pronuncia della sentenza che dispone la misura di sicurezza; da parte del magistrato di sorveglianza, nel momento in cui la già disposta misura deve avere concretamente inizio, in modo da garantire l'attualità della pericolosità del soggetto colpito dalle restrizioni della libertà personale connesse alla misura stessa. Per le misure di prevenzione, invece, nell'ipotesi in cui la misura debba essere applicata a soggetto che si trovi in stato di detenzione e in cui, dunque, l'esecuzione della stessa venga differita al momento di cessazione dello stato detentivo, l'accertamento della pericolosità sociale ha luogo, obbligatoriamente, nel solo momento iniziale di applicazione della misura di prevenzione, con la conseguenza che, qualunque sia la distanza di tempo intercorsa dalla sentenza che ha disposto la misura, la pericolosità sociale è presunta come ancora esistente, salva la possibilità per l'interessato di richiedere la revoca ai sensi dell'art. 71 l. 1423/1956 (ora art. 11, 2° comma d.lgs.

159/2011).

**Il sistema di prevenzione**, che, anche nell'ipotesi di una detenzione di lunga durata ovvero dell'ergastolo (nella prospettiva di una possibile liberazione condizionale), non permette di riverificare la sussistenza della pericolosità sociale, è stato dichiarato in contrasto con i canoni dell'uguaglianza e della ragionevolezza. Secondo la Corte, se "già in linea generale, il decorso di un notevole lasso di tempo aumenta la possibilità che intervengano modifiche nell'atteggiamento del soggetto nei confronti dei valori della convivenza civile [...] a maggior ragione ciò vale quando si discuta di persona che, durante tale lasso temporale, è sottoposta a un trattamento specificamente volto alla risocializzazione", come è nel caso della detenzione carceraria.

### La verifica sulla persistenza della pericolosità sociale nel momento dell'esecuzione della misura di prevenzione

In conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale, dunque, l'Autorità Giudiziaria, anche d'ufficio, è ora tenuta a verificare la persistenza della pericolosità sociale anche nel momento dell'esecuzione della misura di prevenzione. Nella parte conclusiva della motivazione, la Corte costituzionale individua espressamente il Giudice competente per tale verifica nell'organo che ha emanato il provvedimento di applicazione, ovvero nello stesso organo cui deve essere rivolta l'istanza di revoca della misura ai sensi dell'art. 7, 2° comma l. 1423/1956 (ora art. 11, 2° comma d.lgs. 159/2011). Il chiarimento si era reso necessario in quanto, a differenza delle misure di sicurezza, per le misure di prevenzione la fase dell'esecuzione è affidata al controllo dell'autorità di pubblica sicurezza e non dell'Autorità giudiziaria (art. 11, co. 1, d.lgs. n. 159 del 2011; già art. 7, co. 1, l. n. 1423 del 1956).

Infine, la Corte Costituzionale lascia all'applicazione giudiziale l'individuazione dei casi in cui la reiterazione della verifica della pericolosità sociale potrà essere ragionevolmente omessa, a fronte della brevità del periodo di differimento dell'esecuzione della misura di prevenzione, come nel caso limite in cui la persona alla quale è stata applicata una misura di prevenzione si trovi a dover scontare pochi

giorni di pena detentiva.

## **Il decreto del Tribunale di Lecce**

Il decreto del Tribunale di Lecce 4.2.2014 costituisce una delle prime pronunce giurisprudenziali sulle conseguenze della declaratoria di incostituzionalità della presunzione di persistenza della pericolosità sociale al momento dell'esecuzione della misura.

Nel caso di specie, la misura di prevenzione personale era stata applicata in forza di due provvedimenti distinti, emessi nel 2004 e nel 2010. A causa dello stato detentivo della persona destinataria della misura, la stessa aveva avuto esecuzione a partire dal 2006 ed aveva subito diverse interruzioni sino alla scarcerazione definitiva avvenuta il 17.4.2013, data in cui la misura era stata nuovamente eseguita per il periodo residuo.

Con specifica istanza, l'interessato aveva richiesto al Tribunale la sospensione della misura di prevenzione al fine della valutazione della persistenza e attualità della pericolosità sociale.

Il Tribunale di Lecce **ha respinto la richiesta**, osservando che l'esecuzione della misura di prevenzione ha avuto inizio in un momento antecedente alla pronuncia della sentenza della Corte costituzionale e che, pertanto, **“gli effetti della declaratoria di incostituzionalità non possono travolgere ipso iure** gli effetti di una misura legittimamente in esecuzione, non concernendo i presupposti di applicabilità o la durata della stessa”. La sentenza di incostituzionalità, secondo il Tribunale di Lecce, riguarderebbe norme processuali e perciò non potrebbe avere effetto retroattivo.

Le conclusioni del Tribunale non sembrano però convincenti. La sentenza della Corte costituzionale non ha avuto ad oggetto norme processuali, ma un presupposto imprescindibile per l'applicabilità e l'esecuzione della misura di prevenzione: l'attualità della pericolosità sociale. La pronuncia della Corte ha, infatti, eliminato una delle ultime, residuali ipotesi di presunzione di persistenza della pericolosità sociale, richiedendo una verifica della sussistenza del presupposto al momento dell'esecuzione della misura, quando la stessa sia rimasta sospesa a causa dello stato di detenzione del suo destinatario. Poiché la sentenza di incostituzionalità incide sulle condizioni di eseguibilità di una misura che limita la libertà personale del soggetto, gli effetti della pronuncia devono valere anche per le misure di prevenzione in corso di esecuzione, quando siano state inizialmente sospese per la detenzione del soggetto e abbiano avuto inizio dopo un lasso di tempo significativo dalla loro applicazione. Il Tribunale di Lecce, peraltro, valuta comunque la persistenza del requisito della pericolosità sociale, affermando che la sussistenza in termini di attualità, nella seconda parte del decreto, in cui respinge l'istanza di revoca della misura, proposta unitamente alla richiesta di applicazione degli effetti della sentenza della Corte Costituzionale.

## **Esito dell'istanza:**

rigetto

## **Riferimenti normativi:**

art. 12 l. 27.12.1956, n. 1423; art. 15 d.lgs. 6.9.2011, n. 159

## **Riferimenti normativi**

Tribunale Lecce, Decreto, Sez. II, 03/02/2014

## Penale

Reati edilizi

### Per il decreto del fare c'è ristrutturazione edilizia se è modificata solo la sagoma, ma per la Cassazione però ...

di Alessio Scarcella - Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

La Terza Sezione della Corte di Cassazione ha affermato che l'art. 30 della legge n. 98 del 2013 per qualificare come ristrutturazione edilizia anche gli interventi modificativi della sagoma dell'edificio esistente o che comportino la ricostruzione o il "ripristino" di edifici "eventualmente crollati o demoliti", richiede l'accertamento della preesistente consistenza dell'immobile.

La Suprema Corte si pronuncia, con la sentenza in esame, su una questione nuova riguardante la nuova disciplina introdotta dal c.d. decreto del fare (d.l. n. 69/2013) per gli interventi edilizi qualificabili come ristrutturazione edilizia. Com'è noto, in particolare, con tale decreto è stata introdotta la possibilità di qualificare come ristrutturazione anche interventi che modifichino la sagoma dell'edificio esistente, sicché si pone il problema per l'interprete di chiarire gli esatti contorni dell'intervento normativo introdotto dal legislatore dell'emergenza. La Corte, come di consueto, fornisce un'utile chiave interpretativa della modifica, indicando gli elementi di novità e fissandone i presupposti applicativi.

#### Il fatto

La vicenda processuale che ha fornito l'occasione alla Corte per occuparsi della questione, come anticipato, vedeva imputati alcuni soggetti (i proprietari originari del terreno e sottoscrittori della D.i.a.; il progettista e direttore dei lavori; l'acquirente del terreno, titolare della D.i.a. e del permesso di costruire; il successivo proprietario del terreno e titolare del permesso di costruire trasferito col terreno, nonché esecutore delle opere; il responsabile del procedimento e tecnico che ha concorso al rilascio del permesso di costruire; il responsabile del settore dell'ente territoriale e tecnico che ha concorso al rilascio del permesso di costruire) del reato di cui all'art. 44, lett.a), del d.P.R. 6 giugno 2001, n.380 in relazione alla illecita realizzazione (art.67 e art.28 del P.R.G.) di un immobile di 570 mc in area soggetta a vincolo paesaggistico e ambientale nonché, i soli pubblici funzionari, del reato di cui all'art. 323 cod. pen. in relazione al rilascio del permesso di costruire avente ad oggetto la "ristrutturazione" di un fabbricato in realtà inesistente su area soggetta a vincolo.

#### Il ricorso

Condannati in sede di merito, proponevano ricorso per cassazione, sostenendo, per quanto di interesse in questa sede, che si trattava di un rudere esistente che poteva essere ricondotto alle precedenti condizioni sulla base della documentazione fotografica e catastale esistente; del resto, l'art.35 delle N.T.A., autorizzava espressamente tale operazione in ipotesi che un edificio sia "fatiscente o distrutto da eventi bellici": ciò, dunque, escludeva qualsiasi rilevanza penale della condotta, non in contrasto con la disciplina contenuta nell'art.3, lett.d), del d.P.R. 6 giugno 2001, n.380.

#### La decisione della Cassazione

La tesi difensiva non ha però convinto gli Ermellini che, sul punto, hanno respinto il ricorso della difesa, affermando il principio di cui in massima.

Per meglio comprendere l'approdo dei giudici di legittimità, è opportuno un breve inquadramento della questione. Occorre, a tal proposito, precisare che dal 21 agosto 2013 è in vigore la legge 9 agosto 2013, n. 98 di conversione del decreto "del Fare" (Decreto Legge del 21 giugno 2013, n. 69).

Con la legge di conversione sono state introdotte alcune modifiche e integrazioni all'art. 30 - relativo alle misure di semplificazione in materia edilizia - che accolgono molte delle proposte delle associazioni dei costruttori edili.

**L'art. 30, comma 1, lett. a), del d.l. n. 69/2013, rivede la definizione di ristrutturazione edilizia contenuta nel Testo Unico Edilizia eliminando all'art. 3, comma 1, lett. d) del Dpr 380/2001 il riferimento alla "sagoma".** Tali interventi anche senza il rispetto della sagoma originaria (intesa come conformazione planovolumetrica della costruzione e del suo perimetro considerato in senso verticale e orizzontale) non saranno più inquadrati come nuove costruzioni, ma rientreranno nell'alveo delle ristrutturazioni edilizie salvo, come detto si tratti di interventi: a) su immobili soggetti a vincolo ai sensi del D.lgs. 42/2004. In tali casi la demolizione e ricostruzione con modifica della sagoma sarà considerata sempre nuova costruzione e soggetta a permesso di costruire o Dia in alternativa; b) su immobili ricadenti nei centri storici. In tali casi saranno i Comuni che entro il 30/06/2014 dovranno decidere in quali aree non sarà consentito eseguire l'intervento di demolizione e ricostruzione con modifica della sagoma con Scia.

Al fine di comprendere la portata della norma si ritiene necessario riassumere brevemente i termini della questione. Il decreto legge 69/2013, come convertito in Legge 98/2013 dirime, infatti, una delle questioni di maggior dibattito a livello giurisprudenziale e dottrinale. Il Dpr 380/2001 ricomprende all'interno della "ristrutturazione edilizia" (art. 3, comma 1, lett. d) l'intervento di demolizione e fedele ricostruzione dell'immobile. Il successivo D.lgs. 301/2002 che ha coordinato il Testo Unico Edilizia con la legge 443/2001 c.d. Legge obiettivo, ha ampliato la nozione di demolizione con successiva ricostruzione, indicando come elementi limitativi unicamente il rispetto della stessa volumetria e sagoma dell'edificio preesistente, mentre sono stati eliminati il rispetto dell'area di sedime e dei materiali originari. La

Corte Costituzionale, con la sentenza n. 309/2011, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 27 della legge della Regione Lombardia 12/2005 nella parte in cui escludeva il rispetto della sagoma nella ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione. In particolare, la Corte ha ribadito la titolarità dello Stato nell'individuazione delle categorie di intervento in quanto principi fondamentali dato che è in conformità a queste ultime che viene disciplinato il regime dei titoli abilitativi con riguardo al procedimento e agli oneri, nonché agli abusi ed alle relative sanzioni, anche penali. Gli effetti di tale pronuncia hanno creato molti problemi non solo per gli interventi futuri, ma anche pericolosi vuoti normativi e situazioni di incertezza nei confronti di interventi in corso ed oggetto di legittimi titoli abilitativi edilizi. Molteplici sono i riflessi che determina l'inquadramento della demolizione e ricostruzione con modifica della sagoma nell'alveo della ristrutturazione edilizia anziché della nuova costruzione. Si evidenzia che, come affermato anche dalla giurisprudenza, in caso di ristrutturazione edilizia, anche mediante la demolizione e ricostruzione, ai fini della conformità urbanistica la normativa di riferimento sarà quella vigente all'epoca della realizzazione del manufatto e, non invece, quella sopravvenuta al momento dell'esecuzione dei lavori (Tar Puglia n. 2341/2006; Tar Puglia n. 3210/2004). Ne consegue che, diversamente da un intervento qualificato di "nuova costruzione", si potranno mantenere i parametri edilizi e urbanistici (es. distanze, altezze ecc.) esistenti al momento della realizzazione del fabbricato senza necessità di doversi conformare alle successive e mutate discipline urbanistiche.

L'art. 30, comma 1, lett. a), d.l. n. 69/2013 aggiunge all'art. 3, comma 1, lett. d) del Testo Unico Edilizia, relativo agli interventi di ristrutturazione edilizia, anche gli **"interventi volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza"**. La modifica definisce in via legislativa un'ulteriore questione dibattuta a livello giurisprudenziale. La qualificazione come ristrutturazione della demolizione e successiva fedele ricostruzione richiede necessariamente la sussistenza del fabbricato da ristrutturare. Una struttura identificabile come organismo edilizio del quale rimangano soltanto pochi residui e tracce, la cui opera muraria non consenta, in realtà, la sicura individuazione dei connotati essenziali del manufatto originario e, quindi, la sua fedele ricostruzione, ha portato la giurisprudenza ad essere concorde nel considerare l'immobile un rudere e la relativa ricostruzione come intervento di "nuova costruzione" non equiparabile alla ristrutturazione edilizia (tra le tante Cons. Stato n. 5375/2006), con tutte le conseguenze negative del caso in merito alle disposizioni in tema di distanze, altezze ecc. In particolare, la demolizione per essere ricondotta alla nuova nozione legislativa di "ristrutturazione edilizia" deve essere contestualizzata temporalmente nell'ambito di un intervento unitario volto nel suo complesso alla conservazione di un edificio che risulti ancora esistente e strutturalmente identificabile al momento dell'inizio dei lavori (Cass. pen. n. 14455/2003). Con le

modifiche al Testo Unico Edilizia previste dal decreto legge 69/2013, come convertito nella Legge 98/2013, gli interventi di ripristino di edifici o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione saranno considerati "ristrutturazione edilizia" purché sia possibile "accertarne la preesistente consistenza". Ciò potrà essere dimostrato, ad esempio, con documentazione catastale, tecnica, iconografica al fine di fornire all'amministrazione comunale elementi utili per poter ricavare l'effettiva consistenza del fabbricato (il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5791 del 2004 ha stabilito che sulla base delle planimetrie in possesso del Comune era "tecnicamente verificabile" la ricostruzione della volumetria). Anche in questo caso si specifica che tale modifica non si applica agli interventi su immobili soggetti a vincolo ai sensi del Dlgs 42/2004. In tali casi la fattispecie integrerà la nuova costruzione.

Conseguenziali alle modifiche apportate con l'eliminazione della sagoma sono **quelle relative al regime dei titoli abilitativi necessari alla realizzazione degli interventi di ristrutturazione edilizia o delle cd. "varianti minori"** ai permessi di costruire. In particolare, viene eliminato il riferimento della sagoma all'art. 10, comma 1 lett. c) e specificato, all'art. 22, comma 2 del Dpr 380/2001, che le varianti ai permessi di costruire sono realizzabili con DIA (ora SCIA) purché non alterino la sagoma dell'immobile "qualora sottoposto a vincolo ai sensi del D.lgs. 42/2004". Pertanto, gli interventi di ristrutturazione edilizia nonché le cd "varianti minori" ai permessi di costruire ai sensi dell'art. 22, comma 2 Dpr 380/2001 che comportino modifiche della sagoma non saranno più soggette a permesso di costruire o a Dia in alternativa al permesso di costruire, ma a Scia. Tale semplificazione non sarà applicabile nei casi di interventi su immobili vincolati per i quali sarà sempre necessario il permesso di costruire o in alternativa la Dia.

Tanto premesso, nel caso in esame, la Cassazione precisa che **la previsione contenuta nel citato art.30, infatti, consente di procedere a ristrutturazione di edificio crollato o demolito a condizione che "sia possibile accertarne la preesistente consistenza"**. La norma non chiarisce attraverso quali strumenti detto accertamento possa o debba essere compiuto, ma la Corte considera indubitabile che il sistema in vigore escluda si possa ricorrere a fonti non documentali o comunque prive dei caratteri di certezza e verificabilità. Del resto, nel caso affrontato dalla Cassazione, la presenza della porzione di una soltanto delle mura perimetrali e l'assenza di documentazione circa la base e le dimensioni dell'immobile ormai crollato da tempo non lasciavano dubbi sull'assenza dei presupposti del necessario accertamento richiesto dalla legge.

#### **Esito del ricorso:**

Annulla, in parte, con rinvio, Corte d'appello di L'Aquila, sentenza 30 novembre 2012

#### **Precedenti giurisprudenziali:**

Non constano precedenti

#### **Riferimenti normativi:**

D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, artt. 3 e 10

#### **Riferimenti normativi**

Cassazione penale Sentenza, Sez. III, 07/02/2014, n. 5912

## Penale

Processo penale

### Le dichiarazioni accusatorie non verbalizzate dalla Polizia Giudiziaria sono inutilizzabili

Pronunciandosi su una vicenda che vedeva imputato un cittadino albanese, imputato del resto di estorsione, il quale era stato arrestato e ristretto in carcere in base ad alcune dichiarazioni rese da un connazionale, con lui coimputato per reati in materia di stupefacenti, ma in assenza di garanzie difensive, la Cassazione ha chiarito che dichiarazioni accusatorie non verbalizzate, ma raccolte dalla polizia giudiziaria in una nota informativa, devono considerarsi acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge e ricomprese nell'ipotesi di inutilizzabilità patologica di cui all'art. 191 c.p.p., con conseguente impossibilità che esse fondino l'emissione di una misura cautelare.

Prima di soffermarci sulla pronuncia resa dalla Suprema Corte, è opportuno ricordare che la polizia giudiziaria, formula comprensiva tanto degli ufficiali quanto degli agenti, può anche ricevere dichiarazioni spontanee, cioè non provocate da domande (in proposito Cass. Pen., Sez. VI, 24 febbraio 2003, V., in *CED Cass.*, n. 224741, secondo cui sono inutilizzabili le dichiarazioni "provocate" da un operatore della polizia giudiziaria il quale, dissimulando tale sua qualifica e funzione, rivolga domande inerenti ai fatti criminosi oggetto di indagine a chi appaia fin dall'inizio in tali fatti coinvolto quale indiziato di reità, allo scopo di ottenere dalla persona, già colpita da indizi di un reato, dichiarazioni che possano servire alla prova di questo e della relativa responsabilità), dall'indagato, «ma di esse non è consentita la utilizzazione nel dibattimento, salvo quanto previsto dall'art. 503, 3° co.», recita il vigente art. 350, 7° co., che nella stesura originaria vietava la utilizzazione (anziché «nel dibattimento») «agli effetti del giudizio» e che era stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale, limitatamente all'inciso «salvo quanto previsto dall'art. 503, 3° co.», per eccesso di delega (C. Cost. 12.6.1991, n. 259). **Qualora non sia stato redatto verbale, ma semplice annotazione o relazione di servizio, la possibilità di utilizzo dibattimentale è positivamente preclusa, ma non lo è quella di considerare la dichiarazione spontanea indizio di reato e stimolo per ulteriori indagini**, non ricorrendo alcun caso di inutilizzabilità né generale ex art. 191 né

specificata (Cass. Pen., Sez. I, 12 novembre 2009, n. 6587; Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio 2004, P.), senza escludere la possibilità della testimonianza indiretta degli ufficiali e agenti di polizia sulle dichiarazioni ricevute, peraltro non utilizzabili nei confronti di chi le ha rese (Cass. Pen., Sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 2231, in *CED Cass.*, n. 249198). Quanto alla possibilità di impiego delle stesse per l'emissione di misura cautelare nei confronti di altra persona chiamata in correità, essa è esclusa secondo un orientamento (Cass. Pen., Sez. VI, 18 gennaio 1993, M.) ma affermata da un altro (Cass. Pen., Sez. II, 8 ottobre 1996, A., secondo cui le dichiarazioni spontaneamente rese dall'indagato alla p.g. e non documentate mediante verbale ma in altro modo che ne permetta comunque la individuazione possono essere utilizzate a fini cautelari unitamente ad altri elementi ed in particolare quale riscontro estrinseco di chiamata in correità). La prima soluzione sarebbe preferibile in un'ottica maggiormente garantista, ma l'intervento legislativo operato dall'art. 4, 3° co., D.L. 8.6.1992, n. 306, conv., con modificazioni, nella L. 7.8.1992, n. 356, autorizza la interpretazione più estensiva, avendo l'espressione "dibattimento" significato evidentemente meno vasto di "giudizio" e non essendo espressamente proibita la documentazione delle dichiarazioni in questione mediante forme diverse dal verbale, quali annotazioni o relazioni di servizio.

Tanto premesso, nella pronuncia in esame il giudice di legittimità si occupa di un caso in cui un cittadino albanese era stato arrestato per aver venduto, tra l'altro ed a più riprese, sostanza stupefacente del tipo marijuana ad un suo concittadino che poi, quest'ultimo, rivendeva in singole dosi ad altre persone nonché, ancora, per il reato di estorsione, in quanto al fine di procurarsi l'ingiusto profitto del negozio di cui alle precedenti cessioni in favore del connazionale, lo obbligava a pagare 2.200,00 euro, materialmente erogati dalla madre, a saldo del debito di droga, mediante minaccia consistita nel prospettargli danni alla incolumità fisica. Il Tribunale del riesame, siccome la gravità indiziaria fondava sulle dichiarazioni rese dal connazionale ed assunte senza le garanzie difensive, dichiarava la inutilizzabilità di esse, limitatamente al reato di cessione di stupefacenti, ma non anche per il reato di estorsione sul rilievo che, quanto a quest'ultima contestazione cautelare, il dichiarante fosse persona offesa e dunque soggetto che avrebbe potuto assumere la qualità di testimone, in mancanza di qualsiasi ipotesi di connessione o di collegamento probatorio tra il reato di droga e quello di estorsione.

L'imputato proponeva ricorso davanti alla Cassazione, sostenendo che le dichiarazioni auto ed etero accusatorie del connazionale, assunte in assenza del difensore e degli avvisi di legge, neppure potevano considerarsi realmente spontanee e, non potendosi quindi applicare la disposizione dell'art. 350, comma 7, cod. proc. pen., dovevano ritenersi inutilizzabili.

E la Cassazione gli ha dato ragione con un'articolata motivazione, precisando che, **a prescindere dall'ambito di operatività dell'art. 63, commi 1 e 2, c.p.p., l'inosservanza delle regole che governano il procedimento di**

**formazione della prova nel corso delle indagini preliminari comporta l'inutilizzabilità delle informazioni così raccolte** dalla Polizia Giudiziaria.

**Esito del ricorso:**

Annulla con rinvio, Tribunale di Trento, 2 luglio 2013

**Precedenti giurisprudenziali:**

Cassazione penale, Sez. II, 16 febbraio 2012, n. 6355 (conforme)

Cassazione penale, Sez. II, 4 gennaio 2013, n. 150 (difforme)

**Riferimenti normativi:**

Codice procedura penale, art. 350, comma 7

A cura della Redazione

**Riferimenti normativi**

Cassazione penale Sentenza, Sez. III, 11/02/2014, n. 6386

**Penale**

Omesso versamento di contributi previdenziali

## Curatore, liquidatore giudiziario, commissario governativo: sono pubblici ufficiali e non rispondono del reato di omesso versamento di contributi previdenziali

Il commissario liquidatore nominato nell'ambito di procedura di liquidazione coatta amministrativa è un pubblico ufficiale, in quanto tale non tenuto a provvedere, per conto della società in liquidazione, al versamento dei contributi previdenziali. Di conseguenza, tale soggetto non può essere chiamato a rispondere del reato di omesso versamento di tali somme.

La decisione affronta la tematica della possibile responsabilità penale per l'omesso versamento delle ritenute dei soggetti che assumano il controllo di una società dietro incarico dell'autorità giudiziaria o amministrativa. In particolare la sentenza, pur se riferita alla specifica posizione del commissario liquidatore nell'ambito di procedura di liquidazione coatta amministrativa, enuncia un principio di portata più generale: secondo tale pronuncia infatti qualsiasi soggetto - come il curatore, il commissario giudiziale, il commissario governativo ecc. - che assuma la qualifica di pubblico ufficiale non risponde del reato di omesso versamento delle somme all'I.N.P.S. o all'erario.

**Il fatto**

Un soggetto era stato nominato **liquidatore** di una società cooperativa ed in tale veste **ometteva di versare all'INPS** le somme ritenute sulle retribuzioni corrisposte ai dipendenti,

in parte per un periodo antecedente alla sua entrata in carica ed in parte per un periodo successivo a tale momento. Secondo il pubblico ministero tale condotta integrava il reato di omesso versamento delle ritenute previsto dall'art. 2 lg. n. 638 del 1983.

**La decisione**

Il Tribunale di Torino respinge la prospettazione dell'ufficio inquirente ed assolve l'imputato, con un'argomentazione però che, come vedremo, può avere una valenza decisamente più ampia rispetto al caso di specie.

Secondo il giudice l'imputato appare assolutamente estraneo all'addebito a lui mosso, in quanto lo stesso non era un liquidatore volontario della società cooperativa - ed in quanto tale destinatario anche degli obblighi di pagamento dei contributi previdenziali -, ma ne era stato nominato **commissario liquidatore nell'ambito di procedura di liquidazione coatta amministrativa**. Tale qualifica giuridica esclude qualsiasi rilevanza penale in capo al soggetto e rende la sua condotta assolutamente lecita. Infatti - a prescindere dalla circostanza che alcuni mancati versamenti riguardavano compensi corrisposti ai dipendenti prima che il soggetto acquisisse la qualifica di liquidatore - anche per in relazione alle somme che in astratto avrebbe dovuto essere l'imputato a versare, secondo il giudice costui non poteva - e non doveva - pagare il debito dopo avere ricevuto la notifica della diffida dell'I.N.P.S., essendo lo stesso un **pubblico ufficiale (e non legale rappresentante della società) con compiti assimilabili al curatore fallimentare**.

Il commissario liquidatore deve limitarsi ad accertare il passivo gravante sulla società in liquidazione sulla base delle insinuazioni - e come insinuazione al passivo deve intendersi la prevista comunicazione all'INPS del debito previdenziale - e poi procedere al pagamento dei creditori insinuati mediante riparto e secondo i noti principi concorsuali.

L'impostazione che ha adottato il giudice torinese è assolutamente condivisibile ed inoltre ha una portata che va ben al di là del caso deciso con la pronuncia in commento, nel senso che le affermazioni del giudicante possono operare anche in relazione ad **altri soggetti oltre al commissario liquidatore** e con riferimento ad **ulteriori reati rispetto a quello di omesso versamento delle ritenute previdenziali**.

Infatti, la motivazione della decisione in parola può essere **generalizzata** in questo senso: quando si apre una procedura concorsuale nei confronti della società, il soggetto incaricato di gestire tale procedura è un pubblico ufficiale ed egli deve provvedere al pagamento delle diverse somme dovute non man a mano che il pagamento delle stesse venga richiesto, ma deve dapprima definire il passivo gravante sulla società e poi ripartire l'attivo eventualmente esistente fra i diversi creditori, secondo le diverse cause di prelazione, privilegio ecc. che ciascuno di loro vanta. Ciò significa dunque che qualsiasi soggetto che assume tale incarico di gestione della crisi aziendale dietro nomina dell'autorità giudiziaria o amministrativa - non solo quindi il **commissario liquidatore**, ma anche il **curatore**, il **commissario giudiziale**, il **commissario governativo** ecc. - non può rispondere, per rimanere al caso di specie, del reato di omesso versamento

di ritenute previdenziali (in questo senso, Cass., sez. III, 6 marzo 1996, n. 3516).

Al contempo però la decisione in parola può essere generalizzata anche in relazione ad ulteriori illeciti. Infatti, i soggetti sovra menzionati, proprio perché devono procedere alla ripartizione dell'attivo fra i diversi creditori sociali secondo un ordine previsto dalla legge, non sono esentati dall'obbligo di pagamento delle ritenute previdenziali, ma in generale di qualsiasi altro debito nei confronti di altri soggetti pubblici. Di conseguenza, il commissario liquidatore e gli altri soggetti a lui equiparabili non risponderanno nemmeno dei reati di **omesso versamento degli acconti I.V.A., omesso versamento delle ritenute fiscali, mancato pagamento di imposta ecc.**

**Esito del ricorso:**

Assoluzione del commissario liquidatore per il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali

**Precedenti giurisprudenziali:**

Cassazione penale, Sezione III, 6 marzo 1996, n. 3516

**Riferimenti normativi:**

D.lgs. n. 74 del 2000, art. 5, 10 bis, 10 ter

Legge n. 638 del 1983, art. 2

A cura della Redazione

**Riferimenti normativi**

GIP Torino, Sentenza 06/12/2013

Amministrativo

Appalti

## Iscrizione alla Camera di Commercio requisito indispensabile per la partecipazione alla gara

di Federico Gavioli - Dottore commercialista, revisore contabile e pubblicista

Nell'ambito di ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento restano esclusi i requisiti contenuti negli articoli 38 e 39 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. legati intrinsecamente al soggetto come, nel caso in esame, l'iscrizione alla Camera di Commercio per quel tipo di fornitura richiesta nel bando di gara.

Il TAR della Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, con la sentenza n.1, del 3 gennaio 2014, ha respinto il ricorso di una SRL che si era avvalsa dell'avvalimento per la mancanza dei requisiti prescritti dal bando di gara che riguardavano:

l'iscrizione in Camera di Commercio per l'attività oggetto dell'appalto;

la dimostrazione di aver effettuato forniture similari negli ultimi tre anni per un importo sopra una determina soglia.

Per i giudici amministrativi possono essere oggetto di avvalimento anche requisiti di tipo immateriale, caratterizzati da un elevato grado di astrattezza, come ad esempio il possesso di un determinato fatturato; nel caso in esame, tuttavia, le obbligazioni previste nel contratto di avvalimento sono, e non possono che essere, vaghe, visto l'oggetto cui si riferiscono. Infatti, come già opportunamente rilevato da un consolidato orientamento giurisprudenziale "In presenza di requisiti strettamente personali (.....) l'oggetto di un eventuale contratto di avvalimento non può ritenersi giuridicamente possibile, in quanto non deducibile quale prestazione ai sensi degli art. 1173 e 1321 c.c."

### La complessa questione del ricorso

Il contenzioso amministrativo per come si è costituito ha avuto un iter piuttosto complesso che di seguito analizziamo nel dettaglio.

Una SRL ricorreva davanti al TAR per chiedere l'annullamento della determina di un Comune con la quale veniva aggiudicata definitivamente l'appalto di progettazione esecutiva di riqualificazione di un area urbana.

L'ente locale, in qualità di stazione appaltante, nel settembre 2012 aveva indetto una gara di appalto di progettazione esecutiva, previa acquisizione di progettazione definitiva in sede di offerta, nonché esecuzione dei lavori per la riconversione di un area urbana, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. 163/2006 (cd. Codice dei contratti pubblici).

Con verbale del dicembre 2012, la Commissione di gara procedeva all'ammissione di due concorrenti che avevano presentato la domanda di partecipazione all'appalto: la SRL ricorrente e il raggruppamento temporaneo di imprese costituito da una ditta individuale e una società in accomandita semplice.

Successivamente la Commissione di gara, sui rilievi mossi

dalla SRL ricorrente, escludeva il RTI e aggiudicava provvisoriamente l'appalto alla SRL.

In seguito, tuttavia, la Commissione decideva di riammettere in gara il raggruppamento escluso, disponendo per la continuazione delle operazioni di verifica dell'offerta anomala; con verbale del marzo 2013 la Commissione riteneva idonei al superamento dell'anomalia contestata i chiarimenti pervenuti dal RTI.

La Commissione dopo una esamina delle offerte procedeva all'aggiudicazione provvisoria nei confronti del RTI, che nel frattempo a seguito di alcune operazioni societarie, aveva modificato l'assetto iniziale del RTI che era composto da una SRL e una S.a.s.

La SRL ricorreva nel luglio 2013 avverso l'aggiudicazione definitiva nei confronti del RTI sostenendo, tra i vari motivi del ricorso sia la carenze dell'offerta dell'aggiudicataria, asseritamente mancante di alcuni fondamentali documenti, posti dalla legge e dal disciplinare di gara a pena di esclusione, sia alla composizione del raggruppamento, che alla formulazione, nell'offerta tecnica, di inammissibili varianti.

### L'analisi del TAR

I giudici amministrativi di prime cure osservano che il bando di gara richiedeva, con riferimento alla capacità tecnica per la fornitura di arredi rientranti nella c.d. prestazione secondaria, l'"iscrizione alla C.C.I.A.A. per attività oggetto della fornitura o in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XI C del D.lgs. n. 163/06" nonché la "dimostrazione di avere effettuato forniture similari a quelle oggetto della gara realizzate negli ultimi 3 anni per un importo di almeno € 510.000,00".

Nella propria tesi difensiva, l'aggiudicataria ritiene che la SRL ricorrente (che non possedendo i requisiti prescritti, ha inteso avvalersi di quelli di un'altra SRL), doveva essere esclusa in quanto l'iscrizione è un requisito soggettivo che non può essere oggetto di avvalimento. Per di più le obbligazioni previste nel contratto di avvalimento intercorso tra la SRL ricorrente e l'impresa ausiliaria sarebbero vaghe, generiche e sottoposte a condizione, sicché il contratto non sarebbe conforme al dettato dell'art. 88, del DPR n. 207/10.

### La determina dell'AVCP

I giudici amministrativi del TAR calabrese a tal proposito esaminano la Determinazione n. 2 del 1° agosto 2012 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, ripreso e ribadito nella deliberazione n. 28 del 19 giugno 2013, in

cui sono chiariti alcuni punti riguardanti l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento. In particolare, l'Autorità ha specificato che per partecipare ad una procedura selettiva per l'affidamento di un contratto di appalto pubblico è necessario che un concorrente sia qualificato, cioè in possesso di determinati requisiti richiesti dal bando. Questi si distinguono in due macro categorie: requisiti "generali" o "soggettivi" e requisiti "speciali" o "oggettivi".

I primi, attenendo alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione, né per essi è possibile ricorrere all'avvalimento.

I secondi fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico considerato sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione.

A quest'ultima categoria appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria ed i requisiti di capacità tecnico-organizzativa che, di regola, possono formare oggetto di avvalimento.

Per l'Autorità non è sempre agevole stabilire a quale delle due menzionate macro-categorie di requisiti è da ricondurre uno specifico requisito ed il problema si pone, ad esempio, proprio per l'iscrizione alla Camera di Commercio, che, secondo l'Autorità, è requisito non passibile di avvalimento. Chiarisce, infatti, l'Autorità che detta iscrizione "rappresenta l'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e ss. del codice civile che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi. La mancata iscrizione non può, quindi, essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa, attesa la natura squisitamente soggettiva dell'adempimento richiesto dalla norma".

### **Le conclusioni del TAR**

I giudici amministrativi del TAR osservano che la giurisprudenza amministrativa, ha stabilito che "in tema di gare di appalto pubblico, anche se all'istituto dell'avvalimento deve ormai essere riconosciuta portata generale, resta salva, tuttavia, l'infungibilità dei requisiti ex artt. 38 e 39 del Codice

dei contratti pubblici, in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione" tra cui proprio l'iscrizione camerale (cfr. CdS 5595/2012).

In forza di tale orientamento nonché di quanto sostenuto dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici, la SRL ricorrente non poteva giovare dell'avvalimento per acquisire il requisito dell'iscrizione alla Camera di Commercio, per cui è carente dei requisiti previsti dal bando.

Inoltre, nel caso in esame rilevano i giudici amministrativi di Palazzo Spada, il contratto di avvalimento difetta dei requisiti prescritti dall'art. 88 del DPR 207/10 (regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici). Il primo comma di tale articolo stabilisce che: "(....) il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del Codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:

- a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;
- b) durata;
- c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento".

Il contratto di avvalimento, che presenti, quindi, un tenore generico, senza la precisazione degli elementi qualificanti per dimostrare l'effettiva attribuzione del requisito (mezzi, personale, organizzazione, conoscenze), si presenta incapace di integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell'avvalimento, e dunque dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza.

I giudici del TAR dichiarano, pertanto, inammissibile il ricorso principale, risultando carente sia la legittimazione che l'interesse a ricorrere ma sussistono comunque giuste ragioni per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra le parti, avuto riguardo anche alla complessa articolazione della gara, nonché delle censure formulate da entrambe parti.

### **Riferimenti normativi**

TAR Calabria, Sentenza 03/01/2014, n. 1

## Amministrativo

Giudizio di ottemperanza

### Ordinanza di assegnazione di somme ex art. 553 c.p.c. e giudizio di ottemperanza

L'ordinanza di assegnazione di somme, emessa nei confronti di una pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 553 cod. proc. civ. all'esito di una procedura espropriativa presso terzi, una volta divenuta definitiva per decorso dei termini di impugnazione, costituisce titolo azionabile in sede di giudizio di ottemperanza ai sensi dell'art. 112 c.p.a.. L'ordinanza di assegnazione, infatti, ha portata di accertamento e decisoria completa, riguardando sia l'esistenza, che l'ammontare del credito, nonché la sua spettanza al creditore esecutante e, ove non più soggetta all'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.a., acquisisce il carattere di intangibilità che consente la sua equiparazione alla sentenza passata in giudicato, permettendo l'esperibilità del giudizio di ottemperanza.

Il T.A.R. partenopeo ribadisce che l'ordinanza di assegnazione di somme pronunciata ex art. 553 c.p.c. a seguito di procedura espropriativa presso terzi, una volta non più soggetta all'opposizione agli atti esecutivi, è titolo azionabile in sede di giudizio di ottemperanza, richiamando sul punto gli insegnamenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2012.

La pronuncia in esame osserva come l'art. 112 del c.p.a., preveda che i provvedimenti giurisdizionali suscettibili di ottemperanza davanti al giudice amministrativo sono, oltre alla sentenza passata in giudicato del giudice ordinario, anche (con dizione volutamente estesa e atecnica) i provvedimenti "ad essa equiparati" e come l'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c. rientri tra questi ultimi, ricorrendo al riguardo indubbe esigenze di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

Affinché possa azionarsi il giudizio di ottemperanza il comando giudiziale da ottemperare deve essere contenuto in un provvedimento che non è più suscettibile di impugnazioni o opposizioni, esprimendo un accertamento definitivo e stabile del diritto fatto valere e della condanna della pubblica amministrazione alla sua attuazione.

A tale riguardo, l'esecuzione forzata presso terzi di cui all'art. 543 e seguenti del c.p.a. si apre con la notificazione del pignoramento al debitore e al debitor debitoris e si chiude con l'ordinanza di assegnazione, che dunque ne

costituisce l'atto finale, idoneo ad avere natura decisoria e stabilità di effetti.

L'assegnazione di cui all'art. 553 c.p.a. ha l'effetto traslativo di cessione giudiziale, in favore del creditore che ha agito ai sensi dell'art. 543 c.p.c., del credito vantato dal debitore verso il terzo pignorato.

Ciò comporta l'insorgere di un effetto conformativo nei confronti della pubblica amministrazione-terzo pignorato che viene riconosciuta debitrice del creditore procedente.

La portata decisoria del provvedimento di assegnazione è quindi completa, riguardando sia l'esistenza, che l'ammontare del credito, nonché la sua spettanza al creditore esecutante.

L'ordinanza di assegnazione, quindi, ove non più soggetta all'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.a. (o all'appello, ove essa abbia addirittura contenuto sostanziale di sentenza), acquisisce stabili effetti ed è proprio questa caratteristica di intangibilità che consente la sua equiparazione alla sentenza passata in giudicato permettendo l'esperibilità del giudizio di ottemperanza.

A ciò si aggiunge la piena ammissibilità del cumulo delle procedure (esecuzione civilistica-giudizio di ottemperanza), che non dà luogo a litispendenza, trattandosi di rimedi in essere davanti ad ordini giurisdizionali diversi, tanto che essi ben possono coesistere ed essere esperiti cumulativamente dal creditore, con l'unico limite che questi non può conseguire per due volte la medesima utilità.

**Esito:** accoglie il ricorso per l'ottemperanza.

**Precedenti giurisprudenziali:** Cons. Stato, Ad. Plen., 10 aprile 2012, n. 2; Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2009, n. 6241; in senso analogo Cons. Stato, Sez. IV, 6 novembre 2008, n. 5485; analogo T.A.R. Campania - Napoli, Sez. V, 20 gennaio 2005, n. 247.

**Riferimenti normativi:** art. 553, cod. proc. civ.

A cura della Redazione

## Riferimenti normativi

TAR Campania, Sentenza, Sez. IV, 13/02/2014, n. 997

## Amministrativo

Procedimenti amministrativi e tutela del paesaggio

### Legittimo il provvedimento della soprintendenza per incompatibilità urbanistica dell'opera

*di Alessandro M. Basso - Avvocato e giornalista pubblicista*

Il Collegio ha ritenuto che, in tema di illecito edilizio-urbanistico, la Soprintendenza può legittimamente annullare il nulla-osta comunale che, in base al contesto giuridico-

territoriale, risulti viziato da illegittimità per violazione di legge e da carenza di motivazione e ciò quando il Comune si sia limitato ad affermare l'ubicazione dei manufatti nell'ambito del territorio edificato.

**Il caso** Un soggetto, dopo avere realizzato opere di ristrutturazione ed ampliamento di un immobile di proprietà posto entro cento metri dal confine del demanio marittimo, formulava istanza di condono edilizio, ottenendo parere favorevole, da parte del Comune, sulla compatibilità paesistica e successivo nulla-osta, però annullato dopo circa tre mesi dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici per contrasto con le norme tecniche d'attuazione del vigente piano p.u.t.t.

**La decisione** E' legittimo, e quindi non annullabile, il provvedimento ministeriale con cui, accertata la natura abusiva dell'opera e la relativa localizzazione nonché il vincolo di assoluta inedificabilità, venga, *ex post*, dichiarato non sanabile l'illecito urbanistico e, quindi, annullato il provvedimento favorevole dell'ente sotto-ordinato.

**I precedenti ed i possibili impatti pratico-normativi** *In primis* vanno richiamati gli artt. 9, 41 e 97, Cost., 33 l. 28-02-1985 n. 47, 7 l. 07-08-1990 n. 241.

All'uopo, va ricordato che, in materia di governo del territorio, sussiste, in capo alla regione, potestà legislativa concorrente: segnatamente, per "vincoli" si intendono le misure di salvaguardia finalizzate alla tutela degli interessi (diffusi) paesaggistici ed ambientali e per "sanzione" la pena *ex lege* prevista in caso di impossibilità di sanatoria dell'abuso (Cons. stato, Sez. VI, 13-06-2012, n. 3947 e Cons. stato, Sez. V, 13-04-2012, n. 2116).

In termini di diritto sostanziale, è da notare la P.A. è tenuta ad effettuare un'indagine più accurata in caso di intervento ricadente in area vincolata ed anche se già ampiamente edificata (proprio) onde evitare ulteriori compromissioni degli interessi generali (Cons. Stato, Sez. VI, 29-12-2010, n. 9578): deve, cioè, vagliare, sul piano della legittimità dell'atto, la congruenza e la logicità delle motivazioni del giudizio di compatibilità paesaggistica (già) espresso dalla Regione o dal Comune (Cons. Stato, Ad. plen., 14-12-2001, n. 9; Cons. Stato, Sez. V, 09-04-2001, n. 2152 e Cons. Stato, Sez. VI, 06-05-2013, n. 2410).

L'azione amministrativa è, infatti, permeata da un vero e proprio "*animus iuris*" che ne costituisce criterio istruttore e principio reggente e per cui l'Istituzione non può imporre atti e/o provvedimenti *contra legem*.

Così, sotto il profilo formale, la Soprintendenza, previa comunicazione dell'avvio del procedimento con indicazione del suo oggetto e del nominativo del responsabile, può annullare, mediante decreto *ad hoc*, il nulla-osta comunale relativo ad un'opera illecita ricadente in un'area vincolata e ciò non costituisce alcuna interferenza arbitraria nelle valutazioni tecnico-discrezionali del Comune se tale funzione rientra nei compiti istituzionali dell'Ente sovraordinato e, quindi, non neutralizza l'esercizio dell'azione amministrativa da parte della P.A. locale: trattasi, quindi, di potere

"reattivo" gerarchico che, esercitato in prospettiva diacronica e costituzionalmente orientata, non straripa ed è quindi legittimo, oltretutto obbligatorio.

Può, cioè, parlarsi di "giuridicità per forze contrastanti" ovvero elastica, valida finché sia rispettosa dei limiti della certezza della legge, e per cui è consentito il passaggio, in termini di rilevanza e di "rivelazione", della *vocatio legis* all'Autorità superiore, la cui *ratio* è la conservazione di una visione dei pubblici interessi in modo da garantire imparzialità e "puro" diritto: non si configurano, infatti, situazioni giuridiche libere bensì composite e ciò determina la sanzionabilità del fine soggettivistico ed il cattivo uso della legge, rendendo legittimo il subentro dell' "etero-diritto". L'ambiente, pertanto, non si attesta quale mera *res* bensì si attegga a *ius generalis et specialis*, ergo da valorizzare.

Appare, quindi, condivisibile e pacifico l'orientamento del Cons. Stato secondo cui, in ambito di esercizio dell'azione amministrativa e relativo ri-esame gerarchico, è illegittimo il nulla-osta rilasciato dal Comune per l'immobile abusivo ricadente in fascia costiera, anche se già fortemente urbanizzata, se è classificata quale zona di notevole interesse pubblico e, pertanto, sussiste compatibilità tra il posteriore provvedimento negativo ministeriale e quello anteriore emesso dal Comune: l'illecito non è, cioè, sanabile se è difforme dalle prescrizioni del p.u.t.t. (T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. III, 19-06-2013, n. 1422).

## Riferimenti normativi

TAR Puglia, Sentenza, Sez. III, 29/01/2014, n. 267

## Amministrativo

Comunicazione di avvio del procedimento

# Comunicazione di avvio del procedimento e scioglimento del Consiglio Comunale per condizionamenti di tipo mafioso

L'adozione di un provvedimento di scioglimento del Consiglio Comunale per fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso, ai sensi dell'art. 143 del d. lgs. 267/2000, non comporta l'obbligo dell'invio della comunicazione di avvio del procedimento, *ex art. 7 legge n. 241/90*, agli amministratori comunali che vedono cessare la propria carica per effetto dello scioglimento.

Secondo il Consiglio di Stato l'adozione di un provvedimento di scioglimento del Consiglio Comunale, ai sensi

dell'art.

143 del d.lgs. n. 267/2000, non comporta l'obbligo dell'avvio della comunicazione di avvio del procedimento, ex art. 7 legge n. 241/90, agli amministratori comunali che vedono cessare la propria carica per effetto dello scioglimento.

La sentenza in esame osserva che, nelle ipotesi di scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso, la comunicazione dell'avvio del procedimento non risulta necessaria, trattandosi di un'attività di natura preventiva e cautelare, per la quale non vi è necessità di alcuna partecipazione, anche per il tipo di interessi coinvolti, che non concernono, se non indirettamente, persone, ma la complessiva rappresentazione operativa dell'ente locale e, quindi, in ultima analisi, gli interessi dell'intera collettività comunale (Cons. Stato, Sez. IV, 22.6.2004, n. 4467).

In queste ipotesi viene in rilievo una concreta minaccia ai beni primari appartenenti a tutta la collettività, quali quelli rappresentati dall'ordine e dalla sicurezza pubblica, che giustifica una immediata reazione dell'ordinamento, mediante un intervento rapido e deciso con l'adozione del provvedimento di scioglimento ex art. 143 del d.lgs. n. 267/2000 (Cons. St., V, 20.10.2005, n. 5878; Cons. St., sez. V, 4.10.2007, n. 5146).

Quest'ultimo si presenta, difatti, come una "misura di carattere straordinario" per fronteggiare "una emergenza straordinaria" (Corte cost., 19.3.1993, n. 103; Cons. Stato, Sez. VI, 10.3.2011, n. 1547) che, di fronte alla pressione e all'influenza della criminalità organizzata, non ha finalità repressive nei confronti di singoli, bensì di salvaguardia dell'amministrazione pubblica (Cons. Stato, Sez. VI, 13.5.2010, n. 2957).

La stessa natura dell'atto di scioglimento dà ragione dell'esistenza, oltre che della gravità, dell'urgenza del provvedere, alla quale non può non correlarsi l'affievolimento dell'esigenza di salvaguardare in capo ai destinatari, nell'avvio dell'iter del procedimento di scioglimento, le garanzie partecipative e del contraddittorio assicurate dalla comunicazione di avvio del procedimento.

In conclusione, il Consiglio di Stato ribadisce il suo orientamento secondo il quale per questa misura, stante la sua ratio di straordinarietà, non trova applicazione l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento previsto in via generale dall'art. 7 della l. 241/1990 (Cons. Stato, Sez. VI, 13.3.2007, n. 2222; Cons. Stato, Sez. VI, 28.10.2009, n. 6657).

**Esito:** conferma T.A.R. Lazio - Roma: Sez. I, n. 4440/2013.

**Precedenti giurisprudenziali richiamati:** Cons. Stato, Sez. V, 20.10.2005, n. 5878; Cons. Stato, Sez. V, 4.10.2007, n. 5146; Cons. Stato, Sez. VI, 13.5.2010, n. 2957; Corte cost., 19.3.1993, n. 103; Cons. Stato, Sez. VI, 10.3.2011, n. 1547; Cons. St., Sez. VI, 13.3.2007, n. 2222; Cons. Stato, Sez. VI, 28.10.2009, n. 6657; Cons. Stato, Sez. V, 20.10.2005, n. 5878; Cons. Stato, Sez. V, 4.10.2007, n. 5146.

**Riferimenti normativi:** Art. 143, D.Lgs. n. 267/2000; Art. 7. Legge n. 241/1990.

A cura della Redazione

## Riferimenti normativi

Consiglio di Stato Sentenza, Sez. III, 14/02/2014, n. 727