"ISSN 2704-8209"

Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 13 - FEBBRAIO 2021

Approfondimenti

Penale: La nuova fattispecie di abuso d'ufficio e i criteri di accertamento della parziale abolitio criminis
di Mariacaterina Coiro

Amministrativo: Principio di legalità e autonomia negoziale della P.A.: i contratti derivati degli enti locali
di Paolo Vincenzo Rizzardi

Schede di Giurisprudenza

Civile: Sul rapporto tra diritto all'oblio e alla informazione su notizie di rilevanza storico sociale
di Carlotta Marciano

Civile: La responsabilità per danni cagionati dalla fauna selvatica
di Vincenza Sara Castaldo

Penale: Il peculato dell'albergatore in relazione alla tassa di soggiorno
di Maria Laura Nardo

Amministrativo: Sulla portata del principio di pubblicità in materia di evidenza pubblica.
di Napolitano Roberta

Pillole di Diritto *a cura di Luca Cestaro*

Sommario

SOMMARIO 2

APPROFONDIMENTI 6

PENALE 7

La nuova fattispecie di abuso d'ufficio e i criteri di accertamento della parziale abolitio criminis 7

1. Gli interventi di modifica dell'articolo 323 c.p. precedenti al Decreto semplificazioni 7
2. Formulazione strutturale e ontologica dell'abuso d'ufficio 8
3. Gli elementi innovativi introdotti dalla riforma del 2020 10
4. Il richiamo a specifiche regole di condotta 10
5. Le regole "espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge" 11
6. L'assenza di margini di discrezionalità nelle regole di condotta 12
7. Gli effetti della riforma e le prime osservazioni critiche 12
8. Il tema della discrezionalità amministrativa 14
9. Il tentativo di ridurre gli effetti innovativi della riforma del 2020 16

AMMINISTRATIVO 20

Principio di legalità e autonomia negoziale della P.A.: i contratti derivati degli enti locali 20

Abstract 20

1. Considerazioni introduttive in materia di derivati 20

1.1. Aleatorietà 21

2. I contratti di swap 22

3. Evoluzione normativa dei derivati degli Enti pubblici, con particolare riferimento agli Enti pubblici locali 23

4. Caso deciso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 8770/2020 27

4.1. L'estensione dell'autonomia negoziale degli enti locali ante adozione della legge di stabilità 2014. 27

4.2 Competenza dell'organo consiliare a concludere contratti derivati 29

5. Considerazioni finali 29

SCHEDE DI GIURISPRUDENZA 31

CIVILE 32

Sul rapporto tra diritto all'oblio e alla informazione su notizie di rilevanza storica e sociale 32

Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza, n. 7559 del 27.03.2020 32

Quesito 32

Fatto 32

Normativa 33

Inquadramento 34
Soluzione 38
CIVILE 40
La responsabilità per danni cagionati dalla fauna selvatica 40
Cassazione civile, Sez. III, Sentenza n. 7969 del 20.04.2020 40
Quesito 40
Fatto 40
Normativa 41
Inquadramento 42
Soluzione 46
PENALE 48
Il peculato dell'albergatore in relazione alla tassa di soggiorno 48
Cassazione Penale, Sez. VI, sentenza n.36317 del 17 dicembre 2020 48
Quesito 48
Fatto 48
Normativa 48
Inquadramento 51
Soluzione 55
AMMINISTRATIVO 57
Sulla portata del principio di pubblicità in materia di evidenza pubblica. 57
Consiglio di Stato, Sez. III, Sentenza n. 627 del 20.01.2021 57
Quesito 57
Fatto 57
Normativa 58
Inquadramento 62
Soluzione 63
PILLOLE DI DIRITTO 65
Civile 66
La pillola di diritto del 04.02.2021 66
Sull'opponibilità del diritto all'assegnazione della casa coniugale 66
#separazione #casaconiugale #assegnazione #opponibilità 66
Corte di Cassazione, sez. I civile, ord. n. 377 del 13.01.2021 66
Penale 68

La pillola di diritto dell'8.2.2021 68
Il diritto di critica non scrimina l'offesa alla bandiera italiana 68
#vilipendio #bandieraitaliana #292cp #elementomateriale #dolo 68
Corte di Cassazione, sez. V, penale n. 316 del 07.01.2021 68
Amministrativo 70
La pillola di diritto del 30.01.2021 70
L'istanza volta all'adozione di un'ordinanza contigibile e urgente non determina l'insorgenza dell'obbligo di provvedere 70
#54TUEL #silenzio #obbligodiprovvedere #ordinanzecontigibilieurgenti 70
T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sentenza n. 23 del 23 gennaio 2021 70

Anno 2, n. 13, febbraio 2021

Calamus Iuris *La Rivista* è la rivista dell'Associazione Culturale Calamus iuris, La penna del diritto: una rivista di divulgazione e informazione giuridica, con approfondimenti mirati di diritto, di giurisprudenza e di tecniche di scrittura.

Redazione
Luisa Sarro
Anna Vecchione
Michele Vitiello

Comitato scientifico
Luca Cestaro – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania* – Presidente del Comitato
Flavio Pagano –*scrittore e giornalista*
Gaetano Carlizzi – M*agistrato militare, Giudice del Tribunale Militare di Napoli, abilitato (ASN) quale professore di prima fascia in filosofia del diritto*
Giuseppe Della Pietra – *Professore Ordinario di procedura civile, Università degli studi di Napoli Parthenope*
Gianluca Di Vita– *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania*
Massimo Marasca – *Magistrato ordinario "fuori ruolo" presso il MIT*
Adolfo Scalfati– *Professore di prima fascia di procedura penale, Università degli studi di Roma Tor Vergata*
Gianluca Gentile- *Professore di seconda fascia in diritto penale, Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli*
Linda Catagna– M*agistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*
Giuliana Trotta – M*agistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Lagonegro*
Danilo Carrozzo – *Magistrato in tirocinio*
Pio Cerase- *Magistrato in tirocinio*
Carlo Gabutti- *Magistrato in tirocinio*
Chiara Martello - *Magistrato in tirocinio*
Giannicola Paladino – *Magistrato in tirocinio*
Maria Porcelli – *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

indirizzo redazione
Via Santa Lucia 15, Napoli
T. +39 – 3479966161
pennadeldiritto@gmail.com

Approfondimenti

Calamus iuris
La RIVISTA

PENALE

La nuova fattispecie di abuso d'ufficio e i criteri di accertamento della parziale abolitio criminis

di Mariacaterina Coiro

1. Gli interventi di modifica dell'articolo 323 c.p. precedenti al Decreto semplificazioni

Alla fattispecie *criminis* dell'abuso d'ufficio, che l'articolo 323 c.p. colloca nel capo relativo ai delitti contro la pubblica amministrazione, è stata originariamente riconosciuta la funzione di norma di chiusura di un sistema di ipotesi delittuose principalmente poste in essere da pubblici ufficiali o da incaricati di pubblici servizi.

Tale reato, nella struttura del codice del 1930, era posto a presidio dell'interesse comune al regolare funzionamento ed al prestigio della pubblica amministrazione; con l'entrata in vigore della Costituzione, veniva inserito nel progetto di completamento di un quadro di fattispecie a garanzia dei valori fondanti dell'azione della pubblica amministrazione, che l'art. 97 della Carta costituzionale individua nel buon andamento e nell'imparzialità della pubblica amministrazione[1]. Quest'ultima, alla stregua della Relazione ministeriale al codice penale, era ed è tutt'ora intesa in chiave penalistica, come insieme delle pubbliche funzioni imputabili allo Stato o ad altro ente pubblico, non soltanto quale fonte di attività amministrativa in senso stretto tecnico[2]. In particolare, l'imparzialità si pone a baluardo dell'efficienza dell'azione amministrativa, mentre il buon andamento presidia la parità di trattamento di tutti i cittadini, di fronte alle condotte potenzialmente illecite dei pubblici agenti[3].

Sebbene già incisivamente forgiata dalle modifiche introdotte dalle leggi n. 86 del 26 aprile 1990, n. 234 del 1997 e n.190 del 6 novembre 2012, l'abuso d'ufficio è stato sempre al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in ragione di una formulazione spesso censurata come poco rispondente ai canoni della sufficiente determinatezza.

[1] A. Segreto, G. De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* Milano, 1995, pp. 504.
[2] P. Tanda, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o di regolamento,* in *Cass. pen.,* 1999, p. 2121.
[3] R. Garofoli, *Diritto penale parte speciale*, VII edizione, Bari 2020.

Dibattito sicuramente non sopito dall'attuale enunciato normativo, all'esito delle modifiche introdotte dal d. l. 16 luglio 2020 n. 76, cd. Decreto semplificazioni, convertito con modifiche nella legge n. 120 dell'11 settembre 2020.

La prima incisiva operazione di trasformazione dell'art. 323 c.p., operata dal legislatore del 1990, muoveva verso l'ambizioso obiettivo di superare la concezione dell'abuso d'ufficio come norma residuale e sussidiaria[4], rendendola "*figura cardine del più ampio sistema dei delitti contro la p.a.*": interveniva, in particolare, assorbendo l'abrogata fattispecie di cui all'articolo 324 c.p. ("interesse privato in atti d'ufficio") e rafforzando il riferimento all'ingiustizia del vantaggio o del danno in funzione dei quali agiva il pubblico ufficiale, nonché tracciando una differenziazione sanzionatoria tra abuso realizzato con la mera volontà di prevaricazione e abuso con finalità di conseguire un vantaggio patrimoniale.

L'intervento normativo del 1997, invece, orbitava in tutt'altra direzione, ovvero restituendo un vincolo in capo al giudice penale che intervenisse nella sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione.

La norma sull'abuso d'ufficio, all'esito di tale provvedimento, prevedeva una specificazione in ordine all'elemento oggettivo di reato, richiedendo che la condotta dovesse essere stata posta in essere in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero di un obbligo di astensione in presenza di interesse proprio o di prossimi congiunti; veniva, inoltre, trasformata in reato di evento, la cui consumazione presuppone la produzione di un vantaggio ingiusto ovvero un danno altrui.

Sul piano dell'elemento soggettivo, il legislatore del 1997 rafforzava il presupposto intenzionale della condotta, introducendo l'espressione "*intenzionalmente*", mentre contemporaneamente il limite edittale massimo della pena veniva abbassato ad anni tre.

L' inasprimento sanzionatorio operato dalla l. 190/2012, poi, aumentava nuovamente tale limite.

2. Formulazione strutturale e ontologica dell'abuso d'ufficio

Come pacificamente riconosciuto, il reato di

[4]I.A. Santangelo, *L'abuso di ufficio,* in *Giur. merito,* 2003, 3, pp. 1021 ss.

abuso d'ufficio, specularmente alla maggior parte dei reati disciplinati nel titolo II del libro II del codice penale, consiste in un reato proprio che, in quanto tale, può essere posto in essere da un soggetto attivo che riveste la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio e la cui condotta si realizza durante lo svolgimento delle funzioni o del servizio.

Tale condizione deve essere intesa in accezione estensiva, fino a comprendere qualsiasi tipo di atto posto in essere nell'esercizio delle funzioni, esterno o interno, decisionale o consultivo, anche non strettamente amministrativo.

La giurisprudenza di legittimità ha, altresì, riconosciuto la possibilità che soggetti estranei concorrano nel reato di abuso d'ufficio, qualora sia provato che il provvedimento amministrativo adottato rappresenti il frutto di una collusione tra privato e pubblico ufficiale che, nel contesto fattuale di considerazione, dimostri la sussistenza di pregressi rapporti personali tra i soggetti interessati, ovvero altri dati di contorno, idonei a provare la sussistenza di un accordo prima, dopo o durante la domanda del privato ovvero l'esercizio di pressioni dirette a sollecitare o persuadere al compimento dell'atto illegittimo: non è, viceversa, sufficiente la semplice istanza di un atto illegittimo che, nonostante ciò, venga concretamente adottato (Cass. Sez.VI pen. N. 25944 del 23 giugno 2015).

Sul piano oggettivo della condotta penalmente rilevante, le menzionate riforme hanno fornito una elaborazione della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. dalla quale emergono con maggiore precisione i parametri indicativi dell'abusività della condotta, a cui rimandare il giudizio per valutare la configurabilità della fattispecie.

In particolare, la parte centrale della norma, come risultante in seguito all'ultimo intervento di riforma del 2020, fermo restando la struttura a forma vincolata della fattispecie, individua le due condotte alternative, idonee ad integrare il reato: **la violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità** (in luogo della precedente condotta di violazione di norme di legge o di regolamento) e **la violazione dell'obbligo di astensione** del pubblico funzionario, qualora si trovi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ovvero negli altri casi prescritti.

La seconda delle condotte menzionate è

rimasta estranea all'indicata modifica, come chiarito già anche dalla sezione feriale della Corte di Cassazione con la sentenza n. 32174 del 25 agosto 2020[5], alla stregua della quale rimane invariata la previsione per cui l'omessa astensione del pubblico funzionario, che versi in una situazione definita di "conflitto di interessi", propri o di un prossimo congiunto, ovvero negli altri casi prescritti, integra la configurazione del reato di abuso d'ufficio, sussistendo un generale dovere di astensione non soltanto quando l'obbligo giuridico sia disciplinato espressamente dalla legge o da altra fonte normativa, ma anche quando difetti una disciplina specifica di astensione o quest'ultima riguardi un determinato numero di ipotesi (Cass. sez. V Pen.n. 1929 del 21 dicembre 2017).

Viceversa, interessato solo dalla riforma del 1997, l'elemento soggettivo richiesto dalla norma caratterizza l'abuso d'ufficio come delitto di evento a dolo intenzionale, presupponendo la volizione e non semplicemente la previsione e accettazione dell'evento come possibile conseguenza della propria condotta (da ultimo, Cass. sez. VIPen., n. 46788 dell'11 ottobre 2017)

3. Gli elementi innovativi introdotti dalla riforma del 2020

Il nucleo della riforma del 2020, pur senza intervenire *quoad poenam*, interessa incisivamente uno dei segmenti di condotta che descrivono l'elemento oggettivo del reato di abuso d'ufficio, ovvero la prima modalità alternativa di realizzazione della fattispecie: il criterio di valutazione della penale rilevanza dell'abuso, per l'effetto, non è più costituito dalla violazione di norme di legge o di regolamento, ma è stato sostituito dalla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

In sostanza, dunque, affinché si possa ritenere integrato l'abuso d'ufficio, la nuova disposizione impone l'analisi delle tre elementi di novità che compongono la disposizione e che hanno la finalità di circoscrivere e comprimere l'area penalmente rilevante.

4. Il richiamo a specifiche regole di condotta

In primo luogo, la norma vincola la violazione a specifiche regole di condotta.

[5]Cass. pen, Sez. feriale, 25 agosto 2020 (dep. 17 novembre 2020), n. 32174, in *Il Penalista*, 11 dicembre 2020, con nota di B. Romano, *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso di ufficio e l'*abolitio criminis *parziale.*

Tale riferimento esprime la direzione fortemente restrittiva dell'area applicativa della norma, perseguita con il decreto semplificazioni, escludendo che la condotta penalmente rilevante in termini di abuso d'ufficio possa essere integrata dalla violazione di principi generali e astratti[6].

Sul punto, le oscillazioni interpretative già contendevano due estreme posizioni, in ordine alla riconducibilità alla violazione abusiva dei principi di imparzialità e buon andamento: secondo un primo indirizzo, i principi costituzionali di cui agli articoli 54 e 97, relativi al dovere di adempiere con disciplina ed onore l'esercizio di pubbliche funzioni e il buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, seppure generali, hanno valenza precettiva e non meramente programmatica, in quanto esprimono (e ad essi si riconducono) divieti precisi a carico dei pubblici agenti nell'esercizio delle proprie funzioni, quale a titolo esemplificativo può essere il divieto di farsi guidare nelle scelte da personali preferenze o di collocare un dipendente in una mansione gerarchicamente inferiore per ragioni discriminatorie o ritorsive. Più di recente, invece, la giurisprudenza ha escluso la concreta applicabilità dei menzionati principi, così come di tutte le norme di principio o strumentali alla sola regolarità del servizio pubblico.

5. Le regole "espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge"

Quanto al secondo elemento, il richiamo esclusivo alla legge o atti aventi forza di legge limita la configurabilità del reato ai soli casi di violazione delle regole di condotta previste da norme di rango primario ed elimina del tutto i regolamenti.

L'espunzione dei regolamenti, ispirata anch'essa alla *ratio* del decreto semplificazioni, sottovaluta tuttavia il dato imprescindibile della frequenza di ricorso, nel diritto amministrativo, agli atti regolamentari, come dimostra la prassi di adozione dei regolamenti governativi e degli enti locali, esplicativi della loro autonomia normativa.

Il conseguente effetto a lungo termine, di tale arretramento della rilevanza penale, è chiaramente l'impunità e l'inefficacia preventiva che si avverte essere giustificata

[6]G.L. Gatta, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale* abolitio criminis, in *Sistema penale*, 2 dicembre 2020.

della fattispecie.

Nulla quaestio in ordine al concetto di legge, tant'è che specifica la Corte di Cassazione con la sentenza n. 31873 del 17 settembre 2020 che la nozione di violazione di legge, come delineata dalla giurisprudenza, rimane invariata.

6. L'assenza di margini di discrezionalità nelle regole di condotta

Rimangono penalmente rilevanti solamente i casi in cui non residuano margini di discrezionalità in capo ai pubblici agenti: ma, ancora una volta, tale innovazione non tiene conto della circostanza per cui, nel campo amministrativo, la discrezionalità è un connotato insito dell'arte di amministrare e la flessibilità riconosciuta ai pubblici agenti, nel ponderare gli interessi pubblico e privato, consente di perseguire il bene pubblico, avendo a disposizione un ventaglio di azioni e la libertà di scegliere quale sia la più confacente agli scopi e agli obiettivi concreti.

7. Gli effetti della riforma e le prime osservazioni critiche

È evidente che la modifica legislativa del 2020 interviene a sopperire un diffuso bisogno di determinatezza, a fronte della generica disciplina previgente, probabilmente sollecitato dall'avanzare dei principi di rilievo comunitario, con cui quotidianamente si confronta l'ordinamento interno.

Si è rappresentato che, la recente enunciazione del reato di abuso d'ufficio restringe l'ambito di applicabilità della norma alle sole violazioni di fonti di legge primaria (e non più anche di regolamenti) e, lasciando impregiudicati i casi di omessa astensione rientranti nella seconda condotta descritta dell'art 323 c.p., introduce una parziale *abolitio criminis* in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. 76/2020, che non rientrano nella nuova formulazione, oltre che – argomentando a contrario – in relazione ai fatti commessi in violazione di norme di regolamento, in violazione di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse, nonché in violazione di regole di condotta, anche di fonte primaria, che lascino residuare margini di discrezionalità.

Si accennava, altresì, che la giurisprudenza di legittimità è già intervenuta a pronunciarsi sulla struttura della nuova disposizione di cui all'articolo 323 c.p., ponendo dei punti fermi, peraltro evidenziati, seppur con rilievi critici, anche dalla dottrina: il riferimento è alla

sentenza della sezione feriale della suprema Corte n. 32174 del 25 agosto 2020.

Premesso che l'oggetto di intervento della modifica, si ripete, è limitato unicamente alla prima opzione di abuso d'ufficio, la Corte sottolinea che resta invariato il trattamento sanzionatorio per entrambi i segmenti di azione punibili, accomunando il disvalore della condotta del pubblico ufficiale che nello svolgimento delle funzioni o del servizio violi le norme di legge, a quella del medesimo soggetto qualificato che ometta di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ovvero ancora negli altra casi prescritti.

In relazione alla prima condotta disciplinata dall'art. 323 c.p., il reato, oggi, può essere integrato solo dalla violazione di regole di condotta previste da fonti primarie, con esclusione dei regolamenti attuativi che abbiano contenuto vincolante precettivo e da cui non residui alcun margine di esercizio della discrezionalità amministrativa.

Sottolinea la Corte che, sebbene tale riforma riduca significativamente l'ambito di rilevanza penale del delitto in esame, comportando effetti di favore applicabili retroattivamente *ex* art. 2 comma 2 c.p., non tange il segmento di azione relativo all'inosservanza dell'obbligo di astensione, la cui fonte normativa deve essere individuata "**nella stessa norma penale, salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione**".

La prima sostanziale censura che suscita la nuova formulazione del 323 c.p., quindi, consiste in una questione di diritto intertemporale: è indubbia la produzione di una parziale *abolitio criminis* relativamente ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, non riconducibili alla nuova versione della fattispecie, secondo i criteri di verifica che si esplicano in prosieguo, in quanto realizzati in violazione di regolamenti o norme di legge generali e astratte, da cui non siano ricavabili regole di condotta che rivestano i caratteri introdotti dalla novella legislativa, ovvero la specificità del disposto o che lascino residuare margini di discrezionalità.

E la conseguenza processuale immediata è

che nei processi in corso deve essere pronunciato il proscioglimento dell'imputato, con la formula "*perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato*" (Cass. Sez. VI pen. n. 442 dell'08 gennaio 2021).

Non possono, pertanto, ritenersi appagati quanti attendevano una riforma della fattispecie di abuso d'ufficio che muovesse in diversa direzione, ovvero di superamento della funzione meramente sussidiaria.

La nuova disposizione, difatti, ha un ambito applicativo sicuramente più ristretto rispetto alla precedente, dal momento che sottrae al giudice penale sia l'apprezzamento relativo all'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o sub primario (neppure secondo il classico schema dell'etero-integrazione, della violazione mediata di norme di legge interposte), sia il sindacato sul mero cattivo uso della discrezionalità amministrativa.

Resta, invece, impregiudicata la facoltà del pubblico funzionario di agire senza incorrere nelle limitazioni della responsabilità penale, allorquando le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa anche tecnica, intesa quale autonoma scelta di merito dell'interesse primario pubblico da perseguire, all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati[7]. Tanto, a condizione che l'esercizio di tale potere discrezionale non si sostanzi in una distorsione funzionale dei fini pubblici, ovvero determinando uno sviamento di potere o una violazione dei limiti esterni della discrezionalità, perseguendo interessi difformi o collidenti con quelli consentiti dall'esercizio della discrezionalità (Cass. Sez. VI pen. n. 442 dell'08 gennaio 2021).

8. Il tema della discrezionalità amministrativa

La riforma operata dal decreto semplificazioni, inoltre, porta in auge anche il tema - mai sopito - degli ambiti di ingerenza del controllo penale sulla discrezionalità amministrativa[8].

E, a tal fine, uno spunto interpretativo in relazione al classico tema dei rapporti tra giurisdizione penale e discrezionalità amministrativa proviene dalla menzionata recente sentenza della VI sezione corte di cassazione n. 442 dell'08 gennaio 2021.

[7]G.L. Gatta, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale* abolitio criminis, in *Sistema penale*, 2 dicembre 2020.

[8]G. Viciconte, B. Ridarelli, *Il nuovo abuso d'ufficio e la difficile convivenza tra diritto penale e diritto amministrativo*, Il penalista, 2020.

Preliminarmente, la pronuncia non evita di notare che l'intento legislativo si è *ictu oculi* spinto fino a limitare la responsabilità penale del pubblico funzionario che agisca nell'ambito di regole comportamentali tali da consentirgli un margine di discrezionalità amministrativa, anche tecnica, purché operi sempre in vista del perseguimento concreto di un interesse pubblico primario.

Tuttavia, la nuova formulazione, in ogni caso, lascia rilevante sul piano penalistico la condotta del soggetto qualificato che nell'esercizio di tale potere discrezionale si discosti dagli scopi pubblicistici e "*trasmodi in una vera e prioria distorsione funzionale dei fini pubblici – cd. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito*".

Per converso, sul piano pratico, l'innovazione normativa può essere considerata poco rilevante o minima nella misura in cui si considera che il potere del giudice penale comunque viene azionato per valutare quale tipo di uso sia stato fatto, da parte del pubblico agente, della discrezionalità amministrativa.

Sempre, tuttavia, in guardia dal rischio che un generale e incondizionato sindacato giudiziale sulle modalità di esercizio dei poteri pubblici si traduca in uno sconfinamento negli ambiti di valutazione riservati all'esecutivo e al settore amministrativo.

L'autonomia del processo penale dall'amministrativo, che la dottrina riconosce in ragione dei mezzi utilizzati e delle finalità perseguite, consiste nella sintesi di diversità ontologiche tra le due giurisdizioni, ponendosi il secondo a garanzia della tutela di situazioni soggettive e interessi legittimi dei cittadini in materie individuate dalla legge *ex* articolo 103 Cost.; il primo, deputato ad un controllo oggettivo sulla legalità di esercizio dell'azione amministrativa, in ossequio ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità. In ogni caso, entrambi perseguono la realizzazione dell'interesse pubblico[9].

Pertanto, si tratta di due finalità e piani di azione diversi, con livelli di ammissibilità del sindacato giurisdizionale diversi: il sindacato

[9] L. Levita, *L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione. Forme e limiti dell'esercizio del potere amministrativo,* Matelica, 2008, p. 109.

giurisdizionale amministrativo si estende ai vizi di legittimità, mentre quello penale, in linea con il carattere dell'*extrema ratio* della sanzione penale, alla zona della discrezionalità della p.a., seppure esercitandosi con diversa intensità ed ingerenza di giudizio.

In altri termini, la discrezionalità amministrativa consiste nella ponderazione dei diversi interessi che si presentano al cospetto dell'azione della p.a., ossia del pubblico e privato interesse che viene in rilievo nel singolo caso: affinché sia correttamente svolta, alla luce non solo delle direttive nazionali ma anche dei principi comunitari di ragionevolezza e proporzionalità, la scelta adottata dal pubblico agente deve essere idonea a realizzare il fine ultimo dell'interesse pubblico, con il minor sacrificio possibile per gli altri interessi coinvolti. Si verifica, ragionando a contrario, un cattivo esercizio del potere discrezionali anche nei casi, ad esempio, di eccesso di potere e non solo quando l'interesse pubblico non venga realizzato, ma anche quando sia stato realizzato senza rispettare i principi menzionati, dal momento che ha comportato un ingiusto o eccessivo sacrificio per il destinatario.

Resta chiarito che, per parte della giurisprudenza, non in tutti i casi di illegittimità dell'azione amministrativa si incorre in responsabilità penale nelle forme dell'abuso d'ufficio: sul punto, le Sezioni Unite nel 2011[10].

9. Il tentativo di ridurre gli effetti innovativi della riforma del 2020

Come anticipato, sono state rilevate dalla dottrina le profonde criticità di portata della riforma in esame e ideati meccanismi che in pratica limitano la portata applicativa della parziale *abolitio criminis* che la stessa introduce.

Prima di affermare che la condotta ricada nella porzione di reato interessata dalla fattispecie, dunque, occorre accertare l'effettiva perdita di rilevanza penale del fatto, eseguendo le tre seguenti verifiche, in esito alle quali sorge la possibilità di modificare l'imputazione o riqualificare il fatto[11].

La prima analisi proposta consiste nel valutare la riconducibilità del fatto concreto

[10] Sent. Cass. Sez. Un. 7 febbraio 2012, n. 4694.

[11] G.L. Gatta, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale* abolitio criminis, in *Sistema penale*, 2 dicembre 2020.

alla nuova ipotesi restrittiva di abuso d'ufficio penalmente rilevante, essendo effettivamente possibile che la regola di condotta violata e prevista da una norma di rango secondario sia riconducibile mediatamente ad una fonte primaria da cui si ricavano principi espressi, specifici e senza margini di discrezionalità.

Tale interpretazione, che riconduce il fatto ad una violazione mediata di legge, è chiaro, deve in ogni caso essere compatibile con il principio di legalità, e pare certamente difficile da confrontare con i nuovi presupposti richiesti in ordine alle regole di condotta (espresse, specifiche e senza margini di discrezionalità)

Una volta escluso che il fatto possa essere ricondotto, secondo tale impostazione, alla nuova ipotesi di abuso d'ufficio, occorre operare una seconda verifica, che consiste nell'eventuale possibilità di inquadrare il fatto nella modalità alternativa di condotta, ovvero nell'omessa astensione in presenza di un conflitto d'interessi.

Nulla quaestio se il fatto era già contestato prima della modifica del 2020 come omessa astensione, non essendo stato toccato tale segmento di disposizione. Se, invece, la contestazione aveva ad oggetto la violazione di norme di regolamento o di norme di legge prive di specificità e in assenza di discrezionalità, occorre valutare se il fatto integri omessa astensione, nel rispetto delle facoltà difensive relative alla contestazione di fatto nuovo e fatto diversamente qualificato.

L'esito positivo di tale operazione realizza una *abrogatio sine abolizione*, ossia comporta che, riconosciuto il rapporto di specialità tra due norme, il fatto non è interessato dall'*abolitio criminis* ogni qual volta, sebbene originariamente riconducibile a una fattispecie speciale eliminata dall'ordinamento, sia riconducibile ad una diversa fattispecie legale già prevista dall'ordinamento vigente al tempo del fatto e divenuta applicabile dopo al modifica legislativa[12].

Nel caso dell'abuso d'ufficio, l'omessa astensione si atteggia a ipotesi speciale rispetto alla generica violazione di norma di legge o di regolamento e, pertanto, può essere estesa ai fatti originariamente contestati come generica violazione di legge. La chiave d'ingresso di tali casi è propriola previsione "*negli altri casi prescritti*", che è idonea ad includere nel perimetro applicativo

[12]G.L. Gatta, *op. cit.*

anche le ipotesi di abuso d'ufficio delineate da fonti regolamentari o da regole di fonte primaria non specifiche.

In ultimo, la terza verifica impone valutare l'opportunità di ricondurre il fatto originariamente inquadrato nell'abuso d'ufficio per violazione di legge o regolamento, in una fattispecie incriminatrice proprio diversa dall'articolo 323 c.p. e già prevista dalla legge.

In caso di esito positivo, occorre individuare la legge più favorevole *ex* art. 2 comma 4 c.p., salvo in ogni caso il limite del giudicato. Torna in ausilio, a tal fine, la clausola iniziale di riserva ("*salvo che il fatto non costituisca più grave reato*") che esclude la riconducibilità del fatto in reati meno gravi, assorbiti nell'abuso d'ufficio, come nel caso di omissione di atti d'ufficio *ex* art. 328 c.p. Nell'ipotesi inversa, invece, ossia quando il fatto era riconducibile a un reato più grave rispetto all'abuso d'ufficio, come avviene in relazione alle ipotesi rientranti nel peculato o corruzione, non si pone alcun problema di successione tra leggi penali, essendo l'abuso d'ufficio già inapplicabile prima della riforma del 2020, in ragione della suddetta clausola.

In conclusione, oltre a prendere cognizione della circostanza per cui con la riforma del 2020 la fattispecie di abuso d'ufficio opera in un più limitato novero di ipotesi e, probabilmente, recupera la originaria funzione sussidiaria, restano da risolvere gli aspetti relativi alla auspicata e necessaria cooperazione tra giurisdizione amministrativa e penale, nell'ambito di individuazione dell'interesse pubblico per il cui perseguimento abbia agito il pubblico agente, esercitando abusivamente o illegittimamente un potere.

Un tema, il menzionato, fortemente discusso quando ci si confronta con figure delittuose di confine tra il diritto penale e il diritto amministrativo, che impongono costanti richiami a norma extra-penali, come quella in esame[13].

La riforma non tocca un aspetto che è necessario in ogni caso valutare, ossia la finalità concretamente realizzata dall'agente, in quanto le modifiche successive a quella del 1997 non hanno modificato la struttura dell'abuso d'ufficio come reato di evento, che si configura al prodursi di un ingiusto vantaggio per l'agente stesso o per altri

[13]A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020.

ovvero di un danno ingiusto per altri.

Tale carattere ingiusto deve essere valutato in considerazione del fatto che ogni provvedimento inerente il settore amministrativo incide sulla sfera degli interessi legittimi o dei diritti soggettivi del destinatario, procurando vantaggi o pregiudizi, con l'effetto che, per assumere rilevanza sul piano penale, il vantaggio o il danno devono caratterizzarsi per un elemento ulteriore rispetto al semplice effetto favorevole o sfavorevole che il provvedimento produrrebbe nei confronti di taluno[14]. In altri termini, la nozione di ingiustizia riferita al danno e al profitto, conseguenti dalla condotta del pubblico agente ha una struttura peculiare, in quanto modellata su effetti che in via ordinaria potevano essere stati prodotti dal pubblico agente, nel perseguimento di un interesse comune o comunque nel contemperamento di interessi, residua nelle ipotesi in cui l'interesse perseguito sia completamente estraneo e configgente con il pubblico interesse.

Sicuramente tali profili non hanno ricevuto adeguata attenzione nell'ultimo intervento normativo, la cui *ratio* è rappresentata dal contrasto alla cd. burocrazia difensiva, una prassi invalsa negli ultimi anni nel settore amministrativo, quale forma di autotutela dei pubblici funzionari di fronte al timore di incorrere nell'applicazione di sanzioni, che richiama quanto già accaduto nel settore medico sanitario, con il fenomeno della medicina difensiva.

[14]M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *penale diritto e procedura*, 10 agosto 2020.

AMMINISTRATIVO

Principio di legalità e autonomia negoziale della P.A.: i contratti derivati degli enti locali

di Paolo Vincenzo Rizzardi

Abstract

Il presente contributo, senza alcuna presunzione di completezza, è volto alla trattazione dei contratti derivati e della loro altalenante evoluzione nel settore pubblicistico, con specifico riferimento agli interventi legislativi che hanno conformato l'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione.

Alla luce del quadro normativo di riferimento, ad un primo momento di apertura si sono contrapposte fasi volte prima a procedimentalizzare e a rendere trasparente la stipula dei contratti derivati e poi a precluderne la conclusione, in una prospettiva di salvaguardia tanto delle finalità istituzionali quanto della contabilità pubblica.

La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 8770 del 12 maggio 2020 costituisce, infatti, un momento di riflessione dell'effetto pervasivo del principio di legalità nell'azione amministrativa, a prescindere dalla natura giuridica dell'attività esercitata, "provvedimentale" o "paritetica", della Pubblica Amministrazione.

1. Considerazioni introduttive in materia di derivati

I contratti derivati costituiscono una categoria negoziale eterogenea che interessa varie branche del diritto[15], i cui tre schemi principali sono rappresentati dai *futures*, dalle *options* e dagli *swaps*.

Preliminarmente, è opportuno chiarire che tali fattispecie negoziali assumono la nomenclatura di derivati, in quanto l'ammontare della prestazione dovuta deriva da un'altra grandezza economica o finanziaria e dalla sua variazione ad una certa data.

Infatti, nei *futures*, le parti stabiliscono un determinato *quid* di cui non si conosce il verso di variazione (es. cambio di una moneta), convenendo che, ad una certa data, all'esito negativo o positivo della variazione si individuerà chi tra i due contraenti sarà

[15]Cass., SS.UU civ., Sent. n. 8770 del 12/05/2020, punto 4;

obbligato ad eseguire la prestazione.

Diversamente, per quanto concerne le *options*, le parti individuano un dato *quid* soggetto a variazione (ad es. default di un'impresa) e si stabilisce, per un verso, che una parte attribuisce all'altra una determinata somma (premio) e, per altro verso, che, nei casi di verificazione dell'evento alla data concordata, la controparte è tenuta a corrispondere all'altra una maggior somma(indennizzo).

Relativamente agli *swaps*, invece, le parti individuano due *quid,* connessi ad obbligazioni periodiche,(ad es. un interesse a tasso fisso ed un interesse a tasso variabile) in cui la parte che sarà chiamata ad attribuire ricchezza all'altra verrà individuata attraverso la variazione (eccedenza o deficienza) del coefficiente variabile.

Da tale quadro ricostruttivo è possibile sostenere che il rischio sotteso al "derivato" può essere o allocato specularmente su ogni parte, in base all'esito del verso della grandezza considerata (*futures, swaps),*o traslato da un contraente all'altro, previo pagamento di un premio (*options*).

Ulteriormente, appare il caso di differenziare, al fine di perimetrare la legittimazione negoziale della Pubblica Amministrazione, i derivati di copertura (*hedging*)dai derivati speculativi (*trading*).

I primi sottendono un rischio preesistente nella sfera giuridica delle parti, la cui funzione è di copertura, nella misura in cui tale rischio viene trasferito sull'altro contraente o attraverso il pagamento di un corrispettivo (premio) o assumendo un rischio eguale e contrario.

Diversamente, i derivati speculativi si caratterizzano per la non preesistenza di un rischio nella sfera giuridica delle parti; in tali fattispecie, la mera variazione della grandezza economica o finanziaria presa in riferimento è utile al fine di individuare la parte debitrice, in una logica simile a quella della "scommessa"[16].

1.1. Aleatorietà

La sintetica classificazione, svolta nel paragrafo precedente, conduce a sostenere che i contratti derivati siano sussumibili tra i contratti aleatori.

Infatti, con specifico riferimento ai contratti di *swaps,* essi si iscrivono tra i contratti aleatori sia che perseguano una funzione

[16] In questo senso, si veda GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto Civile,* Torino, 2019, p. 1203 e ss.;

speculativa che di copertura.[17]

Infatti, si definiscono contratti aleatori, quelle pattuizioni in cui l'*an* o il *quantum* della prestazione dipende da fatti futuri ed incerti o quantomeno ignoti alle parti o fuori dal loro controllo.

Sul punto appare utile distinguere l'alea economica dall'alea giuridica.

La prima è comune a tutti i contratti (non solo aleatori) e consiste nella variazione del valore delle prestazioni in base alle oscillazioni del mercato.

L'alea giuridica, propria dei contratti aleatori, determina, invece, che l'*an* o il *quantum* della prestazione di una o di entrambe le parti sia determinato da accadimenti futuri ed incerti[18].

Ai fini della trattazione della presente tematica, può essere efficace accennare, seppur sinteticamente, al dibattito, giurisprudenziale e dottrinale, relativo all'ammissibilità dei contratti unilateralmente aleatori, ove una delle parti è posta al riparo dal rischio di perdite.

In altri termini, ci si chiede, se, oltre alle ipotesi previste dalla legge (articoli 1872, comma 2, e 1881 c.c.), siano ammissibili contratti unilateralmente aleatori. La soluzione del quesito non può che passare, secondo la dottrina tendenzialmente prevalente, dalla verifica dell'idoneità causale e della meritevolezza degli interessi.

Al riguardo, per quanto ci occorre, la giurisprudenza ha dichiarato, in varie occasioni, la nullità dei contratti derivati speculativi di *interest rate swap*, in virtù dell'immeritevolezza degli interessi perseguiti. Secondo questa ricostruzione l'alea bilaterale dei contratti di *swap* costituirebbe l'elemento essenziale della pattuizione, la cui assenza determinerebbe la nullità della fattispecie negoziale[19].

2. I contratti di swap

Prima di passare in rassegna l'evoluzione normativa, appare adeguato trattare, per una migliore comprensione della pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 8770, oltre al concetto di *swap*, già precedentemente stabilito, anche i concetti di *interest rate swap*, di clausola di iniziale *upfront,* di derivato *over the counter* e di clausola *mark to market.*

Infatti, il caso posto all'attenzione della

[17] In questo senso, si veda GAZZONI F.,*Manuale di diritto privato ,* 2019, p. 1243 e ss.

[18]In questo senso, si veda GIOVAGNOLI R., *Il contratto,* Torino, 2019, p. 46 e ss.

[19]In questo senso, si veda GIOVAGNOLI R., *Il contratto,* Torino, 2019, p. 49 e ss.

Corte è quello relativo ai contratti di *swap* e in particolare il cd. *interest rate swap, "ossia quel contratto di scambio di obbligazioni pecuniarie future che, in sostanza, si traduce nel dovere di un Tale di dare all'Altro la cifra α(dove α è la somma corrispondente al capitale 1 per il tasso di interesse W) a fronte dell'impegno assunto dell'Altro di versare al Tale la cifra Y (dove Y è la somma corrispondete al capitale 1 per il tasso di interesse Z)"*[20].

Pertanto, l'*interest rate swap* è considerato come derivato cd. *over the counter (OTC),* ossia un contratto che si caratterizza per due profili:in primo luogo, gli aspetti fondamentali sono stabiliti dalle parti; in secondo luogo, l'intermediario è tendenzialmente la controparte del cliente[21].

Ulteriormente, va precisato che se lo *swap* stipulato dalle parti è *non par*, tenuto conto delle condizioni corrispettive iniziali. Tale squilibrio può essere riequilibrato con il pagamento di un importo chiamato *upfront*[22].

In quest'ottica i relativi flussi di cassa generati nel tempo possono indurre le parti a sciogliere il contratto. Per compiere questa operazione assume rilievo il cd. *mark to market (MTM)* o costo di sostituzione, "*ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto. Il metodo de quo consiste in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti*[23].

Al riguardo, un orientamento della giurisprudenza ha chiarito che la clausola *MTM* sia un elemento essenziale del contratto ed integrativo della sua causa tipica; esso va, pertanto, esplicitato necessariamente ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura o speculativa.

3. Evoluzione normativa dei derivati degli Enti pubblici, con particolare riferimento agli Enti pubblici locali

Nel diritto comune, i derivati sono previsti dal d. lgs n. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni di intermediazione finanziaria), così come modificato dal d.lgs. n. 129/2017, all'allegato I, sezione C).

Esso elenca le varie tipologie di derivati tra

[20]Cass., SS.UU civ., Sent. n. 8770 del 12/05/2020, punto4.2;
[21]Cass., SS.UU civ., Sent. n. 8770 del 12/05/2020, punto4.3;
[22]Cass., SS.UU civ., Sent. n. 8770 del 12/05/2020, punto4.6;
[23]Cass., SS.UU civ., Sent. n. 8770 del 12/05/2020, punto4.7;

gli strumenti finanziari e l'articolo 1, comma 2 bis rimette al Ministero dell'Economia e delle Finanze l'individuazione di nuovi contratti derivati. Ulteriori riferimenti sono evincibili agli articoli 23 e 30 del d.lgs. n. 58/1998.

L'evoluzione dei derivati nel diritto amministrativo ha prodotto un effetto di ampliamento e di restringimento dell'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione.

In un'ottica di diritto comparato, la compatibilità dell'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione rispetto alla stipula dei contratti derivati è messa in forte discussione anche nei paesi caratterizzati da una tradizione finanziaria ben più evoluta rispetto alla nostra.

Ai fini di una compiuta comprensione dell'evoluzione normativa, quantomeno ostica, appare opportuno ripartire la parabola normativa in quattro periodi.

Nel primo periodo (anni 90), il legislatore era intenzionato a promuovere l'utilizzo dei derivati, ritenendo che le operazioni potessero costituire un idoneo strumento di ristrutturazione del debito. Infatti, nella seconda metà degli anni 90, le Amministrazioni centrali utilizzavano gli strumenti finanziari derivati per contrastare il rischio di cambio, in un periodo connotato da ampie fluttuazioni della lira[24]. Pertanto, i primi interventi normativi erano funzionalizzati ad ammettere o in alcuni casi persino a imporre, la legittimazione negoziale degli Enti pubblici a stipulare contratti derivati. Invero, il D.M. n. 420/1996 (*Orientamenti di riferimento all'emissione ed alla gestione del debito pubblico dello Stato)* stabiliva che tra "*le operazioni di ristrutturazione del debito"* ci fossero *"anche quelle effettuate attraverso le operazioni di swap"*(art. 1).

Ulteriormente, l'articolo 2 del D.M. n. 420/1996 (*Regolamento recante norme per l'emissione di titoli obbligazionari da parte degli enti locali in attuazione dell'art. 35 della legge 23 dicembre 1994, n. 724*) ha imposto agli Enti locali di effettuare delle operazioni di *swap* per la copertura del rischio di cambio per tutti i prestiti in valuta estera.

Tuttavia, all'inizio degli anni 2000, la spesa relativa agli interessi connessa all'uso di strumenti derivati cominciò a aumentare[25], diversamente da quanto era accaduto in precedenza.

Ciò ha spinto il legislatore a legiferare in

[24] Marchionni E. e Marino M.R. , *Focus tematico, in ufficio parlamentare di bilancio, n. 3/9 2015*;

[25] Marchionni E. e Marino M.R. , *Focus tematico, in ufficio parlamentare di bilancio, n. 3/9 2015*;

un'ottica maggiormente restrittiva (secondo periodo).

La *ratio* sottesa a tale mutata linea di tendenza era quella volta ad assicurare che la stipula dei contratti derivati fosse compatibile con le finalità istituzionali dell'Ente. Pertanto, il legislatore stabilì, in un'ottica di procedimentalizzazione, che la conclusione dei contratti derivati dovesse uniformarsi al principio di legalità dell'azione amministrativa, iniziando, quindi, a conformare la legittimazione negoziale delle Pubblica Amministrazione.

In particolare, l'articolo 41 della L. n. 448/2001 (legge finanziaria 2002) rinvia ad un D.M. "*le norme relative […] all'utilizzo degli strumenti derivati da parte dei succitati enti*". Il D.M. in questione è il n. 389/2003, il quale stabilisce il "*Regolamento concernente l'accesso al mercato dei capitali da parte delle province, dei comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolane, nonchè dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni, ai sensi dell'articolo 41, comma 1, della L. 28 dicembre 2001, n. 448*".

Ciò premesso, l'ulteriore evoluzione normativa (terzo periodo) si spiega in forza dell'argomentazione che l'intermediario finanziario,con cui gli Enti locali stipulavano i derivati, assumeva la veste di controparte diretta del proprio cliente. Ciò aveva condotto il legislatore a stabilire una disciplina di protezione volta a tutelare la P.A. che assumeva il ruolo di "parte debole". Secondo questa logica, possono essere letti i commi 381, 382, 383, e 384 dell'articolo 1 della L. n. 244/2007 (legge Finanziaria 2008): "*381.I contratti di strumenti finanziari anche derivati, sottoscritti da regioni ed enti locali, sono informati alla massima trasparenza.*

382. I contratti di cui al comma 381 devono recare le informazioni ed essere redatti secondo le indicazioni specificate in un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, da emanare sentitela CONSOB e la Banca d'Italia. Il Ministero dell'economia e delle finanze verifica la conformità dei contratti al decreto.

383. La regione o l'ente locale sottoscrittore di strumenti finanziari di cui al comma 381 deve attestare espressamente di aver preso piena conoscenza dei rischi e delle caratteristiche dei medesimi, evidenziando in apposita nota allegata al bilancio gli oneri e gli impegni finanziari derivanti da tali attività.

384. Il rispetto di quanto previsto ai commi 382 e 383 è elemento costitutivo dell'efficacia dei contratti. In caso di contratti stipulati in violazione di quanto previsto al comma 382oalcomma 383, viene data comunicazione alla Corte dei conti per l'adozione dei provvedimenti di competenza."

Ulteriormente, in questa prospettiva, può essere letta la disposizione contenuta

nell'articolo 3 della L. n. 203/2008 (legge Finanziaria 2009): "*Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa, con uno o più regolamenti da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988 n. 400, […] individua la tipologia dei contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti all'articolo 1 comma 3, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58, che gli enti di cui al comma 2 possono concludere, […] Al fine di assicurare la massima trasparenza dei contratti relativi agli strumenti finanziari derivati nonché delle clausole relative alle predette componenti derivate, il medesimo regolamento individua altresì le informazioni, rese in lingua italiana, che gli stessi devono contenere."*

Da ciò si evince una differente disciplina circa la possibilità degli Enti locali di concludere contratti derivati rispetto a quella posta a base dell'autonomia negoziale dei soggetti privati.

Tale disciplina differenziata è stata ritenuta costituzionalmente conforme dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 52/2010, evidenziando che le limitazioni sono necessarie e si giustificano in ragione "*della spiccata aleatorietà delle negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari in esame, all'evidente scopo di evitare che possa essere messa in pericolo la disponibilità delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere appunto pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività".*

L'ultima fase (la quarta) del percorso evolutivo, circa l'ammissibilità per gli Enti locali di stipulare contratti derivati, assume connotati preclusivi. Infatti, la legge n. 147/2013 (legge di stabilità 2014) stabilisce al comma 572 dell'articolo 1 che : "*All'articolo 62 del decreto-legge25giugno2008,n.112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133,e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: il comma 3 è sostituito dal seguente:Salvo quanto previsto ai successivi commi, agli enti di cui al comma 2* ***è fatto divieto*** *di:* ***a)stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti dall'articolo 1, comma 3****, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;*salve le eccezioni contente ai commi*3-ter. Dal divieto di cui al comma 3 è esclusa la facoltà per gli enti di cui al comma 2 di procedere alla cancellazione, dai contratti derivati esistenti, di eventuali clausole di risoluzione anticipata, mediante regolamento per cassa nell'esercizio di riferimento del relativo saldo.3-quater. Dal divieto di cui al comma 3 è esclusa altresì la facoltà per gli enti di cui al*

comma 2 di procedere alla cancellazione, dai contratti derivati esistenti, di componenti opzionali diverse dalla opzione cap di cui gli enti siano stati acquirenti, mediante regolamento per cassa nell'esercizio di riferimento del relativo saldo».

Appare opportuno sottolineare che nella stessa legge, in un'ottica di protezione, il legislatore ha previsto una nullità relativa dei contratti derivati: "*Il contratto relativo a strumenti finanziari derivati o il contratto di finanziamento che include l'acquisto di cap da parte dell'ente, stipulato in violazione delle disposizioni previste dal presente articolo o privo dell'attestazione di cuialcomma4,è nullo. La nullità può essere fatta valere solo dall'ente".*

Alla luce del quadro normativo delineato è possibile scorgere un andamento altalenante, ossia ad un primo momento di apertura, si contrappongono fasi volte prima a procedimentalizzare e a rendere trasparente la stipula dei contratti derivati e dopo a precludere la legittimazione della Pubblica Amministrazione alla conclusione di tali fattispecie negoziali, in una prospettiva di salvaguardia tanto delle finalità istituzionali quanto della contabilità pubblica.[26]

4. Caso deciso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 8770/2020

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione riguardava la pattuizione di alcuni contratti di *swaps* conclusi dal Comune di Cattolica in tre diverse date, ossia 12/05/2003, 01/12/2003 e 22/10/2004. È bene precisare che tali contratti non subivano le preclusioni previste dalla legge di stabilità del 2014, attesa la differenza cronologica tra la data della stipula dei contratti e la data di entrata in vigore della disposizione normativa da ultimo limitante. Si ritiene, infatti, che il testo normativo di riferimento, per valutare l'ammissibilità dei derivati in questione, sia quello ritraibile dall'articolo 41 della legge finanziaria del 2002.

4.1. L'estensione dell'autonomia negoziale degli enti locali ante adozione della legge di stabilità 2014.

La Corte di Cassazione chiarisce, innanzitutto, che il derivato per essere ammissibile deve essere economicamente conveniente, essendo vietato concludere contratti speculativi. Tale preclusione può essere ricondotta ai commi 4 e 6, dell'articolo

[26]Per la ricostruzione normativa, in questo senso Berti A., *I contratti "derivati" degli enti pubblici tra autonomia negoziale e principio di legalità, in Associazione Nazionale Professionale Segretari Comunali e Provinciali,* pubblicato il *22/05/2020;*

119 della Costituzione, i quali enunciano rispettivamente il vincolo dell'equilibrio finanziario e la necessaria finalizzazione dell'indebitamento alle spese di investimento.[27]

Ciò ha condotto la Corte di Cassazione a sostenere, al punto 8.3 della pronuncia in oggetto, che "*il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione a concludere contratti derivati, sulla base della disciplina vigente fino al2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ne ha escluso la possibilità) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi,comportava che solamente nel primo caso l'ente locale potesse dirsi legittimato a procedere alla loro stipula.*"

Nel caso di specie, attesa la natura di causa variabile dei derivati, la cui individuazione non può prescindere da un'analisi del caso concreto[28], la Corte di Cassazione si interroga, da un lato, se l'oggetto del contratto sia determinato o determinabile e, dall'altro lato, circa la validità dell'accordo, tenuto conto della presenza di un criterio che indichi l'alea del contratto, poiché il legislatore autorizza solo contratti derivati funzionalizzati a perseguire l'utilità sociale.

Al riguardo, la Corte di Cassazione, confermando la decisione di merito, sostiene che in nessuno dei contratti figurava la determinazione del valore attuale degli stessi al momento della stipulazione (MTM), che una parte della giurisprudenza ritiene "*elemento essenziale dello stesso ed integrativo della sua causa tipica (un'alea razionale e quindi misurabile) da esplicitare necessariamente indipendentemente dalla sua finalità di copertura (hedging) o speculativa*". In aggiunta, la Corte di Cassazione ha sottolineato che la passività di ogni contratto di *swap* trova la sua evidenza nella clausola di *upfront*. Sul punto un orientamento della giurisprudenza, condiviso dalla Sezioni Unite con la decisione in commento, ritiene che le somme percepite in forza della clausola di *upfront* siano qualificate come finanziamento e che, quindi, gli importi ricevuti costituiscono indebitamento, ai fini della normativa di contabilità pubblica e dell'articolo 119 Cost., anche per il periodo antecedente al d.l. 112/2008.

Ciò ha condotto la Corte di Cassazione ad affermare il seguente principio di diritto: "*9.8 in tema di contratti derivati, stipulati dai Comuni italiani sulla base della disciplina normativa*

[27]Cass., SS.UU civ., Sent. n. 8770 del 12/05/2020, punto8.1;

[28]Cass., SS.UU civ., Sent. n. 8770 del 12/05/2020, punto 6.7;

vigente fino al 2013 (quando la legge n.147 del 2013 ha escluso la possibilità di farvi ulteriore ricorso) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, pur potendo l'ente locale procedere alla stipula dei primi con qualificati intermediari finanziari nondimeno esso poteva utilmente ed efficacemente procedervi solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio".

4.2 Competenza dell'organo consiliare a concludere contratti derivati

Le Sezioni Unite si sono interrogate, successivamente, su quale organo amministrativo fosse competente a deliberare circa la conclusione del contratto derivato. Al riguardo, esse hanno espresso il seguente principio di diritto al punto 10.8 della decisione in commento: "*l'autorizzazione alla conclusione di un contratto di swap da parte dei Comuni italiani, specie se del tipo con finanziamento upfront, ma anche in tutti quei casi in cui la sua negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero anche nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal Consiglio comunale ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lett. i), TUEL di cui al D.Lgs. n. 267 del 2000 [laddove stabilisce che «Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: (...) – spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi (...)»]; non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, adottabile dalla giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestori a ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico.*"

Da ciò consegue che il Consiglio Comunale sia legittimato adottare la delibera a contrattare i derivati in due casi: I) quando il contratto contiene clausole *upfront*e II) quando esso incide sui rapporti debitori sottostanti.[29]

5. Considerazioni finali

La pronuncia in commento conferma che il principio di legalità innerva l'intero raggio

[29]in questo senso Berti A., *I contratti "derivati" degli enti pubblici tra autonomia negoziale e principio di legalità, in Associazione Nazionale Professionale Segretari Comunali e Provinciali,* pubblicato il *22/05/2020;*

dell'azione amministrativa sia che essa assuma natura provvedimentale sia che essa si identifichi in un'attività privatistica.

Pertanto, qualsiasi attività che la Pubblica Amministrazione ponga in essere è retta da un cd. "vincolo di scopo", avente ad oggetto la cura e la salvaguardia dell'interesse pubblico.

Tale "vincolo di scopo" si individua nettamente nella pronuncia in commento, in quanto esso preclude alla Pubblica Amministrazione la stipula di contratti derivati di tipo speculativo, ma, allo stesso tempo, ammette che la stessa possa prendere parte ad un contratto derivato con finalità di copertura, sempre che ciò sia compatibile e conciliabile con il pubblico interesse (questo prima che la stipula di contratti derivati fosse vietata, come si è detto).

Ciò conduce a sostenere che il principio di legalità incide sulla stessa legittimazione negoziale della Pubblica Amministrazione che è, pertanto, sempre parametrata alla soddisfazione degli interessi pubblici che l'attività amministrativa è volta a perseguire.

Schede di Giurisprudenza

CIVILE

Sul rapporto tra diritto all'oblio e alla informazione su notizie di rilevanza storica e sociale

Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza, n. 7559 del 27.03.2020

di Carlotta Marciano

Quesito

Come bilanciare il diritto del singolo ad essere dimenticato con quello della collettività di accedere a notizie storiche rilevanti?

Fatto

L'ordinanza oggetto di esame trae origine dal ricorso azionato verso il Garante per la protezione dei dati personali, ai sensi degli artt. 145 e ss. del D.Lgs 196/2003, dal figlio di un noto imprenditore ormai deceduto. Il ricorrente chiedeva che dall'archivio web di una testata giornalistica venissero eliminati una serie di articoli di cronaca, attinenti a una vicenda giudiziaria di rilevanza penale che, anni addietro, aveva visto il padre protagonista, considerati lesivi per il buon nome della famiglia e del Gruppo imprenditoriale medesimo, oltre che fuorvianti, dal momento che nessuno di essi articoli veniva aggiornato con la notizia del proscioglimento dell'uomo. All'esito del rigetto della domanda, il provvedimento del Garante veniva impugnato davanti al Tribunale di Milano chiedendosi, in via principale, la rimozione degli articoli dall'archivio *web* del Giornale; in via subordinata, si instava affinché venissero oscurati i dati personali relativi al *de cuius*; in via ulteriormente gradata, si insisteva per l'aggiornamento delle notizie, con la indicazione dell'intervenuto proscioglimento dell'uomo. Nel corso del procedimento, veniva dichiarata cessata la materia del contendere, dal momento che, dalla documentazione allegata dalle parti, risultava non solo l'aggiornamento degli articoli, mediante la indicazione in calce agli stessi della notizia della assoluzione, ma anche la loro *deindicizzazione*, in quanto non più reperibili dagli utenti esterni del web con gli ordinari motori di ricerca, se non con apposita ricerca effettuata sull'archivio storico del giornale.

Il provvedimento di rigetto del Tribunale di Milano, successivamente impugnato dinanzi alla Suprema Corte, concludeva, tra l'altro, affermando come, nella delicata attività di bilanciamento dei due diritti della collettività

ad essere informata e del privato a godere della propria riservatezza, entrambi costituzionalmente garantiti, il primo possa legittimamente essere subordinato al secondo solo nell'ipotesi in cui dalla permanenza e dalla potenziale ulteriore diffusione di determinate notizie, il soggetto coinvolto veda irrimediabilmente compromessa la propria vita di relazione.

Impugnata tale statuizione, i tre motivi addotti dalla parte soccombente nel proprio ricorso per Cassazione possono essere riassunti nella necessità della Suprema Corte di individuare il più opportuno strumento di bilanciamento tra il diritto all'oblio di chi sia protagonista di notizie cronologicamente risalenti e poco edificanti sul proprio conto e quello della collettività alla informazione, quando le medesime notizie assumano rilevanza storica o storiografica.

Normativa

Art. 2 Costituzione

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art. 97 L. 633/1941

Non occorre il consenso della persona ritratta quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali o quando la riproduzione collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico

[…]

Art. 21 Costituzione

Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.

[…]

Art. 8 CEDU

Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Art. 7 Carta dei Diritti fondamentali UE

Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni.

Art. 8 Carta dei Diritti fondamentali UE

Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano.

Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica.

Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

Inquadramento

La pronuncia in esame affronta una delle più complesse attività di bilanciamento di diritti fondamentali della persona: da una parte, vi è quello dell'individuo alla riservatezza e a non vedere diffuse notizie potenzialmente lesive per la propria reputazione; dall'altra, vi è l'interesse della comunità ad essere informata circa eventi particolarmente rilevanti, alla luce della loro attualità o portata storica.

La rilevanza del cd. "*diritto all'oblio*" fu per la prima volta riconosciuta dai Giudici di legittimità, con la pronuncia n. 3679/1998, che lo definiva "…*come giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore ed alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata*…", tranne che nell'ipotesi di informazioni sopravvenute di rilevanza tale da rendere prevalente il diritto della collettività ad esservi informata, mediante ripubblicazione.

Con l'ordinanza in esame, la Cassazione prosegue rilevando come il *diritto all'oblio* abbia assunto, con l'avvento di Internet, una conformazione sempre più articolata: esso entra in gioco non più soltanto al momento della ripubblicazione di una antica notizia di rinnovato interesse comune, bensì anche nell'ipotesi di informazioni che, una volta divulgate, restano, di fatto, nella perpetua disponibilità dei fruitori del *web*. Pertanto, con riferimento a tale seconda ipotesi, il diritto ad essere dimenticati si declina, più specificamente, nel diritto del soggetto alla *cancellazione* dalla rete di tutte quelle informazioni prive del carattere della attualità e potenzialmente lesive per la propria

reputazione.

In altri termini, se durante l'epoca della sola diffusione cartacea delle notizie, per sua natura più lenta e, per certi versi, più circoscritta e controllabile, il diritto all'oblio era sussumibile nel *diritto alla riservatezza* dell'interessato, con l'avvento delle nuove tecnologie si è arrivati alla esigenza di tutelare, invece, il *diritto di disporre della divulgazione*, rapida e tendenzialmente illimitata, dei propri dati personali.

In maniera molto efficace, poi, i Giudici di legittimità si occupano di dimostrare come, alla luce del mutato contesto di diffusione delle notizie, sia strutturalmente andato a modificarsi lo stesso *diritto all'oblio*. *In primis*, si è senz'altro andato ad estendere il campo dei soggetti legittimati ad invocarne una lesione, dal momento che ciascun cittadino potrebbe facilmente subire la divulgazione rapida e incontrollabile, propria del *web*, di notizie false, decontestualizzate, oltre che prive di rilevanza per la collettività, sul proprio conto. Alla luce di ciò, sia la dottrina che la giurisprudenza, hanno iniziato a discutere di un diritto all'oblio ricollegato non più soltanto a quello alla riservatezza, ma esteso, altresì, al diritto di ciascun cittadino a non subire la diffusione di notizie che alterino e distorcano la propria identità.

Chiaramente, poi, resta evidente la necessità di mettere in correlazione tra loro le due diverse realtà, *online* e *off-line*, attualmente strumentali alla diffusione di notizie; in caso contrario, si incorrerebbe nella non remota possibilità di attribuire a un unico e identico diritto diversi significati da cui, conseguentemente, scaturirebbero forme di tutela diversificate e verosimilmente confliggenti.

Premesso, quindi, che "*non esiste un diritto alla cancellazione del proprio passato*" occorre ravvisare una congrua forma di tutela per il soggetto che sostenga di subire una lesione della integrità della propria immagine, all'esito della rievocazione di notizie passate non propriamente edificanti sul suo conto. Sul punto, la Cassazione si occupa di effettuare un *excursus* sulle pronunce europee e nazionali più rilevanti.

La Corte di Giustizia EU, muovendo dalla necessità del bilanciamento tra diritto della collettività all'informazione e di tutela dei diritti fondamentali della persona – sanciti, tra l'altro, dall'art. 8 CEDU e dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza – sottolinea come il diritto del soggetto a chiedere la rimozione di notizie sul proprio conto, non più di attuale interesse per la comunità, e che siano rintracciabili con l'inserimento del proprio

nome negli appositi canali informatici di ricerca, trovi un invalicabile limite nel preminente ruolo rivestito dal soggetto stesso nella vita pubblica, tale da ingenerare un preponderante diritto all'informazione sulle vicende, anche passate, che lo riguardino (cfr. Corte di Giustizia, 13.5.2014, C-131/12).

Con ulteriore pronuncia, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, chiamata a decidere sulla istanza di un imprenditore e politico di rimozione di informazioni attinenti a un episodio che lo aveva visto protagonista di rapporti con la criminalità organizzata, rileva come, nel caso di specie, si palesasse una evidente e insormontabile prevalenza del diritto della comunità ad essere resa edotta della vicenda, seppure risalente nel tempo, alla luce del primato sociale rivestito dal ricorrente. Tuttavia, la Corte, motivando la propria pronuncia, si è occupata anche di individuare i criteri cui una notizia deve rispondere perché possa effettivamente dirsi di pubblico interesse ed essere legittimamente ripubblicata: l'articolo, innanzitutto, deve avere la funzione di provocare un dibattito pubblico; occorre che le notizie divulgate siano vere, accertate e lecitamente procacciate; le stesse, inoltre, non devono eccedere rispetto allo scopo informativo per cui vengono diffuse e non possono avere carattere diffamatorio o allusivo (cfr. Corte EDU, 19.10.2017, Fuschsmann c/o Germania).

Si è, poi, più volte ribadito come il disposto dell'art. 8 CEDU possa essere legittimamente invocato solo nelle ipotesi in cui la divulgazione di notizie disdicevoli per la propria reputazione comporti una considerevole lesione del diritto al rispetto della propria vita privata; non può parlarsi di lesione giuridicamente rilevante, invece, quando ci si trovi di fronte a un pregiudizio che è di per sé la diretta e prevedibile conseguenza delle proprie stesse azioni, come potrebbe avvenire nel caso di illeciti penali.

Proseguendo con il suo *excursus* sulla materia e volgendo l'attenzione al panorama giurisprudenziale nazionale, la Cassazione ricorda una precedente pronuncia, la n. 16111/2013 della sezione III, con cui si è osservato come, nei rapporti tra diritto all'oblio e diritto di cronaca, il secondo prevalga sul primo ogniqualvolta l'interesse alla reviviscenza della notizia trovi fondamento in nuove vicende, recentemente accadute e alle prime direttamente collegate. Di converso, è stato altresì ribadito come "*la persistente pubblicazione e diffusione, su un giornale*

online, di una risalente notizia di cronaca…esorbita dal mero ambito del lecito trattamento di archiviazione o memorizzazione online di dati giornalistici…quando sia da considerarsi venuto meno l'interesse pubblico alla notizia stessa", alla luce dell'arco temporale trascorso (cfr. Cass. sez. I, sent. n. 19761/2017).

Con successiva pronuncia, la Corte nomofilattica ribadisce ulteriormente come il più corretto contemperamento tra i contrapposti interessi del diritto alla informazione e alla tutela dei propri dati personali, cristallizzati tanto nella normativa comunitaria quanto in quella internazionale e europea, vada individuato nella sussistenza di specifici presupposti che, inevitabilmente, fanno sì che il *diritto all'oblio* subisca una compressione: ciò si verifica ogni volta che la divulgazione di determinate notizie, seppure risalenti nel tempo, e purché acquisite lecitamente e trasmesse in maniera veritiera e non distorta,sia collegata all'attuale interesse della comunità rispetto alle stesse e sia strumentale allo sviluppo di dibattiti pubblici. Allo stesso tempo, viene ulteriormente precisato come la qualificazione di determinate informazioni come di interesse collettivo non possa prescindere dal ruolo pubblico e sociale rivestito dal protagonista delle notizie stesse, cui, ad ogni modo, dovrà essere garantito il diritto di replica, mediante la comunicazione preventiva della ripubblicazione delle informazioni che lo riguardino (cfr. Cass. n. 6919/2018).

Conclusa la rassegna sulla giurisprudenza nazionale e internazionale più rilevante in materia di bilanciamento tra il diritto all'oblio e quello della comunità ad essere destinataria di informazioni di particolare rilevanza, la Cassazione si occupa di affrontare il nodo problematico della vicenda sottoposta al suo scrutinio: essa ha ad oggetto la peculiare declinazione assunta dal diritto all'oblio rispetto agli *archivi storicion-line*. Nel caso in esame, infatti, il ricorrente non individuava nella *ripubblicazione* di notizie passate la causa della asserita lesione del proprio diritto, attribuendola, invece, alla circostanza della *permanenza*, a distanza di molto tempo, delle informazioni stesse, considerate non più rilevanti per la collettività, oltre che rappresentative di una realtà distorta, non facendosi riferimento all'intervenuto proscioglimento del noto imprenditore.

In primo luogo, viene segnalato come un archivio giornalistico, rappresentando la memoria storiografica di tutte le notizie pubblicate dalla rivista, per sua natura non potrebbe subire amputazioni o modifiche,

dovendo ottemperare al peculiare compito di rendere fruibili ai lettori, anche a distanza di tempo, tutte le pubblicazioni passate. È innegabile, tuttavia, che lo sviluppo di strumenti di questo tipo anche sul fronte telematico, e non più solamente cartaceo, rende necessario sopperire alla facile tracciabilità di quelle notizie che potrebbero considerarsi lesive per i soggetti di cui discorrono.

Premettendo, quindi, che nell'ipotesi di notizie di rilevanza storico-sociale, l'avente diritto non può ottenere la cancellazione dagli archivi giornalistici delle notizie che lo riguardino, ancorché risalenti nel tempo, dal momento che prevalente è il diritto della collettività ad accedervi, l'indagine deve muovere verso l'individuazione di idonei strumenti atti a bilanciare i due contrapposti interessi.

Sul punto, la Cassazione ritiene che la Corte territoriale abbia correttamente individuato tale strumento nella *deindicizzazione*, effettuata dalla testata giornalistica,degli articoli di cronaca presenti sul proprio archivio e relativi al padre del ricorrente, specificando che, con tale termine, si fa riferimento alla rimozione dai comuni motori di ricerca di determinate notizie che, in questo modo, potranno essere rintracciate soltanto a seguito di una diretta indagine sui circoscritti canali che le raccolgono (come, in questo caso, l'archivio giornalistico).Nel caso di specie, infatti, non poteva essere negata la rilevanza storica assunta dagli articoli di cronaca archiviati, in quanto riguardanti un imprenditore di fama nazionale; ad ogni modo, pur non potendo trovare accoglimento la richiesta di rimozione dei suddetti articoli, era evidentemente necessario predisporre uno strumento – correttamente individuato nella deindicizzazione – che rispondesse alla esigenza di tutela della dignità propria e del proprio ascendente invocata dal ricorrente.

Soluzione

Concludendo, la Suprema Corte precisa come la predisposizione di idonei strumenti per la tutela dei diritti fondamentali alla riservatezza e alla identità personale non possa essere suscettibile di una generalizzazione. Occorre, infatti, tenere conto del continuo sviluppo tecnologico che investe la divulgazione di informazioni personali e, di volta in volta, agire conformandosi alle necessità del caso concreto. Nella attività di bilanciamento degli anzidetti diritti con quelli alla

informazione e alla libertà di stampa, occorre comunque tenere in considerazione la necessità di tutelare questi ultimi ogni qualvolta ci si trovi di fronte a notizie storiche di rilevanza pubblica. Pertanto, il Giudice è chiamato, alla luce delle peculiarità del caso, a individuare opportuni strumenti che consentano di attenuare la potenziale portata lesiva che possano assumere quelle antiche notizie, mai eliminate dalla rete, e da chiunque accessibili, che, tuttavia, non siano suscettibili di definitiva eliminazione. Ammesso, poi, come la rilevanza, in termini di raccolta storiografia delle informazioni, assunta dagli archivi giornalistici non possa essere repressa, la deindicizzazione, così come l'aggiornamento continuo di quelle notizie risalenti nel tempo che abbiano subito un differente epilogo, rientrano tra i possibili mezzi utilizzabili in quella che è una delle più complesse attività di bilanciamento tra diritti confliggenti.

CIVILE

La responsabilità per danni cagionati dalla fauna selvatica

Cassazione civile, Sez. III, Sentenza n. 7969 del 20.04.2020

di Vincenza Sara Castaldo

Quesito

Quale tipo di responsabilità è configurabile per danni causati da animali selvatici?

Fatto

La sentenza che sarà oggetto di commento vede una richiesta di risarcimento in giudiziose i confronti della regione Abruzzo per danni riportati dalla autovettura a seguito della collisione con un cinghiale avvenuta su una strada pubblica.

Il Giudice di pace accoglieva la domanda attorea e la Regione interponeva appello dinanzi al Tribunale il quale confermava la decisione di primo grado.

Per la cassazione di tale pronuncia la Regione proponeva ricorso sulla base di un unico motivo.

Dapprima disposta la trattazione in camera di consiglio, in applicazione degli artt. 375,376 e 380 bis c.p.c., e successivamente la trattazione in pubblica udienza, la Regione ricorrente deponeva memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

La questione attiene alla individuazione del soggetto, pubblico o privato, responsabile a risarcire i danni causati da animali selvatici.

La Regione ricorre per un unico motivo: quello di "Violazione e falsa applicazione di legge", precisamente la legge n. 157 del 11 Febbraio 1992 artt. 1 e 9 e dell'art 2043 c.c., erronea imputazione della responsabilità per i danni cagionati dalla fauna selvatica alla Regione ricorrente.

La pronuncia poggia l'attenzione su due punti-chiave:

- L'individuazione del legittimato passivo dell'azione risarcitoria, inteso come soggetto al quale "petere" il risarcimento;
- Il criterio di imputazione completamente diverso rispetto allo schema classico dell'art 2043 c.c. con la rilevante conseguenza che il danneggiato non sarà più onerato della prova della colpa (o del dolo) in capo alla Regione, bensì sarà quest'ultima a dover fornire la prova liberatoria dalla propria responsabilità, o provare di essere

stati dinanzi ad una situazione di "caso fortuito".

Ciò premesso, è opportuno ricordare che la disciplina della responsabilità per danni causati da fauna selvatica è stata protagonista, tra dottrina e giurisprudenza di soluzioni distanti e discordanti rispetto a quella attuale.

I danni causati dagli animali selvatici, in passato, erano considerati sostanzialmente non indennizzabili, in quanto tutta la fauna selvatica era ritenuta *res nullius*.

Normativa

L. 27 dicembre 1977, n. 968

Art. 1. Fauna selvatica

La fauna selvatica italiana costituisce patrimonio indisponibile

dello Stato ed e' tutelata nell'interesse della comunità' nazionale.

L.11 febbraio 1992, n. 157

Art. 2

Oggetto della tutela

1. Fanno parte della fauna selvatica oggetto della tutela della presente legge le specie di mammiferi e di uccelli dei quali esistono popolazioni viventi stabilmente o temporaneamente in stato di naturale libertà nel territorio nazionale. Sono particolarmente protette, anche sotto il profilo sanzionatorio, le seguenti specie:

a) mammiferi: lupo (Canis lupus), sciacallo dorato (Canis aureus), orso (Ursus arctos), martora (Martes martes), puzzola (Mustela putorius), lontra (Lutra lutra), gatto selvatico (Felis sylvestris), lince (Lynx lynx), foca monaca (Monachus monachus), tutte le specie di cetacei (Cetacea), cervo sardo (Cervus elaphus corsicanus), camoscio d'Abruzzo (Rupicapra pyrenaica);

b) uccelli: marangone minore (Phalacrocorax pigmeus), marangone dal ciuffo (Phalacrocorax aristotelis), tutte le specie di pellicani (Pelecanidae), tarabuso (Botaurus stellaris), tutte le specie di cicogne (Ciconiidae), spatola (Platalea leucorodia), mignattaio (Plegadis falcinellus), fenicottero (Phoenicopterus ruber), cigno reale (Cygnus olor), cigno selvatico (Cygnus cygnus), volpoca (Tadorna tadorna), fistione turco (Netta rufina), gobbo rugginoso (Oxyura leucocephala), tutte le specie di rapaci diurni (Accipitriformes e falconiformes), pollo sultano (Porphyrio porphyrio), otarda (Otis tarda), gallina prataiola (Tetrax tetrax), gru (Grus grus), piviere tortolino (Eudromias morinellus), avocetta (Recurvirostra avosetta), cavaliere d'Italia (Himantopus himantopus), occhione (Burhinus oedicnemus), pernice di mare (Glareola pratincola), gabbiano corso (Larus audouinii), gabbiano corallino (Larus melanocephalus), gabbiano roseo (Larus genei), sterna zampenere (Gelochelidon nilotica), sterna maggiore (Sterna caspia), tutte le specie di

rapaci notturni (Strigiformes), ghiandaia marina (Coracias garrulus), tutte le specie di picchi (Picidae), gracchio corallino (Pyrrhocorax pyrrhocorax);

c) tutte le altre specie che direttive comunitarie o convenzioni internazionali o apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri indicano come minacciate di estinzione.

2. Le norme della presente legge non si applicano alle talpe, ai ratti, ai topi propriamente detti, alle arvicole.

3. Il controllo del livello di popolazione degli uccelli negli aeroporti, ai fini della sicurezza aerea, è affidato al Ministro dei trasporti.

Art. 2052 c.c.

Il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni [2056] cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito.

Inquadramento

La legge del 1992 n. 157 ha stabilito, sul piano delle competenze che

- le Regioni a statuto ordinario: provvedono "ad emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie della fauna selvatica" (art. 1); "esercitano le funzioni amministrative di programmazione e di coordinamento ai fini della pianificazione faunistico venatoria"; "svolgono i compiti di orientamento, di controllo e sostitutivi previsti dalla presente legge e dagli statuti regionali" (art. 9); "attuano la pianificazione faunistico-venatoria mediante il coordinamento dei piani provinciali" (art. 9); "... nonchè con l'esercizio di poteri sostitutivi nel caso di mancato adempimento da parte delle province..." (art. 10); "... provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia", controllo che "esercitato selettivamente, viene praticato di norma mediante l'utilizzo di metodi ecologici" (art. 19); istituiscono e disciplinano il fondo destinato al "risarcimento dei danni prodotti dalla fauna selvatica e dall'attività venatoria", per "far fronte ai danni non altrimenti risarcibili arrecati alla produzione agricola e alle opere approntate sui terreni coltivati e a pascolo dalla fauna selvatica, in particolare da quella protetta" (art. 26);
- alle Province, invece: "spettano le funzioni amministrative in materia di caccia e di protezione della fauna secondo quanto previsto dalla L. 8 giugno 1990, n. 142, che esercitano nel rispetto della presente legge" (art. 9); inoltre, ai sensi del D.Lgs. 28 settembre 2000, n. 267, art. 19 (che ha sostituito la L. n. 142 del 1990), alle Province spettano "le funzioni amministrative di interesse provinciale che riguardino vaste

zone intercomunali o l'intero territorio provinciale" nei settori della "protezione della flora e della fauna, parchi e riserve naturali", nonchè della "caccia e pesca nelle acque interne".

La Corte di Cassazione ha adottato nel tempo diversi orientamenti, di seguito illustrati.

Da un lato, si è ritenuto che il riconoscimento della proprietà pubblica della fauna selvatica, con la funzionalizzazione agli interessi collettivi, nazionali ed internazionali, della sua tutela nonché della sua stessa gestione, comporti l'applicabilità, anche agli animali selvatici appartenenti alle specie protette, del regime di responsabilità speciale previsto, in generale, dall'art. 2052 c.c., per i danni causati dagli animali in proprietà o in uso di un qualunque soggetto giuridico.

Dall'altro lato invece la giurisprudenza ha aderito ad altro indirizzo: quello secondo cui il danno cagionato dalla fauna selvatica non è risarcibile in base alla presunzione stabilita nell'art. 2052 c.c., inapplicabile con riguardo alla selvaggina, il cui stato di libertà è incompatibile con un qualsiasi obbligo di custodia da parte della pubblica amministrazione, ma solamente alla stregua dei principi generali della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., anche in tema di onere della prova, e perciò richiede l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico[30].

A tale proposito, la Corte Costituzionale ha ritenuto non sussistere una irragionevole disparità di trattamento tra il privato proprietario di un animale domestico o in cattività, che risponde dei danni da questo arrecati secondo il criterio di imputazione di cui all'art. 2052 c.c., e la pubblica amministrazione, nel cui patrimonio sono ricompresi gli animali selvatici (ciò sull'assunto per cui, poiché questi ultimi soddisfano il godimento della intera collettività, i danni prodotti dagli stessi costituiscono un evento naturale di cui la comunità intera deve farsi carico secondo il regime ordinario di imputazione della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c.).[31]

Ciò detto, la Corte di Cassazione nella

[30] (cfr., ad es.: Cass., Sez. 3, Sentenza n. 8788 del 12/08/1991, Rv. 473498 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 2192 del 15/03/1996, Rv. 496375 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 1638 del 14/02/2000, Rv. 533850 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 10737 del 23/07/2002, Rv. 556100 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 10008 del 24/06/2003, Rv. 564507 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 7080 del 28/03/2006, Rv.588414 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 27673 del 21/11/2008, Rv. 605619 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 9276 del 24/04/2014, Rv. 631131 - 01; Sez. 3 - Ordinanza n. 5722 del 27/02/2019, Rv. 652994 - 01).

[31] Corte Cost, Ordinanza in data 4 gennaio 2001 n. 4.

sentenza suindicata, nella ricostruzione del regime di imputazione della responsabilità per i danni causati dagli animali selvatici ha individuato come legittimato passivo l'ente pubblico (eventualmente) responsabile per la colposa omessa adozione delle misure necessarie ad impedirli, nella Regione, quale ente titolare della competenza a disciplinare, sul piano normativo e amministrativo, la tutela della fauna e la gestione sociale del territorio; e ciò anche laddove la Regione abbia delegato i suoi compiti alle Province, poiché la delega non fa venir meno la titolarità di tali poteri e deve essere esercitata nell'ambito delle direttive dell'ente delegante.[32]

In seguito a tale originaria impostazione, si sono susseguite numerose modifiche che hanno alterato l'esposto criterio di imputazione soggettiva della responsabilità in capo alla Regione. A tal proposito, in diverse pronunce[33] si è affermato che la responsabilità per i danni causati dagli animali selvatici non è sempre imputabile alla Regione ma deve in realtà essere imputata all'ente, sia esso Regione, Provincia, Ente Parco, Federazione o Associazione, ecc., a cui siano stati concretamente affidati, anche in attuazione della L. n. 157 del1992, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, sia che i poteri di gestione derivino dalla legge, sia che trovino la fonte in una delega o concessione di altro ente.

Tutto ciò premesso, tale assetto normativo risulterebbe di difficile interpretazione, e il soggetto privato danneggiato dalla condotta di animali selvatici nell'esercitare in giudizio la tutela dei suoi diritti, si troverebbe costretto non solo a dover individuare e provare una specifica condotta colposa dell'ente convenuto, causativa del danno, ma anche a districarsi in un ipertrofico e confuso sovrapporsi di competenze statali, regionali, provinciali e di enti vari (enti parchi, enti gestori di strade e oasi protette, aziende faunistico venatorie, ecc.), i cui rapporti interni non sono sempre agevolmente ricostruibili, al fine di individuare l'unico soggetto pubblico effettivamente legittimato

[32] (cfr. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 8470 del 01/08/1991, Rv.473354 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 8788 del 12/08/1991, Rv. 473498 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 13956 del 13/12/1999, Rv.532111 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 10737 del 23/07/2002, Rv. 556100 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 13907 del 24/09/2002, Rv.557557 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 16008 del 24/10/2003, Rv. 567652 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 24895 del 25/11/2005, Rv.585722 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 8953 del 07/04/2008, Rv. 602462 - 01; Sez. 3,Sentenza n. 23095 del 16/11/2010, Rv. 614666 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 467 del 13/01/2009, Rv. 606148 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 4202 del 21/02/2011, Rv.616849 - 01).

[33] (cfr. ad es. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 7080 del 28/03/2006, Rv. 588414 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 27673 del 21/11/2008, Rv.
605619 - 01).

passivo, in concreto, in relazione all'azione risarcitoria avanzata (e ciò anche al fine di evitare la responsabilità per le spese processuali in relazione agli altri enti potenzialmente responsabili, eventualmente citati a "scopo cautelativo"), il che finisce in molti casi per risolversi in un sostanziale diniego di effettiva tutela, in evidente tensione con i valori costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost..[34]

Le precedenti pronunce si basavano sulla impossibilità di estendere alla fauna selvatica il regime previsto dall'art. 2052 c.c., fondato sulla responsabilità oggettiva del proprietario dell'animale che ha causato il danno ovvero del diverso soggetto che lo utilizza per trarne utilità, superabile esclusivamente con la prova da parte di quest'ultimo del caso fortuito. Tale scelta è stata essenzialmente giustificata sulla base dell'assunto per cui la disposizione di cui all'art. 2052 c.c. avrebbe riguardo esclusivamente agli animali domestici e non a quelli selvatici, in quanto il criterio di imputazione della responsabilità che esprimerebbe sarebbe basato sul dovere di "custodia" dell'animale da parte del proprietario o di chi lo utilizza per trarne un utilità (patrimoniale o affettiva), custodia per natura non concepibile per gli animali selvatici, che vivono in libertà, fondando dunque il criterio di imputazione soggettiva (non sulla "custodia", ma) sulla stessa proprietà dell'animale e/o comunque sulla sua utilizzazione da parte dell'uomo per trarne utilità (anche non patrimoniali).

Sembrerebbe però corretta la individuazione del diritto di proprietà degli animali selvatici in capo allo Stato, e dunque allargando il criterio stabilito dall'art 2052 anche alla fauna selvatica, per la diretta relazione degli animali domestici alla utilizzazione da parte dell'uomo per trarne utilità.[35]

In particolare, secondo la Suprema Corte, in questo caso, poiché la proprietà pubblica delle specie protette è in sostanza disposta in funzione della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che avviene anche attraverso la tutela e la gestione di dette specie, mediante l'attribuzione alle Regioni di specifiche competenze normative e amministrative, nonché di indirizzo, coordinamento e controllo (non escluso il

[34] Cass. Sez 3, n. 7969/2020 - punto 4.1.

[35] Il criterio di imputazione della responsabilità per i danni cagionati dagli animali espresso nell'art. 2052 c.c. non risulta, in primo luogo, espressamente limitato agli animali domestici, ma fa riferimento esclusivamente a quelli suscettibili di proprietà o di utilizzazione da parte dell'uomo. Cass. Sez 3, n. 7969/2020.

potere di sostituzione) sugli enti minori titolari di più circoscritte funzioni amministrative, proprie o delegate, si determina una situazione che è equiparabile (nell'ambito del diritto pubblico) a quella della "utilizzazione" degli animali da parte di un soggetto diverso dal loro proprietario, ai fini dell'art. 2052 c.c.: la funzione di tutela, gestione e controllo del patrimonio faunistico appartenente alle specie protette operata dalle Regioni costituisce nella sostanza una "utilizzazione", in senso pubblicistico, di tale patrimonio, di cui è formalmente titolare lo Stato, al fine di trarne una utilità collettiva pubblica per l'ambiente e l'ecosistema.[36]

Stando così le cose, è opportuno ora fare riferimento alla tutela risarcitoria.

Sull'attore danneggiato graverà *in primis* allegare e dimostrare che il danno è stato causato dall'animale selvatico e *in secundis* l'onere di dimostrare la dinamica del sinistro nonché il nesso causale tra la condotta dell'animale e l'evento dannoso subito, oltre che l'appartenenza dell'animale stesso ad una delle specie oggetto della tutela di cui alla L. n. 157 del 1992 e/o comunque che si tratti di animale selvatico rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato.

Soluzione

In conclusione, ammettendo la responsabilità ex art 2052 per danni causati da animali selvatici in capo allo Stato e dunque alle Regioni, al danneggiato spetta di provare che la condotta dell'animale sia stata la "causa" del danno e poiché, ai sensi dell'art. 2054 c.c., comma 1, in caso di incidenti stradali il conducente del veicolo è comunque onerato della prova di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno, quest'ultimo per ottenere l'integrale risarcimento del danno che allega di aver subito, dovrà anche allegare e dimostrare l'esatta dinamica del sinistro, dalla quale emerga che egli aveva nella specie adottato ogni opportuna cautela nella propria condotta di guida (cautela da valutare con particolare rigore in caso di circolazione in aree in cui fosse segnalata o comunque nota la possibile presenza di animali selvatici) e che la condotta dell'animale selvatico abbia avuto effettivamente ed in concreto un carattere di tale imprevedibilità ed irrazionalità per cui - nonostante ogni cautela - non sarebbe stato comunque possibile evitare l'impatto, di modo che essa possa

[36] Cass. Sez 3, n. 7969/2020 - punto 5.

effettivamente ritenersi causa esclusiva (o quanto meno concorrente) del danno.

Per andare esente da responsabilità ai sensi dell'art. 2052 c.c., la Regione dovrà fornire la prova che il fatto sia avvenuto per "caso fortuito" (la questione, come appena precisato, può venire in rilievo solo laddove l'attore abbia già dimostrato la effettiva e concreta dinamica dell'incidente e cioè che la condotta dell'animale selvatico appartenente a specie protetta di proprietà statale sia stata la causa, esclusiva o concorrente, del danno). La Regione dovrà dimostrare che la condotta dell'animale si sia posta del tutto al di fuori della sua sfera di possibile controllo, come causa autonoma, eccezionale, imprevedibile ed inevitabile del danno, e come tale sia stata dotata di efficacia causale esclusiva nella produzione dell'evento lesivo, cioè che si sia trattato di una condotta che non era ragionevolmente prevedibile e/o che comunque non era evitabile, anche mediante l'adozione delle più adeguate e diligenti misure di gestione e controllo della fauna.

Sulla base di ciò esposto fino ad ora, è stata espressa la seguente massima:

"ai fini del risarcimento dei danni cagionati dagli animali selvatici appartenenti alle specie protette e che rientrano, ai sensi della L. n. 157 del 1992, nel patrimonio indisponibile dello Stato, va applicato il criterio di imputazione della responsabilità di cui all'art. 2052 c.c. e il soggetto pubblico responsabile va individuato nella Regione, *in quanto ente al quale spetta in materia la funzione normativa, nonché le funzioni amministrative di programmazione, coordinamento, controllo delle attività eventualmente svolte - per delega o in base a poteri di cui sono direttamente titolari da altri enti, ivi inclusi i poteri sostitutivi per i casi di eventuali omissioni (e che dunque rappresenta l'ente che "si serve", in senso pubblicistico, del patrimonio faunistico protetto), al fine di perseguire l'utilità collettiva di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema; la* Regione *potrà eventualmente rivalersi (anche chiamandoli in causa nel giudizio promosso dal danneggiato) nei confronti degli altri enti ai quali sarebbe spettato di porre in essere in concreto le misure che avrebbero dovuto impedire il danno, in quanto a tanto delegati, ovvero trattandosi di competenze di loro diretta titolarità".*

Calamus iuris
La RIVISTA

PENALE

Il peculato dell'albergatore in relazione alla tassa di soggiorno

Cassazione Penale, Sez. VI, sentenza n.36317 del 17 dicembre 2020

di Maria Laura Nardo

Quesito

È configurabile il peculato dell'albergatore che ometta di consegnare all'ente destinatario l'imposta di soggiorno ricevuta dai clienti della struttura o prevale la nuova disciplina ex art.180, comma 3 D.l. 34/2020 con efficacia retroattiva?

Fatto

Il legale rappresentante dell'Hotel San Giorgio di Sauze d'Oulx era stato condannato, in seguito a rito abbreviato, dal giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Torino per il reato previsto ex art.314 c.p., denominato peculato, e poi tale condanna era stata confermata dalla Corte di Appello di Torino. L'albergatore, infatti, dal dicembre 2012 al marzo 2016, si era appropriato di una somma pari ad euro 5.472, che aveva incassato dai clienti della struttura a titolo di tassa di soggiorno. Avverso tali pronunce l'imputato decideva di ricorrere alla Suprema Corte denunciando una violazione di legge e vizi di motivazione. Soprattutto, il difensore del ricorrente, nel 2020 rendeva noto che il reato contestato non era più previsto dalla legge come tale, a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 34/2020, recante disposizioni in materia della salute connesse all'emergenza epidemiologica legata al Covid-19, che all'art.180 comma 3 sancisce che la condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno all'ente destinatario è punita esclusivamente con la sanzione amministrativa, prevista ex art.13 D.lgs. n.471/1997, con efficacia retroattiva.

Normativa

Articolo 314 c.p. "Peculato"

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi.

Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita.

Articolo 180 D.L. 34/2020 "Ristoro ai Comuni per la riduzione di gettito dell'imposta di soggiorno e altre disposizioni in materia"

1. Nell'anno 2020 è istituito, nello stato di previsione del Ministero dell'interno, un Fondo, con una dotazione di 100 milioni di euro, per il ristoro parziale dei comuni a fronte delle minori entrate derivanti dalla mancata riscossione dell'imposta di soggiorno o del contributo di sbarco di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, nonché del contributo di soggiorno di cui all'articolo 14, comma 16, lettera e), del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, in conseguenza dell'adozione delle misure di contenimento del COVID-19.

2. Alla ripartizione del Fondo tra gli enti interessati si provvede con decreto del Ministro dell'interno di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede Conferenza Stato-città ed autonomie locali da adottare entro 30 giorni dall'entrata in vigore del presente decreto.

3. All'articolo 4 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, dopo il comma 1-bis, è inserito il seguente: «1-ter. Il gestore della struttura ricettiva è responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno di cui al comma 1 e del contributo di soggiorno di cui all'articolo 14, comma 16, lettera e), del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale. La dichiarazione deve essere presentata cumulativamente ed esclusivamente in via telematica entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui si è verificato il presupposto impositivo, secondo le modalità approvate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento. Per l'omessa o infedele presentazione della dichiarazione da parte del responsabile si applica la sanzione amministrativa dal 100 al 200 per cento dell'importo dovuto. Per l'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno e del contributo di soggiorno si applica una sanzione amministrativa di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471.».

4. All'articolo 4, comma 5-ter, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96 (13), le parole da "nonché" alla fine del comma sono sostituite dalle seguenti: "con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale. La dichiarazione deve essere presentata cumulativamente ed esclusivamente in via

telematica entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui si è verificato il presupposto impositivo, secondo le modalità approvate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Per l'omessa o infedele presentazione della dichiarazione da parte del responsabile si applica la sanzione amministrativa dal 100 al 200 per cento dell'importo dovuto. Per l'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno e del contributo di soggiorno si applica una sanzione amministrativa di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471".

5. Agli oneri derivanti dal comma 1, pari a 100 milioni di euro per l'anno 2020, si provvede ai sensi dell'articolo 265.

Articolo 4 D.lgs. 23/2011 "Disposizioni in materia di federalismo Fiscale Municipale"

1. I comuni capoluogo di provincia, le unioni di comuni nonche' i comuni inclusi negli elenchi regionali delle localita' turistiche o citta' d'arte possono istituire, con deliberazione del consiglio, un'imposta di soggiorno a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate sul proprio territorio, da applicare, secondo criteri di gradualita' in proporzione al prezzo, sino a 5 euro per notte di soggiorno. Il relativo gettito e' destinato a finanziare interventi in materia di turismo, ivi compresi quelli a sostegno delle strutture ricettive, nonche' interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali ed ambientali locali, nonche' dei relativi servizi pubblici locali.

2. Ferma restando la facolta' di disporre limitazioni alla circolazione nei centri abitati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, l'imposta di soggiorno puo' sostituire, in tutto o in parte, gli eventuali oneri imposti agli autobus turistici per la circolazione e la sosta nell'ambito del territorio comunale.

3. Con regolamento da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ai sensi dell' articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, d'intesa con la Conferenza Stato-citta' ed autonomie locali, e' dettata la disciplina generale di attuazione dell'imposta di soggiorno. In conformita' con quanto stabilito nel predetto regolamento, i comuni, con proprio regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 52 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei titolari delle strutture ricettive, hanno la facolta' di disporre ulteriori modalita' applicative del tributo, nonche' di prevedere esenzioni e riduzioni per particolari fattispecie o per determinati periodi di tempo. Nel caso di mancata emanazione del regolamento previsto nel primo periodo del presente comma nel termine ivi indicato, i comuni possono comunque adottare gli atti

previsti dal presente articolo.

Art. 64 D.P.R. n.600/1973 Sostituto e responsabile d'imposta

Chi in forza di disposizioni di legge è obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi riferibili ed anche a titolo di acconto, deve esercitare la rivalsa se non è diversamente stabilito in modo espresso.

Il sostituito ha facoltà di intervenire nel procedimento di accertamento dell'imposta.

Chi in forza di disposizioni di legge è obbligato al pagamento dell'imposta insieme con altri, per fatti o situazioni esclusivamente riferibili a questi, ha diritto di rivalsa.

Inquadramento

La Suprema Corte si è trovata ad affrontare la questione, evidenziata dal ricorrente, circa la portata della disposizione prevista ex art.180 comma 3 D.L. 34/2020. Invero, è stato ritenuto necessario effettuare un confronto con quanto disposto dall'art.4 D.Lgs. 23/2011, che al comma 3 sanciva la possibilità di adottare un regolamento atto a disciplinare la materia dell'imposta di soggiorno. In realtà, il regolamento recante disposizioni generali non è stato mai emanato, così gli enti locali, elencati al 1 comma dell'art.4, hanno statuito un'autonoma regolamentazione in materia. La giurisprudenza, sulla base della normativa delineata anche dalla disposizione in esame, riteneva, comunque, che la condotta posta in essere dall'albergatore, il quale si appropriava delle somme riscosse a titolo di tassa di soggiorno e ometteva di versarle al comune, integrasse pacificamente il reato di peculato ex art.314 c.p., in quanto il gestore dell'albergo veniva qualificato come incaricato di pubblico servizio, il quale aveva la possibilità di maneggiare denaro pubblico, ed era esterno all'obbligazione tributaria che si instaurava tra l'ente, destinatario della riscossione, e il cliente, obbligato a versare l'imposta in esame. Tra i compiti spettanti all'albergatore, in tale ottica, vi rientrano, quindi, il controllo circa la corretta liquidazione del tributo, la rendicontazione dell'imposta incassata e il suo versamento al comune di appartenenza. Tale statuizione ha trovato numerose conferme in diverse disposizioni che hanno indotto a ritenere l'albergatore un'agente contabile (cfr. D.lgs. n.118/2011). Inoltre, pacificamente si evince la natura pubblicistica di tale attività, regolata dalle norme di diritto pubblico, istitutive di tale imposta. La giurisprudenza contabile, amministrativa e civile, ha confortato tale tesi in più pronunce, infatti, le Sezioni riunite della Corte dei conti nel 2016 hanno

confermato la natura dei soggetti operanti nelle strutture ricettive, come soggetti contabili *tenuti conseguentemente alla resa del conto giudiziale della gestione svolta.* Ancora, i giudici amministrativi hanno dichiarato illegittime le statuizioni che hanno definito i gestori dei sostituti d'imposta. Ma, soprattutto, le SS.UU. civili nel 2018 hanno ribadito che tra l'albergatore e il comune si instaura un rapporto di servizio pubblico con compiti contabili. La novella del 2020, introdotta per la situazione epidemiologica in atto data dal Covid-19,è intervenuta e ha mutato il regime di tale quadro normativo che era pacificamente ammesso. In particolare, l'art.180 del D.L.34/2020 ha stabilito l'inserimento del comma 1-ter nell'art.4 D.lgs. 23/2011, che ha, in primo luogo, modificato il rapporto tra l'albergatore e l'ente destinatario dell'imposta, poiché è stato definito di natura tributaria, con assunzione del primo del ruolo di responsabile d'imposta. Il carattere principale del responsabile d'imposta è dato dal vincolo di solidarietà, che si instaura con l'effettivo soggetto passivo del rapporto, in questo caso il cliente della struttura, così da garantire, in maniera più efficace, la tutela dell'interesse pubblico e la reale percezione dei tributi. Proprio in considerazione di tale requisito, è stato inevitabile confrontare tale "solidarietà tributaria" con la sanzione amministrativa di tipo pecuniario, nei casi di *omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno* (cfr. art.13 D.lgs. n.471/1997 disciplinante la sanzione amministrativa).

In conseguenza del mutato assetto della disciplina, quindi, il decreto-rilancio ha configurato come illecito tributario, di natura amministrativa, l'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno e ha fatto venir meno, in capo all'albergatore, la qualifica di incaricato di pubblico servizio.

In tema di successione di leggi penali ed extra-penali, sono state emanate più pronunce, in particolare sull'affermazione del principio del "confronto strutturale" tra fattispecie legali astratte, così come proposto dalle sentenze delle SS.UU. prima Giordano e poi Magera, con susseguente distinzione tra norme extra-penali "integratrici" della fattispecie penale, che comportano una abolitio criminis, e norme non integratrici.

Le SS.UU. Magera nel 2007 furono chiamate a stabilire se erano ancora punibili i cittadini rumeni espulsi, autori del reato di inosservanza dell'ordine di allontanamento dallo Stato impartito dal questore, pur avendo, in un momento successivo alla

commissione del fatto, perso lo status di extracomunitari per effetto dell'adesione della Romania all'U.E. La risposta delle SS.UU. fu affermativa e coerente con il criterio strutturale di accertamento dell'abolitio criminis, ribadito dalle stesse in decisioni precedenti. Comunque, si è statuito, in via generale, che solo le norme extra-penali, capaci di integrare la disposizione penale, possono avere efficacia retroattiva, in seguito al raffronto tra le fattispecie legali astratte. Al contrario, se nella successione si determina una modifica del caso concreto, il reato non è più configurabile, trattandosi di una nuova situazione di fatto. Tali principi sono stati, poi, ribaditi anche dalle pronunce a SS.UU. Niccolie Rizzoli, rispettivamente del 2008 e del 2009, argomentando in tal modo *"l'abolitio crimins, quale effetto del fenomeno di diritto intertemporale, consegue alla corrispondente modifica normativa della fattispecie legale astratta"*. Infatti, se l'intervento successivo altera la fisionomia della fattispecie, cioè ne sopprime un elemento strutturale, si verifica l'abolitio criminis, con indicazione della precedente fattispecie rilevante come irrilevante penalmente. L'art.180, quindi, non ha modificato il reato di peculato in senso astratto, piuttosto ha invertito il ruolo dell'albergatore, incaricato di riscuotere la tassa di soggiorno. Quest'ultimo, infatti, da custode del denaro pubblico, è divenuto un soggetto obbligato solidalmente con il cliente al versamento dell'imposta, inteso in senso privatistico. Per tale ragione, appare coerente determinare una differente sanzione. Infine, per precisione, è opportuno chiarire anche che non è configurabile l'applicazione del principio di specialità (la legge speciale si applica rispetto a quella generale) poiché, in siffatta ipotesi, manca il requisito dell'identità del fatto.

Il decreto-rilancio non ha modificato la definizione legale di incaricato di un pubblico servizio (art. 358 c.p.), ma ha modificato il ruolo dell'albergatore. Il criterio di accertamento dell'abolitio criminis è oggi individuato in quello c.d. strutturale delle citate sentenze Magera, Niccoli e Rizzoli.Per tale ragione, diventa decisivo stabilire se la disciplina extra-penale, relativa alla tassa di soggiorno, integri la fattispecie legale descritta dall'art. 314 c.p., in quanto solo la modifica di norme integratrici può incidere sulla fattispecie legale astratta.

Orbene, quella disciplina è richiamata dal concetto di incaricato di un pubblico servizio, che a sua volta è oggetto della norma contenuta nell'art. 358 c.p. La citata

giurisprudenza delle SS.UU., in accordo con parte della dottrina, ritiene condivisibilmente, che siano norme integratrici (a) le norme definitorie e (b) le norme di riempimento di norme penali in bianco; non anche le norme richiamate da elementi normativi. A differenza delle altre, infatti, queste ultime norme non contribuiscono a descrivere la fattispecie legale astratta in ragione dell'autonomia concettuale e funzionale del concetto normativo (pubblico servizio) dalle norme richiamate. Il venir meno della qualifica pubblicistica dell'albergatore impedisce di qualificare lo stesso come incaricato di pubblico servizio ma "*non incide in alcun modo sulla definizione di incaricato di pubblico servizio"* e quindi sulla fattispecie del peculato.

Una pronuncia differente sul tema, e quindi contraria alla soluzione proposta nel 2020 dalla Suprema Corte,è stata effettuata nello stesso anno dal Tribunale di Salerno, che ha statuito che la fattispecie, oggetto della novella del 2020, si porrebbe in rapporto di specialità rispetto alla norma incriminatrice ex art.314 c.p., in modo da determinare la perdita di rilevanza penale della condotta e la relativa configurazione dell'abolitio criminis ex art.2 comma 2 c.p.

Il Decreto-rilancio ha espressamente qualificato il gestore della struttura ricettiva come responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno, cioè responsabile in solido con il cliente (effettivo debitore), nei cui confronti gode del diritto di rivalsa. In virtù di tale novità, quindi, l'albergatore riveste anch'egli il ruolo di debitore dell'obbligazione tributaria sorta. Sostenendo tale tesi, con la presente pronuncia, il Tribunale di Salerno ammetteva la retroattività della fattispecie, in virtù della successione di leggi penali, al contrario di quanto sostenuto dagli Ermellini e dalla dottrina prevalente che, basandosi sul criterio strutturale, escludevano, in tale circostanza, l'abolitio criminis. A sostegno di quanto stabilito dal Tribunale di Salerno, si rinviene l'introduzione dell'illecito amministrativo su una condotta specifica, come quella in esame, di omesso versamento della tassa. La novità, data dalla circostanza per cui il legislatore disciplinava per la prima volta tale fattispecie in modo specifico, ha inevitabilmente determinato, per i giudici di merito, l'applicazione del disposto ex art.2 comma 2 c.p. Anzi, per avvalorare la sua tesi, il Tribunale prova anche a separarsi dalle SS.UU. Tuzet e Magera secondo cui *"la sopravvenienza sarebbe costituita da un mutamento della situazione di fatto e non, come nel caso che*

*occupa, da una specifica innovazione normativa".*Tuttavia, tali argomenti non possono definirsi esenti da critiche,in quanto la riconduzione di tale condotta alla fattispecie sanzionata in via amministrativa non implica automaticamente abolitio criminis. Inoltre, non viene considerato il dato normativo, cioè la modifica della disciplina extra-penale ed il ruolo dell'albergatore, che muta all'interno del rapporto tributario. La norma oggetto del decreto-rilancio non sanziona direttamente l'albergatore in quanto tale, ma l'omesso versamento posto in essere dal soggetto tenuto, insieme al cliente, al pagamento dell'imposta di soggiorno, qualificato come responsabile d'imposta, al contrario del delitto di peculato, che punisce un soggetto che si appropria di denaro pubblico, rivestendo anch'egli una qualifica pubblicistica. Così analizzata la questione, si evince che le norme contemplano in realtà soggetti dalla natura differente e che le disposizioni esaminate non possono porsi in rapporto di specialità.

Soluzione

La Suprema Corte, risolvendo la questione proposta con la pronuncia n.36317/2020, ai sensi dell'inquadramento della successione delle leggi penali ed extra-penali, ha escluso che la modifica del quadro normativo di natura extra-penale, introdotta con la novella del 2020 in relazione al regolamento della tassa di soggiorno, abbia comportato un fenomeno di abolitio criminis delle condotte di peculato commesse antecedentemente. Poiché, nel caso esaminato, è pacificamente configurabile il reato ex art.314 c.p., attuato in epoca anteriore alla novella del 2020.

La giurisprudenza di legittimità ha negato l'identità del fatto previsto da peculato e illecito amministrativo, in quanto giudicate "fattispecie tra loro eterogenee". Si evince, infatti, che non c'è contraddizione tra la negazione dell'applicazione dell'art.2 comma 2 c.p. e la configurazione, per il futuro, solo dell'illecito amministrativo, poiché, con le novità del decreto-rilancio, l'albergatore riveste un ruolo completamente differente, a cui è data una qualifica privatistica.

La scelta di modificare la disciplina relativa alla tassa di soggiorno, nel contesto del decreto-rilancio, nulla ha a che vedere con il disvalore penale del fatto di chi, venendo meno all'obbligo di versamento, si sia appropriato di denaro che, al momento dell'incasso, diventa della pubblica amministrazione. Né deve trarre in inganno

la circostanza che il legislatore abbia configurato un nuovo illecito amministrativo. Quell'illecito è, infatti, destinato ad operare per il futuro, *nel mutato quadro normativo che trasferisce l'omesso versamento della tassa di soggiorno dalla sfera della distrazione di denaro pubblico a quella dell'evasione fiscale, cioè del mancato versamento di denaro privato*. Non sembra giusto, pertanto, configurare l'abolitio criminis in conseguenza di una successione tra reato di peculato e illecito amministrativo, in quanto trattasi di fattispecie eterogenee, l'una destinata ad operare in rapporto al vecchio regime dell'imposta di soggiorno e alla qualifica pubblicistica dell'albergatore e del denaro incassato, l'altra in relazione al nuovo regime dell'imposta stessa e alla qualifica privatistica dell'albergatore. In conclusione, è attribuita rilevanza penale alla condotta posta in essere in epoca anteriore all'emanazione del decreto-rilancio e alla novatio legis apportata con l'art.180 comma 4, configurandosi ancora il delitto di peculato.

Calamus iuris
La RIVISTA

AMMINISTRATIVO

Sulla portata del principio di pubblicità in materia di evidenza pubblica.

di Napolitano Roberta

Consiglio di Stato, Sez. III, Sentenza n. 627 del 20.01.2021

Quesito

Può la violazione del principio di pubblicità condurre –in ogni caso- all'invalidazione dell'intera procedura di evidenza pubblica?

Fatto

ARCA – Azienda Regionale Centrale Acquisti s.p.a. ("ARCA"), ora ARIA s.p.a., indiceva una procedura di gara per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici.

Il bando prevedeva la suddivisione della gara in 4 lotti. Il disciplinare di gara, al punto 1.1, stabiliva che i concorrenti potessero presentare offerte per uno o più lotti (fino al massimo di 4) e al successivo punto 6.1, disponeva che stante il vincolo di aggiudicazione di un numero massimo di lotti pari a due per ciascun Operatore Economico, nel caso in cui un concorrente si fosse aggiudicato due lotti, non si sarebbe proceduto all'apertura della sua offerta riferita ai lotti successivi.

Con riferimento al lotto n. 4 partecipavano alla gara due sole imprese: C. Italia s.r.l. e S.&N. s.r.l. Tale ultima società, a differenza di C., presentava offerte anche per i lotti nn. 1 e 2, conseguendone l'aggiudicazione. In applicazione del vincolo di cui al punto 6.1 del disciplinare., la sua offerta in relazione al lotto n. 4 non veniva valutata e, pertanto, la stazione appaltante aggiudicava il lotto n. 4 a C. Italia, con la quale veniva stipulata la convenzione in data 15.3.2019.

Tuttavia -a seguito della proposizione di ricorso giurisdizionale n.r.g. 583/2019 da parte di altro concorrente- il seggio di gara, nella seduta del 19 marzo 2019, in autotutela, escludeva S.&N. dall'aggiudicazione del lotto n. 1 e conseguentemente, venuto meno il vincolo di aggiudicazione di massimo 2 lotti previsti dalla disciplina di gara, nella medesima seduta riammetteva e valutava le offerte, tecnica ed economica, di S.&N. per il lotto n. 4. Ad esito dell'esperimento della procedura di gara relativamente al lotto n. 4, S.&N. veniva graduata davanti a C. Italia,

conseguendone l'aggiudicazione.

C. Italia, da parte sua, impugnava gli esiti di detta selezione e, con sentenza n. 2450 del 20.11.2019 **il TAR per la Lombardia,** sede di Milano, Sez. IV - dopo aver dichiarato inammissibili ovvero respinto nel merito le altre censure del ricorso principale, nonché disatteso il ricorso incidentale - **accoglieva il ricorso proposto da C. nella parte in cui la ricorrente lamentava la violazione delle regole in tema di pubblicità.** In particolare, la ricorrente contestava, relativamente alla fase dell'apertura dell'offerta economica, la mancata comunicazione del giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, tale da pregiudicare l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante. Il giudice di prime cure, dunque, **ordinava alla stazione appaltante la rinnovazione della fase di gara relativa all'aggiudicazione del lotto n. 4successiva al "reingresso" della contro interessata,** ritenendo, in tal modo, l'istanza risarcitoria proposta da C. adeguatamente soddisfatta in forma specifica.

C., ritenendo equivoca la portata conformativa della sentenza del TAR sulla rinnovazione, proponeva appello.

In particolare l'appellante contestava la violazione del generale principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c. , avendo il Giudice di prime cure errato nel circoscrivere l'effetto conseguente all'accoglimento della domanda demolitoria azionata, e dovendo più correttamente disporre l'annullamento di tutti gli atti della gara volta all'aggiudicazione del lotto n. 4.

Normativa

*Art. 29 D.lg. 18 aprile 2016, n.50 (**Principi in materia di trasparenza)***

1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella stessa sezione sono

pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente. (comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lettera d), della legge n. 55 del 2019)2. Gli atti di cui al comma 1, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53, sono, altresì, pubblicati sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC, anche tramite i sistemi informatizzati regionali, di cui al comma 4, e le piattaforme regionali di e-procurement interconnesse tramite cooperazione applicativa.3. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano collaborano con gli organi dello Stato alla tutela della trasparenza e della legalità nel settore dei contratti pubblici. In particolare, operano in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti nell'attuazione del presente codice e nel monitoraggio delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione dei contratti.4. Per i contratti e gli investimenti pubblici di competenza regionale o di enti territoriali, le stazioni appaltanti provvedono all'assolvimento degli obblighi informativi e di pubblicità disposti dal presente codice, tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme telematiche di e-procurement ad essi interconnesse, garantendo l'interscambio delle informazioni e l'interoperabilità, con le banche dati dell'ANAC, del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.4-bis. Il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ANAC e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome per i sistemi di cui ai commi 2 e 4 condividono un protocollo generale per definire le regole di interoperabilità e le modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni. Per le opere pubbliche il protocollo si basa su quanto previsto dal decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229. L'insieme dei dati e degli atti condivisi nell'ambito del protocollo costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti e investimenti pubblici.

Art. 30 D.lg. 18 aprile 2016, n.50 ***(Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni)***

1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità,

efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.5. In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile.5-bis. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva.6. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5, il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni

arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105.7. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese.8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile. (comma così modificato dall'art. 8, comma 5, lettera 0a), della legge n. 120 del 2020)

Art. 51 D.lg. 18 aprile 2016, n.50 ***(Suddivisione in lotti)***

1. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.2. Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti.3. Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo.4. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti al medesimo offerente, qualora

abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati, nonché le modalità mediante cui effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti.

Inquadramento

La pronuncia in esame richiede un riferimento ai principi che governano l'evidenza pubblica, primo tra tutti il principio di pubblicità e quello più generale della trasparenza.

Il principio di trasparenza, inteso come visibilità e conoscibilità dell'amministrazione e dunque del potere, costituisce uno dei principali risultati del processo di modernizzazione della P.A., in virtù del quale si determina un avvicinamento del cittadino alla macchina burocratica: in tal senso il destinatario dell'atto amministrativo è posto in condizioni di sostanziale parità rispetto all'ente, di cui può controllare l'operato. La pubblica amministrazione viene dunque concepita come una "casa di vetro".

La trasparenza svolge un'essenziale funzione di tutela e garanzia degli interessi individuali, specie nel settore dei contratti della pubblica amministrazione – caratterizzati da dinamiche competitive- in cui funge da strumento attraverso cui è possibile verificare se la scelta del contraente aggiudicatario è stata rispettosa delle regole di evidenza pubblica stabilite dalla legge.

Il principio di trasparenza, insieme a quello di pubblicità, concorre alla lotta alla corruzione, evita il conflitto di interessi e favorisce il rispetto delle regole nel settore dei contratti pubblici. Nel codice dei contratti, tali principi si manifestano nel diritto di accesso garantito nei confronti delle imprese che partecipano alla gara (art 53 D.lg. 50/2016) e, ancora più incisivamente, nella prescrizione di cui al primo c art 29 D.lg. 50/2016 che obbliga le amministrazioni a mettere a disposizione alcune tipologie di informazioni sui processi decisionali, d'aggiudicazione e di esecuzione dei contratti pubblici. L'art 29 richiama la trasparenza di cui al d.lgs. 33\2013: è in tal modo che la pubblicazione degli atti dei documenti e delle informazioni dell'evidenza pubblica invera il principio trasparenza, consentendo l'effettiva parità di trattamento alle imprese in concorrenza che sono messe in condizioni di verificare l'esistenza di profili di irragionevolezza o di discriminazione nell'attività amministrativa della Stazione appaltante. In tale prospettiva, la trasparenza costituisce un valore

immanente all'ordinamento con cui si realizza una convergenza tra diritto europeo e diritto nazionale.

Soluzione

Il Consiglio di Stato risolve la questione in conformità a precedenti orientamenti. In particolare, afferma che il principio di pubblicità, quale diretto corollario del principio di trasparenza, costituisce un indefettibile momento delle procedure di evidenza pubblica e - in ragione del collegamento con le esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato-ribadisce l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche. Ciò al fine di garantire una ricognizione trasparente dell'integrità del plico e del relativo contenuto documentale, che assicuri i concorrenti dal pericolo di successive manipolazioni delle offerte proprie e altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti. La tutela dell'interesse protetto dal principio di pubblicità copre non solo la sua effettiva lesione, ma anche il semplice rischio di pregiudizio: occorre perciò che il materiale documentale trovi correttamente ingresso nella procedura di gara con le garanzie della seduta pubblica, pena riedizione dell'intera procedura.

Tuttavia, – aggiunge il Consiglio di Stato- i suddetti principi vanno necessariamente verificati in relazione alle singole procedure selettive, in quanto il pericolo presunto che si riconnette alla violazione delle regole di pubblicità delle sedute di gara va pur sempre coniugato con il principio di potenziale offensività della specifica condotta, che deve mostrare, in concreto, l'attitudine a condizionare il corretto sviluppo della procedura di gara.

Nel caso qui in rilievo, la procedura di gara, per quanto attiene almeno al lotto contestato ed alle offerte presentate, si è svolta in modalità telematica, modalità che garantisce **un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica**. In tali circostanze, il Supremo consesso ha già affermato che non sarebbe necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche ed economiche, **in quanto la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti**(cfr. Consiglio di Stato sez. III, 13/12/2018,

n.7039; Cons. St., sez. III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377).

Pertanto il Consiglio di Stato rigetta le pretese attore e nel senso che l'intera procedura fosse invalidata del tutto (così da non consentire neppure la valutazione dell'offerta della contro interessata) come conseguenza della violazione sopra descritta.

La soluzione, afferma il Collegio, è confortata anche dall'assenza di pertinenti allegazioni da parte dell'appellante su cui gravava l'onere di provare l'astratta potenzialità lesiva della violazione nel contesto di una procedura gestita, come descritto, con modalità telematiche.

Pillole di Diritto

a cura di Luca Cestaro

(è solo una selezione: per le altre vai sul nostro sito ***www.calamusiuris.org*** *o sulla nostra pagina facebook)*

Civile

La pillola di diritto del 04.02.2021

Sull'opponibilità del diritto all'assegnazione della casa coniugale

#separazione #casaconiugale #assegnazione #opponibilità

Corte di Cassazione, sez. I civile, ord. n. 377 del 13.01.2021

Nell'ambito della separazione personale i coniugi pattuiscono che la casa coniugale sia trasferita alla moglie con un accordo di portata obbligatoria che, tuttavia, non viene trascritto e perciò risulta inopponibile al fallimento della società del marito.

La Corte risolve, allora, il dubbio relativo alla possibilità di opporre al fallimento il diritto personale di godimento della moglie rammentando i principi affermati in merito dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

La norma applicabile alla vicenda in esame (ora trasfusa nell'art. 337 sexies c.c.) era quella dell'art. 155 quater c.c. secondo cui "*il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643*", il che costituiva il recepimento della disciplina del precedente art. 155 cod. civ. come integrata (proprio con riferimento all'esigenza di trascrizione del relativo provvedimento per la sua opponibilità ai terzi) dalla sentenza della Corte costituzionale n. 454 del 1989.

Sebbene non trascritta, peraltro, l'assegnazione alla casa coniugale – che costituisce un diritto personale di godimento e non un diritto reale – resta opponibile ai terzi in quanto esso ha, per definizione, data certa; in tal caso (di mancata trascrizione), però, l'opponibilità sarà limitata al novennio (v. art. 1599 co. 3 c.c. e 6 L. 898/1970; Corte Sez. U, Sentenza n. 11096 del 26/07/2002).

Giova precisare, peraltro, che l'assegnazione della casa coniugale non costituisce una misura assistenziale in favore di uno dei coniugi, ma è funzionale alla conservazione dell'habitat familiare a tutela dei figli minori e dei figli maggiorenni non ancora

autosufficienti senza loro colpa, e postula la convivenza con essi del coniuge assegnatario.

Il terzo interessato a entrare in possesso dell'immobile potrà, quindi, esperire un'azione di accertamento per accertare la insussistenza delle condizioni che determinano, nel primario interesse dei figli, l'assegnazione al coniuge della casa coniugale; costui dovrà, quindi, dimostrare che la prole sia stata ab origine, o sia successivamente divenuta, maggiorenne ed economicamente autosufficiente o comunque versi in colpa per il mancato raggiungimento dell'indipendenza economica e tanto al fine di conseguire una declaratoria di inefficacia del titolo e la condanna dell'occupante al pagamento di una indennità di occupazione illegittima.

Nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto i presupposti per opporre l'assegnazione della casa coniugale al fallimento nei limiti del novennio.

Penale

La pillola di diritto dell'8.2.2021

Il diritto di critica non scrimina l'offesa alla bandiera italiana

#vilipendio #bandieraitaliana #292cp #elementomateriale #dolo

Corte di Cassazione, sez. V, penale n. 316 del 07.01.2021

La fattispecie vede l'applicazione dell'art. 292 co. 1 c.p. che punisce "*chiunque vilipende con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato è punito con la multa da euro 1.000 a euro 5.000* …". Nel caso esaminato, infatti, con l'intento di auspicare la fuoriuscita dallo Stato italiano del proprio territorio, alcuni attivisti stampano e affiggono dei manifesti in cui la bandiera italiana è rappresentata come un rifiuto e spazzata via con una scopa.

La tesi difensiva è nel senso che la condotta sarebbe scriminata dal diritto di critica politica e, inoltre, che non rientrerebbe nella fattispecie delittuosa, come modificata dalla L. 85/2006; difatti, essendo venuta meno la rilevanza penale dell'offesa ai colori della bandiera, sarebbe necessaria la materiale presenza della bandiera per configurare il reato.

La Corte di Cassazione respinge tale tesi.

In primo luogo, si chiarisce che, se è venuta meno l'offesa rivolta semplicemente ai "colori della bandiera", resta di rilevanza penale l'offesa alla bandiera intesa quale simbolo dell'unità nazionale. Proprio per il suo valore simbolico, è sufficiente, ai fini della configurabilità del reato che l'offesa si appunti sulla bandiera, comunque rappresentata o raffigurata, e non su un altro oggetto; non è, quindi, necessario che la bandiera sia fisicamente presente.

In secondo luogo, la Sezione rimarca che sebbene il diritto di critica politica sia protetto dal principio costituzionale e convenzionale di libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost., artt. 9 e 10 della Convenzione EDU), non può ritenersi che tale libertà sia illimitata. La libertà di manifestazione di pensiero, infatti, trova dei limiti nel rispetto degli eventuali diritti contrapposti. In merito, è noto come, rispetto al reato di diffamazione, si sia affermato che il diritto di critica politica deve sottostare ai principi di continenza e del suo riconnettersi a un leggibile progetto politico.

Posto che, come meglio si dirà a breve, nel manifesto in sé non era leggibile un progetto politico, ma piuttosto un insulto, il diritto di critica politica trova, comunque, un proprio limite nel rispetto della bandiera, principio di rilievo costituzionale se solo si pensa alla circostanza che la bandiera è menzionata tra i principi fondamentali della Costituzione, all'art. 12.

Infine, si rammenta che l'elemento soggettivo del vilipendio è il dolo generico di offendere la bandiera piuttosto che di criticare l'unità nazionale o la nazione; il manifesto, di per sé non contestualizzato nell'ambito di una critica, si qualifica, infatti, come mero insulto senz'altro ricollegabile alla volontà degli imputati che ne hanno finanche assunto la paternità nell'ambito di una conferenza stampa all'uopo convocata.

Amministrativo

La pillola di diritto del 30.01.2021

L'istanza volta all'adozione di un'ordinanza contigibile e urgente non determina l'insorgenza dell'obbligo di provvedere

#54TUEL #silenzio #obbligodiprovvedere #ordinanzecontigibilieurgenti

T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sentenza n. 23 del 23 gennaio 2021

È nota l'evoluzione del diritto amministrativo verso un'azione amministrazione sempre più trasparente ed efficiente.

In quest'ottica i rimedi avverso il contegno meramente inerte della P.A. costituiscono un presidio per il cittadino che si rivolga alla P.A. per il soddisfacimento di un proprio interesse. La Giurisprudenza amministrativa ha, tuttavia, evidenziato che le istanze dei cittadini non sempre determinano l'insorgenza dell'obbligo di provvedere in capo alla P.A. Così, non sorge l'obbligo di provvedere nel caso di richiesta di riesame (non motivata in base a circostanze peculiari che possono rendere il riesame doveroso come, ad esempio, il rilevante mutamento delle circostanze di fatto) o qualora sia rivolto alla P.A. un mero 'esposto'.

Il T.A.R. Abruzzo, nuovamente protagonista delle nostre pillole, affronta il caso in cui la richiesta del cittadino riguardava l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente ai sensi dell'art. 54 co. 4 TUEL (d.lgs. 267/2000: "*il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche*[37] *contingibili e urgenti nel rispetto dei princìpi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*").

Ebbene, il T.A.R. chiarisce che, in rapporto a poteri caratterizzati da una discrezionalità tanto lata, all'istanza volta"*a sollecitare l'esercizio di siffatto potere non può che essere riconosciuta una funzione meramente sollecitatoria, inadeguata a determinare l'obbligo di provvedere*".

Il Collegio evidenzia come – trattandosi di un'istanza volta a ottenere l'intervento d'urgenza del Comune per le infiltrazioni derivanti da un fabbricato adiacente a quello dell'istante – il cittadino avrebbe dovuto attivarsi mediante l'esperimento dei previsti

[37] La locuzione "anche" è stata soppressa all'esito della Sentenza n. 115/2001 della Corte Costituzionale

rimedi civilistici o chiedendo all'amministrazione di esercitare poteri tipici, mentre è da considerarsi inammissibile un'istanza volta a chiedere l'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem* es art. 54 TUEL che si caratterizza per essere atipico, indeterminato e, perciò, residuale.