

# Aggiornamento giurisprudenziale

## Diritto Civile e Diritto Amministrativo

n. 09 / 2024

### DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

**Corte di Cassazione, 7 agosto 2024, n. 22350** – competenza in materia di nullità della fideiussione per violazione della normativa antitrust: nel caso in cui la nullità della fideiussione riproduttiva dello schema contrattuale ABI sia stata sollevata con domanda riconvenzionale nell’ambito di un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, la competenza sulla domanda proposta spetta al Tribunale delle imprese.

**Corte di Cassazione, 2 agosto 2024, n. 21841** – inapplicabilità del provvedimento n. 55/2005 della Banca d’Italia alle fideiussioni specifiche: il provvedimento n. 55/2005 adottato dalla Banca d’Italia – che ha dichiarato il contrasto con l’art. 2, co. 2 lett. a), L. 10 ottobre 1990, n. 287 di talune clausole inserite nel corrispondente modulo negoziale adottato dalle banche associate all’ABI – non si applica alle fideiussioni specifiche.

### DIRITTO SOCIETARIO

**Corte di Cassazione, 20 agosto 2024, n. 22951** – scissione della società e responsabilità solidale tra società scissa e beneficiaria: per gli obblighi della società scissa, riferibili a periodi di imposta anteriori alla data di efficacia della scissione, risponde anche la società beneficiaria. Tale responsabilità ha natura solidale, e per essa non è previsto alcun limite quantitativo riconducibile al patrimonio assegnato con l’operazione straordinaria.

### DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE

**Corte di Cassazione, 8 agosto 2024, n. 22474** – *surplus* da continuità aziendale: in caso di concordato ex art. 186-bis l.f., il *surplus* da continuità aziendale non è liberamente distribuibile dal debitore, ma soggiace al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione.



**Corte di Cassazione, 5 agosto 2024, n. 21954** – decreto di esclusione di crediti in fallimento: il decreto con cui il giudice delegato, senza poteri decisorii, esclude direttamente un credito in fallimento, è considerato radicalmente inesistente.

## **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

**TAR Campania – Napoli, Sez. IV, 9 agosto 2024 n. 4617** – Qualificazione dell'intervento di costruzione di un campo da padel: le opere di pavimentazione e di pareti hanno caratteristiche permanenti, non trovano inquadramento nell'edilizia libera di cui all'art. 6 comma 1 lettera e-bis e e-ter D.P.R. 380/01.

**Cons. Stato, Ad. Pl., 30 luglio 2024, n. 14** – Esecuzione di opere edilizie e successiva decadenza del titolo edilizio: in caso di realizzazione, prima della decadenza del permesso di costruire, di opere non completate, occorre distinguere a seconda se le opere incomplete siano autonome e funzionali per stabilire se esse debbano essere demolite o possano essere conservate.

**Cons. St., Sez. IV, 5 agosto 2024 n. 6965** – Contratto di avvalimento in sede di gara pubblica: ai fini della validità del contratto di avvalimento è sufficiente che sia consentita l'individuazione delle funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere

## **DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO**

**Corte di Cassazione, 7 agosto 2024, n. 22350** – competenza in materia di nullità della fideiussione per violazione della normativa antitrust: nel caso in cui la nullità della fideiussione riproduttiva dello schema contrattuale ABI sia stata sollevata con domanda riconvenzionale nell'ambito di un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, la competenza sulla domanda proposta spetta al Tribunale delle imprese.

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 22350, pubblicata in data 7 agosto 2024, si è espressa in materia di competenza giurisdizionale nelle ipotesi in cui sia stata sollevata, in via di domanda riconvenzionale e in via di eccezione, la nullità della fideiussione riproduttiva dello schema contrattuale ABI per violazione della normativa antitrust.

La Suprema Corte ha preliminarmente osservato che «a norma della L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, nel testo modificato dal D.L. n. 1 del 2012, art. 2, comma 2, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 27 del 2012, le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della legge sono promossi

*davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui al D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 1 e successive modificazioni».*

La Corte ha poi ricordato che *«tale competenza della sezione specializzata per le imprese attrae anche la controversia riguardante la nullità della fideiussione riproduttiva dello schema contrattuale predisposto dall'ABI, contenente di disposizioni contrastanti con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a), in quanto l'azione diretta a dichiarare l'invalidità del contratto a valle implica l'accertamento della nullità dell'intesa vietata».*

Tanto premesso, la Cassazione ha affermato che *«in materia è necessario distingue il caso in cui la nullità della fideiussione sia stata sollevata come domanda riconvenzionale, da quella in cui la stessa sia proposta solo in via di eccezione, perché differenti sono le conseguenze sul piano della competenza giurisdizionale».*

Infatti, secondo la Suprema Corte, ***«qualora venga proposta una domanda riconvenzionale volta ad accertare la nullità della fideiussione riproduttiva dello schema ABI - contenente disposizioni contrastanti con la normativa antitrust la cui valutazione implica la competenza della sezione specializzata delle imprese di altro tribunale - il giudice è tenuto a separare le cause, rimettendo solo quest'ultima domanda al diverso tribunale specializzato, trattenendo nella sede monitoria quella di opposizione al decreto e coordinando i due giudizi con l'istituto della sospensione, ove ne ricorrano le condizioni».***

Viceversa, prosegue la Corte, qualora *«la nullità della fideiussione sia stata fatta valere in via di eccezione, va, invece, applicato il principio seguente 'La competenza della sezione specializzata per le imprese (...) attrae anche la controversia riguardante la nullità della fideiussione a valle di intesa anticoncorrenziale solo se l'invalidità sia fatta valere in via di azione, non anche qualora sia sollevata in via di eccezione, in quanto in questo secondo caso il giudice è chiamato a conoscere delle clausole e dell'intesa solo in via incidentale' (Cass. n. 3248/2023; conf. Cass. n. 33014/2023)».*

Alla luce di quanto precede, la Cassazione ha dunque dichiarato che ***«il giudice dell'opposizione, nel caso in cui sia proposta domanda riconvenzionale di competenza della sezione specializzata delle imprese di altro tribunale, è tenuto a separare le cause, rimettendo al Tribunale sede della sezione specializzata solo quella relativa a quest'ultima domanda, ferma invece quella inderogabile relativa al monitorio».***

La Suprema Corte ha infine precisato come ***«in questi casi la coordinazione dei giudizi è affidata all'istituto della sospensione (art. 295 c.p.c.), ove naturalmente ne sussistano le condizioni».***

**Corte di Cassazione, 2 agosto 2024, n. 21841 – inapplicabilità del provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia alle fideiussioni specifiche: il provvedimento n. 55/2005 adottato dalla Banca d'Italia – che ha dichiarato il contrasto con l'art. 2, co. 2 lett. a), L. 10 ottobre 1990, n. 287 di talune clausole inserite nel corrispondente modulo negoziale adottato dalle banche associate all'ABI – non si applica alle fideiussioni specifiche.**

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 21841, pubblicata in data 2 agosto 2024, si è pronunciata sulla possibile applicazione del provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia alle fideiussioni specifiche.

La Suprema Corte ha preliminarmente rammentato che *«il provvedimento 55/2005, con cui Banca d'Italia, nella sua veste di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi degli artt. 14 e 20 L. n. 287 del 1990, ha dichiarato il contrasto con l'art. 2, comma 2 lett. a), L. 10 ottobre 1990, n. 287 - a mente del quale 'sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all' interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante' - di talune clausole inserite nel corrispondente modulo negoziale adottato dalle associate ABI, ha riguardato espressamente il tipo della fideiussione omnibus».*

La Corte di Cassazione ha poi escluso l'applicazione del provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia anche alle fideiussioni specifiche *«e ciò per due ordini di ragioni».*

In primo luogo, la Corte, riprendendo i passaggi delle requisitorie della Procura Generale, ha osservato che *«'il portato anticoncorrenziale (...) non si rileva dalla simmetrica adozione delle singole clausole abusive (...) bensì dal precipitato di tali clausole nello schema 'omnibus', quindi coinvolgente per sua natura una serie indefinita di rapporti anche futuri'».*

In secondo luogo, la Cassazione ha evidenziato che il provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia *«non concerne le clausole in sé, ma il fatto che»,* come ricordato dalle Sezioni Unite con sentenza n. 41994/2021, *«essendo inserite in un modello contrattuale di uso corrente, esse possano ostacolare 'la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche ad uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante'».*

A questa stregua, prosegue la Corte, *«l'espunzione delle clausole 'incriminate' dal modello negoziale che disciplina in maniera uniforme la fideiussione omnibus è la loro anticoncorrenzialità derivante da un uso corrente legittimato dal ricorso delle banche ad uno standard negoziale deteriore per il prestatore della garanzia. L'inevitabilità, perciò, del visto orientamento al tipo della fideiussione specifica dipende allora proprio dal fatto che il giudizio di sfavore pronunciato da Banca d'Italia si*

***renda applicabile alle sole fideiussioni omnibus in quanto solo con riguardo ad esse è stata accertata la natura anticoncorrenziale delle clausole sanzionate».***

La Suprema Corte ha infine sottolineato come attraverso tale interpretazione si ha «una lettura **restrittiva** della portata del Provvedimento di Banca d'Italia che trova anche il conforto nella disciplina del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, con cui si è proceduto a dare attuazione sul piano interno alla direttiva 104/2014/UE cd. 'private enforcement' ai sensi dell'art. 7, comma 2, nel quale, nel dare seguito ad **un principio generale di prova privilegiata (ai fini risarcitori) per l'accertamento anticoncorrenziale operato da un'autorità nazionale**, ovvero dalla Commissione, si precisa, con significative ricadute interpretative appunto in funzione di un'applicazione circoscritta degli effetti sanzionatori, che **tale prova è limitata all'accertamento 'per l'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove'».**

## DIRITTO SOCIETARIO

**Corte di Cassazione, 20 agosto 2024, n. 22951 – scissione della società e responsabilità solidale tra società scissa e beneficiaria: per gli obblighi della società scissa, riferibili a periodi di imposta anteriori alla data di efficacia della scissione, risponde anche la società beneficiaria. Tale responsabilità ha natura solidale, e per essa non è previsto alcun limite quantitativo riconducibile al patrimonio assegnato con l'operazione straordinaria.**

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 22951, pubblicata in data 20 agosto 2024, si è pronunciata in tema di responsabilità tra società scissa e beneficiaria rispetto agli obblighi della società scissa.

Preliminarmente la Suprema Corte ha affrontato il tema della disciplina dei debiti assunti dalla società scissa e compresi nel patrimonio assegnato alla società beneficiaria, affermando che: «l'art. 2504-decies, secondo comma, cod. civ. (oggi art. 2506-quater, terzo comma, cod. civ., nel testo introdotto dall'art. 6 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) va interpretato nel senso che **la società scissa risponde in via solidale, unitamente alla società di nuova costituzione, beneficiaria di una parte del patrimonio originario, del debito a quest'ultima trasferito o mantenuto».**

La Corte ha poi proseguito affermando che: «tali debitorici solidali, peraltro, sono tenute con modalità diverse: da un lato, infatti, la responsabilità della società scissa, presupponendo che il credito da far valere sia rimasto insoddisfatto, **postula solo la previa costituzione in mora della società beneficiaria** (c.d. beneficium ordinis), **non anche la sua preventiva escussione**; dall'altro, **esclusivamente la società cui il debito è trasferito o mantenuto risponde dell'intero debito, mentre la società scissa risponde nei limiti della quota di patrimonio netto rimastale al momento della scissione e, dunque, disponibile**

*per il soddisfacimento dei creditori, atteso che la suddetta disposizione tende a mantenere integre le garanzie dei creditori sociali per l'ipotesi di scissione, non anche ad accrescerle».*

La Corte ha motivato tale orientamento nel seguente modo: *«una tale soluzione giuridica (coobbligazione solidale limitata) è mutuata – nelle sue linee generali – dalla disciplina codicistica, preesistente alla riforma societaria, della cessione di azienda (art. 2560, primo comma e secondo comma, cod. civ.) con la quale si intende contemperare le esigenze connesse alla operazione di trasferimento in blocco dei rapporti attivi e passivi connessi all'esercizio dell'attività commerciale, con la tutela dei preesistenti creditori del cedente, interessati a non vedere alterata la garanzia patrimoniale generica, quale risultante al momento della cessione, offerta dal loro debitore (cedente l'azienda), secondo uno schema proprio della disciplina generale delle obbligazioni, che rimette in via esclusiva al consenso del creditore la facoltà di liberare l'originario debitore, accettando la sostituzione con altro debitore da quello indicato».*

Per concludere, la Corte ha affermato il seguente principio di diritto: **«la società di nuova costituzione è obbligata in solido con la società scissa anche per le obbligazioni tributarie di epoca antecedente alla scissione, salva la responsabilità sussidiaria della società scissa nei limiti della consistenza del patrimonio residuo».**

## **DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI**

**Corte di Cassazione, 8 agosto 2024, n. 22474 – surplus da continuità aziendale: in caso di concordato ex art. 186-bis l.f., il surplus da continuità aziendale non è liberamente distribuibile dal debitore, ma soggiace al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione.**

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 22474, pubblicata in data 8 agosto 2024, si è pronunciata in tema di concordato con continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-bis l.f. e, in particolare, dell'eventuale surplus finanziario determinato dalla prosecuzione utile dell'attività d'impresa.

In primo luogo, la Suprema Corte ha premesso che la **«quaestio iuris consiste nello stabilire se il surplus derivante dalla continuazione dell'attività d'impresa sia liberamente destinabile dal debitore senza vincoli di distribuzione (i.e., senza rispettare l'ordine di graduazione delle cause legittime di prelazione) ovvero se anche tale valore economico debba sottostare all'ordine delle cause legittime di prelazione ai sensi dell'art. 160, co. 2, L. Fall., nel rispetto del principio generale della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 cod. civ.».**

Nel rispondere a tale questione, **la Corte ha ritenuto corretta**, in relazione all'assetto normativo applicabile, **la seconda delle due soluzioni sopra prospettate.**

Nella spiegazione del ragionamento mediante il quale la Corte è giunta a una tale conclusione, la Corte medesima ha affermato che *«[u]na necessaria preliminare impostazione definitoria dei presupposti del problema (...) impone di chiarire cosa si intenda per “surplus concordatario”. In realtà, con tale termine può ragionevolmente intendersi, ai fini di causa, non già ogni utilità frutto della prosecuzione dell’attività (...) bensì soltanto quella parte di essa che ecceda la somma destinata al pagamento dei creditori, secondo il piano concordatario».*

La Suprema Corte ha ritenuto rilevante chiarire la summenzionata definizione in quanto *«[p]reme infatti al Collegio precisare, in termini più generali, che il surplus finanziario, cui si faceva riferimento nel piano concordatario in esame e al quale si richiamano le parti nell’odierno dibattito processuale, altro non è che l’incremento del valore dell’azienda realizzato tramite la continuità aziendale (programmata tramite il piano concordatario di cui all’art. 186-bis L. Fall.), incremento che, pertanto, deve ritenersi pacificamente rientrante nel paradigma di “bene futuro” che, secondo i principi generali della responsabilità patrimoniale fissati dall’art. 2740 cod. civ., non può essere sottratto al soddisfacimento dei creditori, secondo l’ordine di graduazione fissato dal successivo art. 2741 cod. civ. e al rispetto, nell’ambito concordatario (...) dell’ordine delle cause legittime di prelazione ex art. 160, co. 2, L. Fall.».*

Seguendo il filo conduttore di tale ragionamento, la Suprema Corte ha stabilito quanto segue: *«posto che (a) l’art. 160, co. 2, L. Fall. vieta l’alterazione delle cause di prelazione; e che (b) consentire al debitore di distribuire liberamente le risorse provenienti dalla continuazione dell’attività d’impresa potrebbe determinare l’alterazione delle cause di prelazione; allora (c) il debitore non è libero di distribuire il surplus derivante dalla continuazione dell’attività d’impresa, perché quest’ultimo costituisce un “bene futuro” rientrante nella più generale garanzia patrimoniale del debitore e dunque nel rispetto del divieto dell’alterazione delle cause legittime di prelazione».*

In conclusione, la Corte di Cassazione ha affermato il seguente principio di diritto: *«[i]n caso di concordato con continuità aziendale ex art. 186bis L. Fall., l’eventuale surplus finanziario determinato dalla prosecuzione utile dell’attività d’impresa è da intendersi quale mero incremento di valore dei fattori produttivi aziendali, rientrando nell’oggetto della garanzia generica del credito prevista dall’art. 2740 cod. civ.; ne consegue che esso non è perciò liberamente distribuibile dal debitore, ma soggiace al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione».*

Corte di Cassazione, 5 agosto 2024, n. 21954 – decreto di esclusione di crediti in fallimento: il decreto con cui il giudice delegato, senza poteri decisorii, esclude direttamente un credito in fallimento, è considerato radicalmente inesistente.

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 21954, pubblicata in data 5 agosto 2024, si è pronunciata in generale sull'ipotesi di un decreto di esclusione di crediti in fallimento emesso dal giudice delegato privo di poteri decisori.

In primo luogo, la Corte ha premesso che **«[s]econdo la giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. n. 3810/2022; Cass. n. 9910/2021; Cass. n. 27428/2009) la cd. inesistenza giuridica o la nullità radicale di un provvedimento avente contenuto decisivo, erroneamente emesso da un giudice carente di potere o che emana un provvedimento abnorme, irriconoscibile come atto processuale di un determinato tipo, può essere (...) fatta valere in ogni tempo, mediante un'azione di accertamento negativo. Tuttavia, ciò non esclude che la parte possa dedurre tempestivamente l'inesistenza giuridica con i normali mezzi di impugnazione, stante l'interesse all'espressa rimozione di un atto processuale efficace (in questo senso Cass. n. 10784/1999; v. anche Cass. n. 13171/2004; Cass. n. 26040/2005)»**.

In particolare, la Suprema Corte ha proseguito affermando che **«[l]a giurisprudenza ha (...) ritenuto che, oltre all'ipotesi espressamente prevista dall'art. 161 c.p.c., secondo comma, (mancanza della sottoscrizione del giudice), è possibile configurare altri casi di cd. inesistenza giuridica della sentenza o di provvedimento decisivo e definitivo ad essa equiparabile, tutte le volte che, o il giudice sia carente di potere, o il provvedimento processuale emesso possa qualificarsi abnorme, perché privo di quel minimo di elementi o di presupposti tipizzanti, necessari per produrre certezza giuridica. Tali vizi (...) possono, però, essere fatti valere anche con gli ordinari mezzi di impugnazione, nei tempi e nei modi previsti dall'ordinamento, ove ricorra l'interesse della parte ad una espressa rimozione del provvedimento processuale viziato, anche se materialmente esistente; interesse che coincide con quello del sistema che tende ad espellere dall'ordinamento i provvedimenti processuali errati o abnormi, anche mediante il ricorso nell'interesse della legge (art. 363 c.p.c.)»**.

Di conseguenza, la Corte ha evidenziato come **«[n]el caso in esame, (...) il giudice delegato, investito dell'esame di una domanda di ammissione al passivo tardiva da ritenersi soggetta all'art. 101 del regio decreto n.267 del 16 marzo 1942 (legge fall.) (...) ha pronunciato un decreto di inammissibilità che risulta inesistente perché abnorme, in quanto in palese violazione di quanto previsto dall'art.101, terzo comma, cit., secondo il quale il giudice delegato decide con decreto l'ammissione del credito, ove non contestato dal curatore, e altrimenti, nel caso - come il presente - in cui il curatore abbia contestato il credito, "il giudice provvede all'istruzione della causa a norma degli articoli 175 e seguenti del codice di procedura civile." secondo il testo applicabile ratione temporis alla procedura; in effetti, il giudice delegato, nel presente caso, avrebbe dovuto procedere all'istruzione della causa (...) Il Tribunale fallimentare, investito del reclamo ex art.26 legge fall. avverso il decreto di inammissibilità del credito, a sua**



**volta, a fronte di una censura di inesistenza del provvedimento impugnato, avrebbe dovuto pronunciarsi in applicazione del citato principio di diritto, anziché emettere una pronuncia di inammissibilità del gravame».**

Tale conclusione risulta conforme con il principio affermato dalle Sezioni Unite n. 9692/2002, e riproposto nella presente pronuncia, secondo il quale **«[i]l decreto con il quale il giudice delegato, a fronte dell'opposizione del curatore, in luogo di provvedere alla istruzione della causa e rimettere la decisione al collegio, direttamente escluda, in tutto o in parte, il credito oggetto della domanda d'insinuazione tardiva al passivo della procedura fallimentare o comunque neghi il rango privilegiato prospettato, è atto radicalmente inesistente, in quanto emesso da un giudice privo di poteri decisorii, e pertanto insuscettibile di produrre effetti giuridici; ne consegue che il giudice dinanzi al quale esso venga impugnato con uno dei mezzi previsti dal codice di rito non può pronunciare nel merito né rimettere le parti dinanzi al primo giudice, ma deve limitarsi a dichiarare l'inesistenza del provvedimento impugnato, restituendo le parti nella situazione in cui esse si trovavano prima della pronuncia del provvedimento dichiarato inesistente».**

## **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

**TAR Campania – Napoli, Sez. IV, 9 agosto 2024 n. 4617 – Qualificazione dell'intervento di costruzione di un campo da padel: le opere di pavimentazione e di pareti hanno caratteristiche permanenti e non trovano inquadramento nell'edilizia libera di cui all'art. 6 comma 1 lettera e-bis e e-ter D.P.R. 380/01.**

In merito alla costruzione dei campi da padel, il TAR Campania ha stabilito che *«tali opere di pavimentazione e di pareti hanno caratteristiche permanenti, non trovano inquadramento nell'edilizia libera, di cui al seguente art. 6 comma 1 lettera e-bis e e-ter DPR 380/01. E invero, s'è osservato, in un caso analogo, che “non si tratta di “opere di pavimentazione e di finitura di spazi esterni” (art. 6, comma 1, lett. e-ter, del D.P.R. n. 380/2001) – come affermato in ricorso – poiché, al contrario, lo spianamento e la pavimentazione sono funzionali alla realizzazione di un campo sportivo e, dunque, di un'opera con una propria autonomia. Parimenti, non è possibile ritenere tale intervento edilizio rientrante nella categoria delle “aree ludiche senza fini di lucro” o qualificabile come realizzazione di “elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici” (art. 6, comma 1, lett. e-quinquies, del D.P.R. n. 380/2001), poiché i campi in questione sono parte di un impianto sportivo aperto al pubblico e gestito nell'ambito di un'attività commerciale vera e propria (T.A.R Piemonte, sent. n. 223/23)».*

È stato, inoltre, precisato che *«La realizzazione di campi di padel e padball, in aggiunta al preesistente campo di calcio in terra, mediante creazione di altrettanti basamenti in calcestruzzo ...in grado di incidere*

*in modo definitivo anche sulla permeabilità del suolo, non può ritenersi quale intervento meramente conservativo, volto semplicemente a rinnovare o sostituire elementi preesistenti, ma integra un'opera autonoma, che modifica stabilmente il territorio inedificato, trasformandolo dal punto di vista edilizio in un organismo del tutto nuovo” (T.A.R Sicilia, Catania, sent n.1867/24); parimenti, l'intervento eseguito non può ricondursi alla categoria, rientrante nell'ambito dell'attività edilizia libera, delle “aree ludiche senza fini di lucro” o degli “elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici” (art. 3, comma 1, lett. z, legge regionale n. 16/2016), essendo i campi in questione parte di un impianto sportivo attrezzato, aperto al pubblico, non meramente ludico, quindi, e che non può certamente qualificarsi di “arredo” di area pertinenziale».*

**Cons. Stato, Ad. Pl., 30 luglio 2024, n. 14 – Esecuzione di opere edilizia e successiva decadenza del titolo edilizio: in caso di realizzazione, prima della decadenza del permesso di costruire, di opere non completate, occorre distinguere a seconda se le opere incomplete siano autonome e funzionali per stabilire se esse debbano essere demolite o possano essere conservate.**

- «a) in caso di realizzazione, prima della decadenza del permesso di costruire, di opere non completate, occorre distinguere a seconda se le opere incomplete siano autonome e funzionali oppure no;*
- b) nel caso di costruzioni prive dei suddetti requisiti di autonomia e funzionalità, il Comune deve disporre la demolizione e la riduzione in pristino ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in quanto eseguite in totale difformità rispetto al permesso di costruire;*
- c) qualora il permesso di costruire abbia previsto la realizzazione di una pluralità di costruzioni funzionalmente autonome (ad esempio villette) che siano rispondenti al permesso di costruire considerando il titolo edificatorio in modo frazionato, gli immobili edificati – ferma restando l'esigenza di verificare se siano state realizzate le opere di urbanizzazione e ferma restando la necessità che esse siano comunque realizzate – devono intendersi supportati da un titolo idoneo, anche se i manufatti realizzati non siano totalmente completati, ma – in quanto caratterizzati da tutti gli elementi costitutivi ed essenziali – necessitino solo di opere minori che non richiedono il rilascio di un nuovo permesso di costruire;*
- d) qualora invece, le opere incomplete, ma funzionalmente autonome, presentino difformità non qualificabili come gravi, l'Amministrazione potrà adottare la sanzione recata dall'art. 34 del d.P.R. n. 380 del 2001;*
- e) è fatta salva la possibilità per la parte interessata, ove ne sussistano tutti i presupposti, di ottenere un titolo che consenta di conservare l'esistente e di chiedere l'accertamento di conformità ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 nel caso di opere “minori” (quanto a perimetro, volumi, altezze) rispetto a quelle assentite, in modo da dotare il manufatto – di per sé funzionale e fruibile - di un titolo idoneo, quanto alla sua regolarità urbanistica».*

**Cons. St., Sez. IV, 5 agosto 2024 n. 6965 – Contratto di avvalimento in sede di gara pubblica: ai fini della validità del contratto di avvalimento è sufficiente che sia consentita l'individuazione delle funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere.**

*Il Consiglio di Stato, ha chiarito che «ai fini della validità del contratto di avvalimento è sufficiente che sia consentita l'individuazione delle funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, come confermato, ancora in tempi molto recenti, da Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2024, n. 119, secondo cui: “L'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.); il contratto di avvalimento pertanto non deve necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale; tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione».*

*Inoltre, secondo il giudice di appello, «assume rilievo l'ampio spazio previsto dal disciplinare per l'operatività del soccorso istruttorio proprio con specifico riferimento all'istituto dell'avvalimento, come si desume dall'art. 9 del disciplinare medesimo, ove è previsto quanto segue: “Ad eccezione dei casi in cui sussistano dichiarazioni mendaci, qualora per l'ausiliaria sussistano motivi obbligatori di esclusione o laddove essa non soddisfi i pertinenti criteri di selezione, la stazione appaltante impone, ai sensi dell'art. 89, comma 3 del Codice, al concorrente di sostituire l'ausiliaria. In qualunque fase della gara sia necessaria la sostituzione dell'ausiliaria, la commissione comunica l'esigenza al RUP, il quale richiede per iscritto, secondo le modalità di cui al punto 2.3, al concorrente la sostituzione dell'ausiliaria, assegnando un termine congruo per l'adempimento, decorrente dal ricevimento della richiesta. Il concorrente, entro tale termine, deve produrre i documenti dell'ausiliaria subentrante (nuove dichiarazioni di avvalimento da parte del concorrente, il DGUE della nuova ausiliaria nonché il nuovo contratto di avvalimento). In caso di inutile decorso del termine, ovvero in caso di mancata richiesta di proroga del medesimo, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla procedura. È sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, a condizione che i citati elementi siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta. La mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'impresa ausiliaria non è sanabile in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento».*

