



**STUDIO LEGALE
ZAMBELLI TASSETTO**

NEWSLETTER

GIUGNO 2017

SOMMARIO:

- 1. DISTANZE: PRESUNZIONE DI PERICOLO E PRESUNZIONE DI DANNO. CASSAZIONE CIVILE II SEZ. SENT. 15246/2017**
- 2. LEGGE 392/1978. RECESSO PER GRAVI MOTIVI E BUONA FEDE. CASSAZIONE CIVILE III SEZ. ORD. 14623/2017**
- 3. APPALTI: LIMITI ALLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA. CONSIGLIO DI STATO SEZ. V SENT. 3110/2017**
- 4. ACCESSO AGLI ATTI. RAPPORTO TRA DISCIPLINA GENERALE E SPECIALE E LIMITI. TAR VALLE D'AOSTA SEZ. UNICA SENT. 34/2017**

1. DISTANZE: PRESUNZIONE DI PERICOLO E PRESUNZIONE DI DANNO. CASSAZIONE CIVILE II SEZ. SENT. 15246/2017.

La sentenza della II sezione della Corte di Cassazione depositata il 20 giugno scorso, vede i giudici di piazza Cavour occuparsi di un caso in tema di distanze.

Si tratta di un giudizio in cui l'inquilino del primo piano di un edificio conveniva in giudizio il proprietario dell'appartamento sottostante, il quale aveva edificato un barbecue, non tenendo conto delle distanze legali.

Il Tribunale accogliendo la domanda dell'attore, condannava il proprietario dell'appartamento sottostante ad astenersi dall'utilizzare il barbecue. Il motivo della sentenza riguardava il fatto che il comignolo della costruzione si trovava alla distanza minima di circa un metro dalle finestre dell'attore. In appello la sentenza viene confermata, così il convenuto ricorre per Cassazione.

La Corte rileva la disciplina dell'art. 890 c.c. laddove stabilisce che chi vuole fabbricare "forni o camini" presso il confine, "per i quali può sorgere pericolo di danni, deve osservare le distanze stabilite dai regolamenti e, in mancanza, quelle necessarie a preservare i fondi vicini da ogni danno alla solidità, salubrità e sicurezza".

In questa fattispecie il rispetto delle distanze viene richiesto dalla legge in ragione di una "presunzione assoluta di nocività e pericolosità" che "prescinde da un accertamento concreto" ogni qual volta esista "un regolamento edilizio comunale che stabilisca la distanza medesima".

Nel caso in cui tale disposizione regolamentare non ci fosse, la presunzione sarebbe di pericolosità relativa. La parte che abbia interesse al mantenimento della costruzione, infatti, dimostrando che è possibile ovviare al pericolo o comunque al danno del fondo vicino, potrà mantenere intatta la propria opera.

In questo caso l'onere probatorio richiesto per il superamento della presunzione, essendo di pericolo e non di danno, prescinde dall'accertamento in concreto del danno, "dovendo invece

essere valutata in concreto la pericolosità del forno ancorché non in attività”. Ne discende l’irrelevanza dell’accertamento svolto con il forno in funzione, essendo sufficiente la potenzialità dell’esalazione nociva e/o molesta.

2. LEGGE 392/1978. RECESSO PER GRAVI MOTIVI E BUONA FEDE. CASSAZIONE CIVILE III SEZ. ORD. 14623/2017.

In una interessante ordinanza del 13 giugno scorso la III sezione della Corte di Cassazione enuncia un nuovo principio in materia di locazione, più precisamente nel rapporto tra la disposizione prevista dall’art. 27 comma 8 della l.392/1978 posta a chiusura della disciplina sulla durata delle locazioni e il principio di buona fede contrattuale, enunciato dall’art. 1375 c.c.

L’INPS, in qualità di conduttrice di un immobile, inviò una disdetta alla locatrice relativa al rapporto di locazione in essere, basando tale comportamento proprio sull’art. 27 comma 8, poc’anzi citato, il quale prevede ex lege per il conduttore la possibilità di recedere dal contratto, qualora ricorrano gravi motivi, “con preavviso di almeno sei mesi da comunicarsi con lettera raccomandata”. La locatrice, ritenendo questa disdetta illegittima, si rivolse al Tribunale competente per ottenere una dichiarazione di tale illegittimità e chiedere la condanna al ripristino dello stato originario dei luoghi ovvero al risarcimento dei danni arrecati allo stabile.

Sia in primo grado quanto in appello venne accolta solamente l’istanza risarcitoria, costringendo così la proprietaria a ricorrere in Cassazione.

Il ricorso prevedeva due motivi: la violazione e falsa applicazione dell’art. 27 l. 372/78 in ragione della mancata sussistenza dei motivi per legittimare il recesso unilaterale.

Il motivo rilevante ai fini del principio espresso dalla Suprema Corte è però il secondo. Infatti, nel ricorso si lamentava anche l’omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, cioè il fatto che il contratto era stato stipulato nel 1990 e rinnovato automaticamente solo nel 1996, quindi, in epoca successiva all’entrata in vigore della l. 626/94, con la quale si prescrivono regole più stringenti per la sicurezza sul lavoro; regole che, secondo il parere dell’INPS, renderebbero l’immobile inadatto allo scopo cui era destinato.

I giudici di piazza Cavour, contrariamente a quanto lamentato dalla ricorrente, riconoscono la sussistenza dei gravi motivi necessari per la recesso unilaterale del conduttore, dal momento che i fatti in esame sono estranei alla volontà del conduttore, imprevedibili e sopravvenuti alla costituzione del rapporto. Ne discende, pertanto, che l'impossibilità di adeguare l'immobile locato alle prescrizioni di legge costituisce grave motivo che legittima il recesso unilaterale del conduttore. Per quanto riguarda il secondo motivo, si legge che: "in tema di recesso anticipato del conduttore ad uso diverso da quello abitativo, ai sensi dell'art. 27, comma 8, l. n. 392/78, quando i gravi motivi sopravvenuti dedotti dal conduttore si sono verificati prima della scadenza del termine per dare l'utile disdetta alla scadenza naturale del contratto e il conduttore non l'abbia data, tale condotta, interpretata secondo il principio di buona fede, va intesa come rinuncia a far valere in futuro l'incidenza di tali motivi sul sinallagma contrattuale, dei quali può altresì presumersi la non gravità, poiché altrimenti sarebbe stato ragionevole utilizzare il mezzo più rapido per la cessazione del rapporto".

La vicenda, infine, si è conclusa con il rigetto del ricorso rilevando che la sussistenza del grave motivo non risiede nell'introduzione della l. n. 626/94, bensì nella relazione del coordinatore tecnico, sopravvenuta solo successivamente all'automatico rinnovo del contratto di locazione.

3. APPALTI: LIMITI ALLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA. CONSIGLIO DI STATO SEZ. V SENT. 3110/2017.

Spetta alle amministrazioni, per principio generale, identificare le proprie esigenze da soddisfare, ricorrendo all'appalto (e quindi al mercato), determinando oggetto, durata e modalità dello stesso. Questa discrezionalità però va esercitata in modo congruo e proporzionale, il che vuol dire anche, per espressa menzione legislativa, considerare le regole concorrenziali immanenti al mercato in cui si sostanzia la singola gara, tenendo in particolare riguardo l'accesso dei piccoli operatori.

Ciò significa, di converso, che l'assoluta rilevanza della convenienza economica di un'offerta debba essere dimostrata, come la mancata suddivisione dell'appalto in singoli lotti.

Quanto si è appena detto, non è stato ravvisato nel bando di gara indetto da CONSIP, la quale aveva immotivatamente ed irragionevolmente accorpato in un'unica gara dalla notevole rilevanza economica una serie di servizi, i quali, al contrario, avrebbero dovuto essere affidati singolarmente per non restringere indebitamente la partecipazione alla gara di alcuni operatori del settore. Questo si è automaticamente tradotto in una limitazione della concorrenza, violando il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, della ragionevolezza e proporzionalità.

Per queste ragioni, i giudici della V sezione di Palazzo Spada hanno ritenuto illegittimo il bando di gara indetto, il quale restringeva in maniera eccessiva la libertà di accesso alla gara, escludendo a priori, ad esempio, uno studio legale di grandi dimensioni che certamente potrebbe rientrare tra le strutture idonee a svolgere alcuni dei compiti di advisory strategico (oggetto del bando). La Stazione appaltante, per di più, oltre ad accomunare una serie di servizi molto diversi tra loro, aveva richiesto requisiti quantitativi (consistenti nell'ammontare del fatturato minimo) di livello molto alto, disancorati da qualsiasi parametro qualitativo. A riprova di queste considerazioni, i giudici evidenziano, che hanno risposto al bando solamente tre raggruppamenti concorrenti, cui partecipano ditte preminenti nei settori delle valutazioni contabili, della fiscalità, delle transazioni commerciali, della consulenza gestionale strategica e operativa, dei servizi di investimento e di pianificazione finanziaria.

Ciò che si contesta nel ricorso, quindi, non è la discrezionalità amministrativa nell'individuare le proprie esigenze e la conseguente ricerca sul mercato del miglior offerente, quanto l'eccesso di potere, determinatosi con l'uso distorsivo che qui risulta di questa discrezionalità, con l'alterazione della concorrenza contrattuale.

4. ACCESSO AGLI ATTI. RAPPORTO TRA DISCIPLINA GENERALE E SPECIALE E LIMITI. TAR VALLE D'AOSTA SEZ. UNICA SENT. 34/2017.

Il 5 giugno scorso il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta ha fatto chiarezza relativamente al diritto all'accesso agli atti negli appalti pubblici.

Due operatori economici prendevano parte ad una gara di appalto di servizi integrati nelle strutture scolastiche comunali. Una volta dichiarata la società aggiudicatrice, l'altra propose l'istanza di accesso agli atti, al fine di verificare "la correttezza dello svolgimento delle operazioni di gara, nonché la completezza e correttezza formale della documentazione presentata", in maniera da poter svolgere le proprie considerazioni relativamente alla propria tutela in giudizio.

Preliminarmente allo svolgimento della gara, entrambi i concorrenti avevano allegato, insieme alla documentazione amministrativa, una dichiarazione, in cui individuavano preventivamente la documentazione tecnica presentata contenente segreti tecnico-commerciali, per cui veniva chiesto di negare l'ostensione in caso di istanza di accesso eventualmente proposta dai controinteressati.

L'istanza proposta, tuttavia, venne accolta solo parzialmente, negato l'accesso anche a documenti non contenuti nella dichiarazione di cui sopra.

Il TAR, una volta investito della decisione sulla legittimità di questo diniego, chiarisce quello che non può essere oggetto di accesso. Intendere come vietato l'accesso all'offerta nel suo complesso è del tutto fuorviante rispetto all'intenzione del legislatore, che nel art. 53, comma 5, lett. "a" del D. lgs. 50/2016 fa riferimento alle "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano". Per il legislatore quindi solo una parte dell'offerta può essere oggetto di deroga rispetto al principio dell'accesso; più precisamente la parte dell'offerta che può rimanere segreta riguarda i segreti tecnici e commerciali. Il legislatore però impone anche un preciso onere in capo all'operatore economico che voglia mantenere segrete le proprie conoscenze, cioè deve fornire una motivata e comprovata dichiarazione a sostegno della sua richiesta. I giudici ravvisano in questa motivazione che dev'essere fornita, un elemento indispensabile troppo spesso assente. Questa motivazione allegata alla dichiarazione potrà, ovviamente, essere valutata in maniera discrezionale dall'amministrazione appaltante, sotto il duplice profilo della validità e della pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego.

La situazione diventa più complessa qualora il diritto di accesso venga esercitato “ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”. In altri termini, ci si chiede cosa si debba intendere per “difesa” e i giudici hanno risposto nel senso che si deve considerare come “comprensivo di ogni forma di tutela delle proprie posizioni giuridiche”, ivi comprese anche le istanze risarcitorie. Chi richieda l’accesso agli atti, dunque, non è soggetto al limite di 30 giorni (termine in questo caso dimezzato in ragione della materia) per proporre impugnazione, perché ben potrebbe richiedere l’accesso al fine di ottenere un risarcimento del danno ai sensi dell’art. 30 comma 3 c.p.a, per il quale è previsto un termine di 120 giorni.