

Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 20-06-2013)
05-09-2013, n. 20365

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. TRIFONE Francesco - Presidente -

Dott. PETTI Giovanni Battista - Consigliere -

Dott. MASSERA Maurizio - rel. Consigliere -

Dott. LANZILLO Raffaella - Consigliere -

Dott. D'AMICO Paolo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 27768-2007 proposto da:

COMUNE DI NEMBRO (OMISSIS) in persona del Sindaco pro tempore EUGENIO CAVAGNIS, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MARIA CRISTINA 8, presso lo studio dell'avvocato GOBBI GOFFREDO, rappresentato e difeso dall'avvocato MESSI YVONNE giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE, MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE in persona dei legali rappresentanti pro tempore, domiciliati ex lege in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, da cui sono difesi per legge;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 777/2006 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 26/08/2006, R.G.N. 324/2004;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/06/2013 dal Consigliere Dott. MAURIZIO MASSERA;

udito l'Avvocato GOFFREDO GOBBI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FUCCI Costantino che ha concluso per il rigetto.

Svolgimento del processo

.1- Il Ministero delle Finanze convenne in giudizio avanti al Tribunale di Brescia il Comune di Nembro chiedendone la condanna al risarcimento del danno, quantificato in Euro 20.198,63, cagionato per effetto della tardiva esecuzione della notifica a due contribuenti di un avviso di accertamento INVIM, tempestivamente richiesta al convenuto dall'Ufficio del Registro di Bergamo.

.2 - Con sentenza in data 29 dicembre 2003 il Tribunale di Brescia dichiarò estinto il giudizio per sopravvenuta carenza di interesse ad agire da parte del Ministero in conseguenza della condanna del messo notificatore, nel frattempo intervenuta da parte della Corte dei Conti.

.3 - Con sentenza in data 3 maggio - 26 agosto 2006 la Corte d'Appello di Brescia accolse il gravame del Ministero e, accertata la responsabilità del Comune di Nembro, lo condannò a pagare all'Agenzia delle Entrate la complessiva somma di Euro 49.384,89.

La Corte territoriale osservò per quanto interessa: la pronuncia della Corte dei Conti aveva riguardato il danno contabile emergente dalla negligente condotta del messo comunale, mentre era in discussione la responsabilità derivante da inadempimento contrattuale addebitabile al Comune, rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario; al danno, coincidente con l'ammontare delle imposte e degli accessori non recuperati, doveva essere aggiunta la rivalutazione monetaria, oltre agli interessi legali.

. 4 - Avverso la suddetta sentenza il Comune di Nembro ha proposto ricorso per cassazione affidato a sei motivi.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate hanno resistito con unico controricorso.

Il ricorrente ha presentato memoria.

Motivi della decisione

.1.1 - Il primo motivo adduce violazione dell'art. 2909 c.c., D.P.R. n. 600 del 1973, art. 60 e R.D. n. 1214 del 1934, art. 52. Il ricorrente si duole del rigetto della propria eccezione di carenza di legittimazione passiva, sollevata sulla scorta della decisione della Corte dei Conti che, per i medesimi fatti, aveva condannato il messo notificatore. Egli assume che l'efficacia del giudicato della sentenza della Corte dei Conti è opponibile all'Amministrazione che, da un lato, non può considerarsi terzo rispetto all'azione di responsabilità intentata dal pubblico ministero contabile nei confronti del messo comunale e, dall'altro, subisce gli effetti riflessi del giudicato non essendo titolare di un diritto autonomo rispetto alla suddetta azione risarcitoria.

.1.2 - La censura sopra riassunta è inammissibile prima che infondata.

Inammissibile poichè si limita a riproporre la propria tesi prescindendo totalmente dalla ratio decidendi della sentenza impugnata, che ha fatto leva sulla distinzione tra danno contabile, addebitato al messo comunale e responsabilità da inadempimento contrattuale, attribuita al Comune.

Ne risente il quesito finale, previsto dall'art. 366-bis c.p.c. applicabile al ricorso *ratione temporis*. Infatti è orientamento consolidato che è inammissibile, per violazione dell'art. 366 bis c.p.c., introdotto dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 6, il ricorso per cassazione nel quale il quesito di diritto si risolve in una generica istanza di decisione sull'esistenza della violazione di legge denunciata nel

motivo. Ciò in quanto la novella del 2006 ha lo scopo di innestare un circolo selettivo e "virtuoso" nella preparazione delle impugnazioni in sede di legittimità, imponendo al patrocinante in cassazione l'obbligo di sottoporre alla Corte la propria finale, conclusiva, valutazione della avvenuta violazione della legge processuale o sostanziale, riconducendo ad una sintesi logico- giuridica le precedenti affermazioni della lamentata violazione.

In altri termini, la formulazione corretta del quesito di diritto esige che il ricorrente dapprima indichi in esso la fattispecie concreta, poi la rapporti ad uno schema normativo tipico, infine formuli il principio giuridico di cui chiede l'affermazione.

Il quesito proposto dal ricorrente non soddisfa le finalità indicate poichè prescinde totalmente dalla motivazione della sentenza impugnata.

Ma la censura è anche infondata dal momento che trova insormontabile ostacolo nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui (Cass. Sez. 1, n. 13662 del 2007) l'azione di responsabilità promossa dal P.G. della Corte dei Conti per i danni conseguenti alla tardiva effettuazione da parte dei messi comunali della notifica di un accertamento tributario, in quanto volta a far valere una responsabilità amministrativa, a tutela dell'interesse generale al corretto esercizio delle funzioni amministrative e contabili, si differenzia da quella risarcitoria proposta dall'Amministrazione finanziaria nei confronti del Comune e degli altri responsabili, la quale trova fondamento nella responsabilità solidale dei convenuti, in relazione al mancato adempimento da parte Comune dell'obbligazione derivante da un rapporto di mandato "ex lege". L'azione di responsabilità contabile nei confronti del messo comunale e l'azione contrattuale nei confronti del Comune sono domande che, pur ricollegabili ai medesimi fatti, risultano diverse tanto sotto il profilo oggettivo quanto sotto quello soggettivo.

Recentemente questa stessa sezione (Cass. Sez. 3, n. 23462 del 2010) ha ribadito che il comune, ove richiesto dall'amministrazione finanziaria di notificare un atto impositivo ai sensi del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 60, assume gli obblighi di un mandatario "ex lege"; esso, pertanto, è civilmente responsabile nei confronti dell'amministrazione mandante nel caso in cui, colposamente ritardando l'esecuzione della notificazione di un avviso di liquidazione di imposta, provochi la decadenza di tale Amministrazione dalla pretesa fiscale.

.2.1 - Il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 2909 c.c. e 100 c.p.c..

Con il motivo in esame il ricorrente ripropone l'eccezione di difetto d'interesse ad agire nei confronti del Comune da parte dell'amministrazione finanziaria in virtù del risarcimento già ottenuto all'esito del giudizio di responsabilità amministrativo - contabile nei confronti del messo comunale.

.2.2 - La censura trova anticipata risposta nelle argomentazioni e nelle massime riferite sub.1.2 - e risulta infondata per le medesime ragioni lì esposte, in particolare laddove si è evidenziato che, seppur ricollegabili ai medesimi fatti, l'azione di responsabilità contabile nei confronti del messo comunale e l'azione contrattuale nei confronti del Comune costituiscono domande diverse sotto entrambi i profili (oggettivo e soggettivo). Il quesito finale è inidoneo perchè presente le stesse connotazione negative evidenziate con riferimento al precedente.

.3.1 - Il terzo motivo adduce violazione degli artt. 2909 e 1306 c.c. in merito alla quantificazione del danno risarcibile.

Il ricorrente lamenta che la Corte d'Appello non ha tenuto conto della quantificazione del danno risarcibile operata dalla Corte dei Conti.

.3.2 - La censura non considera la diversità della natura della domanda di responsabilità contabile

rispetto a quella di responsabilità contrattuale.

La determinazione del quantum è stata effettuata dalla Corte territoriale con corretto riferimento alla pretesa fiscale.

Anche questo motivo si conclude con un quesito di diritto che pecca di astrattezza per le vedute ragioni.

.4.1 - Il quarto motivo lamenta omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in merito al valore probatorio della sentenza della Corte dei Conti con riguardo alla quantificazione del danno risarcibile.

.4.2 - La censura non dimostra i vizi denunciati, ma attacca il contenuto decisorio della sentenza impugnata.

Manca il momento di sintesi prescritto dall'art. 366-bis c.p.c., necessario non solo per circoscrivere il fatto controverso, ma anche per specificare in quali sue parti e per quali ragioni la motivazione della sentenza impugnata si riveli, rispettivamente, omessa, insufficiente, contraddittoria.

.5.1 - Il quinto motivo ipotizza violazione dell'art. 2697 c.c. con riferimento alla prova del danno.

Si assume che la prova del danno incombe sul soggetto che fa valere in giudizio il diritto al risarcimento.

.5.2 - La censura poggia su argomentazioni assolutamente generiche e non dimostrative di errori da parte della Corte territoriale, che non ha violato i principi che regolano l'onere della prova.

Anche questo motivo è assistito da un quesito generico e astratto, quindi inidoneo a soddisfare le esigenze perseguite dall'art. 366-bis c.p.c..

.6.1 - Il sesto motivo adduce violazione dell'art. 97 Cost. e art. 1227 c.c..

Il ricorrente si duole che la Corte territoriale abbia ritenuto irrilevante la mancata osservanza da parte dell'Ufficio delle Entrate della prassi di accompagnare la richiesta di notificazione degli avvisi di accertamento tributari con l'indicazione del termine ultimo per la notifica.

.6.2 - Pur formalmente prospettata sotto il profilo della violazione di norme di diritto, in realtà la censura attacca un profilo valutativo, quindi di merito, della sentenza impugnata, la quale ha fatto leva sul lasso temporale più che congruo a disposizione del Comune per fare eseguire la notifica.

Il quesito finale è astratto.

.7 - Pertanto il ricorso è rigettato.

Le spese del giudizio di cassazione seguono il criterio della soccombenza. La liquidazione avviene come in dispositivo alla stregua dei parametri di cui al D.M. n. 140 del 2012, sopravvenuto a disciplinare i compensi professionali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in complessivi Euro 2.800,00, di cui Euro 2.600,00 per compensi, oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 20 giugno 2013.

**Cass. pen. Sez. V, Sent., (ud. 05-06-2013)
03-09-2013, n. 35992**

5 Settembre 2013

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE QUINTA PENALE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MARASCA Gennaro - Presidente -

Dott. BEVERE Antonio - rel. Consigliere -

Dott. FUMO Maurizio - Consigliere -

Dott. GUARDIANO Alfredo - Consigliere -

Dott. LIGNOLA Ferdinando - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

B.L. N. IL (OMISSIS);

avverso la sentenza n. 29/2009 TRIBUNALE di CHIETI, del 10/05/2012;

visti gli atti, la sentenza e il ricorso;

udita in PUBBLICA UDIENZA del 05/06/2013 la relazione fatta dal Consigliere Dott. ANTONIO BEVERE;

Udito il Procuratore Generale in persona del Dott. IZZO Gioacchino, che ha concluso per il rigetto.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con sentenza 7.6.2012, il tribunale di Chieti ha confermato la sentenza 17.2.09 del giudice di pace di Chieti con la quale B. L., capitano della polizia municipale e responsabile provinciale del sindacato Os.Pol, è stato condannato, previa concessione della attenuanti generiche, alla pena di Euro 300 di multa, al risarcimento dei danni e al rimborso delle spese, in favore della parte civile, perchè

riconosciuto responsabile del reato di ingiuria continuata in danno di D.G.D., comandante del corpo di polizia municipale del comune di Chieti, rivolgendole, alla presenza di più componenti del corpo di agenti municipali, le parole "in questo comando non lavora nessuno...lei è una bugiarda Io non parlo con i bugiardi...".

Il difensore ha presentato ricorso per violazione di legge e vizio di motivazione in relazione all'art. 594 c.p., commi 1 e 3: l'erroneità della sentenza deriva dalla mancata contestualizzazione dei fatti.

Alle ore 8 del (OMISSIS), tra l'agente di polizia municipale del comune di Chieti, L.M. e la comandante dello stesso corpo di polizia, D.G. si era svolta una conversazione, che, grazie al congegno di viva voce, era stato ascoltato da quattro vigili urbani, presenti nella stanza della querelante.

La conversazione si era conclusa in maniera non soddisfacente per la L., sotto il profilo della sua posizione lavorativa e pertanto quest'ultima si era rivolta al proprio rappresentante sindacale B.L.. Entrambi si erano quindi recati, verso le ore 13,50 del (OMISSIS), presso l'ufficio della D.G., per trattare alcune rimostranze della L., che riteneva di essere vittima di iniqua distribuzione di carico di lavoro, sotto il profilo quantitativo, e di emarginazione, sotto il profilo qualitativo.

La conversazione si incentrava sul contenuto della telefonata, intercorsa alle 8 di quella stessa giornata; essendo sorto un contrasto tra la L. e la comandante D.G. sulla sua rievocazione, ed essendo stata invocata da quest'ultima, a conferma della propria tesi, la presenza degli altri vigili, il B. pronunciò la frase "in questo comando non lavora nessuno".

Tale espressione eventualmente potrebbe essere ritenuta diretta verso il maresciallo Le. e l'appuntato G., presenti nell'ufficio, e comunque non aveva valenza offensiva, essendo espressa in forma dubitativa e ironica e ed essendo priva di animus iniurandi. Quanto alle altre affermazioni (bugiarda, io non parlo con i bugiardi), esse sono state ricordate solo dai predetti Le. e G. e sono state negate dalla L., tanto da giustificare l'assoluzione per insufficiente raggiungimento della prova. In ogni caso si tratta di affermazioni espresse nel corso di una discussione di contenuto sindacale, legittimante un maggiore tolleranza, in quanto caratterizzato da forte conflittualità e dalla desensibilizzazione, da parte di tutti i partecipanti, rispetto al comune linguaggio ingiurioso.

In ogni caso, secondo la giurisprudenza recente, le ingiurie pronunciate nel mondo del lavoro, tra colleghi esercenti medesima attività professionale, perdono carica offensiva, e vanno collocate sotto la scriminante del diritto di critica.

Infine, secondo il ricorrente, nessun rilievo va riconosciuto alla circostanza che la comandante D.G., subito dopo il colloquio abbia fatto ricorso alle cure del locale nosocomio. Inoltre è erroneo il mancato riconoscimento della prevalenza delle attenuanti generiche, tenuto conto del tono della discussione(definita accesa per tutti i partecipanti),dello stato dell'imputato, della mancata presenza della parte civile nel giudizio di appello.

Il ricorso non merita accoglimento.

E' del tutto infondata la tesi difensiva, secondo cui le frasi pronunciate dal B., in qualità di esponente sindacale e in difesa della posizione di un'aderente all'associazione Os.Pol. non hanno efficacia lesiva dell'onore della D.G.: l'affermazione circa il mancato svolgimento di attività lavorativa, da parte di addetti alla polizia municipale, si traduce inevitabilmente in un'accusa - mossa alla dirigente - di incapacità organizzativa delle delicate funzioni dei singoli vigili urbani e di carenza di controllo sul diligente ed efficace svolgimento di tali funzioni.

L'accusa, diretta alla D.G., di mentire e di violare la verità, nell'ambito di una pur accesa polemica,

ugualmente costituisce un'indubitabile lesione dell'onore e del decoro della donna, sotto il profilo etico e professionale. Nessun rilievo di esimente o di maggiore efficacia attenuante può essere riconosciuto alla funzione sindacale svolta dal B.. Va infatti razionalmente respinta la tesi della speciale rimozione o attenuazione dell'antigiuridicità delle espressioni offensive, per il linguaggio dei protagonisti delle massime vicende di una civile comunità democratica. Lo scontro, la polemica, il dissenso, maturati nel confronto di opposti schieramenti o di opposte individualità, devono avvenire, come in tutti i casi riguardanti i comuni cittadini, nell'ambito del rispetto delle regole giuridiche e della civile convivenza. Non è quindi invocabile l'esimente dell'esercizio del diritto di critica sindacale qualora l'espressione consista non già in un dissenso motivato, manifestato in termini misurati e necessari, bensì in un attacco personale, con espressioni direttamente calibrate a ledere la dignità morale, professionale ed intellettuale dell'avversario e del contraddittore.

La richiesta di riconoscimento della prevalenza delle concesse attenuanti generiche è del tutto infondata: al di là della genericità e inconsistenza degli argomenti dello "stato" del B., del tono della discussione e dell'assenza della persona offesa nel giudizio di appello, va rilevato che nessuna censura è formulabile, in sede di legittimità, nei confronti della quantificazione della pena, laddove, come nel caso di specie, i giudici di merito abbiano esercitato in maniera assolutamente corretta il potere discrezionale in tema di trattamento sanzionatorio riconosciuto dal legislatore. Il ricorso va quindi rigettato con condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 5 giugno 2013.

Depositato in Cancelleria il 3 settembre 2013

Cons. Stato Sez. VI, Sent., (ud. 07-05-2013) 02-09-2013, n. 4344

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso r.g.a.n. 8711/2007, proposto dalla Fratelli Staffolani s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Pascucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Mori, in Roma, via Ludovisi, 35;

contro

la Regione Marche ed il responsabile pro tempore del Servizio tutela e risanamento ambientale della Regione Marche, non costituiti in giudizio nel presente grado;

il Comune di Camerino, in persona del sindaco in carica, non costituito in giudizio nel presente grado;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Marche, sezione I, n. 560/2006, resa tra le parti e concernente il risarcimento dei danni da ritardo, in occasione del rilascio dell'autorizzazione alla variante di un progetto di recupero di cava.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati, con tutti gli atti ed i documenti di causa.

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio, il Consigliere di Stato Bernhard Lageder ed udito, per la parte appellante, l'avvocato Giulio Pizzuti, per delega dell'avvocato Luca Pascucci.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Il Comune di Camerino, in data 7 agosto 1997, trasmetteva alla Regione Marche, Servizio per la tutela ed il risanamento ambientale, il progetto della Fratelli Staffolani s.r.l. per il recupero ambientale - in esito all'esaurimento, alla fine dell'anno 1996, del materiale estraibile autorizzato di mc. 200.000 - della cava in località Scogli di Staffe, la cui apertura era stata, a suo tempo, autorizzata con provvedimento sindacale del 6 ottobre 1983, integrato con provvedimento del 21 gennaio 1985 e seguito da volturazione in favore della Fratelli Staffolani s.r.l..

2. Il successivo 27 ottobre 1997 la società provvedeva ad inviare direttamente alla regione un progetto di variante, per la riduzione del volume estraibile a mc. 78.000, al che il Comitato regionale per il territorio (C.r.t.), con atto n. 71 del 28 ottobre 1997, esprimeva parere contrario sul primo progetto e riteneva di non poter esaminare la variante riduttiva, perché non esaminata dal Servizio per la tutela ed il risanamento ambientale e non trasmessa dal comune.

3. Il progetto di variante veniva, quindi, nuovamente inviato alla Regione Marche, tramite il Comune di Camerino, in data 13 novembre 1997, ma il Servizio regionale per la tutela ed il risanamento ambientale, con nota del 26 novembre 1997, ravvisava l'impossibilità di prenderlo in considerazione, "in quanto pervenuto dopo l'esame del progetto originario da parte del C.r.t."

4. La Giunta regionale, con deliberazione n. 1873 del 27 luglio 1998, dichiarava la compatibilità paesistico-ambientale del progetto di variante e rilasciava l'autorizzazione paesaggistica.

5. Con nota del 4 ottobre 1999 il Comune di Camerino sottoponeva alla Regione il quesito, se sull'istanza comunale del 13 novembre 1997 si fosse formato il silenzio-assenso, ai sensi della legge reg. Marche 1 dicembre 1997 n. 71 (Norme per la disciplina delle attività estrattive), in rapporto alla nota del 26 novembre 1999, di tenore negativo, del Servizio per la tutela ed il risanamento ambientale.

6. Indi, la Fratelli Staffolani s.r.l., con ricorso rubricato al r.g.n. 177/2000, adiva il T.a.r. per le Marche, impugnando le note sub 3. (con cui il Servizio regionale per la tutela ed il risanamento ambientale aveva dichiarato l'impossibilità di esaminare il progetto di variante) e sub 5. (con cui il predetto Servizio aveva escluso la formazione del silenzio assenso), deducendone l'illogicità e la contraddittorietà rispetto alla rilasciata autorizzazione paesistica regionale e chiedendo la condanna delle amministrazioni intimete al risarcimento dei danni.

7. Accolta dal T.a.r., con ordinanza n. 145 del 25 febbraio 2000, l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente, il direttore dell'ufficio tecnico del Comune di Camerino, nelle more del giudizio, considerando il parere del C.r.t. come favorevole, in quanto erano trascorsi oltre sessanta giorni dalla ricezione della domanda inoltrata dalla Fratelli Staffolani s.r.l., con atto dell'11 luglio 2000 autorizzava l'esecuzione dei lavori del progetto di variante della cava, per mc. 78.000 di materiale estraibile, ed imponeva precise prescrizioni di riassetto ambientale, al che la società ricorrente, con memoria depositata il 24 giugno 2006, insisteva per l'accoglimento del ricorso e, in particolare, della domanda risarcitoria, in conseguenza del ritardo con cui l'autorizzazione era stata rilasciata.

8. L'Adito T.a.r., con la sentenza in epigrafe, provvedeva come segue:

(i) dichiarava improcedibile, per sopravvenuta carenza d'interesse, la domanda di annullamento proposta con il ricorso introduttivo, di fronte al rilascio dell'autorizzazione in corso di causa (in data 11 luglio 2000);

(ii) respingeva, invece, la domanda risarcitoria sulla base dei testuali rilievi che "essa, nella fattispecie, è ascrivibile ad un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale dell'Amministrazione, ravvisabile, però, solo in presenza di un suo comportamento quanto meno colposo: tanto non può che essere escluso, in quanto l'obbligo di rilasciare immediatamente l'autorizzazione, non appena trascorso il termine di 60 giorni, previsto dal combinato disposto dell'art. 25, XVII comma, della L.R. n. 71 del 1997 e dell'art. 4 della L.R. n. 37 del 1980, per la formazione del silenzio-assenso da parte dei competenti organi regionali sull'inviato progetto-variante di cava, non era affatto di per sé evidente, se si considera che su questo progetto, dopo l'iniziale rilievo della mancata istruttoria ed invio tramite comune, il Servizio regionale per la tutela ed il risanamento ambientale si era, poi, pur sempre pronunciato, anche se in modo elusivo, e che, nella fattispecie, doveva tenersi conto anche della sospensione dei termini, disposta dal D.L. n. 364 del 1997, convertito dalla L. n. 434 del 1997, per la conclusione dei procedimenti amministrativi";

(iii) nulla statuiva quanto agli oneri processuali, non essendosi le amministrazioni intimamente costituite in giudizio.

9. Avverso tale sentenza interponeva appello la società soccombente, segnatamente impugnando la statuizione sub 8.(ii) sulla base di un unico, complesso motivo, testualmente rubricato come segue: "violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4, comma II, della L.R. n. 37 del 1980 e dell'art. 25, comma XVII, della L.R. n. 71 del 1997. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2043, cod. civ., e dei presupposti e dei principi in materia di responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione e dei principi di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Travisamento dei fatti. Motivazione insufficiente e/o perplessa. Falsa applicazione del d.-L. n. 364 del 1997, convertito in L. n. 434 del 1997. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000".

L'appellante chiedeva dunque, in riforma dell'impugnata sentenza, la condanna delle amministrazioni appellate al risarcimento per danno emergente e lucro cessante, subiti nel periodo 1997-2000 (in cui la società era rimasta priva di autorizzazione alla coltivazione della cava in questione, con necessità di reperire altrove la materia prima della propria attività d'impresa) ed esposti nell'importo di Euro 400.000,00, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali.

In subordine, chiedeva la liquidazione dei danni in via equitativa o secondo le modalità di cui all'art. 35, D.Lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, L. n. 205 del 2000 (cui corrisponde l'attuale art. 34, comma 4, cod. proc. amm.), previa eventuale consulenza tecnica d'ufficio.

10. Sebbene ritualmente evocate in giudizio, le amministrazioni intimare (Regione Marche e Comune di Camerino) omettevano di costituirsi in giudizio, anche nel presente grado.

11. All'udienza pubblica del 7 maggio 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

12. Premesso che non risulta investita da specifico motivo d'impugnazione la statuizione d'improcedibilità sub 8.(i), sicché su tale capo di sentenza si è formato il giudicato endoprocessuale ed ogni relativa questione esula dal devolutum, si osserva nel merito che l'appello proposto avverso la statuizione sub 8.(ii), reiettiva della domanda risarcitoria, è fondato entro i limiti di cui appresso.

12.1.

In punto di an debeatur, osserva il collegio che il caso sub iudice va ricondotto ad una fattispecie di danno da ritardo, non potendo gli atti impugnati - ossia, la nota del 26 novembre 1997, con cui il Servizio regionale per la tutela ed il risanamento ambientale aveva dichiarato l'impossibilità di esaminare il progetto di variante (trasmesso il 13 novembre 1997 tramite il Comune), e la nota del 26 novembre 1999, con cui il predetto Servizio aveva escluso la formazione del silenzio assenso - essere qualificati alla stregua di atti definitivi di diniego, ma costituendo essi piuttosto atipici atti soprassessori determinanti un illegittimo arresto procedimentale, superato solo dall'adozione, in corso di causa ed in esito all'ordinanza cautelare propulsiva n. 145/2000, del provvedimento finale autorizzatorio dell'11 luglio 2000, ampiamente oltre il termine di conclusione del procedimento.

Il danno lamentato dall'odierna appellante si riconnette, dunque, al ritardato rilascio dell'autorizzazione, oltre i termini di conclusione del procedimento, stabiliti, nel caso di specie, dall'art. 25, comma 15, L.R. 1 dicembre 1997, n. 71, nel termine di trenta giorni dalla trasmissione, al Comune, della dichiarazione di compatibilità paesistico-ambientale della Giunta regionale.

Essendo la dichiarazione di compatibilità paesistico-ambientale intervenuta con deliberazione n. 1873 del 27 luglio 1998, trasmessa al Comune di Camerino con nota n. 2338 del 7 agosto 1998, il termine di conclusione del procedimento dev'essere individuato in coincidenza con il 7 settembre 1998.

Né, alla predetta data, avrebbe potuto ritenersi mancante il prescritto parere del Comitato regionale per il territorio (di cui alla legge reg. Marche 5 agosto 1992 n. 34), essendosi tale parere, a norma del combinato disposto degli artt. 25, comma 17, L.R. 1 dicembre 1997, n. 71, e 4, L.R. 22 maggio 1980, n. 37 - da ritenersi applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta in giudizio, anche tenuto conto della proroga del regime transitorio di cui al citato art. 25, comma 17, L.R. n. 71 del 1997, per effetto dell'art. 1, D.L. 27 ottobre 1997, n. 364 (Interventi urgenti a favore delle zone colpite da ripetuti eventi sismici nelle regioni Marche e Umbria), convertito dalla L. 17 dicembre 1997, n. 434 - perfezionato per intervenuto silenzio assenso, espressamente previsto dal citato art. 4, secondo cui, "trascorso inutilmente il termine, il parere s'intende favorevole".

Infatti, in presenza della trasmissione del progetto di variante all'amministrazione regionale, avvenuta rispettivamente in data 27 ottobre 1997 (su iniziativa dell'istante) ed in data 13 novembre 1997 (tramite il Comune di Camerino), al momento della maturazione del termine di conclusione del procedimento (7 settembre 1998), il termine di sessanta giorni per la formazione del silenzio-assenso era ampiamente maturato (anche, in ipotesi, tenendo conto della sospensione, sino al 31 marzo 1998, dei termini in scadenza nel periodo dal 26 settembre 1997 al 31 marzo 1998, disposta dall'art. 1, D.L. 27 ottobre 1997, n. 364, con conseguente irrilevanza di ogni questione attorno all'eventuale incidenza della menzionata sospensione legale dei termini anche sulla formazione del silenzio-assenso).

Peraltro, la stessa Regione, nella nota del 12 maggio 2000, ammette che avrebbe dovuto ritenersi che le fasi procedurali di competenza della Regione Marche erano da tempo concluse e, nelle premesse del provvedimento autorizzatorio comunale dell'11 luglio 2000, si dà espressamente atto che "il parere del C.r.t. (Comitato regionale per il territorio) può essere inteso come favorevolmente espresso, in quanto trascorsi oltre 60 giorni dal ricevimento da parte della Regione Marche della richiesta di che trattasi".

Il fatto stesso che il provvedimento autorizzatorio finale (dell'11 luglio 2000) sia stato adottato senza che nelle more fossero sopravvenuti ulteriori circostanze procedurali o novità normative incidenti sui tempi procedurali, e dunque sulla base della situazione, di fatto e di diritto, venutasi a determinare in esito all'adozione della dichiarazione regionale di compatibilità paesistico-ambientale del 27 luglio 1998, conferma l'assenza di ogni plausibile giustificazione del ritardo nell'emanazione del provvedimento autorizzatorio finale.

Né - contrariamente a quanto affermato nell'impugnata sentenza - può ravvisarsi un'ipotesi di errore scusabile in capo alle amministrazioni, attese la chiarezza e l'univocità del dato normativo sulla formazione del silenzio-assenso con riguardo al parere del Comitato regionale per il territorio e stante l'assenza di ostacoli all'emanazione tempestiva dell'autorizzazione finale in esito all'intervenuta dichiarazione di compatibilità paesistico-ambientale, risultante dalle stesse premesse motivazionali del provvedimento autorizzatorio, emanato sulla base degli elementi di fatto e diritto di cui l'amministrazione comunale era, da tempo, in possesso.

Concludendo, alla luce delle considerazioni che precedono e tenuto conto della tempistica connotante il concreto svolgimento del procedimento autorizzatorio in esame, quale risultante dall'esposizione in fatto, di cui sopra sub 2., 3., 4. e 5., devono ritenersi integrati sia l'elemento dell'antigiuridicità del ritardo connotante l'azione amministrativa, posta in essere non iure, in violazione delle prescritte scadenze procedurali, oltre che contra ius, ledendo l'interesse pretensivo dell'odierna appellante ad ottenere il provvedimento favorevole nel rispetto dei termini di legge, sia l'elemento soggettivo della colpevolezza, atteso il manifesto carattere dilatorio delle condotte tenute dalle amministrazioni coinvolte (regione e comune), insito nella ripetuta adozione di atti soprassessori, privi di oggettive ragioni giustificative ed accompagnati da un comportamento d'inerzia giuridicamente rilevante, sebbene il provvedimento favorevole avesse potuto e dovuto essere rilasciato ab origine, sin dalla trasmissione, all'amministrazione comunale, della dichiarazione regionale di compatibilità paesistico-ambientale (sul principio, secondo cui il solo ritardo nell'emanazione di un atto è elemento sufficiente per configurare un danno ingiusto, con conseguente obbligo di risarcimento, nel caso di procedimento amministrativo lesivo di un interesse pretensivo dell'amministrato, ove tale procedimento sia da concludere con un provvedimento favorevole per il destinatario, v., per tutte, Cons. St., sez. IV, sent. 7 marzo 2013 n. 1406; sent. IV, 23 marzo 2010 n. 1699).

La parte interessata ha, altresì, fornito la prova della sussistenza di danni patrimoniali, sub specie di danno emergente e lucro cessante, collegati da un nesso di derivazione causale immediato e diretto alla ritardata emanazione del provvedimento autorizzatorio (v. la copiosa documentazione, contabile e fiscale, prodotta dalla citata appellante a comprova dei maggiori costi di approvvigionamento con materia prima e dei mancati utili d'impresa), sicché risultano integrati tutti gli elementi della fattispecie di responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione.

Né è ravvisabile un eventuale concorso colposo dell'odierna appellante nella causazione (anche solo parziale) dei danni dedotti in giudizio (per gli effetti di cui agli artt. 30, comma 3, cod. proc. amm., e 2056, 1227, cod. civ.), essendo l'impresa danneggiata tempestivamente insorta avverso gli atti soprassessori delle amministrazioni intimiate ed essendo il provvedimento finale di autorizzazione stato emanato solo nel corso del giudizio di primo grado, in esito ad ordinanza cautelare propulsiva,

sulla base di una situazione di fatto e diritto che imponeva l'adozione del provvedimento finale entro il 7 settembre 1998.

12.2. In punto di quantum debeatur, rileva il collegio che, per quanto esposto sopra sub 12.1., i danni risarcibili devono essere limitati al periodo dal 7 settembre 1998 (data di scadenza del termine legale di conclusione del procedimento) al 11 luglio 2000 (data di adozione del provvedimento favorevole), nel quale è maturato il ritardo addebitabile alle amministrazioni investite del procedimento, onde a tale periodo va ridotto il referente temporale d'individuazione dei danni (indicato dall'interessato nel maggiore periodo 1997-2000).

Da un esame complessivo e globale della prodotta documentazione contabile e fiscale, relativa agli anni dal 1996 al 2003, l'aumento dei costi di produzione e la riduzione degli utili relativi al periodo 7 settembre 1998-11 luglio 2000 possono essere determinati, con sufficiente grado di approssimazione e sulla base di una valutazione prudenziale, integrata da criteri liquidatori di natura equitativa (ex artt. 2056 e 1226 cod. civ.), nell'importo complessivo di Euro 100.000,00 (centomila/00), espresso in moneta attuale (ossia, comprensivo di rivalutazione monetaria ed interessi maturati ad oggi), da porre in solido a carico delle due amministrazioni responsabili (ex art. 2055, cod. civ.).

Su tale importo sono dovuti gli ulteriori interessi corrispettivi, al saggio legale, dalla data di pubblicazione della presente sentenza fino al saldo.

12.3. Per le esposte ragioni, in parziale accoglimento dell'appello ed in riforma dell'impugnata sentenza, s'impone la condanna delle amministrazioni appellate al risarcimento dei danni, in favore della società appellante, nella misura sopra liquidata, con assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisori.

13. In applicazione del criterio della soccombenza, le amministrazioni appellate devono essere condannate a rifondere all'appellante gli oneri processuali del doppio grado, come liquidati nella parte dispositiva.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione VI, accoglie l'appello, nei sensi di cui in motivazione (r.g.n. 8711/2007), e, in riforma dell'impugnata sentenza ed in parziale accoglimento della domanda risarcitoria proposta in primo grado, condanna le amministrazioni appellate (Regione Marche e Comune di Camerino), in solido tra di loro, al pagamento, in favore dell'appellante Impresa Staffolani, dell'importo di Euro 100.000,00 (centomila/00), con gli interessi legali dalla data di pubblicazione della presente sentenza fino al saldo, ed alla rifusione, in favore della stessa appellante, degli oneri processuali del doppio grado di giudizio, liquidati in complessivi Euro quattromila/00 (in ragione di metà a carico della regione e metà a carico del comune), oltre ai dovuti accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2013, con l'intervento dei magistrati:

Aldo Scola, Presidente FF

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Silvia La Guardia, Consigliere

**Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 26-06-2013)
26-08-2013, n. 19579**

5 Settembre 2013

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROSELLI Federico - Presidente -

Dott. TRIA Lucia - Consigliere -

Dott. BALESTRIERI Federico - rel. Consigliere -

Dott. FERNANDES Giulio - Consigliere -

Dott. MANCINO Rossana - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 23485-2010 proposto da:

SODEXO ITALIA S.P.A. (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliata in ROMA, VIA BUCCARI 3, presso lo studio degli avvocati PROIETTI FABRIZIO, FORTI BRUNO che la rappresentano e difendono giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

S.S., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA GERMANICO 172, presso lo studio dell'avvocato PANICI PIER LUIGI, che lo rappresenta e difende, giusta delega in atti;

- controricorrente -

e contro

M.D., V.F., P.G., B. V., G.G., U.T., D. M., I.R., C.G., PI. F.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 8969/2009 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 04/03/2010 R.G.N. 1379/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26/06/2013 dal Consigliere Dott. FEDERICO BALESTRIERI;

udito l'Avvocato PROIETTI FABRIZIO;

udito l'Avvocato PANICI PIERLUIGI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SEPE Ennio Attilio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Con ricorso alla Corte d'appello di Roma, S.S., G.G., U.T., Pi.Fr., D.M., P.G., V.F., I. R., M.D., B.V., C.G. proponevano appello avverso la sentenza del Tribunale di Roma che aveva rigettato le loro domande proposte nei confronti della loro datrice di lavoro, Sodexo Italia S.p.A., per sentirla condannare al pagamento in loro favore della somma mensile di Euro 50,00, corrispondente al costo del lavaggio dei loro abiti da lavoro di addetti al servizio mensa.

Censuravano la sentenza gravata per non aver adeguatamente valutato sia la previsione dell'art. 124 c.c.n.l. turismo pubblici esercizi, sia gli specifici obblighi contrattuali assunti dalla società datrice.

Radicatosi il contraddittorio, l'adita Corte d'appello, con sentenza depositata il 4 marzo 2010, accoglieva le domande dei lavoratori. Per la cassazione propone ricorso la Sodexo, affidato ad unico, articolato, motivo.

Resiste il solo S. con controricorso, mentre gli altri lavoratori sono rimasti intimati.

Motivi della decisione

1.- La società Sodexo Italia censura la sentenza impugnata ex artt. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5 per violazione e falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, nonché per omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa fatti controversi e decisivi per il giudizio. Lamenta in particolare che i lavoratori in epigrafe erano, od erano stati, dipendenti della Sodexo Italia s.p.a., azienda di ristorazione collettiva, in favore di uffici, enti pubblici e privati, sanità, che, fra gli altri, ha tra i suoi clienti le 7 sedi RAI in Italia.

Lamenta che nessuna fonte, legale, contrattuale ovvero derivante da usi, imponeva all'azienda di sopportare il costo del lavaggio della divisa di lavoro, la cui fornitura e costo pure ammetteva essere tenuta a sostenere in base al c.c.n.l. di categoria, e che i dipendenti pur erano obbligati ad indossare durante il lavoro.

Lamenta tuttavia che l'art. 124 del c.c.n.l. di categoria vigente all'epoca dei fatti e non meglio individuato, così come il precedente c.c.n.l. del 1976, non prevedeva(no) alcunché per il lavaggio, ed anzi stabiliva(no) l'obbligo della divisa solo in caso in cui i dipendenti fossero a contatto con particolari sostanze (imbrattanti o corrosive).

Negava l'esistenza di prassi aziendali in tal senso e contestava la giurisprudenza affermatasi sul punto unicamente con riferimento alle divise obbligatoriamente utilizzate dal personale addetto alla nettezza urbana, che assumevano in tal caso, ed a differenza delle divise oggetto di causa, natura di presidio protettivo ai sensi del D.Lgs. n. 626 del 1994.

1.1- Il ricorso è in larga parte inammissibile per non avere chiarito la ricorrente le norme di legge violate, mentre quelle contenute nell'invocato c.c.n.l. non possono esaminarsi a causa della mancata produzione, o specificazione in ricorso, del contratto (Cass. sez.un. 3 novembre 2011 n. 22726; Cass. ord. 30 luglio 2010 n. 17915).

Per completezza espositiva può rilevarsi, nel merito, che nella specie è pacifico, e la Corte di merito ha comunque accertato, che nel contratto di appalto tra la Sodexo Italia e la Rai la prima si fosse obbligata a dotare il personale "di cuffie, grembiuli e divise sempre pulite".

Ne discende, pianamente, che l'azienda è tenuta a dotare il personale di divise sempre pulite, e dunque di sopportarne il relativo costo, sicché (cfr. Cass. n. 23314 del 2010; Cass. n. 22929 del 2005, pur inerenti le divise del personale addetto alla nettezza urbana) dal suo inadempimento consegue l'obbligo di risarcire il danno ai sensi dell'art. 1218 c.c.. Peraltro lo stralcio dell'art. 124 c.c.n.l., riportato dalla stessa società Sodexo Italia a pag. 6 del ricorso, prevede che "quando viene fatto obbligo al personale di indossare speciali divise, diverse da quelle tradizionali di cui all'art. 98 del c.c.n.l. 14 luglio 1976, la spesa relativa è a carico del datore di lavoro". Nella specie non è adeguatamente chiarito, in contrasto col principio di autosufficienza del ricorso, quali siano le speciali divise di cui alla pretesa norma contrattuale collettiva, e soprattutto quali quelle, diverse, di cui al menzionato art. 98 del c.c.n.l. del 1976, non risultando, come detto, depositati o riprodotti in ricorso relativi documenti.

Deduce poi la ricorrente che la tesi della Corte di merito -secondo cui dalla clausola del contratto di appalto, vincolante solo tra l'appaltante e l'appaltatrice, derivasse una prestazione in favore di terzi era illegittima, non prevedendo l'ordinamento effetti del contratto in favore di terzi se non nei casi previsti dalla legge (pag. 10 ricorso).

La censura è infondata, posto che l'art. 1411 c.c. stabilisce che è sempre valida la stipulazione di un contratto a favore di terzi, purché lo stipulante vi abbia interesse. Nella specie è indubbio che la società appaltante, che risulta aver esplicitamente inserito nel contratto di appalto che l'appaltatrice era obbligata a far indossare ai lavoratori una divisa di lavoro (cuffie, grembiuli e divise) "sempre pulita", ha evidentemente interesse a ciò, sicché non contrasta col principio di cui alla citata norma codicistica, l'obbligo della datrice di lavoro di sostenere le spese di lavaggio (o di rimborsare al lavoratore quelle a tal scopo personalmente sostenute).

Il ricorso deve pertanto respingersi essendo la ratio decidendi ora esaminata corretta ed idonea a sorreggere il decisum della sentenza impugnata.

Le spese, con riferimento all'unico intimato costituito, seguono la soccombenza e, liquidate come da dispositivo, debbono distrarsi in favore dell'avv. Pier Luigi Panici, dichiaratosi anticipante.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, in favore dello S., che liquida in Euro 50,00 per esborsi, Euro 2.500,00 per compensi, oltre accessori di legge, da distrarsi in favore dell'avv. Pier Luigi Panici. Nulla per le spese quanto alle parti rimaste intime.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 26 giugno 2013.

Depositato in Cancelleria il 26 agosto 2013

Corte Suprema di Cassazione, sentenza 01.08.2013, n. 18492

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE T

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CICALA Mario - Presidente -

Dott. BOGNANNI Salvatore - Consigliere -

Dott. IACOBELLIS Marcello - Consigliere -

Dott. DI BLASI Antonino - Consigliere -

Dott. CARACCIOLO Giuseppe - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ordinanza

sul ricorso 1749-2011 proposto da:

AGENZIA DELLE ENTRATE (OMISSIS) in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende, ope legis;

- ricorrente -

contro

S.E.;

- intimato -

avverso la sentenza n. 357/5/2010 della Commissione Tributaria Regionale di NAPOLI - Sezione Staccata di SALERNO dell'11.10.2010, depositata il 22/10/2010;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/06/2013 dal Consigliere Relatore Dott. GIUSEPPE CARACCIOLO;

E' presente il Procuratore Generale in persona del Dott. ANTONIETTA CARESTIA;

La Corte, ritenuto che, ai sensi dell'art. 380 bis cod. proc. civ., è stata depositata in cancelleria la seguente relazione:

Il relatore cons. Giuseppe Caracciolo, letti gli atti depositati.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

La CTR di Napoli, accogliendo parzialmente l'appello di S. E. - appello proposto contro la sentenza n.437/01/2007 della CTP di Avellino che aveva respinto il ricorso della parte contribuente relativo a cartelle di pagamento per IVA-IRPEF-IRAP ed addizionali comunali per gli anni 2002-2003 - ha dichiarato nullo il ruolo n. 2006/379 confermando invece gli altri oggetto del giudizio.

La CTR ha motivato la propria decisione nel senso che era risultato dalla documentazione depositata agli atti che gli avvisi di accertamento presupposti rispetto al ruolo risultavano notificati a tale F.A. (che si era dichiarata moglie capace e convivente e che aveva sottoscritto la notifica), soggetto del tutto estraneo al rapporto tributario, residente in altro comune rispetto a quello del destinatario della notifica e rispetto al quale la F. non risultava essere in rapporto nè familiare, nè di vicinanza nè di coniugio. Essendo risultata inesistente la notifica dell'atto presupposto, anche il ruolo e la cartella di pagamento risultavano viziati. L'Agenzia ha interposto ricorso per cassazione affidato a due motivi. La parte contribuente non ha svolto attività difensiva.

Il ricorso - ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c. assegnato allo scrivente relatore - può essere definito ai sensi dell'art. 375 c.p.c..

Ed invero, con il primo motivo di impugnazione (improntato alla violazione dell'art. 2700 c.c.) la parte ricorrente si duole del fatto che il giudicante del merito abbia inficiato - sulla base della documentazione risultante in atti- la fede privilegiata della relata di notifica, dalla quale risulta che il soggetto consegnatario si era qualificato moglie convivente all'atto di ricevere la notifica e di sottoscriverla. La censura appare fondata e da accogliersi in ragione del solo primo motivo, con assorbimento del secondo.

Il giudice del merito ha dato prevalenza alla documentazione depositata in giudizio e dalla quale risultava che la F. non fosse in rapporto di coniugio nè convivente con lo S., senza curarsi del fatto che la F. medesima (con dichiarazione resa all'ufficiale che aveva curato la notifica, e perciò dotata di fede privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c.) si era qualificata moglie convivente ed aveva accettato di ricevere la notifica. Di tanto il giudice del merito avrebbe dovuto contentarsi per ritenere efficace e valida la notifica, alla luce della confermata giurisprudenza di questa Corte. Si veda, per tutte (senza che il riferimento a diversa figura soggettiva alteri la correttezza del principio e la sua applicabilità al caso qui in esame) Cass. Sez. L, Sentenza n. 239 del 10/01/2007: "In caso di notificazione effettuata a norma dell'art. 139 c.p.c., comma 2, con consegna dell'atto a persona qualificatasi (secondo le dichiarazioni rese all'ufficiale giudiziario e dal medesimo riportate nella relata di notificazione) quale dipendente del destinatario o addetta all'azienda, all'ufficio o allo studio del medesimo, l'intrinseca veridicità di tali dichiarazioni e la validità della notificazione non possono essere contestate sulla base del solo difetto di un rapporto di lavoro subordinato tra i predetti soggetti, essendo sufficiente che esista una relazione tra consegnatario e destinatario idonea a far presumere che il primo porti a conoscenza del secondo l'atto ricevuto.

Conseguentemente tali presunzioni non possono essere superate dalla circostanza, provata a posteriori, che la persona che aveva sottoscritto l'avviso di ricevimento lavorava, sia pure nella predetta sede, alle dipendenze esclusive di altro soggetto, se non accompagnata dalla prova che il

medesimo consegnatario non era addetto nei medesimi locali ad alcun incarico per conto o nell'interesse del destinatario".

Pertanto, si ritiene che il ricorso può essere deciso in camera di consiglio per manifesta fondatezza e che la Corte possa decidere la controversia anche nel merito (non apparendo necessari ulteriori accertamenti di fatto) respingendo integralmente il ricorso della parte contribuente avverso le impugnate cartelle di pagamento.

Roma, 25 marzo 2012.

Che la relazione è stata comunicata al pubblico ministero e notificata agli avvocati delle parti;

che non sono state depositate conclusioni scritte, né memorie;

che il Collegio, a seguito della discussione in camera di consiglio, condivide i motivi in fatto e in diritto esposti nella relazione e, pertanto, il ricorso va accolto;

che le spese di lite possono essere regolate secondo il criterio della soccombenza.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta il ricorso del contribuente avverso il provvedimento impositivo. Condanna la parte contribuente a rifondere le spese di lite di questo grado, liquidate in Euro 10.200,00 oltre spese prenotate a debito e compensa tra le parti le spese dei gradi di merito.

Così deciso in Roma, il 27 giugno 2013.

Depositato in Cancelleria il 1 agosto 2013

Corte Suprema di Cassazione, Sentenza 30.07.2013, n. 18251

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SESTA CIVILE

SOTTOSEZIONE T

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CICALA Mario - Presidente -

Dott. BOGNANNI Salvatore - Consigliere -

Dott. IACOBELLIS Marcello - Consigliere -

Dott. DI BLASI Antonino - Consigliere -

Dott. CARACCIOLO Giuseppe - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ordinanza

sul ricorso 11799-2011 proposto da:

AGENZIA DELLE ENTRATE (OMISSIS) in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende, ope legis;

- ricorrente -

contro

A.G. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE DELLE MILIZIE 138, presso lo studio dell'avvocato POLCHI RODOLFO, rappresentato e difeso dall'avvocato SINISCALCO MARCO, giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE (OMISSIS) in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende, ope legis;

- controricorrente al ricorrente incidentale -

e contro

EQUITALIA POLIS SPA;

- intimata -

- ricorrenti incidentali -

avverso la sentenza n. 57/15/2010 della Commissione Tributaria Regionale di NAPOLI del 15.3.2010, depositata il 17/03/2010;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/06/2013 dal Consigliere Relatore Dott. GIUSEPPE CARACCIOLO;

E' presente il Procuratore Generale in persona del Dott. ANTONIETTA CARESTIA. La Corte, ritenuto che, ai sensi dell'art. 380 bis cod. proc. civ., è stata depositata in cancelleria la seguente relazione:

Il relatore cons. Giuseppe Caracciolo, letti gli atti depositati:

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

La CTR di Napoli ha respinto l'appello dell'Agenzia - appello proposto contro la sentenza n. 102/38/2008 della CTP di Napoli, che aveva accolto il ricorso della parte contribuente A.G., relativo ad avviso di intimazione di pagamento per Tarsu afferente il periodo 1996/2004 inviato dal Concessionario per la riscossione - ed ha perciò dichiarato nullo il provvedimento in questione per vizio di notifica dello stesso.

La CTR ha motivato la propria decisione - dopo aver dato atto che il giudice di primo grado aveva accolto il ricorso evidenziando che nel procedimento di notifica al destinatario irreperibile, "alla affissione deve conseguire la comunicazione di essa al destinatario con raccomandata"- nel senso che Equitalia "non ha comunque provato che il contribuente è venuto a conoscenza della richiesta di pagamento"; ed inoltre nel senso che "sussiste la prescrizione del diritto secondo la vigente normativa". L'Agenzia ha interposto ricorso per cassazione affidato a quattro motivi. La parte contribuente si è costituita con controricorso ed ha formulato ricorso incidentale sul capo di regolazione delle spese di lite.

Equitalia Polis spa non ha svolto attività difensiva.

Il ricorso - ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c. assegnato allo scrivente relatore - può essere definito ai sensi dell'art. 375 c.p.c..

Ed invero, con il primo motivo di impugnazione (improntato alla violazione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 60, comma 1, lett. E in combinato disposto con l'art. 140 c.p.c.) la parte ricorrente principale - dopo avere dato atto che la cartella di pagamento concerneva somme dovute ai fini INVIM a seguito di registrazione di atto di compravendita e che la notifica della stessa era avvenuta ai sensi dell'art. 60 sopra menzionato - assume che la CTR ha erroneamente mostrato di ritenere che per il perfezionamento del procedimento di notifica sia necessaria la spedizione della raccomandata di cui all'art. 140 c.p.c., per quanto detto incumbente non sia espressamente previsto dalla norma, secondo la quale la procedura di notificazione si conclude con l'affissione dell'avviso all'albo del comune se in esso "non vi è abitazione, ufficio o azienda del contribuente, giacchè non avrebbe senso nell'ipotesi di trasferimento del destinatario per località ignota l'invio di una raccomandata". La censure appaiono infondate e da disattendersi, alla luce della costante giurisprudenza di questa Corte (Cass. Sez. 5, Ordinanza n. 14316 del 28/06/2011) secondo cui: "In tema di riscossione delle imposte dirette, nell'ipotesi in cui una cartella esattoriale venga notificata ai sensi del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 26, comma 3, e quindi con deposito presso la casa comunale, affissione alla porta del destinatario e invio della raccomandata con avviso di ricevimento, ai fini della tempestività dell'impugnazione della detta cartella, il "dies a quo" della decorrenza del termine deve essere individuato, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza 14 gennaio 2010, n. 3 e l'ordinanza 25 febbraio 2011, n. 63, nel giorno del ricevimento della raccomandata informativa, se anteriore al maturarsi della compiuta giacenza ovvero, in caso contrario, con il decorso del termine di dieci giorni dalla data di spedizione della raccomandata". Alla luce dei predetti principi (ed atteso che nella specie di causa - secondo quanto si desume dalla sentenza impugnata e senza che la contraria ipotesi sia stata dimostrata vera dalla parte ricorrente nell'assolvimento del proprio onere di autosufficienza - si versa nell'ipotesi dell'irreperibilità prevista dal D.P.R. n. 602 del 1973, art. 26 a mezzo del richiamo alle fattispecie regolate dall'art. 140 c.p.c.), non vi è ragione di perseverare nell'affermare la necessaria distinzione tra la procedura di notifica all'irreperibile disciplinata dall'art. 140 c.p.c. e quella disciplinata dal D.P.R. n. 600 del 1972, art. 60 siccome -per effetto dell'interpretazione adeguatrice implicata dalle menzionate pronunce della Corte Costituzionale- entrambe le norme impongono -ormai- la comunicazione per raccomandata dell'avvenuta effettuazione delle formalità di affissione e deposito, senza la quale non può considerarsi perfezionato il procedimento notificatorio, ciò che appunto è stato rilevato dal

giudice del merito come oggetto della prova necessaria che incombe sulla parte notificante, senza che a tal fine rilevi se il giudicante ha identificato la norma precettiva nell'uno o nell'altro dei due articoli menzionati.

Non resta che ritenere che la Commissione di merito si sia correttamente attenuta al principio di diritto dianzi enunciato, senza che rilevino ai presenti fini le pronunce di questa Corte che sono state menzionate dalla parte ricorrente a sostegno della propria tesi (Cass. 6102/2011; Cass. 22677/2007), atteso che esse si riferiscono alla differente ipotesi in cui "nel comune nel quale deve eseguirsi la notificazione non vi è l'abitazione, ufficio o azienda del contribuente", sicchè poi l'avviso del deposito prescritto dall'art. 140 del codice di procedura civile, in busta chiusa e sigillata, si affigge nell'albo del comune e la notificazione, ai fini della decorrenza del termine per ricorrere, si ha per eseguita nell'ottavo giorno successivo a quello di affissione. Sulla necessaria distinzione della procedura applicabile nelle due diverse ipotesi si veda anche (di recente) Cass. Sez. 5, Sentenza n. 14030 del 27/06/2011. Con il secondo motivo di impugnazione (centrato sul vizio di motivazione) la ricorrente formula una sterile critica alla pronuncia impugnata, identificando come fatto controverso la questione della correttezza della notifica di cui si è detto, che invece "fatto" non è, giacchè invece è un giudizio risultante dalla corretta applicazione della disciplina di legge di cui già si è detto. Anche detto motivo appare - perciò - inammissibilmente formulato. Con il terzo motivo di ricorso (centrato sulla violazione del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 19, comma 3) la parte ricorrente assume che il procedimento di notifica si è concluso correttamente e che l'omessa impugnazione della cartella rende quest'ultima irretrattabile, sicchè la CTR ha errato a dichiarare prescritto il diritto alla riscossione, in ragione di un atto quale l'intimazione di pagamento, che avrebbe potuto essere impugnato solo per vizi propri.

Il motivo è assorbito dall'esito dell'esame di quello che precede, giacchè è logicamente sorretto dall'assunto della correttezza della procedura di notificazione che -come dianzi si è detto- è risultato invece smentito.

Con il quarto motivo di impugnazione (centrato sulla violazione dell'art. 2934 c.c. e contempo sul vizio di motivazione) la parte ricorrente si duole dell'erronea affermazione contenuta nella sentenza impugnata circa l'avvenuta prescrizione del diritto alla riscossione, mentre tutta l'attività descritta da controparte in ricorso è idonea a determinare l'interruzione dei termini di prescrizione. In ogni caso, l'avvenuta prescrizione del diritto era risultata del tutto indimostrata nella sentenza della CTR che -a riguardo - aveva ommesso qualsiasi delucidazione.

Anche detto ultimo motivo del ricorso principale appare inammissibilmente formulato.

Quanto al primo profilo, perchè la parte ricorrente postula una idoneità astratta e non concreta, non avendo chiarito in quali termini le "attività" genericamente indicate abbiano effettivamente determinato l'interruzione del termine prescrizionale; quanto al secondo profilo, perchè la censura non identifica quel fatto controverso che potrebbe costituire l'oggetto esclusivo del vizio motivazionale.

Venendo al ricorso incidentale (centrato sulla violazione del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 15 nonchè sul vizio di motivazione), la parte ricorrente si duole del fatto che il giudice del merito abbia compensato le spese di giudizio sulla scorta del semplice richiamo alla "natura del giudizio" e perciò con motivazione di stile e sostanzialmente tautologica.

Il motivo appare fondato e da accogliersi, alla luce della costante e ribadita giurisprudenza di questa Corte (si veda, per tutte Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 26987 del 15/12/2011) secondo la quale: "In tema di spese giudiziali, le gravi ed eccezionali ragioni, da indicarsi esplicitamente nella motivazione, in presenza delle quali, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., comma 2, (nel testo introdotto dalla

L. 28 dicembre 2005, n. 263, art. 2), il giudice può compensare, in tutto o in parte, le spese del giudizio non possono essere tratte dalla struttura del tipo di procedimento contenzioso applicato nè dalle particolari disposizioni processuali che lo regolano, ma devono trovare riferimento in specifiche circostanze o aspetti della controversia decisa. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva dichiarato compensate le spese in un giudizio di opposizione avverso l'irrogazione di sanzione amministrativa, sul presupposto della limitata attività difensiva della parte, correlata alla natura della controversia)".

Poichè nel provvedimento qui impugnato non ha trovato rilievo alcuno - ai fini della compensazione - il fatto processuale controverso ma una generica considerazione della natura della controversia, non idonea a costituire oggetto del controllo che compete a questa Corte, non resta che concludere che la pronuncia merita - sul punto - Cassazione, con conseguente rimessione della lite al giudice del merito affinchè rinnovi l'apprezzamento in ordine alla questione relativa alla regolazione delle spese di lite ed alla loro liquidazione.

Pertanto, si ritiene che il ricorso può essere deciso in camera di consiglio per manifesta infondatezza e inammissibilità, quanto al ricorso principale, e per manifesta fondatezza quanto al ricorso incidentale.

Roma, 20 novembre 2012.

Che la relazione è stata comunicata al pubblico ministero e notificata agli avvocati delle parti;

che non sono state depositate conclusioni scritte, nè memorie;

che il Collegio, a seguito della discussione in camera di consiglio, condivide i motivi in fatto e in diritto esposti nella relazione e, pertanto, il ricorso va accolto;

che le spese di lite possono essere regolate dal giudice del rinvio.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale ed accoglie quello incidentale. Cassa la decisione impugnata, in relazione a quanto accolto, e rinvia alla CTR Campania che, in diversa composizione, provvederà anche sulle spese di lite del presente grado.

Così deciso in Roma, il 27 giugno 2013.

Depositato in Cancelleria il 30 luglio 2013

Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 12-07-2013) 08-08-2013, n. 18980

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente -

Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere -

Dott. DIDONE Antonio - rel. Consigliere -

Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -

Dott. SAN GIORGIO Maria Rosaria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 14392/2010 proposto da:

L.C. (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliata in ROMA, VIA C. COLOMBO 436, presso l'avvocato CARUSO RENATO, rappresentata, e difesa dall'avvocato MASI MARCO, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI BUDRIO, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA F. MICHELINI TOCCI 50, presso l'avvocato VISCONTI CARLO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato MONTUSCHI LUIGI, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 20440/2009 del TRIBUNALE di BOLOGNA, depositata il 23/06/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 12/07/2013 dal Consigliere Dott. ANTONIO DIDONE;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato B.M. CARUSO, con delega, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per il controricorrente, l'Avvocato C. VISCONTI che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FUCCI Costantino, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1.- L.C. ha proposto ricorso per cassazione - affidato a un solo motivo - contro la sentenza depositata il 23.6.2009 con la quale il Tribunale di Bologna ha rigettato la sua domanda di cancellazione di dati personali sensibili e giudiziari nonché, di risarcimento dei danni proposta ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 152, nei confronti del Comune di Budrio.

Il Tribunale ha ritenuto che fossero stati rispettati i principi di pertinenza e necessità e che non fossero stati diffusi dati riguardanti lo stato di salute della ricorrente (essendo generica la dizione "assenza per malattia" così come il termine "mobbing") ovvero dati giudiziari.

Resiste con controricorso l'amministrazione comunale intimata.

Nel termine di cui all'art. 378 c.p.c., le parti hanno depositato memoria.

2.- Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente denuncia violazione di norme di diritto e formula, ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., applicabile *ratione temporis*, il seguente quesito di diritto: "se la pubblicazione, da parte di un'amministrazione comunale, all'Albo Pretorio nonché, sul sito internet ufficiale, dei dati personali di un proprio dipendente relativi allo stato di malattia dello stesso nonché, alla pendenza tra le parti di procedure giudiziarie aventi per oggetto il mobbing e, ancora, l'omessa pubblicazione dei dati personali dello stesso all'interno dell'organigramma comunale siano comportamenti posti in violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali, d.lgs. n. 196/2003, ed in particolare degli artt. 3, 4, 11, 15 e 22".

3.- Il ricorso è fondato.

Il D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 22, invero, dispone che "i soggetti pubblici conformano il trattamento dei dati sensibili e giudiziari secondo modalità volte a prevenire violazioni dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell'interessato" (comma 1).

Inoltre, "i soggetti pubblici possono trattare solo i dati sensibili e giudiziari indispensabili per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute, caso per caso, mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa" (comma 3) e "i dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi" (comma 8), mentre rispetto ai dati sensibili e giudiziari "i soggetti pubblici sono autorizzati ad effettuare unicamente le operazioni di trattamento indispensabili per il perseguimento delle finalità per le quali il trattamento è consentito, anche quando i dati sono raccolti nello svolgimento di compiti di vigilanza, di controllo o ispettivi".

Questa Corte, in fattispecie analoga (cfr. Sez. 1, Sentenza n. 12726 del 2012), ha affermato: Gli enti locali, in quanto soggetti pubblici, possono trattare dati di carattere personale anche sensibile e giudiziario solo per svolgere le rispettive funzioni istituzionali (L. n. 675 del 1996, art. 27). La pubblicazione e la divulgazione di atti e documenti determinano una "diffusione" di dati personali, comportando la conoscenza di dati da parte di un numero indeterminato di cittadini e l'interferenza nella sfera personale degli interessati che ne consegue è legittima, solo se la diffusione è prevista da una norma di legge o di regolamento (L. n. 675 del 1996, art. 1, comma 2, lett. h), e art. 27, comma 1).

In ogni caso la diffusione deve essere rispettosa dei criteri dettati dalla L. n. 675 del 1996, art. 9, in forza del quale i dati personali devono essere "a) trattati in modo lecito e secondo correttezza" e, in ogni caso, "d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati".

Se la menzione di dati personali relativi alla ricorrente nelle deliberazioni adottate risultava lecita, anche alla luce del D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 183, il quale prevede, per l'adozione degli impegni di spesa, che debba essere indicata oltre alla somma da pagare ed al soggetto creditore anche la ragione di tale impegno, per converso, non rispettosa, dei criteri di pertinenza e proporzionalità di cui alla L. n. 675 del 1996, art. 9, sono state le modalità di diffusione dei dati della ricorrente nella versione dell'ordine del giorno della seduta del Consiglio comunale riportato nell'avviso pubblico di convocazione dello stesso.

E' stato, altresì, affermato che "la pubblica amministrazione commette illecito se effettua il trattamento di un dato che risulti eccedente le finalità pubbliche da soddisfare" (Sez. 1[^], n. 2034/2012).

I medesimi principi - benché, enunciati alla luce della L. n. 675 del 1996, sul punto non difforme dal D.Lgs. n. 196 del 2003, - risultano applicabili nella concreta fattispecie, tenuto conto che la "salute" è definibile come stato di benessere fisico e di armonico equilibrio psichico dell'organismo umano, in quanto "esente da malattie", da imperfezioni e disturbi organici o funzionali. Talché, costituisce diffusione di un dato sensibile quello relativo all'assenza dal lavoro di un dipendente per malattia.

Inoltre, va tenuto conto della circostanza che "per mobbing si intende comunemente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili che finiscono per assumere forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisiopsichico e del complesso della sua personalità". In particolare, ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro sono, tra l'altro, rilevanti l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente e il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore (Sez. L, Sentenza n. 3785 del 17/02/2009).

Il Garante della protezione dei dati personali, peraltro, sin dal 2004 (e in relazione alla Guardia di Finanza) ha ritenuto che l'indicazione del dato relativo all'assenza per "convalescenza" da luogo ad un trattamento di dati sensibili dal momento che tale informazione, pur non facendo riferimento a specifiche patologie, è comunque suscettibile di "rivelare lo stato di salute" dell'interessato (art. 4, comma 1, lett. d) del Codice (V., ora, le "Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico" - 14 giugno 2007 in G.U. 13 luglio 2007, n. 161 p.8.2:

"Riguardo al trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute, la normativa sul rapporto di lavoro e le disposizioni contenute in contratti collettivi possono giustificare il trattamento dei dati relativi a casi di infermità che determinano un'incapacità lavorativa (temporanea o definitiva), con conseguente accertamento di condizioni di salute del lavoratore da parte dell'amministrazione di appartenenza, anche al fine di accertare l'idoneità al servizio, alle mansioni o allo svolgimento di un proficuo lavoro. Tra questi ultimi può rientrare anche una informazione relativa all'assenza dal servizio per malattia, indipendentemente dalla circostanza che sia contestualmente indicata esplicitamente la diagnosi"). L'art. 8 della direttiva 95/46/CE, peraltro, fa riferimento semplicemente ai "dati relativi alla salute" e non può essere messo in dubbio che un'assenza dal lavoro "per malattia" costituisca un dato personale "relativo alla salute" del soggetto cui l'informazione si riferisce.

Trova quindi applicazione, nel caso di specie, la disciplina sul trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti pubblici. L'art. 22, comma 3, del Codice prevede che tali soggetti possono trattare solo i dati sensibili indispensabili per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute, caso per caso, mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa.

Da ultimo va chiarito che l'omessa pubblicazione dei dati personali della ricorrente all'interno dell'organigramma comunale va apprezzata quale violazione del principio di completezza dei dati personali trattati dall'amministrazione.

Il ricorso, dunque, deve essere accolto. La sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio per nuovo esame e per il regolamento delle spese al Tribunale di Bologna, in persona di diverso

magistrato.

Non rileva, infine, nel presente procedimento (ratione temporis) la norma di cui al D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, art. 4, comma 5, (Limiti alla trasparenza), secondo la quale “Le notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto a una funzione pubblica e la relativa valutazione sono rese accessibili dall’amministrazione di appartenenza. Non sono invece ostensibili, se non nei casi previsti dalla legge, le notizie concernenti la natura delle infermità e degli impedimenti personali o familiari che causino l’astensione dal lavoro, nonché, le componenti della valutazione o le notizie concernenti il rapporto di lavoro tra il predetto dipendente e l’amministrazione, idonee a rivelare taluna delle informazioni di cui al D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 4, comma 1, lett. d)”.

Il detto provvedimento legislativo, infatti, è in vigore soltanto dal 20 aprile 2013.

Ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 154, comma 6, copia del presente provvedimento sarà trasmessa, a cura della cancelleria, al Garante.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione, cassa la sentenza impugnata e rinvia per nuovo esame e per il regolamento delle spese al Tribunale di Bologna in persona di diverso magistrato.

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi delle parti a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, in quanto imposto dalla legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 12 luglio 2013.

Depositato in Cancelleria il 8 agosto 2013

**Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud.
06/03/2013) 07/08/2013, n. 18808**

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VIDIRI Guido - Presidente -

Dott. VENUTI Pietro - Consigliere -

Dott. MAISANO Giulio - Consigliere -

Dott. BERRINO Umberto - Consigliere -

Dott. GARRI Fabrizia - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 333-2008 proposto da:

AZIENDA SANITARIA LOCALE N. (OMISSIS) DI NUORO (OMISSIS) in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ANTONIO GRAMSCI 24, presso lo studio dell'avvocato MASINI MARIA STEFANIA, rappresentata e difesa dall'avvocato MOCCI ANGELO, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

F.C. C.F. (OMISSIS), S.A. C.F. (OMISSIS) domiciliati in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentati e difesi dall'avvocato BACCHIS MARCO, giusta delega in atti;

- controricorrenti -

e contro

D.M., C.L.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 343/2007 della CORTE D'APPELLO di CAGLIARI, depositata il 19/10/2007 r.g.n. 315/06 + altre;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 06/03/2013 dal Consigliere Dott. FABRIZIA GARRI';

udito l'Avvocato MOCCI ANGELO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SEPE Ennio Attilio, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

Svolgimento del processo

La Corte d'appello di Cagliari ha confermato la sentenza del Tribunale di Oristano che aveva accolto le domande proposte da M. D., F.C., C.L. e A. S., tutti dipendenti dell'Azienda Sanitaria Locale n. (OMISSIS) di Nuoro - provenienti dalla USL (OMISSIS) di Sorgono ed in servizio presso il presidio ospedaliero (OMISSIS) con la qualifica di infermieri generici - ed accertato l'avvenuto svolgimento delle mansioni proprie della qualifica di "infermiere professionale" nel periodo dal 1.7.1998 al 11.8.2004 per sopperire a carenze organizzative e di personale ed assicurare il servizio dovuto. Per l'effetto aveva condannato la convenuta al pagamento delle differenze retributive chieste avuto riguardo da un canto alla categoria BS loro riconosciuta e dall'altro alle mansioni riconducibili alla categoria C, di infermiere professionale, effettivamente svolte.

La Corte d'appello ha verificato e confermato che, in esito all'istruttoria espletata in primo grado, era risultato provato lo svolgimento delle mansioni in relazione alle quali erano rivendicate le differenze retributive.

Ha poi accertato che sulla base della contrattazione collettiva 1998- 2001 la figura dell'infermiere generico, rivestita dai lavoratori era conservata ad esaurimento mentre era prevista come categoria generale la figura dell'infermiere professionale, categoria C, e quella del collaboratore professionale, categoria D. Ha quindi sottolineato che la domanda era stata ridotta alle differenze retributive dovute in relazione allo svolgimento delle mansioni riconducibili alla categoria C, escludendo che a ciò fosse d'ostacolo la mancanza di un formale atto di assegnazione essendo sufficiente la prova dello svolgimento in concreto di mansioni che peraltro non era stato negato, nella sua materialità, dall'azienda che in primo grado si era limitata a contestare la riconducibilità di quei compiti alla qualifica rivendicata.

Quindi esaminate comparativamente, alla luce delle declaratorie legali e, poi, di quelle collettive (D.P.R. 14 marzo 1974, n. 225 e ccnl comparto sanità pubblica 1998- 2001, art. 28) le mansioni proprie delle due qualifiche, ne ha evidenziato, per taluni aspetti, la coincidenza ed ha confermato la correttezza dell'accertamento che le mansioni svolte, sotto il profilo qualitativo e quantitativo davano diritto ai compensi chiesti atteso che non erano riconducibili alla qualifica di infermiere generico rivestita ed avevano il necessario carattere della continuità e prevalenza.

Quanto alla pretesa "inconsapevolezza" dell'azienda appellante del concreto svolgimento delle dette mansioni, asseritamente prestate su un piano meramente volontario, la Corte di merito ne ha escluso la credibilità stante la loro durata extraquinquennale ed il concreto coinvolgimento del personale nell'organizzazione dei turni di assistenza.

Inoltre il giudice di appello ha motivatamente escluso che la coincidenza di talune mansioni tra i due profili valesse ad attrarle nel profilo inferiore ed ha respinto l'interpretazione data dall'azienda alla disciplina dettata dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52 (già D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56) avendo accertato da un canto che non si era trattato di una sostituzione momentanea di lavoratori con diritto alla conservazione del posto ed escludendo che si possa ravvisare una violazione dell'art. 2126 c.c. tenendo conto del fatto che l'azienda ha "tollerato" l'organizzazione del lavoro nel pronto soccorso con adibizione di personale privo di una specifica qualificazione come infermiere professionale, per oltre cinque anni prima di intervenire con un ordine di servizio che ripristinasse la regolarità delle attribuzioni al personale infermieristico.

Per la cassazione della sentenza ricorre la Azienda sanitaria Locale n. (OMISSIS) di Nuoro sulla base di un solo motivo.

Resistono con controricorso F.C. ed S.A. mentre gli altri resistenti sono rimasti intimati.

Motivi della decisione

Con un unico motivo di ricorso viene denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 2126 c.c. in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3.

Sostiene la ASL ricorrente che ai lavoratori non potevano essere riconosciute le differenze retributive chieste atteso che, nel caso in cui per lo svolgimento di mansioni superiori sia necessario il possesso di uno specifico titolo di studio o di una particolare abilitazione professionale (nella specie infermiere professionale), sono ravvisabili quei profili di illiceità nello svolgimento delle mansioni che non consentono l'applicazione dell'art. 2126 c.c..

Nè ad avviso della ricorrente sarebbe risultato provato nel corso del giudizio che l'attività sarebbe

stata svolta con il consenso del datore di lavoro posto che, al contrario, dalla documentazione versata in atti si evincerebbe che il Direttore Sanitario aveva provveduto a diffidare i dipendenti dallo svolgimento di mansioni non riconducibili a quelle proprie di inquadramento.

Aggiunge poi la ASL che, ove pure si ammettesse una tolleranza dell'esercizio di una attività riconducibile ad una qualifica superiore, ciò non autorizzerebbe comunque il riconoscimento delle differenze retributive stante il carattere illecito dell'attività svolta.

A conclusione della censura formula il seguente quesito:

“Dica la Corte, con riferimento alla disciplina dettata dall'art. 2126 c.c., se lo svolgimento con carattere di continuità e di prevalenza da parte di infermieri generici di attività rientranti nel profilo di un infermiere professionale sia da considerarsi illecita perchè derivante da violazione di norme imperative attinenti all'ordine pubblico e poste a tutela non del prestatore ma bensì del diritto alla salute, costituzionalmente garantito in via preminente alla generalità dei cittadini e, conseguentemente, dia o meno titolo per ottenere il pagamento delle relative differenze retributive anche nel caso in cui ciò fosse avvenuto su disposizione e/o con il consenso del datore di lavoro”.

La censura è destituita di fondamento.

Occorre preliminarmente ricordare che nell'ambito della c.d.

contrattualizzazione o privatizzazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la materia dello svolgimento delle mansioni superiori è stata disciplinata dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 56 che è stato novellato con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 25 e, quindi, ancora nel D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, art. 15, comma 6.

La disposizione, così complessivamente modificata, è stata, poi, testualmente riprodotta nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 52 (norme generali dell'ordinamento del lavoro alle dipendenze della amministrazioni pubbliche) che ha confermato, anche nell'ambito del nuovo regime del lavoro dei pubblici dipendenti, il principio secondo cui l'“esercizio di fatto di mansioni diverse da quelle della qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore (...)” (art. 52, ultima parte del comma 1).

Con riguardo alle modifiche apportate nel tempo, questa Corte ha in più occasioni affermato che “nel pubblico impiego privatizzato il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dal D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56, comma 6 - come modificato dal D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 25 - è stato soppresso dal D.Lgs. n. 387 del 1998, art. 15, con efficacia retroattiva, atteso che la modifica del comma 6, ultimo periodo disposta dalla nuova norma è una disposizione di carattere transitorio, non essendo formulata in termini atemporali, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di applicazione della norma stessa e quindi in modo idoneo a incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio. La portata retroattiva della disposizione risulta peraltro conforme alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha ritenuto l'applicabilità anche nel pubblico impiego dell'art. 36 Cost. nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto a una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonchè alla conseguente intenzione del legislatore di rimuovere con la disposizione correttiva una norma in contrasto con i principi costituzionali” (cfr. Cass. 4.2.2008 n. 2611 e già Cass. 8.1.2004 n. 91).

Individuati i casi in cui è legittima l'assegnazione temporanea a mansioni superiori (art. 52, comma 2), precisate le caratteristiche che lo svolgimento delle mansioni superiori deve avere per essere considerato tale (comma 3 della citata norma) il quinto comma prescrive quindi che “Al di fuori delle

ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore".

Ritiene questa Corte che la disposizione citata costituisca norma speciale rispetto alla disposizione generale contenuta nell'art. 2126 c.c. (che nell'ultimo alinea del comma 1 prevede che, ove la nullità del contratto di lavoro derivi da una "illiceità dell'oggetto o della causa", la prestazione di fatto resa non produca alcun effetto). Per tale ragione è infondata la tesi della ASL ricorrente, che sostanzialmente reclama l'applicazione della norma generale in luogo di quella speciale dettata dal più volte richiamato art. 52, disposizione che, nell'ambito della disciplina dei rapporti di lavoro pubblico privatizzati, ha una portata generale. Peraltro le domande giudiziali nel caso in esame fanno riferimento ad un'attività prestata in un periodo in cui la disciplina era entrata pienamente in vigore trattandosi di attività prestate successivamente alla data di decorrenza dell'efficacia del c.c.n.l per il comparto sanità stipulato il 7.4.1999 (G.U. 19 aprile 1999), ma relativo, dal punto di vista normativo, al quadriennio 1998-2001.

Che poi l'intento del legislatore fosse inteso a bilanciare il diritto costituzionalmente garantito ad una retribuzione proporzionata (art. 36 Cost.) alla quantità e qualità dell'attività lavorativa svolta con il dovere per l'amministrazione di procedere nel rispetto dei principi di "buona amministrazione" dettati dall'art. 97 Cost. è confermato dalla disposizione di chiusura dell'art. 52 che all'u.c. prevede, a maggior garanzia di comportamenti imprudenti da parte di coloro ai quali è demandata la corretta organizzazione dei servizi, la responsabilità personale del dirigente che ha disposto l'assegnazione in relazione ai maggiori oneri sostenuti dall'Amministrazione, ove si accerti che questi ha agito con dolo e colpa grave.

A parte dunque la recisa esclusione del conseguimento del diritto all'inquadramento nella qualifica superiore (che rimane ferma pur dopo i numerosi interventi del legislatore sulla norma), l'art. 56 contiene dunque due diversi ordini di disposizioni.

In primo luogo si indicano i casi in cui è legittima la temporanea assegnazione a mansioni superiori, con la precisa specificazione dei relativi presupposti e dei limiti temporali e la previsione del diritto del lavoratore al trattamento previsto per la qualifica superiore, per il periodo di effettiva prestazione. In secondo luogo si prende in considerazione l'ipotesi dell'assegnazione "a mansioni proprie di una qualifica superiore" al di fuori delle condizioni previste dalle precedenti disposizioni, per stabilire da un lato la nullità di detta assegnazione e dall'altro il diritto del lavoratore alla differenza di trattamento economico con la qualifica superiore (comma 5).

Peraltro l'espressione "una qualifica superiore" utilizzata dalla norma ha valore generico e omnicomprensivo, e non può ritenersi equivalente alla dizione "qualifica immediatamente superiore" utilizzata dal secondo comma nel delineare i presupposti dell'assegnazione legittima a mansioni superiori. Da tanto consegue che sarebbe dovuta la retribuzione corrispondente anche per il caso in cui le mansioni di fatto svolte non siano necessariamente ricollegabili alla qualifica immediatamente superiore. Tale conclusione è giustificata dalla lettera della disposizione in esame e dalla sua ratio, che, lo si ricorda nuovamente, è quella di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 Cost..

Il rapporto di specialità esistente tra la disciplina specifica del pubblico impiego privatizzato e quella comune dettata dall'art. 2126 c.c. in tema di svolgimento di fatto di attività lavorativa, ad avviso della Azienda ricorrente, incontrerebbe, con riferimento al diritto alla maggiore retribuzione, il limite dell'esistenza di una "illiceità dell'oggetto o della causa" che esonererebbe l'amministrazione al pari del datore di lavoro privato dall'obbligo di pagamento delle differenze retributive.

Ritiene la Corte che tuttavia, anche sotto tale profilo la norma specifica appresti, per le illegittime assegnazioni a mansioni superiori che danno luogo a carichi economici, rimedi specifici a tutela del corretto esercizio dell'attività amministrativa.

La scelta è quella di gravare della responsabilità del pregiudizio economico sofferto dall'amministrazione coloro che sono investiti del dovere di corretta attuazione delle regole per l'attribuzione delle mansioni, anche sotto il profilo del controllo delle modalità con le quali si svolge l'attività amministrativa. Dovere questo che non è altro che una esplicitazione, in un'ottica costituzionalmente orientata di garanzia di "buona amministrazione", dell'esigenza di provvedere a legittime e consentite assegnazioni a mansioni superiori.

Non può poi sostenersi sotto altro versante la tesi della ricorrente, secondo la quale lo svolgimento di fatto di un'attività per la quale è richiesta una particolare qualificazione professionale (nella specie il conseguimento del titolo per lo svolgimento della professione di infermiere professionale) sarebbe illecito perchè contrario "all'ordine pubblico" e che, conseguentemente le relative prestazioni non potrebbero essere retribuite.

Deve in contrario osservarsi che, secondo accreditata dottrina, l'ordine pubblico svolge una funzione preterlegale di repressione di abusi del diritto, di frodi alle norme giuridiche per non essere i valori del vivere sociale regolati unicamente dalle fonti legali. Si è infatti sostenuto che nell'ampia nozione dell'ordine pubblico va compreso l'insieme dei principi fondamentali immanenti nel sistema ordinamentale e desumibili da esso, e che l'applicazione del principio codicistico dell'ordine pubblico di cui all'art. 1343 c.c. è funzionale alla protezione dei diritti di dimensione sociale ed alla garanzia dei valori fondamentali ed essenziali della collettività e del vivere civile, ponendo in tal modo principi non derogabili dall'autonomia negoziale.

Alla luce di tali premesse nella fattispecie scrutinata non si rinviene una violazione dell'ordine pubblico ed una illiceità della causa nel senso denunziato dalla ricorrente.

Va al riguardo evidenziato che la Corte territoriale ha con puntualità accertato, sulla base delle declaratorie professionali contenute nel ccnl 1998/2001, che il profilo di "infermiere generico" (rivestito dagli odierni intimati) è mantenuto ad esaurimento nel livello economico Bs ed è destinato a scomparire. Al contrario la qualifica prevista a regime dal contratto è quella di collaboratore professionale sanitario, nella quale è confluito il precedente ruolo di "infermiere professionale", che si articola in due categorie, la C e la D, le quali si differenziano in relazione alla maggiore autonomia e professionalità richiesta per la categoria D rispetto alla C. Sostanzialmente la norma collettiva, adeguandosi alla mutata realtà sociale che nel tempo ha visto una professionalizzazione e specializzazione sempre maggiore per l'accesso alle professioni sanitarie, ha riprodotto lo schema già esistente adeguandolo, nell'accesso, alla mutata realtà ma riproducendo, nella sostanza, il medesimo rapporto di cooperazione tra livelli diversi nell'ambito della medesima area professionale.

Nel caso di specie non è ravvisabile nello svolgimento di compiti propri della superiore qualifica professionale, tenuto in particolare conto il complessivo contesto fattuale nonchè le notorie modalità di svolgimento, sotto il continuo ed immancabile controllo del personale medico, delle attività in pronto soccorso, quel pericolo per la salute pubblica che potrebbe in ipotesi giustificare, per la gravità della violazione, anche il mancato riconoscimento della relativa retribuzione.

Per concludere nel caso in esame si è rettamente ritenuto che ricorresse l'ipotesi di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52, comma 5, in relazione alla quale è stato più volte affermato che, nella materia dell'pubblico impiego contrattualizzato, il diritto al compenso per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, da riconoscersi nella misura indicata dal citato D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52, comma 5 non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni o

alle previsioni dei contratti collettivi, nè all'operatività del nuovo sistema di classificazione del personale introdotto dalla contrattazione collettiva, posto che una diversa interpretazione sarebbe contraria all'intento del legislatore di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 Cost. (cfr. Cass. Cass. 20.2.2013 n. 4190, 18 giugno 2010 n. 14775 nonchè, negli stessi termini, Cass. 11 giugno 2009 n. 13597, Cass. 3 febbraio 2009 n. 4367 e Cass. 11 dicembre 2007 n. 25837).

Per le esposte considerazioni il ricorso, per essere infondato, va rigettato e le spese, liquidate in dispositivo, vanno regolate secondo il criterio della soccombenza. Nulla sulle spese in relazione alle parti non costituite.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio in favore delle parti costituite che liquida in Euro 3000,00 per compensi professionali ed in Euro 50,00 per esborsi oltre accessori come per legge.

Conclusione

Così deciso in Roma, il 6 marzo 2013.

Depositato in Cancelleria il 7 agosto 2013

Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 19-06-2013) **01-08-2013, n. 18443**

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SALME' Giuseppe - Presidente -

Dott. DOGLIOTTI Massimo - Consigliere -

Dott. DIDONE Antonio - rel. Consigliere -

Dott. BISOGNI Giacinto - Consigliere -

Dott. ACIERNO Maria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 5423/2009 proposto da:

LA MADDALENA S.P.A. (c.f. (OMISSIS)), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ATTILIO REGOLO 12/D, presso l'avvocato LUCIO STILE, rappresentata e difesa dall'avvocato FORTUNA TULLIO, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

G.F., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA PO' 25/B, presso lo STUDIO PESSI ED ASSOCIATI, rappresentato e difeso dall'avvocato SIGILLO' Vincenzo, giusta procura a margine del controricorso;

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, in persona del Presidente pro tempore, domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 22/2008 del TRIBUNALE di PALERMO, depositata il 26/06/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19/06/2013 dal Consigliere Dott. ANTONIO DIDONE;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato TULLIO FORTUNA che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RUSSO Rosario Giovanni, che ha concluso per il rigetto del ricorso con condanna alle spese.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1.- La s.p.a. Maddalena, titolare di una casa di cura, ricorre per cassazione - formulando quattro motivi contro la sentenza del Tribunale di Palermo del 26.6.2008 con la quale è stato respinto il suo ricorso, presentato ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 152, contro il provvedimento in data 2.2.2006 con il quale il Garante per la protezione dei dati personali le aveva vietato il trattamento dei dati personali di G.F., proprio dipendente, dal cui computer erano stati estratti dati concernenti l'accesso ad internet, tali da configurare "dati sensibili" perchè relativi a convinzioni religiose e politiche nonchè alle tendenze sessuali.

Resistono con controricorso G.F. e il Garante della protezione dei dati personali.

2.- La vicenda oggetto del ricorso può essere così riassunta.

G.F. avendo ricevuto dalla casa di cura ricorrente, presso cui prestava servizio come addetto all'accettazione e al banco referti, una contestazione disciplinare relativa ad accessi ad Internet non autorizzati effettuati sul luogo di lavoro, ha chiesto il blocco e la cancellazione dei dati personali che lo riguardano relativi a tali accessi, ai sensi dell'art. 7 Codice.

La s.p.a. Maddalena li aveva documentati producendo numerose pagine - allegate alla contestazione disciplinare - recanti, in particolare, informazioni relative ai "file" temporanei e ai "cookie" originati, sul computer utilizzato dal ricorrente, dalla navigazione in rete avvenuta durante sessioni di lavoro

avviate con la password del ricorrente medesimo.

Non avendo ricevuto riscontro, il ricorrente ha presentato ricorso al Garante ai sensi dell'art. 145 e segg. del codice, ritenendo illecito il trattamento.

Il ricorrente ha sostenuto che tra i dati in questione comparivano anche alcune informazioni di carattere sensibile idonee a rivelare, in particolare, convinzioni religiose, opinioni sindacali, nonché gusti e tendenze sessuali posto che numerosi file fanno riferimento a siti Internet a contenuto pornografico. La resistente avrebbe trattato tali dati senza alcun consenso e senza informare preventivamente circa la possibilità di effettuare controlli sui terminali d'ufficio né l'interessato, né il "sindacato interno all'azienda (...), in aperto spregio all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori che prevede che tale attività può avvenire solo previo consenso del sindacato o dell'ispettorato del lavoro".

2.1.- Con il provvedimento impugnato dinanzi al Tribunale il Garante ha osservato quanto segue:

"Considerato il collegamento diretto ed univoco che la società ha rappresentato (ai fini della contestazione disciplinare, del licenziamento per giusta causa e della querela sporta) tra la persona del ricorrente e i dati desunti sia dai file temporanei, sia dai cookie prodotti in giudizio, il ricorrente stesso assume la qualità di interessato (art. 4, comma 1, lett. a), del Codice, secondo cui è tale la persona fisica (...) cui si riferiscono i dati personali) ed è, pertanto, legittimato ad esercitare i diritti di cui all'art. 7 del Codice e a presentare ricorso al Garante.

Per ciò che concerne il merito va rilevato che la società, per dimostrare un comportamento illecito nel quadro del rapporto di lavoro, ha esperito dettagliati accertamenti in assenza di una previa informativa all'interessato relativa al trattamento dei dati personali, nonché in difformità dall'art. 11 del Codice nella parte in cui prevede che i dati siano trattati in modo lecito e secondo correttezza, nel rispetto dei principi di pertinenza e non eccedenza rispetto alle finalità perseguite.

Dalla documentazione in atti si evince che la raccolta da parte del datore di lavoro dei dati relativi alle navigazioni in Internet è avvenuta mediante accesso al terminale in uso all'interessato (con copia della cartella relativa a tutte le operazioni poste in essere su tale computer durante le sessioni di lavoro avviate con la sua password, come si desume dalla stringa riportata in apice all'elenco dei file prodotti dalla resistente e: copiaDocuments and settingsx-y), anziché mediante accesso a file di backup della cui esistenza il personale della società è informato mediante il manuale della qualità accessibile agli stessi sul proprio terminale.

A parte la circostanza che l'interessato non era stato, quindi, informato previamente dell'eventualità di tali controlli e del tipo di trattamento che sarebbe stato effettuato, va rilevato sotto altro profilo che non risulta che il ricorrente avesse necessità di accedere ad Internet per svolgere le proprie prestazioni. La resistente avrebbe potuto quindi dimostrare l'illiceità del suo comportamento in rapporto al corretto uso degli strumenti affidati sul luogo di lavoro limitandosi a provare in altro modo l'esistenza di accessi indebiti alla rete e i relativi tempi di collegamento. La società ha invece operato un trattamento diffuso di numerose altre informazioni indicative anche degli specifici contenuti degli accessi dei singoli siti web visitati nel corso delle varie navigazioni, operando - in modo peraltro non trasparente - un trattamento di dati eccedente rispetto alle finalità perseguite.

La raccolta di tali informazioni ha comportato, altresì, il trattamento di alcuni dati sensibili idonei a rivelare convinzioni religiose, opinioni sindacali, nonché gusti attinenti alla vita sessuale (ciò, stante l'elevato numero di informazioni valutate in rapporto ad un lungo arco di tempo, gli specifici contenuti risultanti da alcuni indirizzi web e il contesto unitario in cui il complesso di tali dati è stato valutato), rispetto ai quali la disciplina in materia di dati personali pone peculiari garanzie che non

sono state integralmente rispettate nel caso di specie (art. 26 del Codice; aut. gen. del Garante n. 1/2004).

Va infatti tenuto conto che, sebbene i dati personali siano stati raccolti nell'ambito di controlli informatici volti a verificare l'esistenza di un comportamento illecito (che hanno condotto a sporgere una querela, ad una contestazione disciplinare e al licenziamento), le informazioni di natura sensibile possono essere trattate dal datore di lavoro senza il consenso quando il trattamento necessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria sia indispensabile (art. 26, comma 4, lett. c), del Codice;

autorizzazione n. (OMISSIS) del Garante). Tale indispensabilità, anche alla luce di quanto precedentemente osservato, non ricorre nel caso di specie.

Inoltre, riguardando anche dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, il trattamento era lecito solo per far valere o difendere in giudizio un diritto di rango pari a quello dell'interessato ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile. Anche tale circostanza non ricorre nel caso di specie, nel quale sono stati fatti valere solo diritti legati allo svolgimento del rapporto di lavoro (cfr. art. 26, comma 4, lett. c), del Codice; punto 3, lett. d), della citata autorizzazione; cfr. Provv. Garante 9 luglio 2003).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte e considerato l'art. 11, comma 2, del Codice secondo cui i dati trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati, l'Autorità dispone quindi, ai sensi dell'art. 150, comma 2, del Codice, quale misura a tutela dei diritti dell'interessato, il divieto per la società resistente di trattare ulteriormente i dati personali raccolti nei modi contestati con il ricorso".

2.2.- Il Tribunale, nel rigettare il ricorso della s.p.a. Maddalena ha condiviso le argomentazioni del Garante e, in particolare, ha disatteso l'eccezione di difetto di legittimazione del G., ha ritenuto dati "sensibili" quelli trattati dalla ricorrente e ha accertato, inoltre, che il trattamento era avvenuto senza consenso dell'interessato, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 24 del Codice e in modo eccedente.

3.1.- Con il primo motivo di ricorso la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 169 del 2003, artt. 4, 141 e 145 art. 12 preleggi, nonchè vizio di motivazione.

Deduce che la nozione di interessato ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, artt. 4 e 141, alla luce dell'art. 12 preleggi, non può essere interpretata nel senso di conferire legittimazione attiva ai fini del ricorso ex art. 145 D.Lgs. cit., anche al soggetto che abbia negato ogni relazione tra sè ed i dati medesimi.

3.2.- Con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 4, comma 1, lett. c), artt. 12 e 14 preleggi, nonchè vizio di motivazione.

Deduce che, ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 4 comma 1 lett. c), nonchè degli artt. 12 e 14 preleggi, la visitazione di differenti siti web ricollegabili a diverse associazioni sindacali non costituisce un dato idoneo a rivelare le opinioni sindacali dell'utente Internet, così come la visitazione di molteplici siti web riconducibili ad organizzazioni di carattere religioso non costituisce un dato idoneo a rivelare le convinzioni religiose dell'utente Internet. Nè, infine, la visitazione di molteplici siti web a contenuto pornografico integra un dato attinente alla "vita sessuale" dell'utente Internet.

3.3.- Con il terzo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 13, comma 5, lett. a), art. 24, comma 1, lett. a), b) e g), art. 26 comma 4, lett. b) c) e d) e art. 40; violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, artt. 1, 2 e 5, come modificata dalla

L. n. 108 del 1990, nonché della L. n. 300 del 1970, artt. 7 e 18 (statuto dei lavoratori) nonché delle disposizioni (artt. Da 38 a 41) del CCFNL per il personale dipendente delle strutture sanitarie associate AIOP, ARIS e FDG (parte normativa 2002-2005, biennio economico 2002-2003), che disciplina il rapporto, in ordine ai procedimenti disciplinari;

violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c.; violazione e falsa applicazione dell'autorizzazione generale del Garante per la protezione dei dati personali n. 1 del 2004 al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro, sub 3, lett. A); nonché vizio di motivazione.

Lamenta che la sentenza impugnata abbia omissis di motivare in relazione alla circostanza che il provvedimento autorizzatorio n. 1 del 2004 del Garante per la protezione dei dati personali al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro fosse riferibile all'odierna ricorrente e ne legittimasse il comportamento nonché sulla circostanza che l'attività gestita da La Maddalena S.p.A. fosse destinataria del regime speciale disposto dall'art. 34, comma 4, lett. b), in virtù del fatto di essere soggetto accreditato presso il servizio sanitario regionale della Sicilia.

Deduce che - ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 13, comma 5, lett. a), art. 24, comma 1, lett. a), b) e g), art. 26, comma 4, lett. b), c) e d), e art. 40; della L. n. 604 del 1966, artt. 1, 2 e 5, come modificata dalla L. n. 108 del 1990, nonché della L. n. 300 del 1970, artt. 7 e 18 (Statuto dei lavoratori), nonché delle disposizioni (artt. da 38 a 41) del CCNL per il personale dipendente delle strutture sanitarie associate aiop, aris e fdg (parte normativa 2002-2005, biennio economico 2002-2003) e dell'Autorizzazione Generale del Garante per la Protezione dei Dati Personali n. 1 del 2004 al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro -il rispetto degli obblighi imposti al datore di lavoro per procedere alla legittima risoluzione del rapporto esclude la necessità della previa acquisizione del consenso dell'interessato".

La ricorrente, inoltre, deduce che la sentenza impugnata è viziata - ex art. 112 c.p.c. - nella parte in cui ha omissis di pronunciarsi sull'idoneità degli obblighi imposti dalla legge e dal CCNL per il licenziamento disciplinare, a sollevare il datore di lavoro dall'obbligo di previa acquisizione del consenso al trattamento di dati riferibili all'interessato-prestatore di lavoro.

Deduce, ancora, la violazione del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 40, perchè il tribunale ha qualificato come trattamento illecito di dati una condotta che, ai sensi dell'autorizzazione generale, costituisce trattamento lecito.

Deduce, infine, l'erroneità della sentenza nella parte in cui non proporziona il giudizio sulla congruenza, proporzionalità e non eccedenza del trattamento alle finalità che, con esso, il titolare ha voluto (ed aveva l'obbligo di) perseguire.

3.4.- Con il quarto motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. (art. 360, n. 3); nullità della sentenza ex art. 156 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 4).

Deduce che l'art. 112 c.p.c., impone che la sentenza contenga, anche in dispositivo, le conclusioni circa l'accoglimento o il rigetto, già espressamente contenute nella motivazione, in relazione a ciascuna delle domande proposte nel giudizio dalla stessa definito e lamenta la nullità della sentenza perchè non contiene, in dispositivo, alcuna menzione del rigetto della domanda di danni formulata dal G..

4.1.- Ai sensi del D.Lgs. n. 169 del 2003, art. 4 lett. i), è "interessato", la persona fisica cui si riferiscono i dati personali oggetto di un determinato trattamento. Avendo il G. ricevuto dalla casa di cura ricorrente una contestazione disciplinare relativa ad accessi ad Internet non autorizzati effettuati sul luogo di lavoro, egli era certamente legittimato, ai sensi dell'art. 7 Codice, a chiedere il

blocco e la cancellazione dei dati personali che gli venivano imputati.

Il tribunale, dunque, ha correttamente applicato i principi espressi dalla giurisprudenza di questa Corte secondo la quale “ai fini del trattamento dei dati personali, come disciplinato dalla L. 31 dicembre 1996, n. 675 (e quindi dal D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196), e dell’esperibilità della tutela predisposta dall’art. 1 e segg., perchè una persona assuma la qualità di “interessato” è necessario che i dati di cui si controverta riguardino la persona fisica o la persona giuridica o l’ente o l’associazione che si dolga proprio del loro trattamento, non essendo richiesto che i dati appartengano, con certezza, alla persona che si duole delle operazioni compiute su di essi, atteso che quel che rileva è la loro attribuzione o la loro esclusione rispetto a colui che, al riguardo, accampi un diritto (alla titolarità ovvero all’estraneità dei dati). Pertanto, anche l’inesatto trattamento dei dati consente di invocare, presso la competente autorità di garanzia la tutela apprestata dalla legge, il cui disegno è funzionale alla difesa della persona e dei suoi fondamentali diritti e tende ad impedire che l’uso, astrattamente legittimo, del dato personale avvenga con modalità tali da renderlo lesivo di quei diritti: qualora, perciò, si contesti l’attribuzione alla propria persona di determinate immagini, non ci si spoglia, per ciò stesso, della qualità di “interessato”, perchè proprio il fatto che il soggetto intenda escludere l’attribuzione a sè di quei dati iconici comporta che egli abbia assunto, a ragione, quella qualificazione e, in forza di essa, possa chiedere (nella specie, al Garante e quindi al Tribunale) l’adozione di provvedimenti (Sez. 1, Sentenza n. 14390 del 08/07/2005).

Talchè il primo motivo è infondato.

4.2.- Il D.Lgs. n. 196/2003 definisce all’art. 4, comma 1, lett. d) i “dati sensibili” come quei “dati personali idonei a rivelare l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l’adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonchè i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”. In dottrina, in proposito, si è rilevato che la consapevolezza dei rischi insiti in un atteggiamento improntato ad un’eccessiva restrizione delle ipotesi in cui la tutela rafforzata debba essere riconosciuta, è ben chiara nella mente del legislatore, che ha adottato, sin dal 1996, una definizione di dato sensibile più ampia rispetto a quella comunitaria, posto che, diversamente dall’art. 8 della Direttiva 95/46/CE, l’art. 4, comma 1, lett. d) del codice (così come il precedente art. 22, comma 1) utilizza la formula “dato idoneo a rivelare”, piuttosto che quella di “dato che rivela”, estendendosi l’attributo della sensibilità anche a quelle informazioni che, seppur di per sè neutre, possano sulla scorta di un procedimento logico condurre a rivelare dati peculiari, in relazione al particolare contesto in cui avviene il trattamento.

Allo stesso fine è stato valorizzato il riferimento alle “convinzioni di altro genere”, contenuto nella norma interna ma assente in quella europea, ritenendosi che con esso si è inteso costituire una clausola di chiusura per qualsiasi informazione che identifichi un credo, una convinzione o un’opinione personale. Credo, convinzione o opinione personale indubbiamente desumibili anche dai dati relativi all’accesso a siti web ricollegabili a diverse associazioni sindacali ovvero riconducibili ad organizzazioni di carattere religioso da parte dell’utente Internet.

Invero, già da tempo il competente gruppo di lavoro della Commissione Europea - dopo avere ribadito che “un principio fondamentale in materia di protezione dei dati (vedi art. 6(1) (c) e art. 7 della direttiva 95/46/CE) è che i dati personali raccolti in qualsiasi situazione debbano limitarsi a quanto è strettamente necessario e attinente alla finalità in questione” e che “ogni tipo d’informazione personale costituisce una minaccia potenziale alla riservatezza di una persona ed è quindi necessario fare in modo che, quando tali informazioni vengono raccolte, ciò avvenga per una finalità legittima e che la quantità d’informazioni raccolte sia limitata al minimo indispensabile” - ha evidenziato che i rischi alla riservatezza personale risiedono non solo nell’esistenza di grandi

quantitativi di dati personali su Internet, ma anche nello sviluppo del software capace di esplorare la rete e mettere assieme tutti i dati disponibili relativi a una determinata persona, essendo possibile "compilare una biografia dettagliata di una persona", "...

utilizzando tale software e sfruttando le informazioni provenienti da tutti i gruppi di discussione a cui la persona ha partecipato" (Commissione Europea, Raccomandazione 3/97, Anonimato su Internet, 3 dicembre 1997).

Quanto al profilo della censura relativo alla vita sessuale, va evidenziato che "pornografia" è la "trattazione o rappresentazione (attraverso scritti, disegni, fotografie, film, spettacoli, ecc.) di soggetti o immagini ritenuti osceni, fatta con lo scopo di stimolare eroticamente il lettore o lo spettatore" e l'erotismo è "l'insieme delle manifestazioni dell'istinto sessuale sia sul piano psicologico e affettivo sia su quello comportamentale". Secondo le sezioni penali di questa Corte "la pornografia è compresa nel più ampio concetto di oscenità, e si identifica con la descrizione o illustrazione di soggetti erotici, mediante scritti, disegni, discorsi, fotografie, ecc, che siano idonei a far venir meno il senso della continenza sessuale e offendano il pudore per la loro manifesta licenziosità" (Cass. Sez. 3[^], n. 1197 del 6.11.1970, Bianco, mass. 116647).

In sessuologia si afferma che nell'uomo la sessualità appare strettamente legata a fattori di ordine psicologico, culturale e sociale che in ogni individuo prevalgono sui fattori biologici, costituendo la base della cosiddetta vita sessuale o comportamento sessuale, teso non solo alla finalità riproduttiva ma anche alla ricerca del piacere.

Questa Corte (in sede penale) ha già avuto modo di precisare che la circostanza che oggetto di tutela da parte del D.Lgs. n. 196 del 2003 "non siano solo i gusti sessuali di un individuo (astrattamente e genericamente considerati), ma, anche, le concrete scelte che, in questo campo, il soggetto va ad operare, è chiaramente evincibile dalla stessa lettera del citato art. 4, laddove (comma 1, lett. d)) definisce i dati sensibili con riferimento ai dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale (non semplicemente le tendenze o le aspirazioni in tale campo)" (Sez. 5 penale, Sentenza n. 44940 del 2011).

Pertanto, è indubbio che sono dati personali idonei a rivelare la vita sessuale - "da intendersi come complesso delle modalità di soddisfacimento degli appetiti sessuali di una persona" (Sez. 5 penale, Sentenza n. 46454 del 2008) - quelli relativi alla "navigazione" in internet con accesso a siti pornografici.

Il secondo motivo, dunque, è infondato.

4.3.- Quanto alle numerose censure compendiate nel terzo motivo va evidenziato che ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 11, i dati oggetto del trattamento devono - tra l'altro - essere "pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati" e la stessa autorizzazione n. 1 del 2004 del Garante, invocata a più riprese dalla ricorrente, precisa (al par. 5) che "fermi restando gli obblighi previsti dagli artt. 11 e 14 del Codice, nonché dall'art. 31 e segg. Codice e dall'Allegato B) al medesimo Codice, il trattamento dei dati sensibili deve essere effettuato unicamente con operazioni, nonché con logiche e mediante forme di organizzazione dei dati strettamente indispensabili in rapporto ai sopra indicati obblighi, compiti o finalità".

Ciò posto, va rilevato che con congrua e logica motivazione, anche mediante illustrazione dei corretti metodi di ricerca e neutralizzazione di virus informatici, il Tribunale ha accertato in fatto che il trattamento dei dati sensibili era avvenuto in modo eccedente rispetto alla finalità del medesimo. In particolare, sempre con accertamento in fatto incensurabile in questa sede, il tribunale ha condiviso

le argomentazioni del Garante secondo cui la ricorrente avrebbe potuto dimostrare l'illiceità del comportamento del dipendente, in rapporto al corretto uso degli strumenti affidati sul luogo di lavoro, limitandosi a provare in altro modo l'esistenza di accessi indebiti alla rete e i relativi tempi di collegamento.

Essa, per contro, ha operato un trattamento diffuso di numerose altre informazioni indicative anche degli specifici "contenuti" degli accessi dei singoli siti web visitati nel corso delle varie navigazioni, operando - in modo peraltro non trasparente - un trattamento di dati eccedente rispetto alle finalità perseguite, tenuto conto che, sebbene i dati personali siano stati raccolti nell'ambito di controlli informatici volti a verificare l'esistenza di un comportamento illecito, le informazioni di natura sensibile possono essere trattate dal datore di lavoro senza il consenso quando il trattamento necessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria sia "indispensabile" e tale indispensabilità, non ricorre nel caso di specie.

Infine, pure con accertamento in fatto adeguatamente giustificato, il giudice del merito ha accertato che la "scoperta" del virus informatico è stata la "conseguenza" del controllo operato sul computer e non la ragione del controllo.

Per converso, le censure di cui al terzo motivo sono del tutto aspecifiche e generiche rispetto alla menzionata ratio decidendi, sì che il motivo è inammissibile.

4.4.- E' del pari inammissibile, infine, il quarto motivo per evidente carenza di interesse in quanto lamenta l'omessa pronuncia su domanda (non accolta) formulata dalla controparte.

Il ricorso, pertanto, deve essere rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità - liquidate in dispositivo - seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 5.000,00 per ciascuna parte resistente oltre le spese prenotate a debito per l'Avvocatura e, quanto G., oltre Euro 200,00 per esborsi nonchè gli accessori di legge.

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi delle parti a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52 in quanto imposto dalla legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 19 giugno 2013.

Depositato in Cancelleria il 1 agosto 2013

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 14-05-2013) 26-07-2013, n. 18168

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROSELLI Federico - Presidente -

Dott. BANDINI Gianfranco - Consigliere -

Dott. MAISANO Giulio - Consigliere -

Dott. BLASUTTO Daniela - Consigliere -

Dott. MAROTTA Caterina - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 30102/2008 proposto da:

REGIONE CALABRIA (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. NICOTERA 29 SC. 9 INT. 2, presso lo studio dell'avvocato CASALINUOVO ALDO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato FALDUTO PAOLO, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

F.F.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 1336/2008 della CORTE D'APPELLO di CATANZARO, depositata il 02/09/2008 R.G.N. 389/2003;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14/05/2013 dal Consigliere Dott. CATERINA MAROTTA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SERVELLO Gianfranco, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

La Corte di appello, giudice del lavoro, di Reggio Calabria, in accoglimento dell'impugnazione proposta dalla Regione Calabria, dichiarava la nullità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado proposto da F.F.A. e della sentenza impugnata e ciò dopo aver riscontrato che non fossero intercorsi almeno trenta giorni tra la data di notifica del ricorso e la data dell'udienza di discussione; quindi, considerando che tale nullità non rientrava tra quelle per cui era prevista la rimessione della causa al primo giudice, decideva nel merito accogliendo la domanda proposta dal F. e condannando la Regione Calabria al pagamento, in suo favore, della somma di Euro 2.235,16 oltre accessori a titolo di indennità sostitutiva delle ferie non godute dal dipendente (collocato a riposo con decorrenza 1/1/2000) nell'anno 1999.

Per la cassazione di tale sentenza la Regione Calabria propone ricorso affidato a due motivi.

E' rimasto solo intimato F.F.A..

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo la Regione ricorrente denuncia: "Violazione e falsa applicazione dell'art. 415 c.p.c., comma 5, e art. 354 c.p.c., nonchè omessa, insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia". Si duole del fatto che la Corte territoriale ha ritenuto di non rimettere la causa al primo giudice rilevando che il mancato rispetto del termine a comparire determina la nullità della notifica e non quella del ricorso.

2. Il motivo è infondato.

Nei procedimenti soggetti al rito del lavoro, introdotti mediante ricorso da notificarsi al convenuto unitamente al decreto di fissazione dell'udienza di discussione, trova applicazione la disciplina dettata dall'art. 415 c.p.c., per cui, in particolare, tra la data di notificazione al convenuto e quella dell'udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni (comma 5), elevato a quaranta giorni se la notificazione debba effettuarsi all'estero (comma 6). La disciplina di tali procedimenti, peraltro, non prevede specificamente le conseguenze processuali derivanti dalla mancata osservanza in primo grado del prescritto termine dilatorio, come avviene, invece, per il procedimento ordinario, nel quale, essendo esplicitamente prevista la nullità della citazione in caso di assegnazione di un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge (artt. 164 e 163 bis c.p.c.), il giudice di appello, ove la nullità non sia stata sanata in primo grado mediante costituzione del convenuto o rinnovazione dell'atto di citazione, deve necessariamente disporre la rinnovazione degli atti nulli, ex art. 162 c.c., comma 1, e decidere la causa nel merito, non potendo comunque trovare applicazione il disposto dell'art. 354 c.p.c., comma 1, che prevede la rimessione al primo giudice nel caso di nullità della sola notificazione e non anche dello stesso atto introduttivo.

La questione se la disciplina ordinaria sia integralmente applicabile ai suddetti procedimenti di rito speciale ovvero se la particolarità della vocatio, propria di tali procedimenti, con la scissione della editio actionis (che si realizza con il deposito del ricorso nella cancelleria del giudice) e della vocatio in jus (che si attua mediante il concorso del comportamento del giudice, che emette il decreto di fissazione dell'udienza, e dell'attore, che deve provvedere alla notificazione del ricorso e del decreto al convenuto entro un termine sufficiente ad assicurare il prescritto spatium deliberarteli), comporti che la violazione del termine di comparizione afferisca alla sola fase di notificazione, senza che il vizio si estenda allo stesso atto introduttivo del giudizio, e se ne derivi, in tal caso, per il giudice di appello, l'obbligo di rimettere la causa al primo giudice, in applicazione di quanto previsto dal citato art. 354 c.p.c., comma 1, per l'ipotesi di nullità della notifica della citazione, è stata risolta dalle sez. un. di questa Corte con decisione del 21 marzo 2001, n. 122. E' stato così ritenuto, risolvendo un contrasto, che il giudice di appello che rilevi la nullità dell'introduzione del giudizio, determinata dall'inosservanza del termine dilatorio di comparizione stabilito dall'art. 415 c.p.c., comma 5, non possa dichiarare la nullità e rimettere la causa al giudice di primo grado (non ricorrendo in detta ipotesi nè la nullità della notificazione dell'atto introduttivo, nè alcuna delle altre ipotesi tassativamente previste dall'art. 353 c.p.c., e art. 354 c.p.c., comma 1), ma debba trattenere la causa e, previa ammissione dell'appellante ad esercitare in appello tutte le attività che avrebbe potuto svolgere in primo grado se il processo si fosse ritualmente instaurato, decidere nel merito. Ciò in ragione della diversità strutturale tra l'atto introduttivo del giudizio ordinario (che inizia con la citazione ad udienza fissa) e l'atto introduttivo del giudizio secondo il rito del lavoro, che non consente l'automatica trasposizione dell'art. 164 c.p.c., comma 1, nella parte in cui qualifica come causa di nullità della citazione l'inosservanza del termine dilatorio di comparizione, al rito del lavoro, che assume la struttura di fattispecie complessa a formazione progressiva, caratterizzata dalla scissione tra l'editio actionis e la vocatio injus. Inoltre è stato considerato che l'inosservanza del

termine di comparizione di cui all'art. 415, comma 5, sia essa dovuta al provvedimento del giudice ovvero alla successiva condotta dell'attore, è causa di invalidità della vocatio in jus, e non può quindi incidere sulla validità dell'editio actionis, perfezionata mediante il deposito del ricorso, in ragione del principio generale di cui all'art. 159 c.p.c., comma 1, secondo cui la nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti. In sostanza, nel caso dell'inosservanza del termine dilatorio di comparizione stabilito dall'art. 415 c.p.c., comma 5, la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di discussione viene postulata come valida: il contatto tra attore e convenuto si è realizzato, mediante la notificazione, ed il contraddittorio è potenzialmente instaurato.

Il convenuto che, pur avendo avuto notizia del giudizio intentato nei suoi confronti, rileva la violazione del termine di comparizione, non si costituisce per libera scelta di strategia processuale, riservandosi la tutela in sede di impugnazione. Non si verte, quindi, in una ipotesi di nullità della notificazione dell'atto introduttivo, determinante il difetto di conoscenza nel convenuto della pendenza del giudizio, ma in una ipotesi di nullità della fattispecie introduttiva determinata dalla lesione del diritto di difesa del convenuto, inciso dall'assegnazione di uno spatium deliberandi inferiore a quello garantito dalla legge. E questa ipotesi non è espressamente prevista dall'art. 354 c.p.c., comma 1.

Ne consegue l'inapplicabilità della rimessione al primo giudice di cui al medesimo art. 354 c.p.c., comma 1.

Questa Corte non ha motivo di discostarsi da tale soluzione.

Avendo, dunque, la Corte territoriale correttamente trattenuto la causa e non essendo in discussione che la Regione appellante sia stata posta in condizione di esercitare in grado di appello tutte le attività che avrebbe potuto svolgere in primo grado, il motivo deve essere disatteso.

3. Con il secondo motivo la Regione ricorrente denuncia: "Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 Cost., e art. 2109 c.c., nonché violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10 del c.c.n.l. Regioni Enti Locali del 6/7/1995 (applicabile razione temporis) - omessa, contraddittoria ed insufficiente motivazione su un punto decisivo".

Si duole del fatto che siano state ritenute monetizzabili ferie di cui il lavoratore non aveva goduto e ciò sulla base della sola circostanza del mancato godimento e senza tener conto che una specifica disposizione pattizia (art. 18, comma 9, c.c.n.l. del 6/7/1995) prevedeva tale monetizzazione solo nell'ipotesi in cui le ferie spettanti non fossero state fruite per esigenze di servizio, situazione nella specie non sussistente.

4. Anche tale motivo è infondato.

Va, al riguardo, richiamato il principio già espresso da questa Corte secondo cui, in relazione al carattere irrinunciabile del diritto alle ferie, garantito anche dall'art. 36 Cost., e dall'art. 7 della direttiva 2003/88/CE (v. la sentenza 20 gennaio 2009 nei procedimenti riuniti c-350/06 e c-520/06 della Corte di giustizia dell'Unione Europea), ove in concreto le ferie non siano effettivamente fruite, anche senza responsabilità del datore di lavoro, spetta al lavoratore l'indennità sostitutiva che ha, per un verso, carattere risarcitorio, in quanto idonea a compensare il danno costituito dalla perdita di un bene (il riposo con recupero delle energie psicofisiche, la possibilità di meglio dedicarsi a relazioni familiari e sociali, l'opportunità di svolgere attività ricreative e simili) al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è destinato e, per altro verso, costituisce erogazione di indubbia natura retributiva, perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma più specificamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto

essere non lavorato perché destinato al godimento delle ferie annuali, restando indifferente l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento delle stesse (cfr., tra le più recenti, Cass. 9 luglio 2012, n. 11462; id. 11 ottobre 2012, n. 17353).

Dovendo, quindi, farsi applicazione del principio secondo cui dal mancato godimento delle ferie - una volta divenuto impossibile per il datore di lavoro, anche senza sua colpa, adempiere l'obbligo di consentirne la fruizione - deriva il diritto del lavoratore al pagamento dell'indennità sostitutiva, le clausole del contratto collettivo (nella specie, l'art. 18, comma 9, c.c.n.l. Regioni ed enti locali, triennio 1994-1997), che pur prevedono che le ferie non sono monetizzabili, vanno interpretate - in considerazione dell'irrinunciabilità del diritto alle ferie, ed in applicazione del principio di conservazione del contratto - nel senso che, in caso di mancata fruizione delle ferie per causa non imputabile al lavoratore, non è escluso il diritto di quest'ultimo all'indennità sostitutiva.

5. Da tanto consegue che il ricorso deve essere rigettato.

6. Infine nulla va disposto in ordine alle spese processuali del presente giudizio di legittimità essendo il F. rimasto solo intimato.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; nulla per le spese.

Così deciso in Roma, il 14 maggio 2013.

Depositato in Cancelleria il 26 luglio 2013

**Cons. Stato Sez. III, Sent., (ud. 07-06-2013)
10-07-2013, n. 3711**

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4843 del 2007, proposto da:

Comune di Genova, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Aurelio Domenico Masuelli, dall'Avv. Gabriele Pafundi e dall'Avv. Edda Odone, con domicilio eletto presso l'Avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14/A;

contro

C.Z., rappresentato e difeso dall'Avv. Luigi Cocchi e dall'Avv. Carlo Zanardi, con domicilio eletto presso l'Avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Maria Cristina, n. 2;

nei confronti di

Ministero dell'Interno, Ufficio Territoriale Governo di Genova - Prefettura di Genova, rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 00085/2007, resa tra le parti, concernente la revoca della qualifica di agente di pubblica sicurezza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Carlo Zanardi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2013 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Pafundi, l'Avv. Mazzeo, su delega dell'Avv. Cocchi, e l'Avvocato dello Stato Maria Luisa Spina;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Il sig. C.Z. è stato assunto alle dipendenze del Comune di Genova con il profilo professionale di Vigile Urbano - già V qualifica funzionale - in esito alla partecipazione a corso-concorso pubblico indetto dall'amministrazione.

2. Poiché nel corso del 1997 il sig. Z. subiva quattro ricoveri presso l'Istituto di Psichiatria dell'Ospedale San Martino di Genova, rimanendo assente dal lavoro, a causa di una sindrome depressiva, per lunghi periodi, il Comune decideva di inoltrare relazione al Prefetto di Genova per l'adozione dei provvedimenti ritenuti più opportuni.

3. Il Prefetto, con Provv. n. 171 del 15 settembre 1997, disponeva, nei confronti dell'interessato, la revoca della qualifica di agente di P.S., in precedenza conferita al momento dell'immissione in ruolo.

4. Il Comune, sulla scorta del rilievo che la qualifica di agente di P.S. costituisse indispensabile requisito di appartenenza al Corpo di Polizia Municipale, adottava determinazione di mutamento del profilo del sig. Z., inquadrandolo nel profilo amministrativo - collaboratore professionale - corrispondente alla ex qualifica di appartenenza.

6. Il provvedimento di revoca della qualifica di agente di P.S., adottato dal Prefetto di Genova, veniva quindi impugnato dal sig. Z. con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ricorso di cui non è dato conoscere, a tutt'oggi, l'esito.

7. La determinazione dirigenziale di mutamento del profilo, adottata dal Comune di Genova, veniva impugnata dal sig. Z. avanti al T.A.R. Liguria che, con ordinanza n. 73 del 12.2.1998, respingeva la proposta domanda cautelare di sospensione.

8. Il Prefetto di Genova, nelle more, adottava il 21.12.1999 un nuovo provvedimento di revoca della

qualifica di agente di P.S., emendando il precedente, che non recava l'autorità alla quale proporre eventuale ricorso e i relativi termini.

9. Avverso tale provvedimento proponeva ricorso avanti al T.A.R. Liguria l'interessato.

10. All'udienza del 7.12.2006 il T.A.R. Liguria, Sez. II, riuniti i due ricorsi, con sentenza n. 85 del 24.1.2007, dichiarava inammissibile quello proposto avverso la revoca della qualifica di agente di P.S., adottato dal Prefetto, e accoglieva quello avverso la determinazione dirigenziale di mutamento del profilo.

10. Il giudice ligure riteneva assorbente il vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento, con conseguente violazione dell'art. 7 della L. n. 241 del 1990.

11. Avverso tale sentenza ha proposto appello il Comune di Genova, lamentandone l'erroneità per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 5 e 10 della L. n. 65 del 1989, degli artt. 2 e 20 del D.M. 4 marzo 1987, n. 145, degli artt. 4 e 73, comma 2, del Regolamento del Corpo dei Vigili Urbani di Genova, dell'art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241 del 1990 e dell'art. 114 Cost., e ne ha chiesto la riforma, con conseguente reiezione di entrambi i ricorsi proposti dal sig. Z. in prime cure.

12. Si sono costituiti in giudizio il sig. Z. e il Ministero dell'Interno, chiedendo entrambi la reiezione dell'appello.

13. Alla pubblica udienza del 7.6.2013 il Collegio, udita la discussione, ha trattenuto la causa in decisione.

14. L'appello va respinto.

15. Il giudice di prime cure ha ritenuto sussistente e assorbente il vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento culminato con la modifica del profilo professionale dell'interessato, disattendendo le deduzioni della difesa comunale che, al contrario, ha sostenuto che il mutamento del profilo professionale dovesse considerarsi necessitato alla luce della sopravvenuta impossibilità di svolgere tutte le funzioni proprie dell'agente di polizia municipale.

16. Il Comune appellante ha riproposto in questa sede, con un unico articolato motivo di censura, le medesime deduzioni disattese dal primo giudice.

17. Esso assume che l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, che pure non contesta essersi realizzata, non assumerebbe rilievo viziante, invocando l'applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, c.c., perché il mutamento della qualifica professionale da vigile urbano in collaboratore professionale sarebbe conseguenza necessitata dalla revoca della qualifica di agente di P.S. subita dal sig. Z..

18. Tale assunto si giustifica, secondo il Comune, sulla base del rilievo che l'idoneità al conferimento della qualifica di agente di P.S. costituirebbe un requisito indispensabile per lo svolgimento di tutti i compiti istituzionali degli appartenenti al Corpo di Polizia Municipale e, quindi, sarebbe essenziale tanto ai fini dell'assunzione quanto ai fini della permanenza nel profilo.

19. Da tale premessa l'appellante trae la conclusione che l'apporto dell'interessato non avrebbe potuto modificare l'esito necessitato del procedimento di mutamento del suo profilo professionale da vigile urbano in collaboratore professionale, una volta intervenuta la revoca della qualifica di agente di P.S., sicché erroneamente il T.A.R. ligure avrebbe ritenuto il provvedimento illegittimo per omessa comunicazione di avvio del procedimento stesso.

20. L'argomento è fallace.

21. Si evince infatti chiaramente dal complessivo impianto della L. n. 65 del 1986 ("Legge quadro sull'ordinamento della polizia municipale") e del D.M. n. 145 del 1987 ("Norme concernenti l'armamento degli appartenenti alla polizia municipale ai quali è conferita la qualità di agente di pubblica sicurezza"), che lo status di agente di pubblica sicurezza costituisce una prerogativa accessoria ed eventuale rispetto alle funzioni di servizio dell'agente di polizia municipale.

21.1. Questi è infatti chiamato a svolgere, nel nostro ordinamento, molteplici, complesse e delicate funzioni, tra le quali possono rientrare anche quelle attinenti alla pubblica sicurezza, con conseguente possibile uso delle armi.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha già avuto modo di affermare che le competenze attribuite dall'ordinamento (artt. 3 e 5 della L. 7 marzo 1986, n. 65) al corpo di polizia municipale "consistono, in misura assolutamente prevalente, in compiti di prevenzione e vigilanza sull'osservanza di norme e di regolamento nei settori di competenza comunale; di accertamento e di contestazione delle eventuali infrazioni; di adozione di provvedimenti sanzionatori" e che "a queste attività di aggiunge l'espletamento di funzioni di polizia giudiziaria, di polizia stradale e, in determinate circostanze, di pubblica sicurezza" (Cons. St., sez. V, 12.8.1998, n. 1261).

21.2. Il nostro ordinamento non prevede nemmeno, in via generale, che l'agente di polizia municipale, nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali, debba necessariamente far uso delle armi, in quanto l'art. 5, comma 5, della L. n. 65 del 1986 contempla la dotazione e, quindi, l'utilizzo delle armi esclusivamente per gli addetti al servizio di polizia municipale ai quali sia conferita dal Prefetto la qualità di agente di pubblica sicurezza.

21.3. Non vi è, quindi, né vi può essere alcun automatismo tra la revoca della qualifica di agente di pubblica sicurezza e il mutamento del profilo professionale dell'agente di polizia municipale, essendo la prima qualifica requisito indispensabile solo all'esercizio di funzioni che implicino l'uso delle armi da parte dei vigili urbani, ma non certo per l'espletamento dei compiti che, ordinariamente, competono all'agente di polizia municipale in base alla legislazione vigente.

21.4. Né a tale fondamentale differenza, ben delineata dal legislatore nazionale, possono sovrapporsi o, addirittura, contrapporsi discipline normative di rango inferiore, dettate eventualmente dai regolamenti comunali, anche preesistenti, i quali ultimi non sarebbero con essa compatibili ai sensi dell'art. 20, comma 1, della L. n. 65 del 1986.

21.5. E del resto, anche nel caso di specie, il Regolamento comunale del Corpo dei Vigili Urbani di Genova del 1956, diversamente da quanto assume il Comune appellante, agli artt. 4 e 73 prevede solo, in armonia con le - pur successive - previsioni del legislatore nazionale, che i vigili urbani possano ottenere dal Prefetto il riconoscimento aggiuntivo della qualità di agente di pubblica sicurezza, senza che ciò costituisca requisito obbligatorio per rivestire la qualifica di agente di polizia municipale.

22. Ne segue che la tesi dell'appellante, in quanto erronea, deve essere disattesa, con conseguente reiezione dell'appello.

23. Le spese del presente, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza del Comune nei confronti dell'appellato Z., non avendo il Ministero svolto, al di là della mera costituzione mediante atto di controricorso, sostanziale attività difensiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Comune di Genova a rifondere in favore di C.Z. le spese del presente grado di giudizio, che liquida nell'importo di Euro 3.000,00, oltre gli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

**Cons. Stato Sez. III, Sent., (ud. 17-05-2013)
27-05-2013, n. 2894**

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38, 60 e 116 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 2050 del 2013, proposto da:

E.P., rappresentata e difesa dall'avv. Alba Giordano, presso il cui studio ha eletto il domicilio in Roma, via Muzio Clementi, 58;

contro

Azienda Usl Roma A, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Pacciani ed Alessandro Botto, con domicilio eletto presso Assoc. Legance Studio Legale in Roma, via XX Settembre, 5;

nei confronti di

E.P.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: sezione III QUA n. 115/2013, resa tra le parti, concernente il diniego all'accesso ai documenti relativi all'attribuzione delle somme a titolo di retribuzione di risultato per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare ad alta intensità

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Usl Roma A;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2013 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati Giordano e Pacciani.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Rilevato che:

- l'odierna appellante, in passato in servizio sino ad agosto del 2011 presso l'Azienda USL Roma A, con lettera raccomandata del 3.9.2012 ha chiesto il pagamento delle somme in tesi a lei dovute per la retribuzione di risultato 2011; ha chiesto altresì di accedere agli atti concernenti il pagamento della medesima voce retributiva in favore dei dirigenti della medesima USL, limitatamente allo stesso periodo temporale;

- l'Azienda ha respinto entrambe le richieste; quanto all'istanza di accesso, ha giustificato il diniego adducendo unicamente la natura privatistica degli atti in questione;

- proposto ricorso avverso il diniego dell'accesso, il Tar, pur non condividendo i motivi esposti dall'Azienda, lo ha respinto con l'argomento che la richiesta appariva preordinata ad un controllo generalizzato dell'operato dell'amministrazione, in assenza di uno specifico interesse concreto ed attuale della ricorrente;

- con il presente appello l'interessata deduce l'erroneità della sentenza ed assume che l'interesse della ricorrente sia sufficientemente differenziato, essendo stata uno dei dirigenti dell'Usl tra i quali andrebbe ripartito il fondo unico da dividersi tra tutti (gli altri dirigenti), ed avendo bisogno dei documenti riguardanti le posizioni dei suoi colleghi del tempo, per meglio tutelare i propri interessi;

si è costituita l'USL eccependo la tardività dell'appello, sul presupposto che ai sensi dell'art. 116, co. 1, c.p.a., il termine di impugnazione sia di soli 30 giorni dalla notifica e/o dalla pubblicazione della sentenza di primo grado, e nel merito la sua infondatezza per le stesse ragioni evidenziate dal Tar;

Considerato che:

- l'appello è tempestivo: dal combinato disposto dell'art. 116 co. 1 e dell'art. 87, co. 3 è ragionevole ricavare che nel rito dell'accesso i termini di impugnazione sono di 30 giorni, in caso di notifica, e di 3 mesi in caso di pubblicazione della sentenza di primo grado; al contrario, la tesi di parte appellata finirebbe per applicare sempre e comunque lo stesso termine breve, di 30 giorni, facendo così venir

meno qualunque distinzione tra sentenza notificata e sentenza (solamente) pubblicata; d'altra parte, la tesi dell'appellata si basa sul presupposto che nel rito speciale dell'accesso il termine per appellare la sentenza di primo grado si identifichi con quello stabilito per la proposizione del ricorso in primo grado, ma in tutti gli altri tipi di processo davanti al giudice amministrativo il termine per appellare è regolato autonomamente rispetto al termine per ricorrere in primo grado, e perciò, pur se si voglia ammettere che la formulazione letterale dell'art. 116, comma 5, dia adito a qualche dubbio, pare ben più ragionevole risolvere la questione in coerenza con il sistema complessivo;

- l'appello è anche fondato nel merito, sul fondamentale e duplice rilievo che:

(a) l'istanza dell'avv. P. è preordinata a tutela di un interesse puntuale ed attuale (il pagamento della retribuzione di risultato per il 2011) e l'oggetto della domanda di accesso può intendersi circoscritto (almeno in una prima fase) ai criteri e ai metodi applicati dall'Azienda nella determinazione e nell'applicazione di tale voce retributiva, nello stesso periodo temporale, in una vicenda che peraltro ha interessato un numero definito (circa 20) di dirigenti;

(b) la conoscenza dei criteri e dei metodi appare utile alla ricorrente per comprendere le ragioni del diniego opposto dall'amministrazione, sulla richiesta di pagamento; d'altra parte, se l'Azienda intende (a quanto pare) operare una sorta di compensazione fra reciproche pretese creditorie, ciò non toglie che la ricorrente abbia ragione ed interesse a conoscere in dettaglio i relativi conteggi ed i criteri adottati;

(c) l'insegnamento giurisprudenziale, consolidato e condivisibile, è nel senso che in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni il dipendente è portatore di un interesse qualificato alla conoscenza degli atti e documenti che riguardano la propria posizione lavorativa, atteso che gli stessi esulano dal diritto alla riservatezza e che l'art. 22 della L. n. 241 del 1990 garantisce l'accesso ai documenti amministrativi relativi al rapporto di pubblico impiego "privatizzato", anche se le eventuali controversie attinenti ad detto rapporto sono devolute alla giurisdizione del Giudice Ordinario (cfr., per tutti, T.A.R. Campania Napoli, VI Sezione, 3 Febbraio 2011 n. 645);

Ritenuto che:

- per le ragioni sin qui evidenziate l'appello è fondato e va accolto con la conseguenza che, in riforma della sentenza impugnata, va annullato il diniego ed ordinato all'amministrazione di esibire i documenti richiesti, entro 30 giorni dalla comunicazione della presente sentenza, con il limite che l'accesso dovrà riguardare atti già formati dall'amministrazione (nei quali potranno essere oscurati i nominativi dei percettori della retribuzione) e non dati ed informazioni che per essere forniti richiedano una specifica attività di indagine e di elaborazione, circostanza quest'ultima che, dato il tenore dell'istanza di accesso, allo stato il Collegio non è in grado di valutare in riferimento alle singole tipologie di atti relativi alla ricordata istanza del 3.9.2012;

- le spese seguono il principio della soccombenza, nel rapporto processuale con l'Usl, e sono liquidate con il dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado annullando il diniego opposto ed ordinando all'Usl l'esibizione dei documenti richiesti, nel termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente sentenza.

Condanna l'Usl al pagamento delle spese processuali in favore dell'appellante, liquidandole in

misura pari ad Euro 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Corte Suprema di Cassazione civ. Sez. III, Sent., 14-05-2013, n. 11550

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PETTI Giovanni Battista - Presidente -

Dott. UCCELLA Fulvio - Consigliere -

Dott. CARLEO Giovanni - rel. Consigliere -

Dott. GIACALONE Giovanni - Consigliere -

Dott. ARMANO Uliana - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 19149/2008 proposto da:

ITALFONDIARIO S.P.A. (OMISSIS) quale procuratore di CASTELLO FINANCE S.R.L. a propria volta

cessionaria del credito di INTESA GESTIONE CREDITI S.P.A. in persona del Dott. B.G., domiciliata ex r lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dagli avvocati LA SCALA GIUSEPPE FILIPPO MARIA e PESENTI MARCO giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

G.G. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ALCIDE DE GASPERI 35, presso lo studio dell'avvocato GRAZIANI GIANLUCA, rappresentato e difeso dall'avvocato RICCA FULVIO giusta procura speciale del Dott. Notaio FERDINANDO CUTINO in BESOZZO il 27/11/2012, rep. n. 73949;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 134/2008 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 07/02/2008, R.G.N. 1995/2003;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/03/2013 dal Consigliere Dott. GIOVANNI CARLEO;

udito l'Avvocato MARCO PESENTI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. BASILE Tommaso, che ha concluso per il rigetto.

Svolgimento del processo

Con decreto ingiuntivo in data 8.7.1994 il Presidente del Tribunale di Vicenza ordinava a G.G. di pagare al Banco Ambrosiano Veneto Spa la somma di L. 90 milioni oltre accessori in adempimento della fideiussione da lui prestata a garanzia di ogni obbligazione gravante su Ascommpre Spa, dichiarata fallita, la quale presentava nei confronti del Banco un'esposizione superiore a L. 230 milioni. Il G. proponeva opposizione tardiva assumendo la nullità della notifica del d.i., l'incompetenza del Tribunale adito, la mancata prova del credito ingiunto e comunque la sua prescrizione. In esito al giudizio, in cui si costituiva il Banco contestando la fondatezza dell'opposizione e l'opponente eccepiva altresì nella comparsa conclusionale la nullità della convenzione riguardo al tasso ultralegale degli interessi, il Tribunale adito dichiarava inammissibile e rigettava l'opposizione.

Avverso tale decisione il soccombente proponeva appello ed in esito al giudizio, in cui si costituiva Intesa Gestione Crediti Spa, procuratore di Banca Intesa Spa, incorporata dal Banco Amrosiano Veneto e subentrata a tutti i rapporti facenti capo all'incorporante, la Corte di Appello di Venezia con sentenza depositata in data 7 febbraio 2008 dichiarava ammissibile l'opposizione tardiva, revocava il d.i. e rigettava la domanda di pagamento nei confronti del G., provvedeva al regolamento delle spese. Avverso la detta sentenza l'Italfondario Spa, quale procuratore di Castello Finance Sri, cessionaria del credito, ha quindi proposto ricorso per cassazione articolato in quattro motivi, illustrato da memoria.

Resiste con controricorso il G..

Motivi della decisione

In via preliminare, deve soffermarsi l'attenzione sull'eccezione di inammissibilità del ricorso, formulata dal controricorrente, sulla base del rilievo che la procura speciale stesa in calce all'atto reca testualmente "Italfondario S.p.a. Dott. B.G.", la firma dello stesso, l'autentica sottoscritta dai due difensori, senza contenere l'indicazione della qualità e dei poteri rappresentativi del dr. B..

L'eccezione è infondata ove si consideri che nella intestazione del ricorso (cfr pag.2) l'atto di investitura del Dott. B. G. è stato espressamente menzionato con specifica degli estremi e del contenuto (procura, a firma del dr. L.G. G.F., da Italfondario Spa ai propri funzionari in data 25.9.2007 rep. n.26477 e racc. n.8287 del notaio Amato di Roma). Tale documento, che è stato altresì prodotto in giudizio (doc. 6), costituisce una procura in via continuativa ad intervenire in rappresentanza di Italfondario Spa in tutti gli atti previsti e specificati nell'allegato A del medesimo atto, in cui è espressamente previsto che al B. veniva conferito, con firma singola, tra gli altri, il potere di "...nominare avvocati e revocarli, conferendo ad essi mandati generali o speciali alle liti per rappresentanza e difesa in tutti i gradi del giudizio, compresa la Corte di Cassazione...".

Ora, è appena il caso di sottolineare che, a fronte di tale allegazione, risultante dal documento in atti, competeva all'eccepente fornire la relativa prova negativa, onere che nella specie non è stato minimamente assolto. Ne deriva l'infondatezza della eccezione proposta.

Passando all'esame delle doglianze proposte dalla ricorrente, va osservato che con la prima censura, deducendo l'omessa - insufficiente motivazione in merito ad un fatto decisivo per il giudizio, la società ricorrente ha censurato la sentenza impugnata per aver la Corte di Appello ritenuto ammissibile l'opposizione tardiva del G. sulla base di una pretesa illegittimità della notifica eseguita ad un indirizzo diverso rispetto a quello di residenza.

La notifica avrebbe dovuto essere invece considerata corretta in quanto avvenuta presso l'effettiva dimora del G., appresa tramite un'agenzia investigativa. Inoltre, la Corte non avrebbe motivato adeguatamente sul fatto decisivo che l'indirizzo presso cui fu eseguita la notifica coincideva con quello dell'abituale dimora.

Con la seconda doglianza, articolata sotto il profilo della violazione e falsa applicazione della L. n. 890 del 1982, art. 7, artt. 149 e 160 c.p.c., e art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la ricorrente ha censurato l'interpretazione dell'art. 7, sopra citato, datane dalla Corte d'Appello, quando ha ritenuto l'illegittimità della notifica eseguita previa consegna al custode dello stabile, non essendo quest'ultimo paragonabile al portiere o comunque ad altra persona vincolata da un rapporto di lavoro continuativo e comunque tenuta alla distribuzione della posta.

Con la terza doglianza, svolta per violazione e falsa applicazione dell'art. 650 c.p.c., la ricorrente ha lamentato l'erroneità della decisione nella parte in cui i giudici di secondo grado hanno ritenuto l'ammissibilità dell'opposizione tardiva sulla sola base della pretesa irregolarità della notifica senza che fosse necessario dimostrare, da parte dell'opponente, che la mancata tempestiva conoscenza dell'ingiunzione fosse dipesa da tale vizio.

I motivi in questione, che vanno esaminati congiuntamente in quanto sia pure sotto diversi ed articolati profili, prospettano ragioni di censura intimamente connesse tra loro, meritano attenzione.

A riguardo, torna opportuno premettere che le ragioni della ritenuta ammissibilità dell'opposizione tardiva, proposta dal G., sono state fondate dalla Corte di Appello, sul rilievo che, come risultava dal certificato anagrafico del Comune di (OMISSIS) rilasciato il 17.2.1995, il G. all'epoca risiedeva in quel Comune dal 26.10.1984, proveniente da (OMISSIS), con la conseguenza che la notifica del decreto ingiuntivo, effettuata il 19.7.1994 a mezzo del servizio postale in via (OMISSIS), era avvenuta presso un luogo diverso dalla sua residenza.

L'atto inoltre era stato consegnato a mani di persona qualificatasi come custode del palazzo, addetto in quanto tale solo alla salvaguardia dell'immobile e non anche, salvo prova contraria, alla ricezione e distribuzione della corrispondenza.

Le ragioni, poste dalla Corte di merito a base della decisione, non meritano di essere condivise. Invero, a riguardo, mette conto di rilevare, in primo luogo, che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, le risultanze anagrafiche rivestono un valore meramente presuntivo circa il luogo dell'effettiva abituale dimora, il quale è accertabile con ogni mezzo di prova, anche contro le stesse risultanze anagrafiche (Cass. n.19132/04, n. 11562/03, 4829/79, 4705/89), assumendo rilevanza esclusiva il luogo ove il destinatario della notifica dimori di fatto in via abituale (Cass. 12303/08).

Pertanto, le risultanze anagrafiche possono essere superate da qualsiasi fonte di convincimento, come ad es. la corrispondenza intercorsa tra le parti prima del giudizio (Cass. 24422/06) ovvero il comportamento della persona che accetta di ricevere l'atto per conto del destinatario (Cass. 5715/02, 3262/05, 11562/03, 17504/03).

Nel caso di specie, la società ricorrente aveva prodotto nel giudizio di primo grado due documenti, il cui contenuto è stato opportunamente trascritto nel ricorso in esame nel rispetto del principio di autosufficienza dei ricorsi per cassazione, da cui emergevano elementi presuntivi contrastanti con le risultanze anagrafiche.

In particolare, la società ricorrente aveva prodotto una relazione di un'agenzia informativa (doc. 1) del 20 gennaio 1994, in cui era riferito che il G., pur avendo la residenza anagrafica in (OMISSIS), al momento, abitava di fatto a (OMISSIS), ove poi l'atto fu ricevuto dal custode dell'immobile; aveva inoltre prodotto una lettera, mai disconosciuta, indirizzata allo studio La Scala, in cui il Dott. proc. S., su incarico del debitore, avanzava la richiesta dell'invio di alcuni documenti; ciò, dopo aver riconosciuto - ed è questo il profilo decisivo - che al G. era stato notificato sin dal luglio 1994, in tempo per proporre un'opposizione tempestiva all'ingiunzione notificatagli il decreto ingiuntivo, che poi sarebbe stato oggetto di opposizione tardiva.

Ora, a fronte di tale quadro indiziario dedotto a confutazione della pretesa ammissibilità dell'opposizione tardiva, proposta dal G., era obbligo del giudice di merito valutare questi elementi e spiegare perchè non potessero essere ritenuti sufficienti. Al contrario, la Corte territoriale colpevolmente si è ben guardata dal farlo ed ha ommesso di provvedere alla necessaria confutazione delle considerazioni svolte dall'appellata. Ne consegue che nella specie l'omesso compimento degli accertamenti volti a verificare la fondatezza delle circostanze indiziarie emergenti dalla documentazione richiamata, non solo inficia la correttezza del ragionamento svolto dalla Corte di merito ma ne determina altresì la sua censurabilità.

Ciò, anche in considerazione del fatto che, ai fini della legittimità della opposizione tardiva a decreto ingiuntivo non è sufficiente l'accertamento della irregolarità della notificazione del decreto ingiuntivo, ma occorre altresì la prova - il cui onere grava sull'opponente - che a cagione della nullità l'ingiunto non ha avuto tempestiva conoscenza del decreto e non è stato in grado di proporre una tempestiva opposizione.

Alla stregua di tutte le pregresse considerazioni, meritano pertanto di essere accolte le censure in esame, in esse assorbita l'ultima doglianza, articolata sotto il profilo della violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2697, 2710 e 1832 c.c., nonché della motivazione omessa ed insufficiente, con cui la ricorrente ha censurato la sentenza impugnata per aver la Corte di Appello trascurato che l'estratto conto certificato dal notaio, prodotto in sede monitoria, ha piena efficacia probatoria del credito azionato, in assenza di comprovate contestazioni da parte del debitore ed essendo decorso il termine per l'impugnazione ai sensi dell'art. 1832 c.c..

La sentenza impugnata va quindi cassata in relazione ai motivi accolti, con l'ulteriore conseguenza che, occorrendo un rinnovato esame della controversia, la causa va rinviata alla Corte di Appello di Venezia, in diversa composizione, che provvederà anche in ordine al regolamento delle spese della

presente fase di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie i primi tre motivi del ricorso, assorbito il quarto, cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti, con rinvio della causa alla Corte di Appello di Venezia, in diversa composizione, che provvederà anche in ordine al regolamento delle spese della presente fase di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 20 marzo 2013.

Depositato in Cancelleria il 14 maggio 2013

**Cass. pen. Sez. Unite, Sent., (ud. 20-12-2012)
02-05-2013, n. 19054**

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE PENALI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUPO Ernesto - Presidente -

Dott. CHIEFFI Severo - Consigliere -

Dott. SIOTTO Maria Cristi - rel. Consigliere -

Dott. CORTESE Arturo - rel. Consigliere -

Dott. FIALE Aldo - Consigliere -

Dott. CONTI Giovanni - Consigliere -

Dott. FUMO Maurizio - Consigliere -

Dott. DAVIGO Piercamillo - Consigliere -

Dott. BLAIOTTA Rocco Marco - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sui ricorsi proposti da:

1. V.U.A., nato a (OMISSIS);

2. S.B.G., nato in (OMISSIS);

avverso la sentenza del 08/06/2011 della Corte di appello di Roma;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e i ricorsi;

udita la relazione svolta dal consigliere Arturo Cortese;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott. DESTRO Carlo, che ha chiesto l'annullamento senza rinvio per prescrizione nei confronti del S. e il rigetto del ricorso del V.;

uditi per V. gli avvocati COPPI FRANCO e Fabrizio Lemme, e per S. l'avv. Vincenzo Arrigo, che hanno concluso riportandosi ai rispettivi ricorsi e motivi.

Svolgimento del processo

1. Con sentenza del 16 aprile 2009 il Tribunale di Roma condannava V.U.A. e S.B.G. alle pene, rispettivamente, di anni due e mesi otto di reclusione, e di mesi dieci di reclusione, in quanto ritenuti responsabili:

- il V., del reato di peculato continuato (capo sub A) di cui all'art. 81 cpv. c.p., e art. 314 c.p., comma 1, perchè, avendo, nella qualità di ambasciatore e capo della Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione Europea, il possesso di varie utenze cellulari belghe, le utilizzava, nel periodo compreso fra il settembre 2001 e il dicembre 2003, per l'effettuazione di numerose telefonate di carattere privato, per importi consistenti;

- entrambi, del reato di falso ideologico (capo sub C) di cui agli artt. 110 e 479 c.p., materialmente commesso, su istigazione del V., dal S., nella qualità di cancelliere contabile presso la predetta Rappresentanza, e consistito nella falsa attestazione, in un atto a sua firma intestato alla "Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione Europea", recante la data del 22 gennaio 2004 e avente ad oggetto un resoconto di spese a carico del V., di aver ricevuto da quest'ultimo, a titolo di conguaglio per le spese non di servizio relative all'anno 2003 per una delle utenze, il rimborso pari alla somma di Euro 11.650,67, che in realtà all'epoca non era ancora avvenuto (in quanto verificatosi quasi tre mesi dopo, ossia il 6 aprile 2004);

- il S., inoltre, del reato di favoreggiamento personale aggravato (capo sub D) di cui all'art. 378 c.p., e art. 61 c.p., n. 9, contestato in relazione alla commissione della condotta delittuosa di falso.

Il Tribunale di Roma, quindi, concesse le attenuanti generiche e unificati i reati ex art. 81 cpv. c.p., condannava il V. alla pena di due anni e otto mesi di reclusione (così determinata: p.b.

ridotta ex art. 62 bis c.p., per il ritenuto più grave delitto di falso: un anno e quattro mesi, aumentata sino all'inflitto per la continuazione con gli episodi di peculato), con la pena accessoria della interdizione di pari durata dai pubblici uffici, e il S. alla pena di dieci mesi di reclusione (così determinata: p.b. ridotta ex art. 62 bis c.p., per il ritenuto più grave delitto di falso: otto mesi, aumentata sino all'inflitto per la continuazione con il delitto di favoreggiamento).

2. Su appello degli imputati, la Corte di appello di Roma, con sentenza dell'8 giugno 2011, assolveva il S. dal reato di cui al capo sub D (con eliminazione del relativo aumento di pena ex art. 81 c.p., comma 2) perchè il fatto non costituisce reato (mancando la prova che il predetto avesse agito con intenti ulteriori rispetto a quello di salvaguardare le aspettative di carriera del V., evitandogli problemi disciplinari) e riconosceva al V. l'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 4, relativamente al

reato di peculato di cui al capo A (venendo in rilievo, a tale effetto, i singoli episodi delittuosi), con conseguente diminuzione a un anno della pena applicata come aumento per la continuazione, confermando, nel resto, la pronuncia di primo grado.

Per la conferma della responsabilità del V. in ordine al delitto di peculato di cui all'art. 314 c.p., comma 1, la Corte di merito si basava sul consolidato e prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale, nella condotta di indebito utilizzo del telefono d'ufficio da parte del pubblico funzionario, ciò che viene in rilievo agli effetti penali è l'appropriazione delle energie costituite dagli impulsi elettrici, occorrenti per realizzare la comunicazione, entrate a far parte del patrimonio dell'amministrazione.

Secondo la Corte capitolina, all'epoca dei fatti nessuna fonte consentiva al personale degli affari esteri l'utilizzo per fini privati del telefono cellulare assegnato per motivi d'ufficio. In particolare la c.d. direttiva "Frattoni" n. 3/2001 subordinava espressamente la possibilità di un tale utilizzo alla esistenza di un contratto c.d. dual billing, idoneo cioè a consentire una fatturazione differenziata per le telefonate private. Nè alcun valore potevano avere, in quanto contrastanti con l'inequivoco tenore della detta direttiva, i chiarimenti ministeriali successivi alla vicenda di causa, secondo i quali, in caso di mancata attivazione del dual billing, le telefonate private potevano ugualmente farsi, senza limiti di spesa, salvo l'obbligo di rimborso, e senza vincoli temporali, da parte del pubblico funzionario. Prassi in tal senso, pur tollerate, erano palesemente illegittime. Nè il caso di specie, per le sue particolarità e per la condotta tenuta dall'imputato, offriva alcun appiglio per ritenerne sussistente la buona fede.

Riguardo al falso, la Corte ne confermava la sussistenza in base alle caratteristiche formali e al chiaro tenore dell'atto, al suo raffronto con l'omologa attestazione datata 6 aprile 2004 e ai rilievi effettuati in sede di ispezione dal 24 al 27 febbraio 2004.

3. Avverso la sentenza della Corte di appello entrambi gli imputati hanno proposto ricorso per cassazione a mezzo dei rispettivi difensori di fiducia.

3.1. Il V., che ha impugnato la sola condanna per il delitto di peculato, ha formulato i seguenti tre motivi.

a) Erronea applicazione dell'art. 314 c.p., e motivazione apparente, illogica e contraddittoria.

Secondo il ricorrente, nel caso di uso indebito dell'apparecchio cellulare da parte del pubblico ufficiale, non è configurabile il delitto di peculato ordinario di cui all'art. 314 c.p., comma 1, in quanto i cosiddetti impulsi elettronici non possono essere sussunti nella nozione di cosa mobile suscettibile di appropriazione, perchè, venendo ad esistenza a seguito e per effetto della condotta contestata, non costituiscono entità materiale ad essa preesistente e già nel possesso o nella disponibilità del soggetto agente. Nè varrebbe invocare in contrario la disposizione del capoverso dell'art. 624 c.p., posto che anche in tal caso l'energia sottraibile deve preesistere alla sottrazione. La configurazione dell'impulso elettronico quale possibile oggetto di condotta appropriativa rilevante ai fini del peculato si porrebbe, quindi, in contrasto con il principio di tassatività della fattispecie penale e con il divieto di interpretazione analogica.

Richiamando inquadramenti diversi del fenomeno in esame offerti dalla stessa giurisprudenza, comportanti l'opportuna assegnazione della causa alle Sezioni Unite, il ricorrente prospetta che esso potrebbe, al più, sussumersi nella fattispecie dell'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p., ovvero, sul rilievo dell'indebito utilizzo dell'apparecchio telefonico in quanto tale, in quella del peculato d'uso di cui all'art. 314 c.p., comma 2: fattispecie entrambe, peraltro, prescritte.

b) Inosservanza della norma penale di cui al combinato disposto dell'art. 59 c.p., comma 4, e art. 47 c.p., nonché vizio della motivazione sul mancato riconoscimento dell'esimente putativa del consenso dell'avente diritto.

Secondo il ricorrente, la Corte distrettuale, pur avendo riconosciuto, sulla base della documentazione prodotta (da ultimo, una nota dello stesso Ministro Frattini sulla possibilità di un rimborso successivo all'erario, consentito senza limitazione di tempi e di costi), l'esistenza di una situazione di tolleranza, da parte dell'amministrazione di appartenenza, costituente una manifestazione almeno tacita, o apparente, di consenso, ha poi erroneamente parlato al riguardo di prassi contra legem, laddove, nel caso di specie, si versa in una ipotesi di errore non sulla legge penale, bensì su atti amministrativi e comportamenti concludenti della pubblica amministrazione.

c) Vizio della motivazione in ordine alla ritenuta insussistenza della fattispecie di peculato d'uso, perchè la Corte distrettuale avrebbe solo richiamato i precedenti giurisprudenziali, senza rispondere specificamente ai rilievi d'appello relativi al fatto concreto, nel quale l'appropriazione dell'apparecchio sarebbe stata comunque temporanea e con successivo integrale rimborso delle somme addebitate.

3.2. Con motivi nuovi, depositati, con allegati, il 18 maggio 2012, la difesa del V. ha puntualizzato che l'impiego del cellulare per uso privato comporta solo un obbligo di rimborso della telefonata a carico dell'utente, il cui inadempimento integra un illecito di natura civile, in quanto l'utilizzatore delle onde magnetiche - delle quali nessuno ha la disponibilità o la possibilità di appropriarsi - si limita ad usufruire, dietro compenso, di un servizio prestato dalla società concessionaria, con la conseguenza che sull'utente grava un obbligo di tipo civilistico che consiste appunto nel pagamento delle prestazioni godute. Nè potrebbe certamente ritenersi, in tale situazione, la sussistenza del possesso o della disponibilità di denaro altrui anteriormente alla effettuazione delle telefonate: l'amministrazione di riferimento, infatti, paga il complessivo ammontare della fattura presentata periodicamente dalla società concessionaria, restando semplicemente in credito, nei confronti dell'utente, del rimborso dell'importo relativo alle telefonate di natura privata da lui effettuate.

Tale ricostruzione sarebbe in linea con la corretta interpretazione della c.d. "direttiva Frattini" n. 3/2001, e con la riconosciuta prassi, ritenuta ad essa conforme (come da circolare ministeriale n. 1 del 10 febbraio 2005 e nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 13 giugno 2005), di ritenere lecito l'uso per finalità private del cellulare ricevuto per esigenze di servizio anche in caso di mancata stipulazione di un contratto di dual billing, mediante l'adozione di un sistema alternativo di individuazione delle telefonate private, idoneo a caricarne il costo sull'interessato.

E' stata eccepita, poi, la mancanza di motivazione in ordine alla qualificazione del fatto in termini di peculato d'uso, in quanto la condotta del ricorrente non sarebbe stata mai animata dall'intenzione di appropriarsi di una cosa mobile della p.a.: del resto, qualora si considerasse come oggetto materiale del reato il cellulare di servizio, questo sarebbe sempre rimasto nella disponibilità della pubblica amministrazione, aspetti, questi, sui quali l'impugnata pronuncia cadrebbe in palesi errori di valutazione e carenze motivazionali.

In data 6 luglio 2012 è stata presentata altra memoria difensiva che ripropone il punto della non configurabilità della condotta di peculato ordinario per l'uso personale di telefono mobile del quale si abbia il possesso per ragioni d'ufficio, in ragione delle modalità tecniche di funzionamento dello strumento.

3.3. Il S. ha proposto tre motivi di doglianza relativi al reato di cui al capo sub C:

a) violazione di legge e carenza di motivazione sulla ritenuta sussistenza dell'elemento soggettivo

del reato ex artt. 43 e 479 c.p., non potendosi la stessa concretizzare nella mera immutatio veri;

b) violazione di legge e carenza di motivazione in ordine all'elemento oggettivo, in quanto, da un lato, a fronte dell'ambiguità del termine "provveduto" (da ricollegare al mero resoconto fornito dal V. e non all'avvenuto rimborso delle somme), doveva escludersi la prova certa del falso, e, dall'altro, l'esclusione della fondatezza dell'assunto che nella specie l'atto incriminato fosse un mero promemoria era stata basata sulla ritenuta unicità di esso, contrastata dalla documentazione in atti;

c) motivazione contraddittoria e illogica in relazione alla sussistenza dell'elemento psicologico, configurata e ravvisata in origine in maniera congiunta per il delitto di favoreggiamento e per quello di falso, in relazione alla medesima scrittura del 22 gennaio 2004, e poi mantenuta ferma per il solo falso, pur dopo l'esclusione dell'intento di favorire il V. nella sua pendenza giudiziaria, della quale si è escluso che all'epoca il S. fosse a conoscenza.

3.4. Il 2 luglio 2012 la difesa del S. ha depositato motivi aggiunti, riprendendo e sviluppando la tesi della necessità di una componente sostanziale di nocività o inganno per la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato ex art. 479 c.p. - oltre che per la sua stessa configurabilità oggettiva -, componente certamente da escludere nel caso di specie.

4. Con ordinanza n. 36760 del 18 luglio - 24 settembre 2012 la Sesta Sezione penale, assegnataria del ricorso, dopo aver ricordato l'insegnamento consolidato secondo il quale "il delitto di peculato si configura quando l'appropriazione abusiva ha leso la funzionalità della pubblica amministrazione e ha causato un danno patrimoniale apprezzabile, trattandosi di reato plurioffensivo", che si realizza con una "condotta del tutto incompatibile con il titolo per cui si possiede e da cui deriva un'estromissione totale del bene dal patrimonio dell'avente diritto", ha rilevato in particolare, sulla questione dell'utilizzo (anche) a fini privati del telefono assegnato per esigenze d'ufficio, che la giurisprudenza individuò l'atto appropriativo, in un primo tempo, "nell'uso del telefono quale apparato fisico (con la - allora coerente - configurabilità della fattispecie del peculato d'uso, in relazione al carattere momentaneo di detto uso e all'immediata restituzione dell'apparato)", e successivamente, invece, secondo un indirizzo che si è poi consolidato, "nel consumo delle energie costituite dagli impulsi elettronici, o elettrici (...), attraverso i quali si trasmette la voce (impulsi la cui appropriazione non può che essere definitiva, con la conseguente configurabilità del peculato ordinario disciplinato dall'art. 314 c.p., comma 1, e l'irrilevanza dell'eventuale successivo rimborso risarcitorio)".

4.1. Secondo l'ordinanza di rimessione, "la specifica doglianza secondo cui la lettura che individua l'oggetto dell'appropriazione negli impulsi elettronici che consentono la trasmissione della voce si allontana in modo intollerabile dal concetto di entità materiale suscettibile di appropriazione, per accogliere un'interpretazione dell'art. 314 c.p., che, ben oltre il dato letterale, appare in netto contrasto con il principio di tassatività della fattispecie penale e con il divieto di interpretazione analogica, merita un'attenta riflessione, il cui esito può condurre ad un ripensamento delle conclusioni cui questa Corte Suprema è da tempo pervenuta".

L'interpretazione finora accolta, infatti, riconduce al concetto normativo di "energia che abbia un valore economico", suscettibile di sottrazione (e quindi di appropriazione), gli "impulsi elettronici", che in realtà non preesistono all'uso illecito ma sorgono con esso e a sua causa e, inoltre, non esauriscono il costo del "servizio" oggetto del contratto, sul quale incidono in realtà una molteplicità di elementi (infrastrutture, risorse umane e tecniche, ecc.).

Ne discende, ad avviso della Sezione rimettente, la necessità di verificare se in relazione all'uso indebito dell'apparato telefonico non sia più appropriato ricorrere ad altra qualificazione giuridica, quale potrebbe essere "quella dell'abuso d'ufficio (potendosi ravvisare la violazione della disciplina

sull'uso del servizio telefonico cellulare e comunque dei principi generali, anche di rilievo costituzionale, di contabilità dello Stato (...), l'ingiusto vantaggio patrimoniale dell'utilizzatore infedele e il danno ingiusto dell'Amministrazione), ovvero quella della truffa aggravata ai sensi dell'art. 640 c.p., comma 1, n. 1 (quando la mancata segnalazione delle telefonate personali, ricorrendo i parametri prima ricordati, sia riconducibile ad una inveritiera dichiarazione)".

La delicatezza della questione e l'inopportunità di una pronuncia in qualche modo "esplorativa" in direzione contraria all'indirizzo dominante hanno indotto il Collegio della Sesta Sezione a ritenere doverosa la rimessione del processo alle Sezioni Unite di questa Suprema Corte ai sensi dell'art. 618 c.p.p..

5. Con decreto in data 1 ottobre 2012 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

6. In data 29 novembre 2012 i difensori del V. hanno presentato un'ulteriore memoria ai sensi degli artt. 121 e 611 c.p.p., riproponendo anzitutto la tesi della insussistenza del reato di peculato.

Al riguardo, si ribadiscono:

a) la assoluta inaccettabilità della sussunzione, nel concetto normativo di "cosa mobile", dei fenomeni fisici attraverso i quali la voce, previamente codificata in impulsi elettrici, viene trasmessa, tramite onde elettromagnetiche, a distanza: l'operazione tecnica, infatti, avviene con il supporto del gestore telefonico, che non "vende" onde elettromagnetiche appropriagli, ma "eroga" servizi di telefonia mobile;

b) il dato della materiale indisponibilità dell'onda elettromagnetica, sia nel patrimonio del soggetto passivo del reato che del soggetto attivo del reato, anteriormente alla realizzazione della presunta condotta appropriata: l'onda, infatti, viene generata proprio dall'utilizzo, corretto o meno, dell'apparecchio telefonico.

Si sottolinea inoltre che gli addebiti sulle utenze mobili, che avvengono in base alle telefonate effettuate, non sono diretta espressione del valore economico degli impulsi generati durante le conversazioni, in quanto le chiamate fungono solo da criterio di computo degli addebiti medesimi, che sono, per contro, direttamente collegati alla fruizione, da parte dell'utente, di tutta una serie di servizi messi a disposizione dalla compagnia telefonica (ripetitori, personale, infrastrutture, elaboratori informatici, ecc.).

Anche per tale via, dunque, l'impulso elettromagnetico non può ritenersi una "cosa mobile" ai sensi dell'art. 624 c.p.: esso non è valutabile economicamente, mentre è valutabile sul piano economico il servizio di telefonia reso dal gestore all'utente attraverso la complessiva organizzazione che consente la ricezione, lo smistamento e la trasmissione dei segnali elettromagnetici generati con l'apparecchio telefonico.

Più congrua, eventualmente, potrebbe ritenersi la sussunzione del comportamento contestato in altre fattispecie penali, quali quelle di cui agli artt. 323 o 640 c.p..

In ordine al reato di falso, la difesa del V., ricollegandosi ai motivi non personali di impugnazione presentati dal S., pacificamente estensibili ai sensi dell'art. 587 c.p.p., sottolinea anzitutto che difetta nella specie la univoca falsa rappresentazione della realtà. All'annotazione "provveduto", riportata nell'atto incriminato, in sé comunque non collegabile a uno specifico obbligo di riferire l'effettiva realtà, doveva infatti attribuirsi - anche alla luce dell'ulteriore documentazione acquisita nel dibattimento di primo grado - il corretto significato di "annotato, contabilizzato", pienamente compatibile con la natura di "mero promemoria, suscettibile di costante aggiornamento" che il

redattore stesso intendeva rappresentare, e che, in quanto tale, doveva condurre all'esclusione dell'ipotesi delittuosa in contestazione, potendosi ritenere falso solo ciò che, per come rappresentato, deve ritenersi contrario alla realtà, non consentendo alternative interpretazioni.

Sul piano probatorio, si ribadisce poi la censura, già formulata nei motivi di appello, di omessa valutazione della documentazione - prodotta dal P.m. in corso di istruttoria dibattimentale - che constava di un promemoria di stampo identico a quello oggetto di asserita falsificazione (relativo alle spese sostenute per il precedente anno) e di una ricevuta rilasciata dal cancelliere contabile a fronte dell'effettivo versamento della relativa somma.

Si chiede, conclusivamente, l'annullamento dell'impugnata sentenza di condanna sia in ordine al reato di peculato che a quello di falso ideologico, con l'affermazione del principio per cui, nella condotta di indebito utilizzo dell'utenza cellulare assegnata per ragioni d'ufficio, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, non è ravvisabile il reato di peculato. In subordine, si chiede di riqualificare il fatto contestato, ai sensi dell'art. 521 cod. proc. pen., come reato di peculato d'uso o abuso d'ufficio, ovvero truffa aggravata, dichiarando non doversi procedere per intervenuta estinzione per prescrizione del reato, nonchè di dichiarare l'intervenuta estinzione, per decorso del termine prescrizione, anche del reato contestato sub C.

Motivi della decisione

1. La questione per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è "se l'utilizzo per fini personali di utenza telefonica assegnata per ragioni di ufficio integri o meno l'appropriazione richiesta per la configurazione del delitto di peculato ex art. 314 c.p., comma 1, ovvero una condotta distrattiva o fraudolenta rispettivamente inquadrabile nel delitto di abuso di ufficio o in quello di truffa aggravata a danno dello Stato".

2. L'approccio e le soluzioni ad essa dati da parte della giurisprudenza sono variati nel tempo.

2.1. Un primo e più remoto orientamento ha ritenuto che la condotta in questione integri il reato di peculato d'uso ex art. 314 c.p., comma 2.

Essa, infatti, non realizzerebbe un'appropriazione degli impulsi elettronici (gli "scatti"), ma un'interversione momentanea del possesso (seguita da restituzione immediata) dell'apparecchio (Sez. 6, n. 3009 del 28/01/1996, Catalucci, Rv. 204786; Sez. 6, n. 7364 del 24/06/1997, Guida, Rv. 209746; Sez. 6, n. 353 del 07/11/2000, dep. 2001, Veronesi), per la quale non sarebbe necessaria la fuoriuscita della cosa dalla sfera di disponibilità e controllo del proprietario, essendo sufficiente che l'agente si comporti nei confronti della cosa medesima, sia pure in modo oggettivamente e soggettivamente provvisorio, uti dominus, realizzando finalità estranee agli interessi del proprietario (Sez. 6, n. 788 del 14/02/2000, Mari, Rv. 217342).

Il percorso giustificativo di tale approdo ermeneutico muove dal rilievo generale (v. Sez. 6, n. 7364 del 1997, Guida, cit.) che, se il pubblico agente possiede in nome e per conto della pubblica amministrazione gli arredi e le attrezzature dell'ufficio nella loro materiale disponibilità proprio in ragione delle sue mansioni, non par dubbio che un'aversione dal loro uso conforme alla destinazione data dalla pubblica amministrazione per il perseguimento del pubblico interesse, con correlativo volgimento a estranei fini di personale vantaggio in un tempo dato e in modi apprezzabili, comporta un'inammissibile interversione del possesso e quindi un'appropriazione. La reversibilità dell'interversione, alias la possibilità di restituire il bene impropriamente utilizzato alla normale destinazione d'uso, e quindi la durata dell'interversione predetta, sono in sè irrilevanti perchè l'uso "momentaneo", purchè apprezzabile, della cosa e la sua restituzione "immediata", cioè omisso medio, delimitano appunto e caratterizzano la nuova figura di reato del peculato d'uso rispetto alla fattispecie più grave, e ben più gravemente sanzionata, disciplinata dal comma primo del medesimo

art. 314 c.p., nella formula introdotta con la L. 26 aprile 1990, n. 86, art. 1. Nell'ipotesi in esame, dunque, il reato si realizza non già in relazione alla fruizione di un servizio non dovuto, insuscettibile, per la sua immaterialità, di essere inquadrato nella fattispecie astratta, bensì in relazione all'interversione del possesso correlata all'uso deviato, imprescindibile per fruire di quel servizio, dell'apparecchio telefonico affidato alla disponibilità materiale dell'agente. In altri termini, a configurare il reato nel caso in questione è l'esercizio di un possesso a fini propri e, quindi, in nome proprio, che, caratterizzato da un *animus rem sibi habendi* diverso da quello dovuto, denuncia l'appropriazione di un bene pubblico, destinata a breve durata perchè connotata appunto dal fine di "fare uso momentaneo della cosa" (affidata all'agente in ragione del suo ufficio o servizio), ma pur sempre di rilevanza penale.

2.2. Secondo il più recente, e prevalente, orientamento giurisprudenziale, la condotta in esame integra, invece, gli estremi del peculato comune. Si osserva in proposito che l'uso del telefono si connoterebbe non nella fruizione dell'apparecchio telefonico in quanto tale, ma nell'utilizzazione dell'utenza telefonica, e l'oggetto della condotta appropriativa sarebbe rappresentato (non già dall'apparecchio nella sua fisicità materiale, bensì) dall'energia occorrente per le conversazioni, la quale, essendo dotata di valore economico, ben può costituire l'oggetto materiale del delitto di peculato, in virtù della sua equiparazione ope legis alla cosa mobile. Così individuata la "cosa mobile altrui", vi sarebbe da parte dell'intraneus una vera e definitiva appropriazione degli impulsi elettronici occorrenti per la trasmissione della voce e non restituibili dopo l'uso (di tal che l'eventuale rimborso delle somme corrispondenti all'importo delle telefonate può valere solo come ristoro del danno cagionato). In sostanza, il pubblico agente, attraverso l'uso indebito dell'apparecchio telefonico, si approprierebbe delle energie, entrate a far parte della sfera di disponibilità della p.a., occorrenti per le conversazioni (Sez. 6, n. 10671 del 15/01/2003, Santone, Rv. 223780; Sez. 6, n. 7772 del 15/01/2003, Russo, Rv. 224270; Sez. 6, n. 7347 del 14/01/2003, Di Niro, Rv. 223528; Sez. 6, n. 3883 del 14/11/2001, dep. 2002, Chirico, Rv. 221510; Sez. 6, n. 9277 del 06/02/2001, Menotti, Rv. 218435; Sez. 6, n. 3879 del 23/10/2000, Di Maggio, Rv. 217710).

Si precisa peraltro che in tanto è configurabile il peculato ordinario, in quanto possa riconoscersi un apprezzabile valore economico agli impulsi utilizzati per ogni singola telefonata, ovvero anche per l'insieme di più telefonate, quando queste siano così ravvicinate nel tempo da poter essere considerate come un'unica condotta (Sez. 6, n. 25273 del 09/05/2006, Montana, Rv. 234838; v.

anche, sul punto, Sez. 6, n. 256 del 20/12/2010, dep. 2011, Di Maria, Rv. 249201). Sul piano della applicazione concreta possono segnalarsi casi di chiamate a linee telefoniche a contenuto erotico dall'importo assai elevato (Sez. 6, n. 21335 del 26/02/2007, Maggiore e altro, Rv. 236627; Sez. 6, n. 2963 del 04/10/2004, dep. 2005, Aiello, Rv. 231032), ovvero a Paesi esteri per scopi ludici (Sez. 6, n. 21165 del 29/04/2009, G.A.), o comunque personali (Sez. 6, n. 2525 del 04/11/2009, dep. 2010).

Il rigore di questo orientamento giurisprudenziale viene mitigato anche con il rilievo che nel concreto assetto dell'organizzazione pubblica è possibile riscontrare, talora, una sfera di utilizzo della linea telefonica dell'ufficio per l'effettuazione di chiamate personali che non può considerarsi "esulante del tutto dai fini istituzionali" e nella quale, quindi, non si realizza l'evento appropriativo (Sez. 6, n. 9277 del 2001, Menotti, cit.). Si tratta di quelle situazioni in cui il pubblico dipendente, sollecitato da impellenti esigenze di comunicazione privata (durante l'espletamento del servizio), finirebbe - ove non potesse farvi rapidamente fronte tramite l'utenza dell'ufficio - per creare addirittura maggior disagio all'amministrazione sul piano della continuità e/o della qualità del servizio: in questi casi, verificandosi una convergenza fra il rispetto di importanti esigenze personali e il più proficuo perseguimento dei fini pubblici, è la stessa amministrazione ad avere interesse a consentire al dipendente l'uso della linea dell'ufficio per fini privati.

Un preciso e significativo riscontro formale di tale realtà è stato rinvenuto nel decreto del 31 marzo

1994 del Ministro per la Funzione pubblica (G.U., n. 149 del 28 giugno 1994), che, nel definire il codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ha specificamente previsto che "in casi eccezionali", dei quali va informato il dirigente dell'ufficio, il dipendente possa effettuare chiamate personali dalle linee telefoniche dell'ufficio (v. la prima parte dell'art. 10, comma 5, del D.M. citato): statuizione nella quale, fra l'altro, all'informativa al dirigente dell'ufficio viene attribuita natura di mero adempimento formale, che - al di là delle possibili conseguenze disciplinari della sua violazione - non condiziona l'autonoma e sostanziale "rilevanza derogatoria" del "caso eccezionale".

Numerose sono le pronunce che hanno fatto applicazione di tali criteri di "temperamento" (Sez. 6, n. 5010 del 18/01/2012, Borgia, Rv. 251786; Sez. 6, n. 41709 del 19/10/2010, Ermini, Rv. 248798; Sez. 6, n. 24709 del 24/05/2007, Cavaliere; Sez. 6, n. 25273 del 2006, Montana, cit.; Sez. 6, n. 10719 del 31/01/2003, Oriente, Rv. 224864; Sez. 6, n. 7772 del 2003, Russo, cit.; Sez. 6, n. 7347 del 2003, Di Niro, cit.; Sez. 6, n. 9277 del 2001, Menotti, cit.; Sez. 6, n. 3879 del 2000, Di Maggio, cit.).

2.3. L'orientamento da ultimo illustrato trova seguito anche in relazione all'affine questione del computer in dotazione all'ufficio del pubblico funzionario, utilizzato per navigare in internet su siti non istituzionali (Sez. 6, n. 20326 del 15/04/2008, D'Alfonso). In tal caso non si manca peraltro di sottolineare la necessità di verificare il tipo di convenzione che lega l'ente al gestore del servizio di internet, e cioè se l'ente paghi una somma forfettaria al mese (c.d. tariffa flat), per cui è economicamente indifferente il numero e la durata delle connessioni ad internet eseguita dall'ufficio (e non vi è danno economico anche a fronte di connessioni illegittime), o se, di contro, l'ente paghi in funzione della durata delle singole connessioni, caso in cui la condotta illegittima del dipendente provocherebbe un immediato danno patrimoniale all'ente (Sez. 6, n. 41709 del 2010, Ermini, cit.).

Distinzione analoga potrebbe evidentemente farsi anche per le tariffe telefoniche. Invero, se con la tariffa "a consumo" ogni scatto in più, effettivamente, non fa altro che aumentare il danno patrimoniale della p.a., dato che ogni telefonata per scopi privati determina un indebito accrescimento di quanto dovuto al gestore telefonico, al contrario con la tariffa c.d. "forfettaria" o "tutto- incluso", grazie alla quale l'utente corrisponde al gestore telefonico un canone mensile fisso, indipendentemente dalle telefonate e dagli scatti realmente effettuati, non vi sarebbe alcuna forma di deminutio patrimonii, dato che - indipendentemente dalla realizzazione di una o più telefonate a scopi privati - la p.a. pagherebbe al gestore telefonico sempre lo stesso importo predeterminato, a prescindere quindi dal traffico telefonico realizzato.

2.4. Talora l'uso indebito del telefono è stato ricondotto alla fattispecie dell'abuso d'ufficio (v. Sez. 6, n. 20094 del 04/05/2011, Miscia, Rv. 250071, relativa alla condotta di un ispettore della Polizia di Stato che utilizzava l'apparecchio telefax in dotazione dell'ufficio, per procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale al coniuge), anche se in genere questa possibilità viene esclusa, in ragione della impossibilità di configurare, in tale comportamento, una "violazione di norme di legge o di regolamento", quale requisito essenziale per l'integrazione del delitto punito dall'art. 323 c.p., quale risultante della nuova formulazione della fattispecie introdotta dalla L. 16 luglio 1997, n. 234.

Un ulteriore ostacolo alla riconducibilità della condotta in discorso alla fattispecie dell'abuso d'ufficio potrebbe anche ravvisarsi, in determinate situazioni, nella previsione dello svolgimento della condotta stessa "nell'esercizio delle funzioni o del servizio".

Nell'affine materia dell'utilizzo per scopi privati della navigazione in internet attraverso il computer in dotazione all'ufficio, si è talora fatto ricorso allo schema del delitto di abuso d'ufficio nell'ipotesi in cui il contratto di connessione ad internet stipulato dall'ente preveda una tariffa flat, cioè a costo forfettario (Sez. 6, n. 31688 del 09/04/2008, Cannalire, Rv. 240692; Sez. 6, n. 381 del 2000, Genchi, cit.).

2.5. Per completare la rassegna di giurisprudenza, bisogna anche dar conto di un orientamento, sporadicamente emerso nella giurisprudenza di merito (Trib. Trento, 29 marzo 2000, Zanlucchi; Trib. Sanremo, 19 ottobre 1995, X), che ritiene che l'uso privato del telefono d'ufficio sia sempre penalmente irrilevante, non potendosi equiparare il semplice "uso" alla "appropriazione".

Si osserva, a supporto della tesi, che l'uso del telefono da luogo soltanto ad un addebito a carico della pubblica amministrazione delle somme corrispondenti all'entità delle utilizzazioni di volta in volta effettuate, con la conseguenza che parrebbe inopportuno parlare di "appropriazione". L'oggetto materiale della condotta, infatti, è rappresentato nella specie dal telefono come strumento di utilizzazione dell'utenza telefonica d'ufficio, e, siccome tale apparecchio rimane sempre nella disponibilità della pubblica amministrazione di appartenenza, la condotta di indebita utilizzazione da parte del pubblico funzionario dell'utenza telefonica intestata all'amministrazione per l'effettuazione di conversazioni personali non può integrare né gli estremi del peculato comune, né quelli del peculato d'uso.

In altri termini, viene negata la stessa configurabilità di una condotta di appropriazione, stante il mancato perfezionamento "negativo" della stessa, consistente nell'esclusione totale del proprietario dal rapporto con la cosa.

3. La disamina del panorama dottrinale mostra analogia varietà di vedute, con una sensibile divaricazione di indirizzi interpretativi, connotati, talora, da sostanziali analogie con il ragionamento sotteso al discorso giurisprudenziale, e, in altre occasioni, da una vera e propria originalità di impostazioni sul piano dogmatico.

3.1. Alcuni Autori ritengono sussumibile la fattispecie in esame nel paradigma dell'art. 314 c.p., comma 1, aderendo sostanzialmente alla tesi accolta dal più rigoroso orientamento giurisprudenziale, secondo cui l'appropriazione non riguarda l'apparecchio in sé e per sé, ma le energie che danno luogo al colloquio telefonico e che, pertanto, non possono essere mai oggetto di restituzione se non sotto il riflesso del risarcimento del danno provocato alla pubblica amministrazione.

Secondo tale impostazione, al pubblico agente non interessa lo strumento telefonico, ma il servizio che esso rende, che si identifica nella telefonata, e il danno cagionato alla p.a. è costituito dal consumo degli "scatti", cioè delle energie necessarie per la effettuazione della conversazione.

All'interno dell'orientamento in discorso, e focalizzando maggiormente l'attenzione sui profili economici della fattispecie, si è proposta l'opportunità di una distinzione di carattere preliminare, a seconda che l'amministrazione interessata abbia o meno un piano telefonico a forfait, in modo tale che il numero delle singole telefonate non incida sull'ammontare di spesa.

Nel caso in cui ogni telefonata abbia un singolo costo, sembra infatti ragionevole ritenere che il pubblico agente che impiega indebitamente il telefono d'ufficio debba rispondere di peculato comune, essendosi in sostanza appropriato delle risorse economiche della pubblica amministrazione (di cui disponeva per ragioni d'ufficio) impegnate per il pagamento delle telefonate.

In caso, invece, di contratto telefonico a forfait, l'impiego del telefono d'ufficio per ragioni personali potrà configurare peculato comune, se il pubblico agente ne faccia uso in modo prolungato (impedendo ad es. l'uso ad altri o occupando le linee telefoniche d'ufficio), ovvero peculato d'uso, se l'uso sia momentaneo.

In entrambe le ipotesi considerate, esulerebbero peraltro dalla punibilità le situazioni connotate da episodicità o sporadicità, per difetto del requisito implicito del danno al patrimonio e al buon

funzionamento della p.a., ovvero per l'esercizio di un diritto (arg.

ex art. 51 c.p.), espressamente conferito ai pubblici dipendenti dall'art. 10, comma 5, del codice di comportamento approvato con il D.M. 31 marzo 1994.

Nel commentare criticamente l'orientamento giurisprudenziale che non inquadra nel peculato, ma nel reato di abuso d'ufficio, la connessione abusiva ad internet da parte del pubblico ufficiale, altra opinione dottrinale si colloca sostanzialmente nella medesima prospettiva ermeneutica sopra delineata, rilevando che l'autore della condotta incriminata non farebbe solo un uso momentaneo del computer e della linea telefonica (rectius del modem), ma si approprierebbe delle energie - impulsi elettronici - relative alle connessioni ad internet. Tali energie sarebbero oggetto di un'appropriazione vera e propria da parte dell'agente, con correlativa definitiva perdita per l'amministrazione, non essendone possibile la restituzione.

Muovendo dall'ampiezza del fenomeno dell'utilizzo delle nuove tecnologie sui luoghi di lavoro, pubblici e privati, un'altra posizione dottrinale ritiene che il fatto di impegnare una linea telefonica non per comunicazioni conformi al servizio, ma per frequentare chat line o per sbrigare la propria corrispondenza, può costituire, per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, un'ipotesi di peculato ordinario non solo sotto il profilo dell'appropriazione degli impulsi elettronici veicolati dall'apparecchio telefonico ed entrati a far parte della sfera di disponibilità della p.a., ma anche sotto quello della sottrazione di risorse lavorative altrimenti impiegabili per il lavoro dovuto.

La qualità ordinaria del peculato si evidenzerebbe così anche per la non restituibilità delle risorse lavorative distratte e reindirizzate verso un impegno extralavorativo: a poco rileverebbe, in questa ottica, che il dipendente utilizzi un sistema non comportante di fatto un aggravio di spesa per il datore di lavoro, poichè egli, oltre a procurarsi un vantaggio lucrativo non spettantegli, certamente sottrae tempo ed energie alla sua attività per tutta la durata della connessione, impegnando la linea dalla sua postazione per scopi estranei al lavoro.

Analoga soluzione interpretativa sarebbe, sia pur parzialmente, proponibile anche nel settore privato, dove tali comportamenti potrebbero ritenersi sussumibili nell'ambito dello schema descrittivo delineato dall'art. 646 c.p., e art. 61 c.p., n. 11: l'utilizzo inappropriato del modem, della linea telefonica, della postazione telematica nel suo complesso, durante l'orario di lavoro, costituirebbe infatti una perdita irreversibile, non tanto degli strumenti in questione, che verranno restituiti giocoforza al termine dell'attività, quanto delle risorse ed energie lavorative che altrimenti sarebbero state impiegate più proficuamente dal dipendente per il disbrigo delle mansioni che gli erano state affidate.

3.2. Parte della dottrina ha sottoposto invece a critica stringente la soluzione interpretativa che riconduce alla fattispecie del peculato comune il comportamento del pubblico dipendente che indebitamente utilizzi il telefono dell'ufficio per comunicazioni personali.

Muovendo dal duplice rilievo che, ove il possesso dell'energia dipenda dal possesso del bene da cui essa promana, la configurabilità del peculato va valutata in rapporto non all'energia in quanto tale, bensì alla cosa che la produce, e che il pubblico funzionario, per poter disporre dell'utenza telefonica, deve avere il possesso o la disponibilità dell'apparecchio telefonico, si perviene alla conclusione che l'utilizzo a scopi personali dello stesso, che viene così distratto dalla originaria destinazione, è riconducibile propriamente alla figura del peculato d'uso, nel quale il fatto lesivo è costituito proprio dall'utilizzo non conforme alle finalità istituzionali e volto al conseguimento di un vantaggio personale.

Non varrebbe in contrario l'obiezione che il concetto di restituzione non si attaglierebbe ai casi in

cui l'uso del bene avvenga senza la sua fuoriuscita dalla sfera di controllo del legittimo titolare.

Posto infatti che la specifica ratio dell'introduzione della nuova fattispecie del peculato d'uso è quella di evitare un'impropria utilizzazione dei beni della pubblica amministrazione, il concetto di appropriazione momentanea che in esso viene in rilievo appare omologo a quello della distrazione, nella quale non rileva che il bene sia o meno sottratto alla sfera di disponibilità e controllo del legittimo proprietario, ma solo che venga distolto dalla originaria destinazione pubblicistica. La restituzione del bene, in tale ipotesi, consisterebbe nella cessazione dell'uso arbitrario, contrario all'interesse pubblico, e nella "riconduzione" del bene alla sua normale destinazione.

Allo scopo di evitare che la finalità attenuatrice della pena assegnata alla previsione di cui all'art. 314 c.p., comma 2, si converta in una eccessiva dilatazione della responsabilità, si è peraltro rimarcata la necessità che l'uso momentaneo si risolva in un'apprezzabile offesa degli interessi del proprietario del bene, non potendosi dunque ritenere configurabile il reato nelle ipotesi di uso economicamente e funzionalmente non significativo (anche al di fuori dei casi d'urgenza, espressamente previsti dal D.M. 28 novembre 2000, art. 10, comma 3).

Di converso, non basterebbe un uso non momentaneo, ovvero non seguito dall'immediata restituzione della cosa, a far rifluire automaticamente il fatto nell'ambito applicativo dell'art. 314 c.p., comma 1, apparendo comunque assai problematica in tal caso la ravvisabilità del dolo della condotta appropriativa, e residuando piuttosto, nella presenza dei previsti requisiti, la possibilità di una incriminazione della condotta a titolo di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p..

3.3. In una prospettiva affine ma non sovrapponibile si muove altro orientamento dottrinale, che, assimilando l'uso indebito del telefono a quello dell'autovettura ed escludendo che l'oggetto della condotta, ricadente palesemente in entrambi i casi sul bene fisico impiegato, possa identificarsi con l'energia in sé e per sé considerata che ne esprime il funzionamento, rileva che non sussiste alcun valido motivo per escludere a priori che l'uso possa costituire, nello schema del novellato art. 314 c.p., una forma di manifestazione della condotta appropriativa, richiedendosi solo, a tal uopo, che la condotta di abuso possessorio si estrinsechi attraverso i due momenti realizzativi dell'espropriazione (ossia, l'estromissione totale - ma non necessariamente definitiva - del legittimo proprietario dal rapporto con la cosa) e dell'impropriazione (ossia, il disconoscimento dell'altrui signoria attraverso atti dominicali incompatibili con l'interesse del vero avente diritto). In presenza di siffatti presupposti, opererebbe come criterio di distinzione "interna" tra il peculato comune e il peculato d'uso l'elemento della definitività dell'esclusione del dominus dal rapporto con la cosa:

l'uso protratto per un tempo limitato e seguito dall'immediata restituzione sarà riconducibile al capoverso dell'art. 314 c.p., mentre quello prolungato o comunque non seguito dalla restituzione della res rientrerà nella più grave fattispecie del peculato comune.

In tale prospettiva ermeneutica, la linea di demarcazione "esterna", rispetto alla contigua fattispecie di abuso d'ufficio, è segnata dalla completa estromissione del proprietario dal rapporto con il bene medesimo, solo in mancanza della quale, restando inconfigurabile il delitto di peculato, potrà trovare applicazione, nella ricorrenza di tutti gli altri presupposti, la fattispecie di cui all'art. 323 c.p..

3.4. Alla tesi della configurabilità del peculato d'uso, altra posizione dottrinale perviene attraverso un percorso differente, che muove dal rilievo, contrario all'opinione dominante, che oggetto di tale figura di reato non sono solo le cose infungibili ma anche quelle fungibili, come il denaro. La previsione della restituzione della "stessa" cosa, recata dalla norma codicistica, andrebbe infatti letta in relazione alla natura della cosa stessa, nel senso che, in caso di beni infungibili, ne esigerebbe la piena identità fisica, mentre, in caso di beni fungibili, quale il danaro, richiederebbe solo che si tratti di cose della stessa specie e quantità.

Partendo da tale presupposto, si rileva che, quando il pubblico dipendente effettua chiamate personali dal telefono dell'ufficio, non si appropria, definitivamente, delle energie che consentono la trasmissione della voce, e neppure, momentaneamente, del mezzo fisico del telefono, ma si appropria invece, momentaneamente, dell'utenza telefonica pubblica e, più precisamente, delle somme di denaro corrispondenti al costo delle telefonate indebitamente effettuate, che distrae nell'immediato in suo favore, provvedendo poi a rifonderle.

3.5. Una diversa ricostruzione viene suggerita, infine, da quella dottrina, secondo la quale l'uso indebito del telefono pubblico non ha ad oggetto l'impulso elettrico che consente la trasmissione della voce e non realizza alcuna appropriazione di "energia", ma investe propriamente un "diritto di utenza", rientrante nel novero dei beni immateriali e, come tale, insuscettibile di apprensione. Con la consegna e la conseguente concessione della facoltà di utilizzo di un apparato telefonico, si trasferisce in sostanza a un soggetto il diritto di usufruire del servizio telefonico. L'oggetto della condotta resta, quindi, il solo uso dell'utenza telefonica e non l'energia che ne permette il funzionamento.

Nella prospettiva in discorso, chi si avvale in modo improprio del telefono in dotazione dell'ufficio, limitandosi solo a disporre abusivamente di un diritto che gli è stato concesso, oltre a non realizzare alcuna appropriazione di energia, non si appropria neppure, agli effetti dell'art. 314 c.p., comma 2, del mezzo fisico del telefono, in quanto non ne sottrae la disponibilità alla pubblica amministrazione, e ciò anche se l'uso indebito avvenga con assiduità e in via continuativa.

La condotta in esame resterebbe poi fuori anche dall'ambito applicativo del diverso reato di abuso d'ufficio, non potendosi allo stato ravvisare il necessario presupposto della violazione di una norma di legge o di regolamento di carattere precettivo, considerato in particolare che il codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (che vietando, all'art. 10, l'uso del cellulare e degli altri beni strumentali per fini privati, viene senz'altro violato dal pubblico agente nell'uso improprio del telefono), non è stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dalla L. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17, e dunque non può rientrare fra le "fonti normative" previste dall'art. 323 c.p. (come rilevato anche da Sez. 6, n. 45261 del 24/09/2001, NiCita, Rv. 220935).

Per poter attingere la soglia della sanzionabilità penale, l'uso indebito del telefono dovrebbe assumere modalità e intensità tali da sottrarlo effettivamente e stabilmente alla disponibilità della pubblica amministrazione. In tal caso, si realizzerebbe l'effetto appropriativo nella sua forma più grave delineata nell'art. 314, comma 1.

4. Per risolvere compiutamente la questione sottoposta alla Corte, è indispensabile tracciare, nei limiti di pertinenza, un, sia pur rapido, profilo di alcuni tratti salienti del delitto di peculato, nelle due forme previste dall'attuale testo dell'art. 314 c.p..

4.1. Nella sua originaria formulazione, la condotta di peculato si articolava in due forme, l'appropriazione e la distrazione. Con la riforma introdotta dalla legge 26 aprile 1990, n. 86, si è: a) formalmente soppressa l'ipotesi della distrazione a profitto proprio o di altri; b) abrogato il delitto (di cui all'art. 315 c.p.) di malversazione a danno di privati (rifluito nella modificata fattispecie di peculato); c) introdotto, al comma secondo dell'art. 314, l'ipotesi del peculato d'uso.

La introduzione del peculato d'uso come figura autonomamente disciplinata è stata in particolare spiegata con l'intento sia di superare le precedenti incertezze sulla rilevanza penale delle condotte ad essa riconducibili, sia di colmare possibili vuoti di tutela al riguardo.

La riforma del '90, pur se ha tendenzialmente accentuato l'aspetto del disvalore in sé dell'abuso

qualificato e interessato del possesso, rispetto alla protezione del patrimonio, non ha sostanzialmente inciso sul carattere plurioffensivo del reato, quale tradizionalmente riconosciuto in dottrina e in giurisprudenza, in relazione alla duplice tutela del buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione (sotto i profili della legalità, efficienza, probità e imparzialità) e del patrimonio della stessa o di terzi (v., fra le tante, Sez., 6, n. 8009 del 10/06/1993, n. 8009, Ferolla, Rv. 194921): plurioffensività ritenuta peraltro, generalmente, alternativa, con la conseguenza, in particolare, che l'eventuale mancanza di danno patrimoniale non esclude la sussistenza del reato, in presenza della lesione dell'altro interesse, protetto dalla norma, del buon andamento della pubblica amministrazione (Sez. U, n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, Rv. 244190; Sez. 6, n. 2963 del 04/10/2004, Aiello, Rv. 231032; Sez. 6, n. 4328 del 02/03/1999, Abate, Rv. 213660).

4.2. Il costante orientamento della giurisprudenza, in conformità al tenore letterale del dato normativo di cui all'art. 314 c.p., interpreta la nozione del previo rapporto del pubblico agente con la res in senso più ampio del possesso civilistico (Sez. 6, n. 396 del 06/06/1990, Di Salvo), ricomprendendovi, oltre alla detenzione materiale, anche la (mera) disponibilità giuridica della cosa (Sez. 6, n. 6753 del 04/06/1997, dep. 1998, Finocchi, Rv. 211008), intesa come concreta possibilità del soggetto agente di inserirsi, con un atto dispositivo - derivante dalla sfera di competenza o comunque da prassi e consuetudini invalse nell'ufficio, anche se in contrasto con norme giuridiche o atti amministrativi - nelle operazioni finalizzate alla concreta apprensione (v. al riguardo Sez. 6, n. 11633 del 22/01/2007, Guida, Rv. 236146).

Anche in dottrina si aderisce ad una nozione di possesso in senso lato, sganciata dalla visione civilistica di possesso ex art. 1140 c.c., ritenendosi che il possesso, e la disponibilità, sono poteri giuridici che attribuiscono all'agente pubblico la possibilità di operare sulla destinazione della cosa mobile, per distoglierla dal fine tutelato dal diritto ed avviarla indebitamente verso una finalità propria del soggetto attivo.

4.3. Oggetto materiale del delitto di peculato è il denaro o altra cosa mobile. L'espressione "cosa mobile" denota ogni entità oggettiva materiale, fungibile o infungibile, idonea ad essere trasportata da un luogo all'altro.

Secondo la più recente giurisprudenza (Sez. 2, n. 20647 dell'11/05/2010, Corniani, Rv. 247271) in tema di reati contro il patrimonio, per "cosa mobile" deve intendersi qualsiasi entità di cui sia possibile la fisica detenzione, sottrazione, impossessamento od appropriazione e che possa essere trasportata da un luogo ad un altro, compresa quella che, pur non mobile originariamente, sia resa tale mediante l'avulsione o l'enucleazione dal complesso immobiliare di cui faceva parte.

Alla "cosa", inoltre, è parificata ex art. 624 c.p., comma 2, "l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico" Da tale ambito si ritengono però generalmente escluse le energie umane, o muscolari, inscindibili dalla persona e insuscettibili, come tali, di autentica appropriazione.

Il requisito del valore economico - presunto per l'energia elettrica, da dimostrarsi per le altre energie - definisce l'ambito di applicabilità della disposizione, in cui rientrano solo le energie che vengono captate dall'uomo, mediante l'apprestamento di mezzi idonei, in modo tale da essere impiegate a fini pratici, distribuite, scambiate, etc.: deve trattarsi, dunque, di una forza della natura misurabile in denaro, per cui deve esservi sia un soggetto che la controlla, sia un soggetto disposto normalmente a versare un corrispettivo per averla in godimento.

Si ritiene in dottrina che l'equiparazione dell'energia alla cosa mobile sussiste solo se l'energia possa venire posseduta separatamente dalla cosa da cui promana. Di conseguenza, tutte le volte che il possesso dell'energia dipenda e sia inseparabile dal possesso della cosa da cui promana (es., possesso di animali, macchinari), la configurabilità del reato deve essere giudicata in rapporto alla

cosa, non in rapporto all'energia; con la conseguenza che, in tali ipotesi, si applicheranno, se del caso, i principi validi per il peculato d'uso.

Sia in dottrina che in giurisprudenza (Sez. 2, n. 20647 dell'11/05/2010, Comiani, Rv. 247270; Sez. 2, n. 36592 del 26/09/2007, Trementozzi, Rv. 237807) si esclude che i beni immateriali - sia personali (vita, onore, prestigio, etc.), che patrimoniali (opere dell'ingegno, invenzioni industriali, ditta, insegna, marchio, etc.) - possano costituire oggetto di peculato, perchè non sono cose.

Tradizionalmente si esclude anche che possa costituire oggetto di possesso e, quindi, di appropriazione, un diritto.

4.4. La condotta di "appropriazione" identifica il comportamento di chi fa propria una cosa altrui, mutandone il possesso, con il compimento di atti incompatibili con il relativo titolo e corrispondenti a quelli riferibili al proprietario. Essa si articola in due momenti: il primo, negativo (c.d. "espropriazione"), di indebita alterazione dell'originaria destinazione del bene; il secondo, positivo (c.d. "impropriazione"), di strumentalizzazione della res a vantaggio di soggetto diverso dal titolare del diritto preminente.

Con l'interservio possessionis, il soggetto inizia a trattare il denaro o la cosa mobile come fossero suoi, compiendo su di essi uno o più atti di disposizione - comportamenti materiali o atti negoziali - che, incompatibili con il titolo del possesso, rivelano una signoria che non gli compete e che egli indebitamente si attribuisce.

Nell'esercizio effettivo di una o più facoltà spettanti solo all'autentico dominus si realizza quella "conversione della cosa a profitto proprio o altrui" che, tradizionalmente indicata come ricompresa nel concetto stesso di appropriazione, non può non emergere anche là dove, come nell'art. 314 c.p., e diversamente da quanto avviene per il delitto di appropriazione indebita (dove, previsto come "ingiusto", compare quale finalizzazione del dolo specifico), il profitto proprio o altrui non risulti testualmente menzionato dalla norma.

Secondo la giurisprudenza, la nozione di appropriazione nell'ambito del delitto di peculato - realizzantesi con l'inversione del titolo del possesso da parte del pubblico agente, che si comporta, oggettivamente e soggettivamente, uti dominus nei confronti della res posseduta in ragione dell'ufficio, che viene, correlativamente, estromessa in toto dal patrimonio dell'avente diritto - è rimasta invariata anche dopo l'entrata in vigore della L. n. 86 del 1990 (Sez. 6, n. 8009 del 10/06/1993, Ferolla, Rv. 194923).

L'espunzione della distrazione dal nuovo testo dell'art. 314 c.p., ha reso particolarmente delicato il problema dei rapporti tra le nozioni di "appropriazione" e "distrazione".

In giurisprudenza si ritiene che l'eliminazione della parola "distrazione" dal testo dell'art. 314 c.p., operata dalla L. n. 86 del 1990, non ha determinato puramente e semplicemente il transito di tutte le condotte distrattive poste in essere dall'agente pubblico nell'area di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio. Qualora, infatti, mediante la distrazione del denaro o della cosa mobile altrui, tali risorse vengano sottratte da una destinazione pubblica ed indirizzate al soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi, viene comunque integrato il delitto di peculato. La condotta distrattiva, invece, può rilevare come abuso d'ufficio nei casi in cui la destinazione del bene, pur viziata per opera dell'agente, mantenga la propria natura pubblica e non vada a favorire interessi estranei alla p.a. (Sez. 6, n. 17619 del 19/03/2007, Porpora; Sez. 6, n. 40148 del 24/10/2002, Gennari).

E' interessante notare che anche in relazione al delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646

c.p., che non ha mai incluso formalmente la condotta di distrazione, prevale l'opinione che ritiene tale condotta - intesa nel suo significato di "deviare la cosa dalla sua destinazione o nel divergerla dall'uso legittimo"- riconducibile sostanzialmente a quella appropriativa (Sez. U, n. 9863 del 28/02/1989, Vita, Rv. 181789; Sez. U, n. 1 del 28/02/1989, Cresti, Rv. 181792; Sez. 2, n. 5136 del 04/04/1997, Bussei, Rv. 208059; Sez. 2, n. 2829 del 19/11/1991, Griffa, Rv. 189314; Sez. 2, n. 5523 del 27/02/1991, B.N.L., Rv. 187512).

Discorso analogo, per il delitto di cui all'art. 646 c.p., si fa anche per l'uso indebito della cosa, ove esso si connoti per l'eccedenza dai limiti del titolo in virtù del quale l'agente deteneva in custodia la stessa, di modo che l'atto compiuto comporti un impossessamento, sia pur temporaneo, del bene (Sez. 2, n. 47665 del 27/11/2009, Cecchini, Rv. 245370; Sez. 2, n. 5136 del 04/04/1997, Bussei, Rv. 208059; Sez. 3, n. 3445 del 02/02/1995, Carnovale, Rv. 203402; Sez. 2, n. 2954 del 15/12/1971, dep. 1972, Rv. 120966).

La nozione di appropriazione, nello stesso ambito del delitto di cui all'art. 646 c.p. (il quale, com'è noto, ove aggravato ex art. 61 c.p., n. 9, si distingue dal peculato in ragione del titolo del possesso: Sez. 6, n. 34884 del 07/03/2007, Rv. 237693; Sez. 6, n. 377 del 08/11/1988, Rv. 180167), ha, dunque, finito per assumere, con il passare del tempo, un significato sempre più ampio, comprensivo sia dell'appropriazione in senso stretto (di cui le più tipiche forme di manifestazione sono l'alienazione, la consumazione e la ritenzione), sia della distrazione, sia dell'uso arbitrario dal quale derivi al proprietario la perdita del denaro o della cosa mobile.

4.5. Quanto in particolare al peculato d'uso, si osserva che tale figura replica strutturalmente lo schema del furto d'uso, mirando, da un lato, ad arginare arbitrarie dilatazioni interpretative del peculato comune e, dall'altro, a reprimere condotte che nel previgente sistema erano irrilevanti, con un temperamento del trattamento sanzionatorio in relazione al minor disvalore del fatto.

Secondo la giurisprudenza di legittimità e la dottrina prevalente, il peculato d'uso previsto dal comma secondo dell'art. 314, non costituisce un'attenuante del delitto di peculato, bensì una figura del tutto autonoma, per impianto strutturale, rispetto al reato di peculato di cui al comma 1. I due commi prevedono, pertanto, due diverse ipotesi di reato (Sez. 6, n. 6094 del 27/01/1994, Liberatore, Rv. 199187; Sez. 6, n. 8156 del 29/04/1992, De Bortoli, Rv. 191407).

In effetti, la previsione contenuta nel secondo comma, connotata dalla finalità dell'agente quale elemento specializzante, delinea una condotta intrinsecamente diversa da quella del primo comma, in quanto l'uso momentaneo, seguito dall'immediata restituzione della cosa, non integra un'autentica appropriazione, realizzandosi, quest'ultima, solo con la definitiva soppressione della destinazione originaria della cosa.

Per la giurisprudenza nettamente prevalente (contrastata da parte della dottrina), l'ipotesi lieve di peculato prevista dal capoverso dell'art. 314 cod. pen. non è configurabile rispetto al denaro (Sez. 6, n. 27528 del 21/05/2009, Severi, Rv. 244531; Sez. 6, n. 3411 del 16/01/2003, Ferrari, Rv. 224060; Sez. 6, n. 8286 del 03/05/1996 Galdi, Rv. 205928) - bene fungibile per eccellenza, menzionato in modo alternativo solo nell'art. 314, comma 1 -, nè, analogamente, in relazione a cose di quantità, per le quali non sarebbe possibile la restituzione della eadem res, ma solo del tantundem, irrilevante ai fini dell'integrazione del reato de quo (Sez. 6, n. 8009 del 10/06/1993, Ferolla, Rv. 194925; Sez. 6, n. 12218 del 17/10/1991, Bulgari, Rv. 189004; in senso contrario, isolatamente, con riferimento a cose fungibili e, quindi, anche al denaro, Sez. 6, n. 4195 del 14/03/1995, Greco, Rv. 201264).

La nozione di restituzione viene intesa in modo assai rigoroso dalla giurisprudenza (Sez. 6, n. 4195 del 14/03/1995, Greco, Rv. 201264), per la quale tra la cessazione dell'uso momentaneo e la restituzione deve intercedere il tempo minimo necessario e sufficiente, in concreto, per la

restituzione medesima; al riguardo non è possibile fissare un rigido criterio cronologico, ma è necessario che le due attività (ossia, l'uso e la restituzione) si pongano in un continuum dell'operato dell'agente: occorre, cioè, che egli, dopo l'uso, non compia altre attività che non siano quelle finalizzate alla restituzione.

Resta fermo poi che l'intenzione di restituire la cosa immediatamente dopo l'uso momentaneo deve esser presente sin dall'inizio: non si tratta, infatti, di un peculato proprio, che successivamente si trasforma, per effetto dell'uso momentaneo e della restituzione della cosa, in peculato d'uso, bensì, sin dall'origine, di un fatto caratterizzato dal contenuto intenzionale del reo.

Si ritiene comunque che non integri alcun reato l'utilizzo a scopo personale di beni appartenenti alla p.a., quando la condotta non leda la funzionalità dell'ufficio nè causi un danno patrimoniale apprezzabile (Sez. 6, n. 5010 del 18/01/2012, Borgia, Rv. 251786).

5. Traendo ora le fila dalla esposizione che precede, occorre passare anzitutto a esaminare le tesi che hanno, sotto vari profili, ritenuto di ravvisare nell'uso indebito del telefono d'ufficio da parte del pubblico agente, una ipotesi di peculato ordinario ai sensi dell'art. 314 c.p., comma 1.

5.1. Partendo, al riguardo, dall'indirizzo, oggi dominante in giurisprudenza, che sostiene che con il detto uso si realizza la appropriazione, necessariamente definitiva (non potendosi configurare una restituzione successiva al consumo), delle energie costituite dalle onde elettromagnetiche che permettono la trasmissione della voce, si osserva che esso non è divisibile.

In primo luogo, infatti, le energie in questione non possono tecnicamente essere oggetto di appropriazione, in quanto non sono oggetto di previo possesso o disponibilità da parte dell'utente del telefono. E questo perchè non preesistono all'uso dell'apparecchio, ma sono prodotte proprio dalla sua attivazione. Oltre a ciò, sul piano intrinseco, esse si caratterizzano per il fatto di "propagarsi", e non si può, quindi, procedere al loro concreto immagazzinamento, funzionale a un impiego pratico misurabile in termini economici, sì da rispondere all'esplicito requisito di cui all'ultima parte dell'art. 624 c.p., comma 2.

E' noto, del resto, che il costo delle singole chiamate, anche nei contratti a consumo, non è il riflesso diretto delle onde elettromagnetiche attivate, bensì il frutto di una complessiva valutazione del budget del sistema di comunicazione gestito, in base alla quale si determina, secondo i parametri del numero e della durata, il prezzo, economicamente congruo, della fruizione del servizio.

Se poi si vuoi vedere nel riferimento alle onde elettromagnetiche un implicito richiamo anche all'energia elettrica (rilevante ex se ai sensi del comma secondo dell'art. 624 c.p.) necessaria ad attivarle, l'esclusione della sua supposta definitiva appropriazione discende dalla considerazione che tale energia viene nella specie in rilievo quale entità di consumo inscindibilmente connessa al concreto funzionamento dell'apparecchio e non può costituire, quindi (come puntualizzato da accorta dottrina: v. sopra par. 4.3.), diretto, specifico e autonomo oggetto della condotta dell'utente.

5.2. Il rilievo sopra svolto sul costo delle chiamate sollecita l'immediata presa in esame della prospettiva che sposta l'oggetto della ravvisabile appropriazione definitiva, rilevante ai sensi dell'art. 314 c.p., comma 1, dalle energie consumate alle somme al cui esborso l'indebito uso del telefono d'ufficio espone la pubblica amministrazione.

Tale ricostruzione - che sarebbe comunque applicabile alle sole situazioni regolate da tariffe a consumo e non anche a quelle c.d.

"tutto incluso" - non è accettabile, non corrispondendo alla realtà del fenomeno in discorso, in quanto posticipa artificialmente il vantaggio, che il pubblico agente ritrae immediatamente dalla sua

indebita condotta, al momento successivo, ed effetto di questa, in cui la p.a. ne sostiene l'onere economico. Le somme di cui si discute non sono certamente oggetto di previo possesso in capo all'infedele funzionario, nè il loro esborso è ricollegabile a un suo potere giuridico di disposizione, ma è solo la oggettiva conseguenza di una condotta fattuale che si inserisce nel vincolo esistente fra la p.a.

e il gestore di telefonia.

Parimenti inaccettabile è l'opinione che ravvisa l'oggetto dell'appropriazione definitiva nelle stesse energie lavorative che il pubblico agente, con la condotta in discorso, dirotterebbe verso fini difformi da quelli istituzionali. Qui è evidente che si è del tutto fuori dallo schema del rendere "proprio" un qualcosa che solo si possiede, verificandosi al contrario l'inadempimento dell'obbligo di mettere a servizio altrui un qualcosa che è proprio.

6. Occorre ora passare ad esaminare gli ipotizzabili inquadramenti dell'indebito uso del telefono d'ufficio in fattispecie diverse da quella del peculato ordinario.

6.1. Al riguardo, bisogna anzitutto farsi carico della prospettazione, avanzata nell'ordinanza di rimessione, della riconducibilità del fenomeno alla ipotesi della truffa aggravata.

Per la verità, nell'ordinanza si fa riferimento alla eventuale esistenza di una inveritiera dichiarazione, che arricchisce in qualche modo la situazione base di cui ci si sta occupando.

In relazione a questa, la tesi della riconducibilità alla truffa non appare sostenibile. Nella truffa, invero, l'ingiusto profitto è frutto della induzione in errore, laddove, quando il pubblico agente adopera per fini privati il telefono assegnatogli per le esigenze d'ufficio, la realizzazione, da parte sua, di un indebito vantaggio è immediata e non è in sé dipendente dalla induzione in errore di alcuno. Il conseguente danno per l'amministrazione (sussistente peraltro solo nei casi regolati da contratto a consumo) deriva direttamente dal vincolo che la lega al gestore e l'eventuale silenzio del funzionario infedele interviene in relazione a una condotta ormai consumata e che egli non era in radice autorizzato a porre in essere.

6.2. C'è poi da esaminare la questione della riconducibilità dell'uso indebito del telefono d'ufficio alla fattispecie del peculato d'uso, di cui all'art. 314 c.p., comma 2.

A tale quesito deve darsi, ad avviso della Corte, risposta positiva (con conseguente ritorno a quello che era stato l'iniziale orientamento della giurisprudenza).

Si è sopra visto (par. 4.4.) che la nozione di appropriazione, nello stesso ambito del delitto di cui all'art. 646 c.p., ha assunto, nel tempo, un significato sempre più ampio, comprensivo anche dell'uso indebito della cosa, ove esso si connoti per l'eccedenza dai limiti del titolo in virtù del quale l'agente la detiene.

Naturalmente, in quell'ambito, nel quale non è prevista l'ipotesi dell'uso momentaneo, si richiede l'effetto della perdita della cosa stessa da parte dell'avente diritto. Questa conseguenza è chiaramente incompatibile con un uso strutturalmente e programmaticamente (come sottolineato anche da Corte cost., n. 2 del 1991) momentaneo, quale quello previsto nel capoverso dell'art. 314 c.p.; il quale, quindi, non potrà mai integrare un'appropriazione, nel senso specifico di cui al primo comma della norma codicistica, consistendo ed esaurendo la sua portata nel fatto di distogliere temporaneamente la cosa dalla sua originaria destinazione, per piegarla a scopi personali.

Si tratta, in altre parole, di un abuso del possesso, che non si traduce, e non può per definizione tradursi, nella sua stabile inversione in dominio. La ratio dell'introduzione della fattispecie in esame

è stata in effetti proprio quella di impedire, con una repressione di tipo penale, il grave fenomeno dell'utilizzo improprio dei beni della pubblica amministrazione. Ma se così è, e se non si vuole vanificare tale ragione storica e logica della fattispecie, è giocoforza ritenere che, per la sua integrazione, l'elemento qualificante e sufficiente è dato dalla violazione del titolo del possesso, che l'agente compie distraendo il bene dalla sua destinazione pubblicistica e piegandolo verso fini personali. In questo modo egli si rapporta con esso, in pendenza dell'utilizzo indebito, in veste di dominus (per quanto provvisorio e funzionale), con contestuale disconoscimento dell'altrui maggior diritto. In tale schema ricostruttivo si palesa all'evidenza non essenziale, in quanto estraneo allo specifico scopo perseguito dal legislatore, l'elemento della "fisica" sottrazione della res alla sfera di disponibilità e controllo della pubblica amministrazione. E quando tale sottrazione manchi, la "restituzione" della cosa si risolverà logicamente nella cessazione del suo uso arbitrario, con la conseguente riconduzione della stessa alla sua destinazione normale (come già efficacemente rilevato da Sez. 6, n. 7364 del 24/06/1997, Guida, Rv. 209746).

Così correttamente puntualizzata la portata e la natura del peculato d'uso, è evidente che l'utilizzo per fini personali, da parte del pubblico agente, del telefono assegnatogli per le esigenze dell'ufficio, vi diviene pienamente sussumibile. Con tale condotta, infatti, il soggetto distoglie precisamente il bene fisico costituito dall'apparato telefonico, di cui è in possesso per ragioni d'ufficio, dalla sua destinazione pubblicistica, piegandolo a fini personali, per il tempo del relativo uso, per restituirlo, alla cessazione di questo, alla destinazione originaria. E rimane irrilevante, per quanto detto, la circostanza che il bene stesso non fuoriesca materialmente dalla sfera di disponibilità della p.a..

Ciò chiarito, non può non rilevarsi, giusta quanto già segnalato nell'analisi generale del peculato (ma la sottolineatura è qui particolarmente doverosa), che il raggiungimento della soglia della rilevanza penale presuppone comunque l'offensività del fatto, che, nel caso del peculato d'uso, si realizza con la produzione di un apprezzabile danno al patrimonio della p.a., o di terzi ovvero (ricordando la plurioffensività alternativa del delitto di peculato:

v. sopra par. 4.1.) con una concreta lesione della funzionalità dell'ufficio: eventualità quest'ultima che potrà, ad esempio, assumere autonomo determinante rilievo nelle situazioni regolate da contratto c.d. "tutto incluso". L'uso del telefono d'ufficio per fini personali, economicamente e funzionalmente non significativo, deve considerarsi, quindi (anche al di fuori dei casi d'urgenza, espressamente previsti dal D.M. 28 novembre 2000, art. 10, comma 3, o di eventuali specifiche e legittime autorizzazioni), penalmente irrilevante.

Considerata, poi, la struttura del peculato d'uso (che implica l'immediata restituzione della cosa), la valutazione in discorso non può che essere riferita alle singole condotte poste in essere, salvo che le stesse, per l'unitario contesto spazio-temporale, non vadano di fatto a costituire una condotta inscindibile.

Il principio di diritto che si può enucleare da tutto il discorso che precede è il seguente:

"La condotta del pubblico agente che, utilizzando illegittimamente per fini personali il telefono assegnatogli per ragioni di ufficio, produce un apprezzabile danno al patrimonio della pubblica amministrazione o di terzi o una concreta lesione alla funzionalità dell'ufficio, è sussumibile nel delitto di peculato d'uso di cui all'art. 314 c.p., comma 2".

6.3. Discende da quanto sopra che deve ritenersi assorbita la questione della possibilità, prospettata nell'ordinanza di rimessione, di ricondurre il fenomeno dell'uso indebito del telefono della p.a. alla fattispecie dell'abuso d'ufficio. Al di là, infatti, dei problemi concreti che la prospettazione di qua può porre (v.

sopra, paragrafi 2.4. e 3.5.), non c'è dubbio che tale figura, formalmente sussidiaria in relazione ai reati più gravi (in ragione della espressa clausola di riserva contenuta nell'incipit dell'art. 323 c.p.), è comunque da considerarsi, rispetto al peculato d'uso, punito con identica pena edittale, e contraddistinto dall'elemento specifico dell'appropriazione temporanea di una res, figura di carattere residuale e non concorrente, in quanto avente genericamente ad oggetto il conseguimento di un ingiusto vantaggio patrimoniale derivante dalla violazione di norme di legge o di regolamento posta in essere dal pubblico agente nello svolgimento delle funzioni o del servizio (v. in tal senso Sez. 6, n. 353 del 07/11/2000, dep. 2001, Veronesi, n.m.).

7. Esaminando ora, alla luce delle conclusioni come sopra assunte, il fatto come ascritto al V. nel capo A della rubrica, risulta evidente che lo stesso non può integrare il peculato ordinario di cui all'art. 314 c.p., comma 1, ma appare sussumibile nella fattispecie del peculato d'uso di cui al secondo comma dello stesso articolo. Tale ultimo reato, peraltro, considerata l'epoca della sua commissione (protrattasi non oltre il dicembre 2003), è ormai estinto per il decorso del termine massimo di prescrizione (pur tenendo conto delle sospensioni intervenute).

Alla declaratoria dell'estinzione può peraltro procedersi solo previa verifica dell'insussistenza dei presupposti per pronunciare un proscioglimento più favorevole ai sensi dell'art. 129 c.p.p., comma 2.

Tali presupposti non sono nella specie ravvisabili.

Non può dubitarsi, alla stregua dei dati di fatto accertati in sede di merito e non contestati, che le telefonate di cui è accusato l'imputato, di contenuto strettamente personale e indirizzate spesso a utenze site fuori del Paese di partenza, hanno determinato, singolarmente prese (secondo il corretto inquadramento e vaglio operato dalla Corte di appello), un danno comunque apprezzabile alla p.a. (in quanto ammontante ad alcune decine di Euro), anche se di speciale tenuità (onde è stata riconosciuta l'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 4).

Relativamente ai motivi con cui la difesa ha variamente invocato la sussistenza, nella specie, della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, quanto meno a livello putativo, ovvero dell'errore sul fatto, in conseguenza di condotte, omissive e positive, della p.a., che avevano dato luogo a una diffusa prassi di tolleranza del comportamento addebitato al V., deve rilevarsi quanto segue.

Anzitutto, com'è noto, quando i beni oggetto di peculato sono della p.a., nessun soggetto può esprimere un valido consenso esimente.

Circa, poi, la normativa amministrativa regolante, all'epoca dei fatti, l'uso dei cellulari da parte dei pubblici funzionari residenti all'estero, e le risultanze, orali e documentali, relative all'allegata prassi anzidetta, i giudici di merito ne hanno effettuato una disamina analitica, al cui esito, da un lato, hanno affermato con certezza che la disciplina dell'epoca consentiva l'uso dei cellulari per scopi privati solo in caso di contratto dual billing (contemplante, cioè, l'utilizzo di un codice atto a distinguere e ad addebitare separatamente le chiamate non istituzionali), vietandolo conseguentemente in mancanza dell'adozione di detto sistema, e, dall'altro, hanno sottolineato che i sopravvenuti chiarimenti "interpretativi", in quanto per nulla rispondenti all'univoco contenuto della citata disciplina, rimasta formalmente invariata, e intervenuti comunque successivamente all'epoca dei fatti, non possono costituire base utile per dare positivo sostegno e rilievo alla indicata prassi di tolleranza, che, quindi, essendosi formata in maniera non unanime e in contrasto con la normativa ufficiale vigente, deve considerarsi certamente inidonea a scriminare soggettivamente la condotta di chi, come l'imputato (tenuto, per il suo ruolo, ad avere o prendere precisa cognizione circa la legittimità dei propri comportamenti e ad astenersene in caso di incertezze al riguardo), ha utilizzato sistematicamente i cellulari di servizio per chiamate dal contenuto strettamente privato, omettendo

per anni di segnalarle all'amministrazione e corrisponderne il costo.

La descritta motivazione appare conforme alla giurisprudenza di questa Corte (Sez. 6, n. 35813 del 21/06/2007, Bensi, Rv. 237767;

Sez. 3, n. 28397 del 16/04/2004, Giordano, Rv. 229060; Sez. 3, n. 22813 del 15/04/2004, Ferri, Rv. 229228; Sez. 6, n. 5117 del 19/12/2000, dep. 2001, Aliberti, Rv. 217862; Sez. 6, n. 6776 del 22/03/2000, Fanara, Rv. 216319) e scevra da vizi apprezzabili in questa sede: vizi la cui eventuale sussistenza sarebbe comunque irrilevante al fine di impedire la declaratoria della causa estintiva del reato, in quanto comporterebbe un annullamento con rinvio della sentenza impugnata, precluso dall'obbligo di immediata declaratoria della detta causa.

La sentenza impugnata deve, pertanto, essere annullata senza rinvio nei confronti del V. in ordine al reato di peculato d'uso di cui all'art. 314 c.p., comma 2, così riqualificato il fatto di cui al capo A della rubrica, perché estinto per prescrizione, con eliminazione della relativa pena di un anno di reclusione e della pena accessoria di cui all'art. 31 c.p..

8. Venendo ora al reato di falso, ascritto a entrambi gli imputati, va rilevato che lo stesso, come già ricordato in parte narrativa, è stato fatto oggetto di impugnazione solo nel ricorso del S..

Il reato in questione, in quanto commesso (secondo la data riportata sul documento) in data 22 gennaio 2004, risulta estinto, per decorso del termine massimo di prescrizione (di sette anni e mezzo), maggiorato di 120 giorni (per le sospensioni dovute ai due rinvii, per impedimento del difensore, dall'11 novembre 2008 al 12 febbraio 2009 e dal 12 febbraio 2009 al 16 aprile 2009), in data 19 novembre 2011, successiva alla emissione della sentenza impugnata e alla proposizione dei ricorsi.

La declaratoria di tale estinzione, spettante al S., non può peraltro essere estesa anche al V. in forza della regola di estensione di cui all'art. 587 c.p.p., essendosi nei suoi confronti consolidato il giudicato di colpevolezza prima del verificarsi dell'effetto estintivo, venuto a maturazione in ragione del protrarsi del decorso del termine di prescrizione successivamente alla proposizione dei ricorsi (Sez. 2, n. 26708 del 20/05/2009, Borrelli, Rv. 244664; Sez. 6, n. 23251 del 18/03/2003, Cammardella, Rv. 226007; Sez. 1, n. 12369 del 23/10/2000, Russo, Rv. 217393).

Ciò chiarito, deve naturalmente anche qui procedersi alla previa verifica dell'insussistenza dei presupposti per pronunciare nei confronti del S. un proscioglimento più favorevole a sensi dell'art. 129 c.p.p., comma 2, (estensibile in ipotesi sicuramente, ove non basato su motivi personali, anche al V., in forza della ricordata regola di cui all'art. 587 c.p.p.). Tali presupposti non sono nella specie ravvisabili.

I motivi proposti in ordine al falso, infatti, vuoi quelli intesi a contestare la natura pubblica attestativa del documento redatto dal S. ovvero la effettiva falsità ideologica del passaggio relativo all'avvenuto rimborso da parte del V., vuoi quelli diretti a contestare la sussistenza di un dolo penalmente rilevante, sono basati, quando non su rilievi di merito, su presunti vizi motivazionali - autonomi o collegati a prospettate letture del diritto sostanziale alternative a quella offerta (in conformità alla dominante giurisprudenza) dai giudici di merito - che, se anche sussistenti, sarebbero comunque irrilevanti al fine di impedire la declaratoria della causa estintiva del reato, in quanto comporterebbero un annullamento con rinvio della sentenza impugnata, precluso dall'obbligo di immediata declaratoria della detta causa.

La sentenza impugnata deve, pertanto, essere annullata senza rinvio nei confronti del S. in ordine al reato di falso (che resta invece fermo, con la irrogata pena di anni uno e mesi quattro di reclusione,

per il V.), perché estinto per prescrizione.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata dal V. in ordine al reato di peculato d'uso di cui all'art. 314 c.p., comma 2, così riqualificato il fatto di cui al capo A della rubrica, perché estinto per prescrizione, ed elimina la relativa pena di un anno di reclusione e della pena accessoria di cui all'art. 31 c.p., ferma restando la pena di un anno e quattro mesi di reclusione per il reato di falso.

Annulla senza rinvio la stessa sentenza nei confronti del S. in ordine al reato di falso, perché estinto per prescrizione.

(vedi ORDINANZA di errore in calce allegata con deliberazione 16/04/2013).

Così deciso in Roma, il 20 dicembre 2012.

Depositato in Cancelleria il 2 maggio 2013

**Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 30-01-2013)
02-04-2013, n. 7985**

5 Settembre 2013

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LAMORGESE Antonio - Presidente -

Dott. DE RENZIS Alessandro - Consigliere -

Dott. STILE Paolo - Consigliere -

Dott. NAPOLETANO Giuseppe - rel. Consigliere -

Dott. CURZIO Pietro - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 19784/2009 proposto da:

L.P. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 71, presso lo studio

dell'avvocato BELLUCCI MAURIZIO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato BIOLI VINCENZO, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI NOCERA UMBRA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA BARBERINI 12, presso lo studio dell'avvocato TONELLI ENRICO, rappresentato e difeso dall'avvocato CAFORIO GIUSEPPE, giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 488/2008 della CORTE D'APPELLO di PERUGIA, depositata il 11/09/2008 R.G.N. 842/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/01/2013 dal Consigliere Dott. GIUSEPPE NAPOLETANO;

udito l'Avvocato BELLUCCI MAURIZIO;

udito l'Avvocato TONELLI ENRICO per delega CAFORIO GIUSEPPE;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ROMANO Giulio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

La Corte di Appello di Perugia, confermando la sentenza di primo grado, rigettava la domanda di L.P., proposta nei confronti del Comune di Nocera Umbra di cui era dipendente, avente ad oggetto la declaratoria dell'illegittimità della revoca dell'incarico di responsabile di sezione con conseguente sua reintegrazione nel posto precedentemente occupato e condanna di controparte al risarcimento dei danni.

La Corte del merito, per quello che interessa in questa sede, riteneva, innanzitutto, inammissibile, perché nuova, la domanda diretta ad ottenere l'ordine di cessazione delle attività vessatorie e mobbizzanti in quanto la relativa causa petendi - consistente nell'allegazione di una serie di atti vessatori teologicamente collegati al fine dell'emarginazione del soggetto passivo - ed il petitum - ordine di cessazione - non trovavano riscontro nel ricorso introduttivo del giudizio.

La predetta Corte, poi, relativamente alla assunta dequalificazione professionale, conseguente alla allegata privazione di qualsiasi incarico a seguito della revoca della funzione di responsabile di sezione, rilevava che il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare che gli incarichi erano rimasti "sulla carta" e non avevano avuto esecuzione e che egli era rimasto inoperoso. Viceversa, secondo la Corte territoriale, il L. non aveva assolto a tale onere in quanto la prova articolata non verteva su fatti specifici e rilevanti a quel fine, ma anzi comportava l'espressione da parte dei testimoni d'inammissibili valutazioni circa il contenuto meramente formale degli incarichi.

Nè, infine, riteneva la Corte del merito che gli incarichi assegnati al ricorrente non fossero corrispondenti alla professionalità propria della categoria d'inquadramento.

Avverso questa sentenza il L. ricorre in cassazione sulla base di tre censure, illustrate da memoria.

Resiste con controricorso il Comune intimato.

Motivi della decisione

Con la prima censura il ricorrente deduce contraddittorietà della motivazione in punto di ritenuta novità del capo della domanda concernente il mobbing. In particolare il L. rileva che prima la Corte del merito asserisce la novità della domanda e, poi, riconosce l'esistenza di una allegazione sullo svuotamento delle mansioni.

Con il secondo motivo, denunciando violazione dell'art. 437 c.p.c., comma 2, pone il seguente quesito di diritto: "se la richiesta di cessazione di abuso di condotta vessatoria da parte del datore di lavoro costituisce domanda nuova e come tale inammissibile ai sensi dell'art. 437, comma 2, rispetto alla domanda formulata in primo grado dal lavoratore di accertamento dell'esistenza dell'abuso stesso ai fini della domanda di risarcimento del danno e di reintegra delle effettive funzioni ricoperte prima dell'abuso".

Le due censure, in quanto strettamente connesse dal punto vista logico e giuridico, vanno trattate unitariamente.

Preliminarmente va dato atto che i motivi di ricorso in esame risultano ex art. 366 bis c.p.c., ammissibili atteso che, contrariamente all'assunto di parte resistente, i relativi quesiti consentono la piena cognizione, e del fatto controverso su cui s'incentra la censura di contraddittorietà della motivazione, e della violazione di leggi dedotta con riferimento anche alla ratio decidendi della sentenza impugnata.

Tanto premesso rileva la Corte che i motivi sono infondati.

Innanzitutto non vi è contraddittorietà della motivazione in quanto il ricorrente non tiene conto che secondo la Corte del merito il mobbing presuppone l'esistenza, e, quindi, l'allegazione di una serie di atti vessatori teologicamente collegati al fine dell'emarginazione del soggetto passivo. E proprio con riferimento a tale ricostruzione del mobbing ritiene che manca nel ricorso di primo grado, qualsiasi allegazione di tal genere e che, pertanto, la relativa domanda - *rectius* causa petendi - è nuova. In altri termini per la Corte del merito non è sufficiente la prospettazione di un mero "svuotamento delle mansioni", occorrendo, ai fini della deduzione del mobbing, anche l'allegazione di una preordinazione finalizzata all'emarginazione del dipendente.

Quanto alla denunciata violazione dell'art. 437 c.p.c., comma 2, oltre alla considerazione che il *petitum* - rappresentato nella specie dalla richiesta di un ordine di cessazione della condotta mobbizzante - è del tutto nuovo come sottolineato dalla Corte del merito, vi è il rilievo che trattandosi d'interpretazione della domanda che implica un accertamento di fatto, il ricorrente per correttamente investire questa Corte della questione di cui trattasi avrebbe dovuto denunciare l'erronea interpretazione della domanda e non la sola violazione dell'art. 437 c.p.c., comma 2.

Con la terza critica il L., deducendo vizio di motivazione, lamenta la mancata ammissione dell'interrogatorio formale di controparte e della prova articolata.

La censura è infondata.

Invero la Corte del merito ritiene inammissibili i reclamati mezzi istruttori perché non vertenti su fatti specifici e rilevanti, ma anzi comportanti l'espressione da parte dei testimoni d'inammissibili valutazioni circa il contenuto formale degli incarichi conferiti.

Ebbene ritiene il Collegio che effettivamente i capitoli di prova vertono sulla cronistoria degli accadimenti e sulla formalità o meno degli incarichi attribuiti al ricorrente. Come tali, quindi, sono irrilevanti - *rectius* inammissibili - atteso che riguardano circostanze, quali quelle della revoca dell'incarico e dell'attribuzione di nuovo incarico, del tutto pacifiche ovvero attengono alla richiesta

di un giudizio circa il contenuto formale o meno dei nuovi incarichi affidati al ricorrente.

Il ricorso, in conclusione, va respinto.

Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità liquidate in Euro 50,00 per esborsi, oltre Euro 2.500,00 per compensi ed oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 30 gennaio 2013.

Depositato in Cancelleria il 2 aprile 2013

ANZANI