

Feb/2019



CAMMINO DIRITTO

Articoli Divulgativi

ISSN 2421-7123
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE DIVULGATIVO -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco LONGOBUCCO, Francesco ORABONA, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

Comitato dei Revisori: Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Ilaria TACCOLA, Ilaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

Redazione: Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista: **Cammino Diritto**

ISSN: 2421-7123

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)

Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it/index.asp>

Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it

Recapito telefonico: 02 87188451

Indice dei contenuti

- 1 - LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ESERCENTI LE PROFESSIONI SANITARIE
autore: **Salvatore Natalizio**, pubblicazione domenica 3 febbraio 2019
- 2 - ACCREDITAMENTO DOCENTI PER LA FORMAZIONE DI CAMMINO DIRITTO
autore: **La Redazione**, pubblicazione lunedì 4 febbraio 2019
- 3 - INCIDENTE STRADALE CAUSATO DA VEICOLO STRANIERO: LA PROCEDURA DI RISARCIMENTO E ALCUNE QUESTIONI PROCESSUALI RILEVANTI
autore: **Vito Russoniello**, pubblicazione martedì 5 febbraio 2019
- 4 - NIENTE TENUITÀ PER CHI, UBRIACO, SI METTE ALLA GUIDA DI UN SUV SU UNA STRADA TRAFFICATA
autore: **Giovanna Marzillo**, pubblicazione mercoledì 6 febbraio 2019
- 5 - TUTELA CAUTELARE CONSERVATIVA DEL PATRIMONIO DEL FALLITO: IL DECRETO EX ART. 25 L.FALL.
autore: **Luca D'addesio**, pubblicazione domenica 10 febbraio 2019
- 6 - PROCESSO AMMINISTRATIVO: RILEVANZA DELL'INTERESSE AD AGIRE QUALE CONDIZIONE DELL'AZIONE ANCHE COME MERO INTERESSE MORALE
autore: **Maria Erica Gangi**, pubblicazione martedì 12 febbraio 2019
- 7 - SI SDRAIA PER TERRA DAVANTI ALL'AUTOBUS E NE RITARDA LA PARTENZA, È INTERRUZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO
autore: **Valentina Milazzo**, pubblicazione mercoledì 13 febbraio 2019
- 8 - LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO CERTIFICA (E CONDANNA) IL FALLIMENTO DELLE AUTORITÀ ITALIANE NEL CASO ILVA
autore: **Stefano Solidoro**, pubblicazione giovedì 14 febbraio 2019
- 9 - LE DIVISE DEL MINISTRO SALVINI: PUÒ INDOSSARLE O NO?
autore: **Marco Nigro**, pubblicazione sabato 16 febbraio 2019
- 10 - LA CONTINUAZIONE TRA REATI PUNITI CON PENE ETEROGENEE
autore: **Alessandra Inchingolo**, pubblicazione sabato 16 febbraio 2019
- 11 - LA CHIESA, MCCARRICK E I POTERI DEL PONTEFICE CONTRO I REATI GRAVI
autore: **Saverio Setti**, pubblicazione domenica 17 febbraio 2019
- 12 - AFFIDAMENTI IN HOUSE EX ART. 192, COMMA 2, DEL CODICE DEI CONTRATTI: NUOVA RIMESIONE ALLA CGUE
autore: **Andrea Indelicato**, pubblicazione lunedì 18 febbraio 2019
- 13 - LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA IMPROPRIA PER EFFETTO DI OPERAZIONI DOLOSE CONSISTITE NELL'OMESSO PAGAMENTO DELLE IMPOSTE
autore: **Ivan Clarice**, pubblicazione martedì 19 febbraio 2019
- 14 - COSA SONO LE OBBLIGAZIONI E LE OBBLIGAZIONI NATURALI
autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione mercoledì 20 febbraio 2019
- 15 - AVVOCATI: LA PRESCRIZIONE DEL COMPENSO DA GRATUITO PATROCINIO
autore: **Valentina Pellegrino**, pubblicazione giovedì 21 febbraio 2019
- 16 - CASSE AUTOMATICHE SUPERMERCATO: FURTO AGGRAVATO SE SI SCANNERIZZA SOLO PARTE DELLA MERCE
autore: **Barbara Druda**, pubblicazione venerdì 22 febbraio 2019

17 - RECUPERO DEGLI STIPENDI VERSATI: È ONERE DEL DATORE DI LAVORO
DIMOSTRARE L'ASSENZA DI CAUSA NEI PAGAMENTI
autore: **Alessandra Inchingolo**, pubblicazione mercoledì 27 febbraio 2019

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ESERCENTI LE PROFESSIONI SANITARIE

L'evoluzione normativa della responsabilità medica alla luce delle recenti novità legislative.

Salvatore Natalizio - Pubblicazione, domenica 3 febbraio 2019
Redattore: Ilaria Valentino

Sommario: 1. La responsabilità medica. 2. La colpa. 3. Il nesso causale tra condotta colposa ed evento dannoso. 4. Linee-guida, protocolli e «buone pratiche clinico-assistenziali». 5. La responsabilità medica tra legge Balduzzi e legge Gelli-Bianco. 6. Conclusioni.

1. La responsabilità medica.

La disamina delle problematiche giuridiche sottese all'esercizio della professione medico-sanitaria non può prescindere da alcune considerazioni preliminari. Occorre, fin da ora, premettere come la figura del medico sia normalmente esposta, in misura maggiore rispetto ad altri professionisti, ad azioni giudiziarie di risarcimento del danno da parte dei propri pazienti^[1].

Difatti, quando il risultato conseguito grazie all'opera del sanitario non è quello sperato dal paziente accade, non di rado, che al primo vengano attribuiti errori diagnostici, terapeutici o da omessa vigilanza facendo sorgere una responsabilità penale o civile per l'aggravamento della situazione del paziente o per la sua morte.

A tal proposito, dunque, occorre delineare brevemente la nozione di responsabilità medica^[2].

Tale responsabilità fa capo a colui che esercita un'attività sanitaria per ogni tipologia di danno derivante al paziente da errori, omissioni o dalla violazione degli obblighi inerenti all'attività medesima.

In particolare, la responsabilità medica sussiste ogni qual volta sia ravvisabile un nesso causale tra la lesione alla salute psicofisica del paziente e la condotta dell'operatore sanitario.

Appare evidente, pertanto, come tale nozione si riferisca ad una casistica estremamente

ampia di interventi medico-sanitari indirizzati non solo a lenire – in ipotesi gravi – la condizione di un malato incurabile ma anche a prevenire l’insorgenza di possibili patologie attraverso pratiche dimostrate efficaci nell’esperienza quotidiana.

Prima di analizzare nel dettaglio gli ultimi interventi legislativi di riforma, a cominciare dal d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. decreto Balduzzi) fino alla recentissima l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), è necessario esaminare gli elementi caratterizzanti la responsabilità medica: la colpa ed il nesso causale tra la condotta del sanitario e l’evento dannoso.

2. La colpa.

Come noto, la colpa rappresenta non soltanto un *minus* ma anche un *aliud* rispetto al dolo: si tratta, infatti, di un criterio di attribuzione della responsabilità che ha una struttura del tutto diversa.

A voler essere più precisi le varie forme di colpa si basano su un giudizio normativo e cioè sul contrasto tra la condotta concreta dell’agente ed il modello di condotta imposto da regole di diligenza, prudenza o perizia (contenute non solo nelle leggi ma anche in regolamenti, ordini o discipline)[\[3\]](#).

È possibile allora ravvisare la colpa medica – in questa accezione generica – laddove sussista la negligenza, intesa quale superficialità e/o disattenzione nel compimento di un’azione doverosa; l’imprudenza che si caratterizza per la condotta temeraria del sanitario che ha agito nonostante un divieto assoluto; l’imperizia che coincide con una carenza di cognizioni o abilità esecutive nello svolgimento delle attività professionali.

La colpa specifica, invece, consiste nella violazione di norme che il medico non poteva ignorare, disciplinanti specifiche attività o il corretto svolgimento delle procedure sanitarie e codificate in leggi, regolamenti, ordini o discipline. Si tratta, dunque, di regole di diligenza, prudenza e perizia contenute in norme di fonte pubblica o privata.

Ai fini che qui interessano giova operare una distinzione, non sempre agevole nel caso concreto, tra condotta omissiva colposa e condotta commissiva colposa.

La prima si verifica allorché viene violato un divieto poiché l’agente omette la condotta dovuta (ad esempio il medico rifiuta di ricoverare il paziente in gravi condizioni di salute) mentre la seconda si verifica, al contrario, nel caso in cui viene violato un

comando poiché l'agente pone in essere una condotta attiva colposa omettendo di adottare quella diligente (ad esempio il medico adotta una terapia errata omettendo di somministrare quella corretta)[4].

3. Il nesso causale tra condotta colposa ed evento dannoso.

La sola condotta colposa posta in essere dall'esercente una professione sanitaria, che in quanto tale contrae un'obbligazione di mezzi e non di risultato[5], non è autonomamente sufficiente a ricondurre alcuna responsabilità in capo a quest'ultimo[6].

È necessario, infatti, individuare un preciso legame, un nesso eziologico tra l'errore commesso e il danno subito dal paziente, perché il secondo possa qualificarsi come diretta conseguenza del primo.

Tuttavia tale ultima operazione – apparentemente lineare sul piano teorico – appare di difficile realizzazione pratica per la complessità dei fenomeni clinici, intrinsecamente imprevedibili, e carenti di quella certezza assoluta, richiesta per un accertamento medico-legale *ex post* e spesso sostituita da un criterio statistico-probabilistico.

Ai fini dell'accertamento del nesso causale, secondo la più nota e prevalente teoria condizionalistica (o della *condicio sine qua non*)[7] occorre operare una “eliminazione mentale” dal caso di specie di alcuni comportamenti per verificare se, anche in assenza di essi, il danno si sarebbe comunque verificato. In caso negativo, il comportamento del medico si rivela determinante; in caso positivo, al contrario, il nesso causale non può essere provato.

Dal punto di vista probatorio, per ottenere il risarcimento del danno, il paziente deve in ogni caso provare la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta del medico e la lesione subita. La mancanza o la mancata prova dello stesso ha l'immediata conseguenza di liberare il sanitario da qualsiasi tipo di responsabilità ascrittagli[8].

4. Linee-guida, protocolli e «buone pratiche clinico-assistenziali».

Sulla scorta delle esperienze americane, anche in Italia diverse Società mediche hanno emanato linee-guida, cioè delle vere e proprie regole contenenti i criteri da seguire ed i fattori da considerare allo scopo di ottimizzare la cura dei pazienti[9].

Diversamente dalle prime, il protocollo si presenta molto più dettagliato nel delineare uno schema di comportamento predefinito con valore obbligatorio attribuito mediante

decreto normativo. Stante il carattere vincolante del protocollo che molto spesso ha ad oggetto specifici trattamenti sanitari, il medico può discostarsi da esso solo previa informazione ed accettazione da parte del paziente ed altresì giustificando il suo operato tramite parere motivato[10].

Le «buone pratiche clinico-assistenziali», invece, possono essere definite come ogni attività, procedura o comportamento riguardante percorsi assistenziali, basati su *standard* di qualità e sicurezza derivanti da evidenze, letteratura medico-scientifica e organizzazioni sanitarie[11].

A tal proposito, come meglio si vedrà nel prosieguo, la legge Gelli-Bianco ha previsto che, in mancanza di linee-guida, gli esercenti le professioni sanitarie debbono attenersi alle «buone pratiche clinico-assistenziali», come monitorate da un apposito osservatorio nazionale.

In altre parole la legge Gelli-Bianco riafferma il ruolo delle linee-guida come termine di confronto per stabilire la responsabilità medica, il quale era già stato inserito con la legge n. 189 del 2012 (legge Balduzzi)[12].

5. La responsabilità medica tra legge Balduzzi e legge Gelli-Bianco.

La legge 8 novembre 2012, n. 189 (legge Balduzzi) si è finalmente fatta carico di un endemico problema nazionale: il contenzioso giudiziario derivante dall'operato degli esercenti le professioni sanitarie[13].

La giurisprudenza di merito e di legittimità, maggiormente orientata alla tutela del paziente danneggiato, e la previgente disciplina normativa avevano dato vita ad una reazione della classe medica che, seppur apparentemente opinabile, ha avuto una drastica ricaduta sulla tenuta economica del sistema nazionale e sulla garanzia assicurativa del professionista stesso.

Parliamo, per indicare il contegno assunto dal sanitario moderno, della c.d. medicina difensiva, la cui definizione si rinviene nella letteratura statunitense, “*quando i medici ordinano test, procedure e visite, oppure evitano pazienti o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non necessariamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice. Quando i medici prescrivono extra test o procedure per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice, essi praticano una medicina difensiva positiva. Quando essi evitano certi pazienti o*

procedure, essi praticano una medicina difensiva negativa”[\[14\]](#).

Al fine di arginare tali comportamenti e cercare di porre quanto meno il medico in una posizione di libertà decisionale è intervenuta la legge n. 189/2012 la quale nell’art. 3, comma 1, (ora abrogato) stabiliva che *“l’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. [...]”*.

In altri termini, il legislatore del 2012 escludeva, di regola, la responsabilità penale per il medico che si atteneva alle linee-guida residuando, tuttavia, una responsabilità nei soli casi in cui fosse ravvisabile una colpa di non lieve entità: vale a dire quando era immediatamente riconoscibile la necessità di discostarsi dalle linee-guida, per la particolarità del caso di specie, o quando era evidente l’errore commesso dal sanitario[\[15\]](#).

Sulla nozione di colpa grave, la sola idonea ad attribuire una responsabilità del medico, gli ermellini hanno precisato che essa è ravvisabile laddove il sanitario che avrebbe dovuto discostarsi dalle linee-guida, in ragione della peculiare situazione clinica del malato, non l’abbia fatto pur essendo tale necessità macroscopica ed immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario[\[16\]](#).

Si trattava, dunque, di una sostanziale esenzione dalla responsabilità penale nel caso di condotte conformi alle linee-guida ed alle buone pratiche cliniche, favorendo la conoscenza e l’applicazione di quegli strumenti diagnostico-terapeutici frutto di esperienze scientifiche accreditate ed in grado di adattarsi alle specificità del caso concreto.

In termini riassuntivi, nel vigore della legge Balduzzi, il principio dominante nell’applicazione giurisprudenziale era il seguente: è punibile il sanitario che, per colpa grave, si è attenuto alle linee-guida quando non avrebbe dovuto attenersi per le macroscopiche specificità del caso concreto.

Tuttavia la disciplina dettata dalla legge n. 189/2012 ha avuto vita breve nell’ordinamento italiano.

La svolta più significativa, nell’alveo della responsabilità medica, è stata segnata dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli-Bianco) recante *«disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità*

professionale degli esercenti le professioni sanitarie»^[17].

La legge in commento ha inserito nel codice penale il nuovo art. 590 *sexies* «*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*» il cui comma 2 dispone che “*Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*”.

Dalla lettura della disposizione appena citata è possibile individuare diversi elementi di novità rispetto alla previgente disciplina^[18].

Un primo elemento riguarda l’esplicita indicazione che il sanitario va esente da qualsiasi responsabilità penale per omicidio o lesioni personali se ha cagionato l’evento agendo nel rispetto delle linee-guida adeguate alle specificità del caso concreto^[19].

Orbene, mentre la legge Balduzzi non indicava le buone pratiche e le linee-guida rilevanti per la sua applicazione, l’art. 5 della legge Gelli-Bianco le individua esplicitamente in quelle “*elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale*”.

In tal modo la nuova disciplina legislativa soddisfa un’esigenza pratica molto sentita e cioè quella di indicare le linee-guida, che devono essere utilizzate nel giudizio penale, alle quali l’esercente una professione sanitaria deve attenersi per andare esente da responsabilità.

Di conseguenza, le «buone pratiche clinico-assistenziali», parificate alle linee-guida dalla legge Balduzzi, rivestono oggi un ruolo meramente sussidiario, in quanto destinate ad assumere rilievo soltanto in mancanza di quelle linee-guida provviste dei presupposti individuati dalla legge stessa.

Un secondo elemento di novità è rappresentato dal venir meno di qualsiasi riferimento alla colpa lieve con conseguente responsabilità del sanitario per omicidio colposo o lesioni colpose anche qualora la necessità di discostarsi dalle linee-guida non sia

immediatamente riconoscibile o l'errore commesso nell'adattare le regole previste dalle linee-guida al caso concreto sia microscopico[20].

Un ulteriore elemento innovativo, contenuto nel secondo comma dell'art. 590 *sexies* c.p., consiste nell'espresso riferimento alla sola imperizia.

Anche tale aspetto, emerso già all'indomani della previgente legge Balduzzi, appariva controverso: ci si era chiesto, infatti, se le linee-guida rilevanti ai fini della responsabilità del medico potevano contenere solo regole di perizia o anche regole di diligenza e prudenza.

La successiva legge Gelli-Bianco ha fugato ogni dubbio ritendendo che le linee-guida la cui osservanza può escludere la responsabilità per colpa, sono solo quelle che dettano regole di perizia che attengono alle modalità con cui devono svolgersi specifiche forme di attività medico-chirurgica[21].

Di conseguenza il sanitario che voglia escludere una propria responsabilità per negligenza o imprudenza non potrà invocare l'art. 590 *sexies* c.p. e la relativa aderenza a queste o quelle linee-guida.

Un ultimo *quid novis* è rappresentato dall'ambito applicativo della legge n. 24/2017.

Difatti, mentre la precedente legge Balduzzi era indistintamente applicabile a tutti i reati, non contenendo alcuna indicazione in tal senso, la legge Gelli-Bianco si riferisce esclusivamente ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose di cui, rispettivamente, agli artt. 589 e 590 c.p., con la conseguente esclusione di tutte le altre fattispecie incriminatrici[22].

6. Conclusioni.

La nuova formulazione normativa della legge n. 24/2017, sebbene abbia introdotto importanti novità tanto sul piano teorico quanto su quello pratico, genera diverse perplessità che, a quasi due anni dalla sua entrata in vigore, non sembrano essersi dissipate.

Lo scopo del legislatore del 2017 era, con molta probabilità, quello di trasmettere ai medici un messaggio rassicurante per consentire loro di operare senza alcun timore di future ripercussioni.

Lo ha fatto, però, dettando una disposizione contraddittoria o comunque destinata ad un ambito di applicazione molto limitato relativo alle sole ipotesi in cui il medico commetta un errore nell'applicazione al caso concreto delle regole di perizia contenute nelle linee-guida.

Il nuovo art. 590 *sexies* c.p. prescrive, in poche parole, che il rispetto delle linee-guida (accreditate e adeguate al caso concreto), o in mancanza delle «buone pratiche clinico-assistenziali», esclude la responsabilità penale per il medico.

Tuttavia la legge Gelli-Bianco sembra esser rimasta sorda alla vera esigenza del professionista sanitario: il timore dell'insorgenza di un contenzioso nei suoi confronti.

Il problema di fondo, benché di difficile soluzione, attiene al corretto bilanciamento del diritto alla salute del paziente contrapposto alla possibilità, per il medico, di orientare la propria condotta in termini di prevedibilità, secondo i più elementari principi del diritto penale.

Nell'attuale società moderna, costantemente alla ricerca di un capro espiatorio, l'infedeltà dell'attività medica sembra essere stata declassata ad una mera ovvietà che non tiene conto della preziosa opera del sanitario quale unico garante del bene salute costituzionalmente garantito.

La conseguenza di questa *escalation* culturale, prima ancora che legislativa, ha ingenerato nella *communis opinio* una erronea classificazione del professionista sanitario che, sulla scorta delle sole notizie negative veicolate, viene additato come la causa di tutti i problemi.

Al di là, dunque, di una tecnica legislativa poco precisa nella previsione del nuovo art. 590 *sexies* c.p., occorre, anzitutto, stigmatizzare il pensiero dominante così da instaurare un dialogo ed un confronto stimolante fra paziente e medico in un luogo deputato ad evitare il contenzioso (come potrebbe essere un Tribunale della Salute).

In fondo sia il paziente che il medico si trovano sullo stesso piano: il primo lotta per la sua incolumità psico-fisica, il secondo per garantirla.

- [1] AA.VV., *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, Atti del convegno di studio della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, Roma, 26.6.1999.
- [2] Cfr. G. Alpa, in *La responsabilità medica* di M. De Luca - A. Galione - S. Maccioni, Gruppo24Ore, IlSole24ore, Roma, 2011.
- [3] G. Marinucci E. Dolcini, *Manuale di diritto penale - parte generale*, sesta edizione, Giuffrè editore, Milano, 2017, p. 356.
- [4] Cass. Pen., Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020.
- [5] Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato si veda L. Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni di “mezzi”*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1954, p. 185.
- [6] R. Zuccaro, *Responsabilità del medico e regime probatorio*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1, 2000; E. Guerinoni, *Vecchio e nuovo nella responsabilità del medico*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2001.
- [7] F. Mantovani, *Diritto penale - parte generale*, settima edizione, Cedam, Padova, 2011, pp. 150-151.
- [8] M. De Luca - A. Galione - S. Maccioni, *La responsabilità medica*, in *I libri di Guida al Diritto - Il Sole 24 ore*, 2004, p. 177.
- [9] M. J. Field-K. N. Lohr, *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, Institute of Medicine, National Academy Press, Washington D.C., 1992.
- [10] G. Marinucci E. Dolcini, *Manuale di diritto penale - parte generale*, cit., pp. 363-364.
- [11] Cfr. S. Del Sordo-U. Genovese, *Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*, in *La nuova responsabilità professionale sanitaria*, Maggioli Editore, Sant’Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 38 ss.
- [12] Tra le numerosissime opere di commento ed analisi delle disposizioni del decreto Balduzzi, si veda M. Paladini, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in «*Danno e resp.*», 2015, pp. 881 ss; P. Piccialli, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in «*Contratto e impr.*», 2015, pp. 560 ss.
- [13] F. Cembrani, *La legge Balduzzi e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l’abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, p. 799.
- [14] OTA, Office of Technology assessment, USA Congress; sul tema si veda anche A. Fiori, *La medicina difensiva*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, p. 899.
- [15] A. Vallini, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazione testuali, dubbi di costituzionalità*, in «*Riv. it. medicina legale*», 2013, p. 742.
- [16] Cass. Pen., Sez. IV, 19 gennaio 2015, n. 9923.
- [17] M. Altomare et. al., *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge Gelli-Bianco*, in «*Il Civilista*», fasc. 98, Milano, 2017, pp. 22 ss.; G. M. Caletti - M. L. Mattheudakis, *Una prima lettura della legge Gelli-Banco nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2017.

[18] G. Marinucci E. Dolcini, *Manuale di diritto penale - parte generale*, cit., p. 365.

[19] Per delle riflessioni sul significato dell'inciso «*alle specificità del caso concreto*», di cui all'art. 590 *sexies* c.p., v. G. Montanari Vergallo, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Dike Giuridica, Roma, 2017, pp. 21 ss.

[20] C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, pp. 236 ss.

[21] G. Montanari Vergallo, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 12.

[22] P. Piras, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 25 marzo 2016.

ACCREDITAMENTO DOCENTI PER LA FORMAZIONE DI CAMMINO DIRITTO

E' possibile fare richiesta per diventare docenti della piattaforma formativa di Cammino Diritto: i migliori candidati avranno lo spazio e le risorse per istituire i propri corsi di formazione o seminari online.

La Redazione - Pubblicazione, lunedì 4 febbraio 2019
Redattore: **Alessio Giaquinto**

[Cosa possono fare i professionisti - Cosa possono fare le Università e gli Enti di formazione](#)

Cammino Diritto mette a disposizione la propria piattaforma tecnologica a tutti gli specialisti di materie giuridiche ed economiche che vogliono far emergere le proprie competenze ai fini di una sana e qualificata divulgazione scientifica online. Anche giovani professionisti, dottorandi di ricerca o aspiranti notai e magistrati possono partecipare e diventare protagonisti del diritto sul web attraverso il coordinamento e l'esperienza di una Rivista multimediale e in continuo aggiornamento.

Per questo è nato il portale [Formazione Cammino Diritto](#), sul quale non solo è possibile seguire corsi di formazione specialistici, ma anche offrire il proprio contributo per la realizzazione di tali corsi.

NUOVE FRONTIERE PER PROFESSIONISTI QUALIFICATI

L'obiettivo è quello di permettere a soggetti di comprovata preparazione di istituire un proprio corso di perfezionamento o convegno online: il Docente presterà il proprio volto e le proprie competenze, Cammino Diritto metterà a disposizione gli spazi, la tecnologia e l'organizzazione.

Si instaurerà in questo modo un rapporto di collaborazione tra Cammino Diritto e il Docente interessato a realizzare uno o più incontri formativi nella materia in cui ha maturato maggiore esperienza e competenza.

E' possibile istituire una collaborazione con Cammino Diritto per i seguenti *format* di

divulgazione:

1. Video flash di aggiornamento su novità normative o giurisprudenziali (*Durata: dai 3 ai 10 minuti*);
2. Singoli seminari/convegni di approfondimento su argomenti di attualità giuridica (*Durata: da 60 minuti a 4 ore*);
3. Corsi di perfezionamento su materie o settori del diritto o dell'economia (ad esempio, "Diritto bancario", "Diritto dell'esecuzione civile", "Il funzionamento della BCE") (*Durata: ogni lezione variabile dai 30 ai 45 minuti per il numero di lezioni necessarie*).

Il Docente proponente avrà il compito di registrare i contenuti video e predisporre il materiale didattico secondo le direttive impartite da Cammino Diritto al fine di massimizzare la qualità dei contenuti offerti ai propri utenti.

Il montaggio, l'editing dei contenuti e la loro pubblicazione viene riservata a Cammino Diritto, che si occuperà di diffondere tali contenuti, attivare il corso/seminario e richiedere l'accreditamento ai vari organismi pubblici per il rilascio di crediti professionali (ad esempio, al CNF ai fini della Formazione Continua per gli Avvocati o presso i Ministeri competenti per l'argomento trattato).

COME INVIARE LA CANDIDATURA

L'aspirante Docente dovrà inviare all'indirizzo direzione@camminodiritto.it tutto quanto di seguito elencato al fine di una valutazione preliminare della fattibilità della collaborazione:

- **Curriculum Vitae** aggiornato e corredato dell'autorizzazione al trattamento dei dati personali ai sensi del D.Lgs. 196/2003 e del Regolamento Ue 2016/679;
- **Elenco sintetico delle pubblicazioni** ottenute su Cammino Diritto o su altre Riviste specializzate nel settore di competenza del Docente;
- **Un video** della durata massima di 30 secondi, dove il Docente è ripreso a mezzo busto ([esempio](#)), con sfondo bianco, e in cui illustra un istituto o un argomento affine alla materia di sua competenza. La ripresa può essere fatta con qualsiasi smartphone, purché abbia una risoluzione di 1280×720p o superiore. Qualora il video superi le dimensioni consentite per l'invio tramite email, sarà possibile caricare il file su una piattaforma cloud a discrezione del Docente e inoltrare alla Direzione solo il relativo link, purché sia liberamente accessibile senza registrazioni o login ([Elenco delle caratteristiche obbligatorie video](#)).
- **Indicare nell'email la materia di specializzazione** dell'aspirante Docente ed il **tema sul quale intende sviluppare il proprio corso**.

Gli Uffici di Cammino Diritto si preoccuperanno di contattare via telefono o email il Docente proponente per concordare la tipologia di contenuti da pubblicare ed ogni altro dettaglio.

UNO SPAZIO DIGITALE PER UNIVERSITÀ ED ENTI DI FORMAZIONE

I dipartimenti o i titolari di cattedra delle Università italiane possono [contattare Cammino Diritto](#) per avviare una collaborazione tesa a migliorare la loro formazione, offrendo ai loro studenti una piattaforma digitale in cui seguire le proprie lezioni. Sono pochi i docenti o le Università che utilizzano i nuovi strumenti messi a disposizione dalla tecnologia per ampliare il numero di destinatari a cui rivolgersi: perché lasciare il monopolio ad Università straniere o ai pochi Enti che hanno già investito in innovazione?

Cammino Diritto mette a disposizione il proprio *know how* e i propri spazi dedicando alle Università e ad altri Enti di formazione delle aree riservate in cui i docenti possono trasmettere video live, pubblicare interi Corsi, registrare i propri corsisti e far svolgere prove intermedie online, con un supporto d'eccellenza.

Scrivici ad info@formazione.camminodiritto.it oppure contattaci al numero +39 02 8718 8451, per avviare una collaborazione innovativa.

Image: ""

Un esempio della pergamena rilasciata al termine dei Corsi di preparazione o di perfezionamento di Cammino Diritto, che può essere personalizzata quando il Corso non è prodotto da Cammino Diritto ma da un diverso Ente formativo.

INCIDENTE STRADALE CAUSATO DA VEICOLO STRANIERO: LA PROCEDURA DI RISARCIMENTO E ALCUNE QUESTIONI PROCESSUALI RILEVANTI

Molto spesso accade di essere coinvolti in un sinistro stradale che ha come responsabile il conducente di un veicolo immatricolato in un Paese straniero. Ecco una breve guida sulla procedura di risarcimento da seguire.

Vito Russoniello - Pubblicazione, martedì 5 febbraio 2019
Redattore: **Renata Maddaluna**

Nei sinistri che vedono coinvolti veicoli stranieri assicurati all'estero la procedura di risarcimento da seguire è dettata principalmente dagli artt. 125 e 126 del Decreto Legislativo del 7 settembre 2005, n°209 (Codice delle assicurazioni private).

In questi casi, infatti, non trova applicazione la disciplina prevista in caso di sinistro tra due veicoli assicurati in Italia. Ad esempio, se a bordo della propria autovettura si viene tamponati da un veicolo con targa francese, non è possibile rivolgersi alla propria impresa di assicurazione (c.d. risarcimento diretto, previsto dall'art. 149 del Cod. Ass.), ma la richiesta di risarcimento andrà inoltrata ad un apposito organismo: l'Ufficio Centrale Italiano (U.C.I.).

L'U.C.I., con sede in Milano al Corso Sempione n.39, è l'Ufficio competente per la gestione delle pratiche di risarcimento e liquidazione dei danni derivanti dai sinistri stradali che coinvolgono veicoli immatricolati all'estero muniti di "Carta Verde", ossia il certificato internazionale di assicurazione^[1].

La richiesta di risarcimento danni, inoltrata mediante lettera raccomandata a/r oppure tramite posta elettronica certificata, deve contenere:

- I dati del richiedente.
- L'indicazione del luogo e della dinamica del sinistro.
- I dati dei conducenti e degli assicurati (qualora siano diversi) nonché dei veicoli coinvolti (es. targa, tipologia e modello).
- Copia della constatazione amichevole d'incidente (modulo CAI).

- Indicazione dell’Autorità di pubblica sicurezza eventualmente intervenuta sul luogo del sinistro.
- Generalità degli eventuali testimoni.
- I danni materiali subiti ai veicoli e/o a cose, indicando luogo, giorno e ora per la loro messa a disposizione del perito incaricato.
- In caso di lesioni personali, indicare la loro entità, l’età e il reddito del soggetto danneggiato, la documentazione medica (es. verbali di pronto soccorso) e i documenti attestanti l’avvenuta guarigione, con o senza postumi permanenti.

Inviata la richiesta di risarcimento, l’UCI incaricherà per la trattazione del sinistro la Società nominata dalla Compagnia di assicurazione estera responsabile del danno. Sarà questa Società, infatti, a disporre la perizia per la valutazione dei danni subiti (patrimoniali e non patrimoniali), a valutare l’eventuale responsabilità e a formulare l’offerta o motivare il diniego, che dovrà avvenire nel termine di 60 giorni (in caso di soli danni a cose) o di 90 giorni (in caso di danni alla persona) dalla richiesta di risarcimento, ai sensi dell’art. 125 comma 5-*bis* del Codice delle Assicurazioni.

È importante ricordare altresì che il danneggiato non deve necessariamente essere un cittadino italiano, ma la tutela prevista dalla normativa in commento si deve ritenere estesa anche al cittadino di nazionalità estera.

Sul punto, la Corte di Cassazione^[2] ha stabilito che nel caso di sinistro stradale avvenuto in Italia e causato da veicolo con targa straniera, le norme che prevedono la legittimazione passiva dell’UCI (artt.125 e 126 del codice delle assicurazioni) sono di applicazione necessaria, ai sensi dell’art 17 della legge 31 maggio 1995 n. 218^[3].

Ne consegue che quand’anche il sinistro abbia coinvolto solo cittadini stranieri, anche tutti della medesima nazionalità, sono regolati dalla legge italiana sia l’accertamento del rispetto delle norme sulla circolazione stradale, sia la sussistenza dei presupposti e dei limiti della responsabilità dell’UCI, in quanto obbligazioni nascenti dalla legge, ai sensi dell’art.61 ultima parte della citata legge 218 del 1995; restano, invece, soggette alla legge eventualmente comune del danneggiante e danneggiato, ai sensi dell’art. 62, comma 2°, della legge n.218/1995, le questioni relative alla quantificazione del danno.

Tornando alla fase stragiudiziale del risarcimento, la Compagnia di assicurazioni incaricata della gestione del sinistro deve formulare, entro i termini innanzi indicati, l’offerta di risarcimento ovvero comunicare i motivi in base ai quali ritiene di non poter

procedere a tale offerta.

Che fare, quindi, se ci è stato negato (in tutto o in parte) il risarcimento, ovvero se non è pervenuta nessuna offerta nei termini stabiliti?

In questi casi, occorre innanzitutto provvedere ad inoltrare al responsabile del danno (ossia il proprietario del veicolo estero) e all'UCI (si badi bene: non già alla Compagnia di assicurazioni con la quale abbiamo trattato il sinistro) l'invito alla stipulazione di una convenzione di negoziazione assistita^[4] e, in caso di esito infruttuoso di tale procedimento, avviare la procedura di risarcimento dinanzi al Giudice.

In tale ultimo caso, l'art. 126, secondo comma, lett. b) del Codice delle Assicurazioni private stabilisce espressamente che l'Ufficio Centrale Italiano “*assume [...] la qualità di domiciliatario dell'assicurato, del responsabile civile e della loro impresa di assicurazione*”.

Pertanto, qualora il danneggiato intendesse esperire l'azione diretta, **dovrà convenire in giudizio sia l'UCI sia il proprietario del veicolo estero, provvedendo a notificare l'atto di citazione in giudizio unicamente presso la sede del predetto Ente consortile.** Ciò - si badi bene però - soltanto nel caso in cui venga chiamato in giudizio il responsabile del danno ai soli fini del contraddittorio, ovvero ai soli fini della sua citazione in giudizio quale litisconsorte necessario rispetto alla domanda proposta contro detto Ufficio.

Il discorso cambia, invece, ove siano proposte contestualmente l'azione diretta contro l'UCI e l'azione di responsabilità *ex art.* 2054 c.c. contro il responsabile del danno. In altre parole, qualora nell'atto di citazione si chiedesse la condanna al risarcimento, non solo dell'UCI, ma anche del proprietario dell'autoveicolo estero, in via solidale, la notifica dell'atto di citazione a quest'ultimo non potrà essere effettuata presso la sede dell'Ente consortile ai sensi dell'art. 126 Cod. Ass., ma dovrà necessariamente seguire la procedura di cui all'art. 142 c.p.c.^[5]

Infatti, secondo il costante orientamento giurisprudenziale^[6]: “*I responsabili stranieri di un sinistro stradale, causato in Italia da un veicolo con targa estera, sono domiciliati ex lege presso l'Ufficio Centrale italiano solo ai fini della loro citazione in giudizio quali litisconsorti necessari rispetto alla domanda proposta contro detto Ufficio. Ove, invece, la vittima intenda formulare domanda di condanna anche nei loro confronti ex articolo 2054 c.c., essa ha l'onere di notificare loro la citazione*

presso le rispettive residenze. Stabilire se, nel caso specifico, l'attore che abbia notificato la citazione dei responsabili stranieri presso l'UCI abbia inteso o meno formulare nei loro confronti una domanda di risarcimento del danno è questione di fatto, riservata al giudice di merito, la quale va risolta anche tenendo conto del fatto che la domiciliazione ex lege dei responsabili presso l'UCI è prevista per accelerare e snellire il processo, in coerenza con il disposto dell'articolo 111 Cost. (Cass. 7932/2012). Ove siano proposte contestualmente, come nel caso di specie, azione diretta contro l'UCI e azione di responsabilità aquiliana contro il cittadino straniero, la notificazione della citazione nei confronti di questo, va eseguita con le modalità prescritte dall'articolo 142 c.p.c.” (Corte di Cassazione, Sezione 3 civile, Sentenza 22 novembre 2016, n. 23716).

Ma v'è di più.

Il danneggiato che intendesse azionare un giudizio contro il summenzionato Ente consortile, deve osservare, per la *vocatio in ius* del convenuto, un termine a comparire diverso rispetto a quello previsto per i residenti sul territorio della Repubblica italiana.

Infatti, l'articolo 126, comma 3 del Codice delle Assicurazioni Private dispone che: “*Ai fini della proposizione dell'azione diretta di risarcimento nei confronti dell'Ufficio centrale italiano i termini di cui all'articolo 163-bis, primo comma, e 318, secondo comma, del codice di procedura civile sono aumentati del doppio, risultando perciò stabiliti in 180 giorni per il giudizio di fronte al tribunale e in 90 giorni per il giudizio di fronte al giudice di pace”.*

Un'ultima questione che merita di essere trattata in questa sede riguarda il caso in cui l'attore, nel corso del giudizio, deferisca interrogatorio formale o il giuramento al convenuto proprietario dell'autoveicolo straniero. *Quid iuris* se quest'ultimo dovesse risultare contumace? E quale procedura seguire per la notificazione dell'ordinanza che ammette tali mezzi di prova? Va notificata al convenuto presso l'UCI ai sensi dell'art.126, secondo comma, lett. b) del Cod. Ass., oppure presso la propria residenza?

La problematica è di facile soluzione nel caso in cui l'attore proponesse azione diretta contro l'UCI e azione di responsabilità ex art. 2054 c.c. contro il cittadino straniero, chiedendone, quindi, la condanna in via solidale. In tal caso, infatti, l'ordinanza (tradotta e asseverata) che ammette tali mezzi di prova andrà notificata **personalmente** al convenuto (contumace) proprietario del veicolo estero, seguendo la procedura di cui

all'art. 142 c.p.c. D'altronde, se in questi casi la notifica dell'atto di citazione nei confronti del convenuto straniero deve essere fatta presso la sua residenza, anche gli altri atti processuali seguiranno la stessa sorte.

Problemi, invece, potrebbero sorgere nel caso di azione diretta nei confronti dell'UCI e di citazione in giudizio del convenuto straniero quale litisconsorte necessario. In tal caso, si potrebbe notificare tale ordinanza al convenuto (contumace) straniero direttamente presso l'UCI?

Sovviene al tal proposito la disposizione di cui all'art. 292, comma 1, c.p.c., ai sensi del quale: *“L'ordinanza che ammette l'interrogatorio o il giuramento, e le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali da chiunque proposte sono notificate personalmente al contumace nei termini che il giudice istruttore fissa con ordinanza”*.

Ne consegue che, anche in tal caso, l'ordinanza istruttoria andrà, previa traduzione e asseverazione, notificata al convenuto straniero presso la propria residenza[7].

[1] La Carta Verde è il certificato che consente ad un veicolo straniero di circolare in un altro Paese essendo in regola con l'obbligo dell'assicurazione RCA (Responsabilità Civile Auto) nel Paese visitato ed è rilasciata sotto la responsabilità dell'Ufficio Nazionale di Assicurazione del Paese d'immatricolazione.

[2] Cass. Civ. sez. III, 18 maggio 2012, n. 7932

[3] Legge del 31 maggio 1995, n.218 (“Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”).

[4] artt. 2 e 3 del Decreto Legge n°132/2014 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 10 novembre 2014, n. 162).

[5] *“Salvo quanto disposto nel secondo comma, se il destinatario non ha residenza, dimora o domicilio nello Stato e non vi ha eletto domicilio o costituito un procuratore a norma dell'articolo 77, l'atto è notificato mediante spedizione al destinatario per mezzo della posta con raccomandata e mediante consegna di altra copia al pubblico ministero che ne cura la trasmissione al Ministero degli affari esteri per la consegna alla persona alla quale è diretta. Le disposizioni di cui al primo comma si applicano soltanto nei casi in cui risulta impossibile eseguire la notificazione in uno dei modi consentiti dalle convenzioni internazionali e dagli articoli 30 e 75 del d.P.R. 5-1-1967, n. 200”*. (art. 142 c.p.c.).

[6] Cfr., inoltre, Corte di Cassazione, Sezione 3 civile, Ordinanza 30 marzo 2018, n. 7938; Tribunale di Milano, 24 giugno 2010, sentenza n. 8346.

[7] Per un maggiore approfondimento: F. Pintucci, A. Villa, *Sinistri stradali con veicolo straniero*, ed. Giuffrè Editore, pagg. 67-69.

NIENTE TENUITÀ PER CHI, UBRIACO, SI METTE ALLA GUIDA DI UN SUV SU UNA STRADA TRAFFICATA

E' applicabile l'istituto della particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.) al soggetto che, ubriaco, si metta alla guida di un SUV?

Giovanna Marzillo - Pubblicazione, mercoledì 6 febbraio 2019
Redattore: **Angela Cuofano**

Sommario: 1. La particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità. Il caso giurisprudenziale; 2. Questioni sostanziali: soglie di punibilità e particolare tenuità dell'offesa; 3. Conclusioni: l'approdo giurisprudenziale sull'applicabilità dell'art. 131 bis c.p.

1. La particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità. Il caso giurisprudenziale

La Cassazione Penale, Sez. IV, n. 51304/2018 si è pronunciata in merito all'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto nel caso di un soggetto ubriaco che si mette alla guida del suo SUV su una strada trafficata.

Il campo di applicazione di tale causa di non punibilità risulta essere ancora oggi molto incerto in virtù della recente introduzione nel codice penale avvenuta con decreto legislativo n. 28 del 2015. La novità legislativa ha previsto all'art. 131 bis c.p. che quando l'offesa è particolarmente tenue e il comportamento non è abituale, il giudice dell'udienza preliminare pronuncia il non luogo a procedere " perché il fatto non è punibile".

Essa costituisce soltanto una delle tante ipotesi abilitanti in cui il giudice dell'udienza preliminare si pronuncia con sentenza di non luogo a procedere. Infatti, quest'ultima può essere emessa anche quando gli elementi di prova a carico, pur esistenti, sono "insufficienti", cioè tale da far ritenere allo stato degli atti che non possano essere integrati dalla attività istruttoria tipica del dibattimento, ovvero siano "contraddittori", ciò avviene quando vi sia, tra le prove raccolte, un contrasto che probabilmente non potrà essere superato dallo svolgimento del dibattimento.

Ebbene, la tenuità del fatto, quale causa di non punibilità del soggetto, stante la sua

innovativa portata ha reso necessario l'intervento chiarificatore cd "nomofilattico" della Cassazione, la quale è stata adita dal ricorrente che lamentava la violazione della legge penale per mancata applicazione dell'art. 131 bis codice penale al caso concreto.

Nel caso in esame, la Corte di Appello di Milano confermava la sentenza del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano che condannava il ricorrente per il reato ex art. 186 co 2) lett. b) e co 2 sexies del Codice della strada, per avere circolato in ora notturna, alla guida di un SUV. Nel caso di specie si trattava di una Range Rover Defender che circolava lungo un'arteria stradale ad alto scorrimento con un tasso alcolemico accertato pari a 1,03 gr/l.

Premesso ciò, il ricorrente presentava ricorso per Cassazione adducendo due motivazioni; in una si doleva del vizio di motivazione per illogicità e travisamento della prova, nell'altra evidenziava una violazione di legge penale per mancata applicazione dell'art. 131 bis c.p.

Riguardo al primo motivo di doglianza, il ricorrente lamentava che le condizioni psicofisiche accertate dalla polizia stradale in occasione del controllo - tra cui figurava unicamente "alito vinoso" e "occhi lucidi" - non consentivano il configurarsi di un effettivo stato di alterazione delle condizioni psico fisiche, né difficoltà di espressione verbale, né equilibrio precario, sicché se l'alterazione vi fosse stata, sarebbe stata comunque lieve o lievissima e quindi avrebbe potuto consentire l'applicazione della causa di non punibilità per tenuità del fatto. Contestava inoltre, la valutazione effettuata dalla Corte Milanese circa la tipologia del veicolo condotto.

In particolare, i giudici milanesi avevano considerato la guida di un SUV un fattore di moltiplicazione del rischio, circostanza energicamente smentita dal ricorrente, il quale riteneva l'auto da lui condotta non dissimile in fatto di prestazioni e di dimensioni a un'automobile familiare.

Riguardo al secondo motivo, il ricorrente lamentava la violazione della legge penale per la mancata applicazione dell'art. 131 bis codice penale, non ostandovi il titolo del reato, né il fatto che la punibilità della guida in stato di abbrezza sia legata ad una soglia al di sopra della quale la condotta assume rilevanza penale, dovendosi ritenere applicabile la causa di non punibilità a qualunque reato.

La Cassazione dichiarava il ricorso manifestamente infondato.

Gli Ermellini in merito ai presupposti di applicabilità della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p. dichiaravano che "ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall' art. 131 bis c.p. il giudizio sulla tenuità richiede una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, che tenga conto, ai sensi dell'art. 133 c.p. delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo". Pertanto, nel caso di specie la mancata applicazione della causa di non punibilità, oggetto di doglianza, doveva essere valutata alla luce dei criteri di cui all'art. 133 bis c.p.

Sul punto, gli Ermellini effettuavano una analisi precisa delle circostanze in cui il soggetto veniva ritrovato alla guida dell'auto in stato di ebbrezza. Sul piano temporale, pur ritenendo l'ora notturna non astrattamente incompatibile con il riconoscimento della particolare tenuità del fatto, la Suprema Corte riteneva che la scarsa visibilità notturna unitamente alle caratteristiche del luogo - zona di traffico particolarmente intenso e veloce, prossimo a snodi stradali - determinavano un aumento verosimile del fattore di rischio cui la norma penale violata tende a scongiurare.

Quanto all'elemento soggettivo, la Cassazione dava rilievo al momento in cui il ricorrente si era posto alla guida, frangente in cui si evidenziava la sua condotta dolosa, in quanto quest'ultimo era consapevole di avere assunto una quantità di alcool ben superiore a quella consentita, ciò nonostante non aveva affatto desistito dal mettersi alla guida del SUV.

In relazione alla prima censura, la Cassazione non ravvisava nessun travisamento della prova; sosteneva, infatti, che la decisione, nell'escludere la tenuità del fatto, non ha ignorato alcun elemento probatorio, né ha alterato il contenuto, valutando le prove acquisite e l'incidenza sul pericolo del tipo di vettura condotta, pertanto, alla luce di quanto emerso, gli Ermellini dichiaravano inammissibile il ricorso e condannavano il ricorrente al pagamento delle spese processuali, cui si aggiungeva la somma di € 2000,00 in favore della cassa delle ammende.

2. Questioni sostanziali: soglie di punibilità e particolare tenuità dell'offesa

Una questione giuridica energicamente affrontata in dottrina e in giurisprudenza è quella inerente all'applicabilità della particolare tenuità del fatto alle fattispecie di reato che prevedono determinate soglie di punibilità.

Simili tipologie di reato sono largamente diffuse nel diritto penale ambientale, tributario e nei reati previsti e puniti dal codice della strada.

Per tali tipologie di reati - come nel caso *de quo* - la previsione di soglie di punibilità da parte del legislatore evidenzia una valutazione ex ante del disvalore della condotta del reo operata in fase di tipizzazione della fattispecie di reato. Pertanto, solo nel caso in cui il reo superi la soglia di offesa predeterminata dal legislatore è perseguito penalmente configurandosi un illecito penale.

Orbene, la domanda a cui si è interrogata la dottrina e la giurisprudenza è la seguente: come conciliare il nuovo istituto di cui all'art. 131 bis e la predeterminazione da parte del legislatore delle soglie di offesa necessarie per la punibilità del fatto?

A una prima analisi della questione, non pare ragionevole escludere l'applicabilità della particolare tenuità del fatto a simili fattispecie. Infatti, una parte della dottrina ha affermato in via generale la compatibilità dell'istituto in oggetto con le soglie di punibilità previste dal legislatore sulla scorta di fatto che nulla preclude che un fatto che superi di pochissimo la soglia possa essere considerato di particolare tenuità. Tuttavia, non mancano le opinioni di quella parte della dottrina che, contrariamente, ha rinvenuto nella presenza delle soglie la funzione di predeterminare ex ante la gravità dell'offesa al bene giuridico protetto. Invero, alcuna incompatibilità sorgerebbe, come sostiene un orientamento dottrinario minoritario, laddove le soglie di punibilità integrassero mere condizioni di punibilità, lasciando spazio all'operatività dell'art. 131 bis c.p. nei casi di particolare tenuità dell'offesa.

Altre questioni problematiche sono sorte in merito al rapporto tra l'istituto *de quo* e gli illeciti amministrativi aventi ad oggetto i fatti che si collocano al di sotto della soglia penalmente rilevante, come avviene proprio nel reato di guida in stato di ebbrezza.

Difatti, come emerso dagli orientamenti giurisprudenziali maggioritari, l'applicazione generale dell'art. 131 bis c.p. condurrebbe a risultati irragionevoli, posto che si assicurerebbe una sanzione amministrativa a casi lievi al di sotto del limite della rilevanza penale - come avviene nel reato di guida in stato di ebbrezza, ove venga rilevato un tasso alcolemico superiore a 0,5 ma inferiore a 0,8g/l - lasciando impunte condotte che pur superando la soglia di punibilità penale, sono di particolare tenuità (tasso alcolemico di poco superiore a 8 g/l).

Sul punto si registrano diverse soluzioni. Se da un lato, parte della dottrina, ritiene

che l'applicazione dell'art. 131bis c.p. consenta un'eccessiva espansione dell'illecito amministrativo che determinerebbe una violazione del principio di legalità dell'illecito stesso, viceversa altra parte della dottrina auspica l'introduzione di una fattispecie analoga a quella di cui all'art. 75 co. 14. d.p.r. n. 309/1990 che escluda anche la sanzione amministrativa, in presenza di fatti che non costituiscono reati.

3. Conclusioni: l'approdo giurisprudenziale sull'applicabilità dell'art. 131 bis c.p.

L'intervento della Suprema Corte segna un momento di svolta nel turbolento dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la compatibilità del reato di guida in stato di ebbrezza e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.

La Cassazione, pur ritenendo indiscutibili le soglie di offesa predeterminate dal legislatore, quale discrimen tra condotta penalmente rilevante e mero illecito amministrativo compie un passo in avanti, superando quella soluzione che obbligava il giudice ad attenersi al mero dato quantitativo del tasso alcolemico rilevato nell'autore del fatto, e aderendo a quel filone dottrinario secondo cui il giudizio sulla particolare tenuità vada effettuato tenuto conto della realtà empirica nella quale il fatto si è verificato.

Difatti, mentre le soglie di offesa necessarie per la punibilità sono espressione di una valutazione che opera sul piano astratto, il giudizio relativo alla particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis c.p. presuppone la verifica in concreto dell'offesa e la sua graduazione.

Alla luce di quanto esposto, la Cassazione nella sentenza n. 51304/2018 conferma la sentenza di condanna emessa dalla Corte di Appello di Milano dichiarando che *"emerge un dato di cruciale rilievo, che deve essere con forza rimarcato: l'esiguità del disvalore è frutto di una valutazione congiunta degli indicatori afferenti alla condotta, al danno e alla consapevolezza"*.

Secondo tale impostazione, non vi è alcuno ostacolo ad applicare l'istituto in esame anche ai reati di pericolo astratto o presunto. La previsione di un valore - soglia per la configurazione del reato, come accade nel reato di guida in stato di ebbrezza, svolge la sua funzione sul piano della selezione categoriale, mentre la particolare tenuità richiede un vaglio della dimensione effettuale.

Conseguentemente l'istituto è applicabile anche in relazione alla più grave fattispecie di guida in stato di ebbrezza, dovendosi considerare non solo l'entità dello stato ebbrezza

ma anche le modalità della condotta e l'entità del pericolo o del danno cagionato.

Al tempo stesso, secondo gli Ermellini, nessuna conclusione può trarsi in astratto, ma risulta necessario valutare il caso concreto, tendendo in considerazione l'ambito applicativo dell'istituto fondato non solo sulla gravità del reato desunta dalla pena edittale, ma sull'elemento soggettivo afferente alla non abitudine del comportamento.

TUTELA CAUTELARE CONSERVATIVA DEL PATRIMONIO DEL FALLITO: IL DECRETO EX ART. 25 L.FALL.

La Corte d'Appello di Firenze, sent. 11 giugno 2018, n. 1300, statuisce che la formazione del giudicato, all'esito di un giudizio a cognizione piena che presuppone quale antecedente logico, la validità del decreto ex art. 25 l. fall. preclude la successiva impugnabilità dello stesso provvedimento, anche per motivi di nullità o di inesistenza

Luca D'addesio - Pubblicazione, domenica 10 febbraio 2019
Redattore: **Ilaria Taccola**

Sommario: 1. Premessa: il giudice delegato, funzioni e poteri; 2. In particolare il potere di emettere provvedimenti cautelari e conservativi del patrimonio del fallito. Natura del provvedimento ex art. 25, comma 1, n. 2, l. fall.; 3. Il caso in esame; 4. Pregiudizialità della questione relativa all'invalidità del decreto ex art. 26, n. 2, l. fall.; 5. Considerazione conclusive.

1. Premessa: il giudice delegato, funzioni e poteri

La figura del giudice delegato ha assunto nuovi connotati in seguito alla novella di cui al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che attribuendo una maggiore autonomia al curatore, ha attenuato la funzione tipica del giudice quale organo direttivo e propulsivo dell'intera procedura fallimentare^[1].

L'originaria impostazione dirigistica che permeava la versione originaria della legge fallimentare del 1942, improntata ad una logica sanzionatoria e liquidatoria, viene quindi attenuata dall'intervento riformatore del 2006, attraverso il riconoscimento al giudice delegato di un ruolo amministrativo di vigilanza e di mero controllo formale della procedura^[2]. Nelle intenzioni del legislatore, i poteri di vigilanza e controllo sono stati rafforzati allo scopo di evitare che la maggiore autonomia gestionale riconosciuta al curatore non si risolva in una gestione incontrollata della procedura concorsuale^[3].

Rispetto all'impianto originario della legge fallimentare, viene dunque confermata la sola funzione del giudice delegato in ordine alla tutela di situazioni giuridiche soggettive nonché alla composizioni dei conflitti eventualmente insorti nel corso della procedura.

Nella versione vigente della legge fallimentare, l'intervento dell'autorità giudiziaria

viene quindi escluso in tutte quelle situazioni in cui i poteri gestori del giudice delegato finirebbero per imbrigliare la procedura fallimentare all'interno di inutili "giri" di autorizzazioni[4].

Inoltre, restano appannaggio del giudice delegato il potere di liquidare i compensi su proposta del curatore, nonché di autorizzare la revoca degli incarichi ai soggetti nominati da quest'ultimo che hanno prestato la propria opera all'interno della procedura concorsuale.

2. In particolare il potere di emettere provvedimenti cautelari e conservativi del patrimonio del fallito. Natura del provvedimento ex art. 25, comma 1, n. 2, l. fall.

Invariata rispetto all'originaria formulazione, è la disposizione di cui al n. 2, comma 1, art. 25, l. fall., che attribuisce al giudice delegato il potere di *emettere e provocare dalle competenti autorità provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio*. L'unico intervento riformatore[5] che tuttavia non ha intaccato la *ratio* originaria della norma, è stato l'aggiunta di un inciso finale che ha posto un limite all'esercizio del potere conservativo del giudice delegato.

L'intervento riformatore ha recepito un costante orientamento giurisprudenziale antecedente alla novella del 2006, secondo il quale l'acquisizione al fallimento di beni posseduti da terzi, i quali rivendichino la titolarità di un proprio diritto esclusivo e incompatibile con la pretesa dell'organo fallimentare non è ricompresa tra i poteri del giudice delegato e non è attuabile con l'emissione del decreto di cui all'art. 25, comma 1, n. 2, l. fall.[6].

La norma nell'impianto originale rifletteva, quindi, la finalità di tutela del patrimonio del fallito con lo scopo ulteriore di preservarlo nella sua entità nonché, in ultima analisi, la finalità di tutela della *par condicio creditorum* all'interno della procedura concorsuale. La nuova formulazione, conseguente al d.lgs. 12 settembre 2007 n. 269, conferma la predetta finalità di tutela, ma limita il potere del giudice delegato di emettere provvedimenti conservativi su beni del fallito quando questi sono posseduti da soggetti terzi che non sono consenzienti in ordine alla restituzione di detti beni, assumendo di possederli *animo domini* in base a titolo opponibile al fallimento[7].

Discussa è la natura del provvedimento di acquisizione ex art. 25, comma 1, n. 2, l. fall. In giurisprudenza, si è affermata la natura cautelare del provvedimento, in quanto diretto ad assicurare la conservazione dei beni ai fini propri della procedura concorsuale. La

natura cautelare è inoltre confermata dalla inidoneità ad incidere su diritti sostanziali e la conseguente non ricorribilità per cassazione, ex art. 111 Cost. La Suprema Corte ha più volte confermato la natura eminentemente amministrativa dei provvedimenti di acquisizione nonché la conseguente inattitudine ad acquistare gli effetti propri del giudicato ex art. 2909 c.c.[\[8\]](#).

Il provvedimento che incide su diritti di terzi incompatibili con l'acquisizione all'attivo fallimentare deve ritenersi perciò abnorme. La radicale nullità e conseguente inidoneità a produrre effetti giuridici esclude il ricorso per cassazione del provvedimento del giudice delegato[\[9\]](#). Non appare perciò contestabile sotto il profilo sostanziale il principio di diritto per il quale il provvedimento che invade l'area di lecita esplicazione della potestà recuperatoria del giudice preposto alla procedura è sanzionato con la nullità e la conseguente improduttività di effetti.

3. Il caso in esame

La banca C., tra il luglio e il novembre 1995, effettuava dieci anticipazioni su fatture emesse da F. nei confronti di I S.p.a. C., divenuta cessionaria dei relativi crediti, notificava regolarmente a I., debitore ceduto, l'intervenuta cessione. In seguito alla dichiarazione di fallimento di F., la banca C. chiedeva ammissione al passivo per la somma anticipata sulle predette fatture. Il giudice delegato del Tribunale di Livorno ammetteva la banca cessionaria al passivo in via chirografaria.

In seguito, su istanza della Curatela del fallimento di F. s.r.l., il giudice delegato emetteva provvedimento ex art. 25 l. fall. nei confronti di I. S.p.a. debitore ceduto, il quale, non contestando la debenza della somma al fallimento, provvedeva al versamento dell'importo indicato nel decreto.

La banca C. contestava tuttavia la validità del pagamento effettuato e agiva in via monitoria davanti al Tribunale di Milano, ottenendo decreto ingiuntivo con cui si intimava a I S.p.a. di pagare alla banca l'importo di cui alle predette fatture. L'ingiunta proponeva opposizione, poi riassunta davanti al competente Tribunale di Livorno, sostenendo di aver versato la somma per cui era causa alla Curatela del fallimento, in esecuzione del provvedimento ex art. 25 l. fall. emesso dal giudice delegato, avverso il quale la banca C. non aveva proposto reclamo ex art. 26 l. fall.. Nelle more del giudizio, la banca C. cedeva il credito a P., che a sua volta cedeva a N..

Il Tribunale di Livorno, accogliendo l'opposizione, revocava il decreto ingiuntivo.

Contro la sentenza, N. dapprima proponeva appello, ma in seguito rinunciava agli atti, facendo così passare in giudicato del provvedimento.

N. chiedeva, inoltre, alla Curatela la restituzione della somma versata a suo tempo da I. S.p.a., come credito prededucibile da soddisfarsi al di fuori del piano di riparto, presupponendo il diritto al rimborso della somma pagata da I. S.p.a. al fallimento. Il giudice delegato, su parere conforme del curatore, rigettava la richiesta.

S. S.r.l., cessionaria del credito di N., sempre sostenendo il diritto al rimborso della somma, nonché la nullità e la inesistenza del decreto del giudice delegato, proponeva domanda di insinuazione tardiva. La Curatela sollevava l'eccezione di giudicato, ritenendo che la questione della validità del decreto fosse già stata affrontata incidentalmente dal giudice del procedimento di opposizione al decreto ingiuntivo, sul quale era intervenuto il giudicato. Il Tribunale di Livorno accoglieva quindi la domanda di ammissione al passivo in prededuzione avanzata da S. S.r.l..

La tesi difensiva della Curatela veniva rigettata sulla base del presupposto che il provvedimento ex art. 25 l. fall. del giudice delegato, emesso in carenza di potere, non potesse dispiegare alcuno effetto e che non ostasse quindi alla pretesa restitutoria vantata dal S. s.r.l.. La Curatela proponeva appello domandando, in totale riforma della sentenza, il rigetto della domanda ultratardiva di ammissione al passivo avanzata da I. S.p.a., previo accertamento della definitiva validità del provvedimento ex art. 25 l. fall., o in alternativa, della legittimità del versamento effettuato da I. S.p.a. alla Curatela sulla base del provvedimento del giudice delegato.

Resisteva S. S.r.l. che chiedeva il rigetto della domanda avanzata dalla Curatela in quanto infondata in fatto e in diritto nonché la conferma della sentenza di *prime cure*.

4. Pregiudizialità della questione relativa all'invalidità del decreto ex art. 26, n. 2, l. fall.

Al centro della motivazione della sentenza in commento si trova la questione dell'antecedente logico necessario costituito dal giudizio implicito di validità del provvedimento acquisitivo del giudice delegato ex art. 25, comma 1, n. 2 l. fall..

La complessa questione era stata affrontata dal Tribunale di Livorno nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, promosso da I. S.p.a. contro N., all'esito del quale l'opposizione veniva accolta, sul presupposto che il pagamento di I. S.p.a. alla Curatela

era stato effettuato sulla base del provvedimento ex art. 25 l. fall. del giudice delegato.

Il Tribunale, ritenendo legittimo il versamento oggetto di contestazione aveva perciò revocato il decreto ingiuntivo e accolto l'opposizione, statuendo quindi implicitamente sulla validità ed efficacia del provvedimento del giudice delegato. Il successivo gravame non era stato poi coltivato dalla parte soccombente, determinando così il passaggio in giudicato della sentenza.

Appare quindi chiaro che il giudizio implicito in ordine al provvedimento del giudice delegato, conosciuto in via incidentale dal Tribunale di Livorno con sentenza ormai coperta da giudicato, ha consentito alla Corte d'Appello di ritenere ormai incontestabile il suddetto provvedimento ex art. 25 l. fall. quanto a efficacia e validità, nonostante si trattasse, in astratto, di provvedimento non suscettibile per sua natura di passaggio in giudicato.

Nella motivazione, la Corte fa richiamo ai limiti oggettivi del giudicato che copre il dedotto e il deducibile, ossia non soltanto le questioni giuridiche e di fatto oggetto del giudizio ma anche le possibili questioni proponibili in via di azione o eccezione che, quantunque non dedotte, costituiscono precedente logico necessario della pronuncia^[10].

Il tema dei limiti oggettivi del giudicato, con particolare riguardo alla estensibilità degli effetti del giudicato sostanziale all'antecedente logico necessario è tutto'ora aperto, in particolare quando questo riguarda una questione affrontata dal giudice solo *incidenter tantum*.

La soluzione adottata dalla sentenza in commento impone quindi alcune riflessioni in ordine alla questione del precedente logico necessario e più in generale al rapporto di pregiudizialità tra questioni giuridiche che costituiscono passaggio obbligato dell'iter logico-motivazionale della decisione.

Nella motivazione della sentenza in commento la Corte dichiara che l'accertamento, in senso negativo per il cessionario, della nullità o inesistenza del provvedimento del giudice delegato, è ormai coperto dal giudicato intervenuto sulla sentenza emessa all'esito del procedimento di opposizione al decreto ingiuntivo e quindi incontrovertibile. L'accertamento della invalidità è stato affrontato incidentalmente dal giudice dell'opposizione, che, revocando il decreto ingiuntivo, ha implicitamente statuito sulla efficacia e validità del provvedimento di acquisizione. Il giudizio sulla piena validità del decreto del giudice delegato ha quindi costituito il presupposto logico e giuridico del

provvedimento di accoglimento dell'opposizione il quale, essendo intervenuto il giudicato, non sarebbe più contestabile.

Occorre pertanto procedere ad una più dettagliata analisi degli aspetti del rapporto di pregiudizialità tra questioni giuridiche. La questione pregiudiziale, nel senso indicato dall'art. 34 c.p.c., è la questione che, nell'*iter* logico-argomentativo del giudice, costituisce un passaggio obbligato che può formare oggetto di autonomo giudizio tale da comportare, qualora ne ricorrano i presupposti, una modifica per competenza del giudice. Deve perciò trattarsi di un diritto autonomo e distinto e non di una mera questione preliminare di merito o di un fatto o di una semplice questione di fatto o di diritto[11].

Radicalmente differente dalla cognizione sulla questione pregiudiziale è la cognizione *incidenter tantum* che non presuppone l'esplicita domanda di parte in ordine alla pronuncia di una questione giuridica che si pone quale antecedente logico della decisione oggetto di causa.

La differenza concettuale esposta, risponde alla impostazione tradizionale di chiovendiana memoria, per la quale il giudice dell'*azione* è *anche giudice dell'eccezione*; alla luce del principio espresso, qualora le parti non abbiano richiesto, nemmeno implicitamente, una statuizione con efficacia di giudicato sulla questione pregiudiziale, essa rimane oggetto di accertamento *incidenter tantum*.

Anche in giurisprudenza va tuttavia riscontrato che l'adesione alla ripartizione tradizionale tra questione pregiudiziale e accertamento *incidenter tantum* assume un significato puramente formale, specialmente con riferimento ai limiti oggettivi del giudicato, che si estenderebbe a tutte le questioni che costituiscono presupposto logico necessario della decisione.

5. Considerazione conclusive

Alla luce di quanto espresso occorre operare una valutazione conclusiva in ordine alla questione del rapporto di pregiudizialità e al problema dell'antecedente logico necessario, alla luce del richiamo alla norma di cui all'art. 34 c.p.c..

Ebbene, sulla base dei principi espressi dalla Corte di Cassazione, la cognizione meramente incidentale su un necessario presupposto logico non determina, un limite oggettivo al dispiegarsi degli effetti del giudicato, che copre anche il giudizio implicito

sulla questione affrontata *incidenter tantum*. La Suprema Corte^[12] ha cercato di motivare tale impostazione che solo a prima vista sembra carente quanto a coerenza sistematica. La giurisprudenza fonda, infatti, il predetto principio sulla preesistenza, in ambito di rapporto di pregiudizialità in senso astratto, di una implicazione logico giuridica tra due questioni oggetto di medesimo giudizio che necessariamente supera il formalismo di cui all'art. 34 c.p.c., che lungi dall'assurgere a principio generale della materia, è da intendersi limitato alle sole questioni di competenza.

Da questo punto di vista, il principio espresso appare perfettamente coerente con la funzione di *jus dicere* che nella sua estrinseca razionalità precede logicamente e sistematicamente il mero tecnicismo procedurale della norma di riparto di competenza, riconfermando il ruolo prioritario del giudicato (e la collocazione topografica dell'art. 2909 c.c. lo conferma) quale pietra angolare su cui si fonda l'intera tutela giurisdizionale dei diritti.

Ebbene, nella pronuncia in commento, il giudicante aderisce a questa impostazione che risponde ad una ben precisa logica di giustizia sostanziale. In particolare il riferimento al dedotto e al deducibile, quali limiti oggettivi del giudicato consente di superare il motivo di appello incidentale, per il quale, la questione della presunta nullità o invalidità non avrebbe potuto formare oggetto di giudicato in quanto il provvedimento, emesso in totale carenza di potere, avrebbe dovuto reputarsi nullo o addirittura inesistente. Invero, la scelta operata dalla Corte d'Appello di Firenze è improntata ad evitare un contrasto fra provvedimenti in ordine alla stessa questione e ciò non soltanto per una mera ragione etica di giustizia sostanziale (trattare casi uguali in modo uguale, casi diversi in modo diverso) ma anche per una fondata ragione d'ordine logico alla quale la Corte d'Appello di Firenze ha aderito incondizionatamente.

Una soluzione diversa da quella adottata avrebbe dato causa a pronunce fra loro contrastanti (validità e successivo giudizio di nullità del decreto ex art. 25 l. fall.) che si sarebbero reciprocamente private di giustificazione, determinando, dal punto di vista sistematico, un effettivo *vulnus* ai generali principi processualcivilistici nonché, dal punto di vista etico, un limite alla coerenza che deve connotare l'attività giurisdizionale intesa quale *ius dicere*.

Pertanto, alla luce dell'analisi svolta, è possibile sintetizzare il principio di diritto enunciato dalla Corte Appello con la sentenza in commento: *Il giudicato formatosi su una sentenza copre anche le questioni pregiudiziali, sebbene non dedotte esplicitamente*

dalle parti, che costituiscono antecedente logico essenziale e necessario della pronuncia. Pertanto, la formazione del giudicato all'esito di un giudizio a cognizione piena che presuppone quale antecedente logico la validità del decreto ex art. 25 l. fall., preclude la successiva impugnabilità dello stesso provvedimento, anche per motivi di nullità o di inesistenza.

[1] Si riporta il previgente testo dell'art. 25 l. fall: *Il giudice delegato dirige le operazioni del fallimento, vigila l'opera del curatore, ed inoltre:*

- 1) *riferisce al tribunale su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del collegio;*
- 2) *emette o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio;*
- 3) *convoca il comitato dei creditori nei casi prescritti dalla legge e quando lo ritiene opportuno;*
- 4) *autorizza il curatore a nominare le persone la cui opera è richiesta nell'interesse del fallimento, salvo che la nomina sia a lui riservata per legge;*
- 5) *provvede nel più breve termine sui reclami proposti contro gli atti del curatore;*
- 6) *autorizza per iscritto il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto; nomina gli avvocati ed i procuratori; autorizza il curatore a compiere gli atti di straordinaria amministrazione, salvo quanto disposto dall'articolo 35. L'autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati, e per i giudizi deve essere data per ogni grado di essi;*
- 7) *sorveglia l'opera prestata nell'interesse del fallimento da qualsiasi incaricato, revocandogli l'incarico se occorre, e ne liquida i compensi, sentito il curatore;*
- 8) *procede con la cooperazione del curatore all'esame preliminare dei crediti, dei diritti reali vantati dai terzi, e della relativa documentazione.*

I provvedimenti del giudice delegato sono dati con decreto.

[2] Come si evince dalla Relazione al D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 “*il giudice delegato non è più l'organo motore della procedura, essendo stata sostituita l'attività di direzione con quella di vigilanza e controllo. Nondimeno, proprio questi poteri di sono stati rafforzati in funzione di verificare che la maggiore autonomia del curatore non si risolva in una gestione incontrollata*”

[3] CAIAFA, A., a cura di, *Commentario alla legge fallimentare*, Roma, Dike Giuridica Editore, 2017, pp. 168 e ss.

[4] SANTANGELI, F., a cura di, *Il nuovo fallimento, Le nuove leggi civili*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 136 e ss.

[5] Introdotto con il D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 “decreto correttivo”.

[6] Ex multis vedasi Cass. 15 marzo 2001, n. 3746 che ha affermato che *“il provvedimento di autorizzazione del giudice delegato emesso ai sensi dell'art. 25 della legge fallimentare per consentire al curatore di recuperare, su semplice richiesta, beni detenuti da terzi che ne contestino la restituzione rivendicando un loro diritto, sia pure di natura personale, incompatibile con la pretesa del fallimento, nonché, a maggior ragione, la richiesta stessa del curatore, non sono idonei a decidere su diritti soggettivi di terzi, essendo espressioni di un potere di direzione e di sorveglianza, da una parte, e di amministrazione, dall'altra, all'interno di una procedura meramente amministrativa”*

[7] CAIAFA, A., a cura di, *Commentario alla legge fallimentare*, Roma, Dike Giuridica Editore, 2017, pp. 171 e ss.

[8] Si ricorda, in particolare, Cass. 18 agosto 2004, n. 16083 la quale, argomentando a contrario, ha implicitamente statuito sulla natura dei provvedimenti di acquisizione del giudice delegato, con riferimento ai cosiddetti provvedimenti abnormi *“essi, lungi dal mantenersi nell'alveo dell'attività amministrativa di gestione del patrimonio fallimentare, finiscono per statuire, in via definitiva, su questioni di diritti soggettivi, che non possono essere certamente risolte nell'ambito della procedura ex artt. 25-26 legge fall., ma vanno decise in un ordinario processo di cognizione nel contraddittorio tra le parti contendenti) secondo cui, decreti siffatti, risultando emessi in radicale carenza di potere ed essendo, quindi, inidonei a disporre della situazione giuridica in contestazione, non sono suscettibili di passare in cosa giudicata;*

[9] Vedi ex multis Cass. SS.UU. 9 aprile 1984, n. 2270 che ha statuito che *“la facoltà del giudice delegato, a norma dell'art. 25 n. 2 l. fall., di adottare provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio implica il potere di emettere decreti di acquisizione alla procedura concorsuale di eventuali sopravvenienze attive, in possesso del fallito, o del coniuge o di altri soggetti che non ne contestino la spettanza al fallimento, ma non anche di disporre l'acquisizione di beni sui quali il terzo possessore rivendichi un proprio diritto esclusivo incompatibile con la loro successiva inclusione nell'attivo fallimentare (nella specie, immobile, detenuto dalla moglie del fallito, in forza di vincolo di destinazione a fondo patrimoniale costituito in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento), in tale seconda ipotesi, il decreto del giudice delegato, così come il provvedimento reso dal tribunale in esito a reclamo, devono ritenersi giuridicamente inesistenti, per carenza assoluta del relativo potere, con l'ulteriore conseguenza che avverso i medesimi, non suscettibili di acquistare autorità di giudicato, non è esperibile il ricorso per cassazione, a norma dell'art. 111 cost., restando in facoltà di qualsiasi interessato di farne valere, in ogni tempo ed in ogni sede, la radicale nullità ed inidoneità a produrre effetti giuridici”,* nonché, tra le ultime pronunce in materia si ricorda Cass. 5 luglio 2018, n. 17648 che ha nuovamente affermato che *“il provvedimento di acquisizione del giudice delegato deve ritenersi giuridicamente inesistente, per carenza assoluta del relativo potere, con la conseguenza che avverso il medesimo, non suscettibile di acquistare autorità di giudicato, non è esperibile il ricorso per cassazione, a norma dell'art. 111 Cost., restando in facoltà di qualsiasi interessato di farne valere, in ogni tempo ed in ogni sede, la radicale nullità ed inidoneità a produrre effetti giuridici”.*

[10] Significativa, tra le sentenze citate dalla Corte d'Appello, è Cass. 28 ottobre 2011, n. 22520 che nella motivazione statuisce che, *“il Collegio intende dare continuità[alla giurisprudenza di legittimità resa a sezione unite] secondo la quale:*

1) l'autorità del giudicato copre non solo il dedotto ma anche il deducibile in relazione al

medesimo oggetto, cioè non soltanto le ragioni giuridiche fatte valere in giudizio (giudicato esplicito), ma anche tutte quelle altre - proponibili sia in via di azione che di eccezione - le quali, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono, tuttavia, precedenti logici, essenziali e necessari della pronuncia (giudicato implicito);

2) detto principio concerne in particolare le ragioni non dedotte che si presentino come un antecedente logico necessario rispetto alla pronuncia, nel senso che deve ritenersi precluso alle parti stesse la proposizione, in altro giudizio, di qualsivoglia domanda avente ad oggetto situazioni soggettive incompatibili con il diritto accertato;

3) gli effetti del giudicato sostanziale si estendono conclusivamente non solo alla decisione relativa al bene della vita chiesto, ma a tutte le statuizioni inerenti all'esistenza e alla validità del rapporto dedotto in giudizio necessarie e indispensabili onde pervenire a quella pronuncia su di esso: e quindi anche al deducibile in relazione al medesimo oggetto, comprendente tutte le possibili questioni proponibili sia in via di azione, sia in via di eccezione, le quali sebbene non dedotte specificamente costituiscono tuttavia precedenti logici essenziali e necessari della pronuncia medesima”.

[11] Vedasi *ex multis* Cass. 16 luglio 2016 n. 14961 “*l'accertamento con tale pronuncia effettuato non ha avuto ad oggetto una questione pregiudiziale - quale contemplata dall'art. 34 c.p.c. - ma ha riguardato uno degli elementi costitutivi del diritto alla rendita, che, come tale, per quanto si è detto, non è suscettibile di autonomo accertamento, ma può essere accertato dal giudice soltanto come fondamento della relativa pretesa fatta valere in giudizio, non di per sé e per gli effetti futuri eventualmente ricavabili da tale accertamento*”, Cass. 03 maggio 2005, n. 11329 “*dedotto il causa un rapporto giuridico previdenziale, diverso per soggetti, oggetto e contenuto dal rapporto di impiego, che del primo costituisce soltanto il presupposto, la tutela in sede di giurisdizione ordinaria dei diritti soggettivi di cui all'art. 442 c.p.c. non soffre deroga per il fatto che la consistenza della pretesa previdenziale dipenda da accertamenti inerenti al rapporto di impiego, dal momento che le relative questioni devono essere esaminate solamente in via incidentale e senza efficacia di giudicato (art. 34 c.p.c.), salvo che taluna delle parti, che dimostri di avervi un concreto interesse che trascenda quello immediato alla risoluzione della controversia, non chieda, nei confronti delle parti del rapporto di impiego, una pronuncia con efficacia di giudicato sulla specifica questione*”.

[12] Vedasi in particolare Cass. 11 maggio 2012 n. 7405 “*quando si afferma che il giudicato copre anche l'indispensabile presupposto logico-giuridico della pronuncia, altro non si vuol dire se non che è la logica interna al rapporto giuridico a qualificare come necessario il giudicato sui vari effetti che ne possono derivare, affrancandolo dall'esplicita richiesta della parte o dalla volontà di legge, sol che si consideri che la funzione del rapporto è, appunto, quella di tenere insieme conseguenze le quali, altrimenti, vivrebbero di vita autonoma nel mondo del diritto contraddicendosi e privandosi reciprocamente di giustificazione. Si tratta di un'implicazione (appunto logico-giuridica, o meglio) di logica giuridica (espressa dall'operatore logico "se a allora è"), che come tale per la sua intrinseca razionalità precede la stessa scelta legislativa di cui all'art. 34 c.p.c. limitandone ontologicamente l'ambito di applicazione.*

PROCESSO AMMINISTRATIVO: RILEVANZA DELL'INTERESSE AD AGIRE QUALE CONDIZIONE DELL'AZIONE ANCHE COME MERO INTERESSE MORALE

Commento alla sentenza del T.A.R. Lazio, Sezione Prima Bis, n. 11924 del 10 dicembre 2018.

Maria Erica Gangi - Pubblicazione, martedì 12 febbraio 2019
Redattore: **Annamaria Di Clemente**

Sommario: 1. Il difficile rapporto tra diritto soggettivo ed interesse legittimo; 2. Difficoltà definitorie dello status di interesse legittimo e riparto di giurisdizione; 3. Risarcibilità dell'interesse legittimo e analisi della Sentenza T.A.R. Lazio n. 11924/201; 4. Parallelismo tra la Sentenza n. 11924/2018 del T.A.R. Lazio e la Plenaria n. 8/2011: evoluzione di un canone ermeneutico.

1. Il difficile rapporto tra diritto soggettivo ed interesse legittimo

L'analisi della questione oggetto della presente trattazione, al fine di essere resa quanto più intellegibile possibile, necessita di un inquadramento sistematico che consenta di perimetrare il peculiare ruolo svolto nel nostro Ordinamento dall'interesse legittimo quale situazione giuridica contrapposta al diritto soggettivo^[1].

Sul punto – non potendo prescindere da una ricostruzione storica – va detto che il nostro sistema ordinistico, in maniera peculiare rispetto alle parallele esperienze comunitarie, conosce una bipartizione delle posizioni giuridiche soggettive ripartite in diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Per molto tempo, erratamente, si è ritenuto dover individuare il tratto differenziale nella quantità della tutela talché si è predicata la prevalenza degli interessi soggettivi rispetto agli interessi legittimi; una Dottrina più matura ha superato il criterio di cui sopra ritenendo che la linea di demarcazione la si sarebbe dovuta rinvenire sotto il profilo della qualità.

Ne è disceso il radicamento di un'importante assunto: i diritti soggettivi inquadrano posizioni di diritto soggettivo giammai comprimibili, che possono essere declinati esclusivamente in una duplice accezione per cui o vengono riconosciuti sì da non

generare alcuna lesione o si assiste alla loro negazione, tuttavia detta evenienza non è scevra da responsabilità atteso che la lesione di una posizione di diritto soggettivo, tipicamente piena, determina il dovere di risarcire il danno leso al titolare della stessa.

Considerazioni differenti vanno spese con riguardo agli interessi legittimi che, invece, sono passibili di una triplice declinazione potendo essere soddisfatti, negati e, ancor più, sacrificati in forza di un preminente interesse pubblico di carattere superiore con conseguente corresponsione – per il patimento subito – di un indennizzo quale quantum patrimoniale connesso all’esercizio di attività lecita.

Adita la Corte di Giustizia dell’Unione Europea circa la convivenza nel nostro ordinamento di un cosiddetto sistema binario, la stessa si è espressa evidenziando la peculiarità, non comune rispetto alle parallele esperienze riscontrabili negli altri Paesi Comunitari, tuttavia ha asserito per la ammissibilità di detta bipartizione delle posizioni giuridiche purché ciò non si traducesse in una *deminutio* di tutela in capo al titolare al quale spetta una salvaguardia piena del proprio *status* a prescindere che sia di interesse legittimo o di diritto soggettivo.

2. Difficoltà definitorie dello status di interesse legittimo e riparto di giurisdizione.

Soddisfatto, seppur non con pretesa di esaustività, l’inquadramento dogmatico della questione è possibile dare atto delle difficoltà definitorie che l’interesse legittimo ha conosciuto^[2]: sul punto pare interessante riportare quanto asserito dal Giannini per cui sarebbe **interesse legittimo per il singolo quell’aspirazione ad un bene della vita il cui conseguimento è rimesso ad una valutazione discrezionale che l’Amministrazione deve compiere in sede procedimentale all’esito di un adeguato giudizio di bilanciamento tra l’interesse del privato e quello pubblico, al primo contrapposto, da ritenere prevalente talché la necessità di una sua protezione può ben giustificare una retrocessione dell’interesse legittimo medesimo.**

Evidente come il procedimento amministrativo rappresenti e costituisca la *sedes materiae* dello scrutinio che il soggetto pubblico è chiamato a svolgere tra interesse legittimo del privato e attenzione al soddisfacimento di un preminente interesse pubblico alla luce della c.d. discrezionalità amministrativa.

Alla certamente peculiare quanto necessaria convivenza tra le posizioni giuridiche in commento va allineata il sistema di duplice giurisdizione che il nostro Ordinamento conosce potendo, all’uopo, distinguere tra giurisdizione ordinaria e di legittimità,

tipicamente amministrativa.

Orpello normativo è da individuare nell'art. 103 Cost.^[3] dalla cui interpretazione è agevole comprendere la configurazione di un Giudice naturale per gli interessi legittimi visto nel Giudice Amministrativo che, all'occorrenza e in casi specifici, può occuparsi anche di posizioni di diritto soggettivo le cui ipotesi configurano la c.d. giurisdizione esclusiva giustificata dall'intima connessione che vi sarebbe tra l'interesse legittimo vantato e il diritto soggettivo leso.

Sul punto la stessa Relazione introduttiva all'art. 103 Cost. ha consentito di evidenziare la necessità di non separare la cognizione giudiziaria per quelle materie che, sebbene lambite da un diritto soggettivo, presentassero un'ineliminabile relazione con l'interesse legittimo talché la separazione della giurisdizione si sarebbe certamente tradotta in una nuova ipotesi di danno per il ricorrente.

Stante, dunque, la necessità di disciplinare detta giurisdizione esclusiva caratterizzata da un'estensione cognitiva da parte del G.A. anche a diritti soggettivi l'art. 133 c.p.a. ha avuto il merito di individuare un elenco esemplificativo di tutte quelle situazioni giuridiche che radichino – quale criterio eccezionale – la competenza giurisdizionale amministrativa.

Va dato atto che la norma, sebbene nota come “norma elenco” può conoscere eventuali ampliamenti invocabili qualora criteri ermeneutici individuino stretti legami tra posizioni giuridiche di diritto soggettivo ed interesse legittimo la cui attribuzione al G.A. appare indispensabile per fornire adeguata tutela al ricorrente in giudizio.

La situazione normativa testé descritta altro non è che il punto di approdo di un intricato percorso dottrinario – giurisprudenziale sorto in epoca atavica circa il criterio di riparto giurisdizionale.

La querelle va affrontata individuando i due momenti storico – normativi incidenti: la Legge del 1865 anche nota come Legge Abolitrice del Contenzioso Amministrativo (L.A.C.) la cui promulgazione aveva costituito espressione di un'anima politica tutta volta alla integrazione ed unitarietà da perseguire non soltanto in sede geografica ma anche giurisdizionale, in detto corpo normativo, all'art. 2, si era fatto riferimento alla giurisdizione del G.O. quale unica giurisdizione, lasciando, *rectius*, determinando un importante vuoto di tutela con riguardo alla disciplina degli interessi legittimi.

Lacuna questa che venne colmata dalla Legge Crispi istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato; era nata la doppia giurisdizione in Italia, recando seco non pochi problemi in specie circa il criterio di attribuzione della materia alla G.O e alla G.A.

Il concordato del 1930 – apparentemente risolutivo – invero si era limitato a spostare il fuoco della questione: in esso, invero, i firmatari avevano statuito che il G.O. si sarebbe dovuto occupare delle situazioni di diritto soggettivo e il G.A. di quelle di interesse legittimo.

Permaneva l'ancestrale questione, ovvero quando si fosse in presenza di uno status giuridico o dell'altro.

Diverse le tesi sul tappeto, diversi i tentativi di positivizzare il dibattito, accertatone il fallimento risultò maggiormente accreditabile il formante dottrinario radicatosi sulla dicotomia tra carenza di potere e cattivo uso del potere.

In specie si affermò che ove il soggetto pubblico avesse agito in assenza di apposita norma che gli conferisse il potere di limitare una data situazione giuridica, la lesione determinata avrebbe attratto uno status di diritto soggettivo; diversamente ove detto potere – astrattamente - fosse stato previsto la eventuale lesione sarebbe stata conseguente ad un cattivo esercizio dell'attribuzione talché da generare una limitazione dell'interesse legittimo.

Maggiormente nitido il panorama così individuato recepito in maniera eccellente nell'art. 7 c.p.a che è espressione di questa ripartizione giurisdizionale che anima il nostro Ordinamento.

3. Risarcibilità dell'interesse legittimo e analisi della Sentenza T.A.R. Lazio n. 11924/2018

Ulteriore questione preliminare da analizzare è quella relativa alla risarcibilità dell'interesse legittimo leso e precluso: per molto tempo negata e ammessa per la prima volta con la famigerata Sentenza n. 500/1999 pronunciata dalle Sezioni Unite della Cassazione.

Leit motiv di detto arresto la reinterprete in chiave sistematica – e non più strettamente letterale – dell'art. 2043 c.c.[\[4\]](#).

Invero, originariamente, si era radicata una tesi negazionista circa l'ammissibilità di un

profilo risarcitorio connesso alla lesione da interesse legittimo allorché la giurisprudenza si era stratificata nel ritenere che la norma civilistica si riferisse unicamente a posizioni di diritto soggettivo ove parlasse *expressis verbis* di “danno ingiusto”; il Supremo Consesso, approdando ad una esegesi più ampia ha ritenuto come nessun dato normativo rilevarebbe per aderire ad una tesi restrittiva pertanto l’art. 2043 c.c. deve ritenersi aggancio normativo per giustificare il risarcimento del danno tanto a seguito di lesione subita ad una posizione di diritto soggettivo che di interesse legittimo.

Ricostruito il percorso storico – normativo che ha condotto alla ammissibilità nel nostro Ordinamento di un sistema di binaria giurisdizione cui corrisponde una bilateralità delle posizioni giuridiche facenti capo al privato, è possibile – a parere della scrivente – procedere ad un’analisi della Pronuncia del T.A.R Lazio di cui si discute nella quale è stato plasticamente riconosciuto l’interesse morale – quale declinazione dell’interesse legittimo – idoneo a configurare un interesse ad agire meritevole di tutela.

La vicenda giudiziaria trae spunto dal ricorso presentata da un candidato escluso per inidoneità fisica da un concorso per l’ammissione ai licei annessi alle Scuole Militari dell’Esercito, sebbene lo stesso non potesse più risultare vincitore del concorso per mancato superamento delle successive prove concorsuali; nello specifico è stato rilevato l’interesse morale all’accoglimento con una pronuncia sulla illegittimità del provvedimento emesso in maniera viziata stante la riscontrata inesistenza della patologia addotta per motivarne l’esclusione.

Presentato il ricorso principale avverso il predetto provvedimento di esclusione e il successivo ricorso con motivi aggiunti avente ad oggetto il Decreto di rettifica della graduatoria, il T.A.R. adito con Ordinanza disponeva la verifica volta ad accertare la sussistenza della patologia ritenuta escludente con conseguente sospensione dell’atto gravato e disponeva l’eventuale ammissione con riserva subordinata al superamento delle prove indicate dalla *lex specialis*.

Eseguite le prove atletiche le stesse non venivano superate né il predetto esito negativo veniva impugnato, tuttavia parte ricorrente si opponeva al rigetto del ricorso per intervenuta mancanza di interesse ritenendo ed invocando la tutela ex art. 34 c. 3 c.p.a a norma del quale “(...) *quando nel corso del giudizio l’annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il Giudice accerta l’illegittimità dell’atto se sussiste l’interesse ai fini risarcitori (...)*”.

Parte ricorrente all'uopo ha indicato l'esistenza di un interesse di natura morale – esistenziale all'accoglimento del ricorso nella misura in cui aspira a che la patologia escludente – per errore contestata – non possa apparire precludente alla partecipazione ad ulteriori concorsi, talché anche in relazione ad eventuale e future selezioni concorsuali non resti a carico del ricorrente una lesione inesistente e per ciò solo ampiamente deterrente.

I Giudizi Amministrativi nell'accogliere il ricorso sebbene limitatamente al profilo risarcitorio ne hanno individuato la fondatezza attesa la non provata patologia escludente erratamente attribuita alla parte lesa che ben avrebbe potuto partecipare alla selezione quantunque avesse, con esito positivo, superato le successive prove.

Tuttavia, nonostante il predetto esito negativo non può tacersi il merito dell'interesse morale a che il provvedimento di esclusione venga annullato sì da non inficiare ulteriori e prossime selezioni cui possa lecitamente accedere.

È, pertanto, stato espresso il seguente principio di diritto secondo cui l'interesse ad agire, e quindi a ricorrere, ben può essere rappresentato dall'interesse morale talché da attribuire il merito al giudizio in capo ad un soggetto che – sebbene non più titolato di un interesse legittimo alla vincita del concorso – abbia comunque interesse a sentire dichiarare con certezza e veridicità la propria posizione giuridica.

4. Parallelismo tra la Sentenza n. 11924/2018 del T.A.R. Lazio e la Plenaria n. 8/2011: evoluzione di un canone ermeneutico.

Di interesse corredare l'arresto sopra sciorinato con il principio elaborato dalla Sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8/2011 pronunciata sul difficile e sempre discusso rapporto tra ricorso principale e incidentale in specie con riguardo alla configurazione di un interesse in capo al ricorrente principale che – nonostante destinatario di un provvedimento di esclusione dalla procedura di gara ad evidenza pubblica divenuto definitivo perché non impugnato o perché accertata la fondatezza dello stesso – che possa ricorrere al fine di contrastare le ragioni di ammissione dell'altrui ricorrente in via incidentale^[5].

In detta occasione, in maniera più restrittiva e granitica, la Plenaria ritenne di far coincidere l'interesse al ricorso con la vigenza dell'interesse legittimo.

Nelle procedure di gara in materia di appalti pubblici lo status di interesse legittimo nasce con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte del

ricorrente e cessa di esistere con il sopraggiungere del provvedimento di esclusione: ergo, in una situazione quale quella prospettata non vi sarebbe alcun interesse alla trattazione del ricorso venuta meno la stessa aspettativa ad una aggiudicazione, ormai preclusa, allorché ben può concludersi per la natura invalidante del ricorso incidentale a carattere escludente rispetto a quello principale parimenti a carattere escludente.

La trattazione di detto arresto della Plenaria del 2011 è parsa opportuna atteso la Sentenza del T.A.R Lazio di cui si discute che si colloca in linea di discontinuità rispetto alla precedente dimostrando un'apertura verso posizioni di maggior considerazioni del privato in specie ove espressione di interesse fondamentale quale quello esistenziale che merita per ciò solo protezione e salvaguardia in quanto declinazione di un interesse morale al ricorso e al suo conseguente accoglimento.

[1] TRAVI, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, settembre 2016.

[2] R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, Manuale di diritto amministrativo III Edizione, Giuffrè, 2017.

[3] Testo sopra citato: Il riparto di giurisdizione: considerazioni introduttive pagg. 137 e ss..

[4] M. CLARICH, Manuale di diritto Amministrativo, III Edizione Il Mulino 2017.

[5] La Sentenza n. 8/2011 - esclusivamente citata nel presente contributo - merita, seppur in nota, di essere sistematicamente perimetrata: aspetto cruciale è la legittimazione al ricorso – visto come l'elemento ulteriore che deve corredare l'azione del ricorrente unitamente all'interesse al ricorso medesimo – in detta occasione la Plenaria ha evidenziato che nella materia afferente le gare aventi ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto l'operatore economico è titolato di un interesse legittimo inteso quale aspirazione ad un bene della vita rappresentato dal conferimento del provvedimento di aggiudicazione; esso sorge contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara e si eclissa nel momento in cui il concorrente venga raggiunto da provvedimento di esclusione. Ne discende che – a prescindere dal numero di partecipanti alla gara – ove sia confermata l'esclusione del ricorrente in via principale non possa procedersi alla trattazione della di lui impugnazione per sopravvenuta carenza di interesse. Altresì è stata evidenziata la natura paralizzante del ricorso incidentale nella misura in cui esso introduca nel giudizio questioni pregiudiziali di rito che debbono necessariamente essere trattate in maniera preliminare rispetto a quelle di merito avanzate, invece, dal ricorso principale. È questa una sentenza, chiaramente, incentrata sul principio di economia processuale nonché sulla valorizzazione della *legitimatio causae*.

SI SDRAIA PER TERRA DAVANTI ALL'AUTOBUS E NE RITARDA LA PARTENZA, È INTERRUZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO

Lettura dell'art. 340 c.p. sull'interruzione del servizio pubblico e sul regolare svolgimento dell'ufficio o del servizio pubblico, alla luce della recente Sentenza n. 1334 della Sesta sezione penale della Corte di Cassazione depositata l'11 gennaio 2019.

Valentina Milazzo - Pubblicazione, mercoledì 13 febbraio 2019
Redattore: Ilaria Valentino

Sommario: 1. Premessa; 2. La sentenza della Cassazione; 3. Conclusioni.

1. Premessa

Nel codice Rocco, tra le varie fattispecie incriminatrici si trovano due articoli a tutela della P.A., l'art. 331 ed il 340 c.p., diretti ad assicurare non solo l'effettivo funzionamento di un servizio pubblico, bensì anche l'ordinato svolgimento di esso.

L'articolo 331 c.p. disciplina il delitto di interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità cagionata da un imprenditore del un servizio pubblico o di pubblica necessità. L'art. 340, a sua volta, rappresenta la norma di chiusura del sistema, in quanto disciplina l'interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità commesso da privati.

La ratio degli articoli in questione consiste nella tutela del valore costituzionale del **buon andamento della pubblica amministrazione**, in relazione alla continuità e regolarità della prestazione di servizi pubblici e di pubblica necessità.

2. La sentenza della Cassazione

Il fatto oggetto della sentenza n. 1334 della Sesta sezione penale della Corte di Cassazione, depositata l'11 gennaio 2019, prende le mosse dalla Corte di Appello di Trieste, che ha riformato la pronuncia del Tribunale giuliano, mandando assolto l'imputato dal reato ascrittogli ai sensi dell'art. 340 c.p. con ampia formula per insussistenza del fatto ai sensi dell'art. 530 c.p.p., il quale, per protestare contro

l'organizzazione del servizio, si sdraiava per terra, impedendo quindi volontariamente la partenza del bus, che poteva avvenire solo dopo circa mezz'ora, previo intervento dei Carabinieri.

Secondo il ricorrente la giustificazione adottata dal Giudice d'Appello è inficiata per inosservanza ed erronea applicazione della legge penale, ai sensi dell'art. 606 c.p.p. co.1° sotto un duplice profilo.

La Corte emittente, infatti, ha precisato che il Giudice di Appello avrebbe dovuto attenzionare l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 340 c.p., il quale richiede ai fini della consumazione del reato (a forma libera) che l'agente alternativamente con la sua condotta o cagiona un'interruzione o turba la regolarità di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità. La rilevata ampiezza dell'ambito di applicazione della norma ha indotto la giurisprudenza di legittimità a puntualizzare che, una semplice alterazione seppur temporanea del servizio, purchè significativa, fa configurare in capo all'agente il delitto de quo, senza che sia necessario coinvolgere la totalità dell'attività^[1].

Infatti, la lesione del bene giuridico protetto dal nostro ordinamento – la tutela del regolare e ordinato andamento della P.A. – si verifica sia quando l'agente che con la sua condotta determini l'interruzione del servizio pubblico, sia quando il comportamento dello stesso abbia inciso semplicemente sul regolare svolgimento dell'ufficio o servizio pubblico. ^[2]

3. Conclusioni

Sulla scorta delle argomentazioni svolte, appare chiara come la decisione della Cassazione, ha trovato terreno fertile nella casistica giurisprudenziale formatasi nel corso degli anni sul punto nodale della questione, esaminata in questa sede, asserendo che la condotta di sdraiarsi dinnanzi ad un autobus, fa configurare a tutti gli effetti un'interruzione di pubblico servizio, seppur l'interruzione abbia avuto carattere momentaneo.

Note e riferimenti bibliografici

^[1]Cass., Sez VI, 9 aprile 2013 n. 39219

^[2]Cass., Sez. 6, sent. n. 46461 del 30.10.2013

LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO CERTIFICA (E CONDANNA) IL FALLIMENTO DELLE AUTORITÀ ITALIANE NEL CASO ILVA

Con la pronuncia nel caso Cordella, in risposta al ricorso promosso da centinaia di residenti della provincia di Taranto, il Giudice di Strasburgo stigmatizza senza mezzi termini l'operato dell'Italia nella gestione della crisi ambientale ed economica, generata dal colosso siderurgico nel capoluogo ionico.

Stefano Solidoro - Pubblicazione, giovedì 14 febbraio 2019
Redattore: **Angela Cuofano**

Sommario: 1. Premessa. 2. Dall' Italsider all' Ilva. Le inchieste giudiziarie e l'intervento dello Stato. 3. Cordella e altri c. Italia. La violazione dell'art. 8 CEDU. 3.1. (segue) La violazione dell'art. 13 CEDU. 4. Qualche spunto di riflessione.

1. Premessa.

Negli ultimi anni, le vicissitudini del polo siderurgico tarantino "Ilva" hanno avuto una rilevante eco sulla cronaca politica, economico-sociale e infine giudiziaria del nostro Paese. All'interno di tale controversa vicenda, ben lungi dal considerarsi conclusa sotto ogni aspetto, il 24 gennaio 2019 è una data da ricordare.

Chiamata in causa dall'iniziativa di un nutrito gruppo di residenti del capoluogo pugliese, infatti, per la prima volta la Corte europea dei Diritti dell'Uomo è intervenuta sulla questione Ilva, sancendo senza mezzi termini la responsabilità dello Stato italiano in relazione agli artt. 8 e 13 della Convenzione EDU, che presidiano rispettivamente il diritto alla vita privata e familiare nonché quello ad un ricorso effettivo.

La decisione^[1], per quanto assunta nella ordinaria composizione camerale e dunque ancora soggetta ad eventuale gravame dinanzi alla *Grand Chambre*, riveste un'indubbia importanza stanti i più che prevedibili riflessi sull'opinione pubblica, sempre più attenta all'operato della Corte di Strasburgo.

2. Dall' Italsider all' Ilva. Le inchieste giudiziarie del 2012 e l'intervento dello Stato.

È opportuno illustrare brevemente gli antefatti storici più rilevanti della questione.

All'inizio degli anni sessanta, un insieme di fattori geografici, logistici e socio-occupazionali convincono la dirigenza statale dell'allora "Ilva Alti Forni e Acciaierie d'Italia" – dal '64, "Italsider" - a fare di Taranto il sito del più grande complesso industriale per la lavorazione dell'acciaio in Europa. Nell'arco di due decenni, il complesso industriale tarantino è stato oggetto di notevoli investimenti, vedendo quasi triplicare la propria superficie, prima che la crisi delle partecipazioni pubbliche negli anni Ottanta imponesse la privatizzazione dell'azienda metallurgica, con il ritorno alla denominazione "Ilva" all'indomani del passaggio di proprietà dell'impianto al Gruppo Riva, nel 1995. Sin da allora, nonostante l'andamento incerto del settore, l'acciaieria è rimasta centrale per l'economia del capoluogo pugliese e non solo, come testimonia l'enorme indotto che intorno all'Ilva orbita e che da questa tutt'oggi dipende.

Con il passare del tempo, l'incidenza dello stabilimento industriale su ambiente e salute pubblica diventa argomento sempre più pressante all'interno della comunità locale, allarmata dall'anomala incidenza di talune gravi malattie cardiovascolari e respiratorie nella popolazione tarantina, rispetto alla media nazionale. Il nesso tra patologie e sostanze nocive risultanti dall'attività produttiva dell'acciaieria viene dapprima ombreggiato da alcuni importanti studi dell'Istituto Superiore di Sanità[2], salvo poi essere ribadita dalla ARPA Puglia, che con i suoi rapporti porta nel 2011 il Ministero dell'Ambiente a concedere all'Ilva un'Autorizzazione Integrata Ambientale dai caratteri molto restrittivi, condizionata alla drastica riduzione delle sostanze inquinanti prodotte. Nel mentre, tuttavia, si è oramai attivata la macchina della giustizia. Sulla base di due perizie, chimiche ed epidemiologiche, ordinate dalla Procura di Taranto nell'ambito di una maxi inchiesta ("Ambiente svenduto") per disastro ambientale e altri reati nei confronti della dirigenza Ilva, nell'estate del 2012, il Gip di Taranto ordina il sequestro preventivo senza facoltà d'uso dell'intera area a caldo dello stabilimento siderurgico.

Inevitabile a questo punto l'esplosione del caso a livello nazionale, con la reazione delle autorità pubbliche che non si fa attendere. Innanzitutto, con il d.l. 207/12, convertito con legge 24 dicembre 2012 n. 231 (c.d. "Salva Ilva") viene concessa la facoltà d'uso dei beni sequestrati, così da assicurare il proseguo della produzione industriale[3]. È l'inizio di una serie convulsa di provvedimenti normativi che decretano il commissariamento dell'Ilva[4] nonché l'immunità penale per i commissari e per i futuri acquirenti del complesso[5], in relazione alle condotte da questi poste in essere nell'attuazione del piano di risanamento ambientale dell'azienda: peraltro, anche la *deadline* di tale

attuazione viene più volte procrastinata tramite decreto[6], causando un feroce scontro istituzionale con gli enti territoriali locali, sfociato dinanzi al giudice amministrativo.

Va aggiunto come i tentativi dello Stato italiano di porre rimedio alla questione Ilva siano stati stigmatizzati anche dall'Unione europea, che nel 2013 ha aperto una procedura di infrazione – tuttora pendente - contro il nostro Paese, reo di aver violato la Direttiva sulle Emissioni Industriali[7] con una gestione insufficiente della crisi: senza dimenticare che, in tempi più recenti[8], la Commissione europea ha bocciato il sistema di aiuti pubblici con il quale il colosso siderurgico è stato “tenuto in vita” sino alla cessione al magnate indiano Arcelor Mittal.

3. Cordella e altri c. Italia. La violazione dell'art. 8 CEDU.

Di tutto quanto su premesso i giudici di Strasburgo danno atto nella premessa della sentenza in commento[9], che anzi non trascura di esaminare nel dettaglio le istanze di tutela dell'ambiente e della salute pubblica emerse a più riprese nel corso degli anni, così come il travagliato *iter* legislativo ed amministrativo della vicenda.

Originato da due ricorsi del 29 luglio 2013 e del 21 ottobre 2015, poi riuniti, il giudizio dinanzi alla Corte EDU vede lo Stato italiano accusato di aver violato gli artt. 2 (diritto alla vita), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 13 (diritto a un ricorso effettivo) della Convenzione. Superata una fitta schiera di eccezioni preliminari formulate dal Governo italiano, tuttavia, la Camera decide di non esaminare la doglianza attinente l'art. 2, ritenendola assorbita nella censura *sub* articolo 8: è sotto questo profilo, dunque, che la Corte si preoccupa di ricomprendere le prospettate lesioni al *bien-être* individuale e collettivo, riferibili alla mancata adozione di idonei interventi di contenimento ambientale da parte delle autorità. Tanto più che, come gli stessi ricorrenti si premurano di sottolineare, oggetto del contendere non è la dimostrazione di un puntuale esito patologico in capo ad uno o più soggetti, quanto piuttosto “...le mancanze dello Stato nel prendere le misure idonee a proteggere la salute e ambiente...” della popolazione[10].

Il Giudice europeo, pur sottolineando come “...né l'articolo 8 né alcuna altra disposizione della Convenzione garantisce specificatamente una protezione dell'ambiente in quanto tale...” ribadisce quindi che “... l'efficacia nefasta sulla sfera privata o familiare di un individuo...”, scaturita da un fenomeno di degradazione ambientale, senza alcun dubbio integra una violazione dell'art. 8 comma 1 CEDU

quando è tale da “...intaccare il benessere delle persone e privarle del godimento del proprio domicilio...”[11].

Nel caso di specie, la Corte ritiene che il nesso tra attività industriale e deterioramento del quadro clinico generale nel capoluogo ionico sia difficilmente contestabile, stanti i numerosi studi condotti negli anni da qualificati soggetti istituzionali – Ministero della Salute *in primis* – nonché da enti statali e regionali. Su queste basi, il Giudice di Strasburgo non può che constatare da un lato “...il prolungarsi di una situazione di inquinamento ambientale pericolosa per la salute dei ricorrenti e, più in generale, per quella dell’insieme della popolazione residente nelle zone a rischio...”, dall’altro il fallimento dello Stato italiano nel “...prendere tutte le misure necessarie ad assicurare la protezione effettiva del diritto degli interessati al rispetto della loro vita privata...”: come risultato, la violazione dell’art. 8 comma 1 consegue dal mancato raggiungimento di un “giusto punto di equilibrio” tra l’interesse dei cittadini e l’interesse (economico) della collettività a veder proseguita l’attività industriale[12].

Contribuiscono a corroborare l’opinione della Corte anche gli interventi da parte della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Torino e dell’ISDE (International Society of Doctors for Environment), che delineano le criticità nell’azione statale dal punto di vista giuridico-amministrativo e medico-scientifico[13].

3.1. (segue). La violazione dell’art. 13 CEDU.

Decisamente più scarna la motivazione attraverso cui la Camera giunge a rilevare il *vulnus* al diritto ad un ricorso effettivo, consacrato all’art. 13 della Convenzione.

In modo alquanto lineare, il giudice sovranazionale si limita a ricordare come lo scopo della su menzionata disposizione sia quello di fornire al richiedente “... un mezzo attraverso cui [...] porre rimedio, a livello nazionale, alle violazioni dei propri diritti garantiti dalla Convenzione, senza essere costretti ad utilizzare il meccanismo internazionale del ricorso dinanzi alla Corte”[14].

Occorrerebbe pertanto individuare, all’interno dell’ordinamento nostrano, uno strumento di natura giudiziaria o amministrativa concretamente idoneo a permettere la decontaminazione delle zone inquinate. In tal senso, la difesa del Governo italiano offre alla Corte EDU un ventaglio di opzioni astrattamente percorribili dai ricorrenti, che spaziano dall’esercizio dell’azione civile in sede penale al giudizio amministrativo di impugnazione, dal ricorso *ex* 700 c.p.c. alla *class action* di cui al decreto Brunetta, fino

alle particolari ipotesi di azioni a seguito di danno ambientale previste agli artt. 309 e ss. del Codice dell'Ambiente.

Nessuna delle soluzioni prospettate regge però il vaglio del giudice di Strasburgo che, mostrando espressamente di aderire alla tesi dei ricorrenti, denota l'efficacia paralizzante della decretazione d'urgenza nei confronti di qualsiasi tentativo di far valere sul piano civile, amministrativo o penale le legittime aspettative di tutela avanzate dagli abitanti della provincia di Taranto. Da qui, l'inevitabile lesione dell'art. 13, a fronte di un palese vuoto di garanzia che non può essere colmato in via pretoria, quanto piuttosto da un intervento diretto del legislatore.

4. Qualche spunto di riflessione.

Lo si è già affermato in apertura: la pronuncia della Corte EDU è destinata a far parlare molto di sé. Ciò non tanto per la sua rilevanza sul piano "esterno", posto che è lo stesso giudice ad escludere l'applicazione della procedura di *pilot sentencing* nella vicenda di specie[15], con ciò ridimensionando la portata della condotta dello Stato italiano in riferimento al diritto convenzionale. Ma è sul piano interno che la sentenza in commento esplica (*rectius*, potrebbe esplicitare) tutta la sua forza dirompente, e ciò ben al di là del carattere di "equa soddisfazione" che la constatazione della violazione da parte dello Stato italiano esplica, *ex art. 41 CEDU*, per i ricorrenti.

Difatti, le argomentazioni della Corte, evitando con perizia di addentrarsi nel campo minato dell'accertamento di un nesso eziologico tra emissioni e singole patologie, denunciano invece un quadro sintomatico di grave pregiudizio per l'incolumità pubblica, dinanzi al quale non è ammissibile rinunciare ad approntare misure efficaci ed urgenti. Sembra qui che la Corte, senza evocarlo, utilizzi il ben noto principio di precauzione[16], da sempre centrale nel diritto ambientale europeo e non solo. Ma a prescindere da ciò, è indubitabile come a venire certificato è il fallimento dello Stato nella - per vero delicata - opera di bilanciamento tra salute, ambiente e interesse economico nazionale.

Se così è, all'interno del mai sopito dibattito sul caso Ilva, l'intervento del giudice di Strasburgo può naturalmente dare ulteriore linfa alla posizione di chi propugna come unica soluzione della crisi il completo smantellamento del polo siderurgico tarantino. Ma ancora, da un punto di vista prettamente giuridico, le parole della Corte EDU sono forse in grado di meglio sostenere eventuali futuri ricorsi alla Corte costituzionale, già

sollecitata nella vicenda[17]: in altri termini c'è da chiedersi se, al netto di una così autorevole stroncatura all'operato delle autorità italiane, la Consulta non possa fare altro che superare il proprio tradizionale *self-restraint* nel sindacare la discrezionalità del legislatore, parlamentare o delegato, atteggiamento sostenuto nella prima pronuncia sul caso Ilva (la n. 85 del 2013), ma poi significativamente “sconfessato” nella recente sentenza 58/18.

Ricordiamo che, in quest'ultima decisione, il Giudice delle Leggi è stato chiamato in causa per vagliare la legittimità dell'art. 3 d.l. 92/15, disposizione che ripristinava la facoltà d'uso di un altoforno dell'acciaiera precedentemente sequestrato a seguito del decesso di un lavoratore, causato dalla mancata predisposizione di idonee misure di sicurezza. Nonostante la forte analogia con il caso analizzato nel 2013, stavolta la Corte rileva che “...il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)”[18].

Valutata come indizio di un nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in materia di bilanciamento tra diritto alla salute e interessi economici[19], la suddetta sentenza della Consulta trova oggi un'esplicita conferma nonché un saldo referente nella pronuncia *Cordella*, da cui pertanto si auspica possa derivare una maggiore attenzione delle autorità italiane per il martoriato territorio della provincia di Taranto.

[1] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sezione Prima, Sentenza Cordella e altri c/ Italia, 24 gennaio 2019.

[2] Ci si riferisce in particolare ai rapporti SENTIERI (Studio Epidemiologico Nazionale dei Territori e degli Insediamenti Esposti a Rischio Inquinamento) del 22 ottobre 2012 e del 14 maggio 2014, entrambi consultabili all'indirizzo <http://www.salute.gov.it>. Va segnalato, inoltre, come nel 2018 un ulteriore rapporto SENTIERI, non ancora accessibile per intero, abbia nella sostanza confermato la persistenza della contaminazione ambientale in atto nel SIN (Sito di Interesse Nazionale) tarantino, con tutto ciò che ne consegue in termini di mortalità per talune gravi patologie, specie di natura oncologica.

[3] Sul punto la Consulta, sollecitata dal GIP di Taranto, con la sent. n. 85 del 9 aprile 2013 ha ritenuto non sussistere profili di illegittimità costituzionale della legge 231/12, sollevati dal GIP di Taranto in relazione agli artt. 2, 3, 9, secondo comma, 24, primo comma, 25, primo comma, 27, primo comma, 32, 41, secondo comma, 101, 102, 103, 104,

107, 111, 112, 113 e 117, primo comma, della Costituzione.

[4] D.l. 4 giugno 2013, n. 61.

[5] D.l. 5 gennaio 2015, n. 1, D.l. 27 giugno 2015, n. 83, D.l. 9 giugno 2016, n. 98.

[6] D.l. 4 dicembre 2015, n. 191, D.l. 30 dicembre 2016, n. 244, D.l. 20 giugno 2017, n. 91.

[7] IED (Industrial Emissions Directive), ovvero la Direttiva [2010/75/UE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento).

[8] Ci si riferisce alla decisione del 20 gennaio (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/262365/262365_1735693_57_2.pdf) con la quale la Commissione europea ha ingiunto all'Italia di recuperare due finanziamenti erogati all'Ilva s.p.a., ritenendoli aiuti di Stato illegali.

[9] Sentenza Cordella, *In Fatto*, § 8-91.

[10] Sentenza Cordella, *In Diritto*, § 142.

[11] *Ibidem*, § 100, 101 e 157.

[12] *Ibidem*, § 172-174.

[13] In particolare, la Relazione ISDE è reperibile all'indirizzo <https://www.peacelink.it/ecologia/docs/5229.pdf>.

[14] Sentenza Cordella, § 175

[15] *Ibidem*, § 177-182. La “sentenza pilota” è una particolare forma di pronuncia tramite la quale la Corte EDU, spesso in presenza di plurimi ricorsi vertenti sulla medesima tematica, sanziona un problema *strutturale* nella legislazione dello Stato, non limitandosi a condannarlo ma spingendosi a indicare, nel dispositivo, le misure più adatte che lo Stato stesso deve porre in essere per porre rimedio alla violazione del diritto convenzionale. Un caso paradigmatico di utilizzo del *pilot sentencing* riguarda proprio il nostro Paese, con la pronuncia *Torreggiani* del 2013, in cui l'Italia si è vista addebitare gravi insufficienze nel sistema penitenziario, con riferimento al noto problema del sovraffollamento carcerario.

[16] Art. 191 TFUE. Come noto, il principio *de quo* impone l'utilizzo di misure cautelative in materia ambientale, in situazioni di rischio nelle quali non sia possibile avere (o attendere) una valutazione scientifica decisiva, tale da escludere eventuali pregiudizi per la salute umana, naturale e vegetale.

[17] C. cost. sentenza 9 aprile 2019, n. 85; sentenza 7 febbraio 2018, n. 58.

[18] C. cost., sentenza 58/18, § 3.3. del *Considerato in Diritto*.

[19] G. Amendola, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?* in www.questionegiustizia.it.

LE DIVISE DEL MINISTRO SALVINI: PUÒ INDOSSARLE O NO?

Infiamma la polemica sull'opportunità che il Ministro dell'Interno indossi le divise di diverse forze dell'ordine durante gli eventi a cui partecipa. Sicuramente una scelta mediatica discussa, ma può essere anche un reato?

Marco Nigro - Pubblicazione, sabato 16 febbraio 2019
Redattore: **Massimiliano Pace**

Nella maggior parte delle sue uscite pubbliche il vicepremier Matteo Salvini è solito indossare le divise delle più svariate forze dell'ordine del nostro paese. Una scelta dell'outfit fatta per motivi promozionali, e la passione del ministro dell'Intero Matteo Salvini per le divise non è certo un segreto. Il vicepremier racconta di indossare abitualmente e con orgoglio quella della polizia, dei carabinieri e vigili del fuoco.

Ma può effettivamente farlo? O la legge in qualche modo lo proibisce?

L'articolo 498 del codice penale disciplina il delitto di "usurpazione di titoli ed onori". La norma, depenalizzata nel 1999, punisce con una sanzione amministrativa chiunque "abusivamente" porti in pubblico la divisa o i segni distintivi di un ufficio o impiego pubblico, o di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario.

Apparentemente, insomma, la condotta di Salvini pare possa integrare un illecito, seppur amministrativo. Egli infatti sotto l'uniforme non è un poliziotto, un carabiniere, un pompiere, un soldato, ecc.

Tuttavia, come spesso accade l'applicazione pratica della legge è meno severa di quanto non appaia nel codice penale.

Dovete infatti sapere che l'articolo in questione ha un preciso scopo ovvero quello di tutelare la pubblica fede, la quale può essere tratta in inganno da false apparenze che l'abito indossato può determinare. ci vuole quindi più del semplice atto di indossare la divisa.

In altre parole: il comportamento di Salvini per costituire un illecito dovrebbe essere finalizzato a ingannare la fiducia del pubblico e produrre così l'effetto di convincere chi

lo osserva di essere in realtà un agente di polizia o un carabiniere.

E ciò vedete diventa addirittura impossibile per il ministro dell'interno per almeno 3 ragioni:

1. Salvini è il ministro dell'interno è in quanto tale è un personaggio pubblico. Sarebbe assurdo pensare che Salvini voglia portare qualcuno a credere che di tanto in tanto sia un vigile del fuoco, una guardia costiera o un pilota di aerei militari.
2. Analogamente è difficile immaginare che qualcuno possa essere tratto in inganno dalla divisa portata da Salvini nelle sue uscite pubbliche, come potrebbe esserlo se ad indossarla sia un perfetto sconosciuto.
3. Nessuno si è mai soffermato sul fatto che il ministro Salvini indossi quelle divise che di volta in volta gli vengono consegnate proprio da un rappresentante delle stesse forze armate nelle rispettive occasioni pubbliche. Ciò evidentemente avvalorava il carattere simbolico del gesto, e stride con ipotesi di “abuso” o “inganno” della pubblica fede.

In definitiva possiamo certamente discutere dell'opportunità del gesto, criticato da più parti, ma non sembrano esserci basi solide per un'ipotesi di illecito.

LA CONTINUAZIONE TRA REATI PUNITI CON PENE ETEROGENEE

La Cassazione a Sezioni Unite con sentenza n. 40983/2018 stabilisce che in tema di continuazione l'aumento di pena per il reato satellite va effettuato nel rispetto del genere della pena, con aumento della pena detentiva del reato più grave ragguagliato alla pena pecuniaria.

Alessandra Inchingolo - Pubblicazione, sabato 16 febbraio 2019
Redattore: Ilaria Valentino

In materia di continuazione le Sezioni unite di recente hanno affermato il seguente principio di diritto: “la continuazione, quale istituto di carattere generale, è applicabile in ogni caso in cui più reati siano stati commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso, anche quando si tratta di reati appartenenti a diverse categorie e puniti con pene eterogenee. Nei casi di reati puniti con pene eterogenee (detentive e pecuniarie) posti in continuazione, l'aumento di pena per il reato satellite va comunque effettuato secondo il criterio della pena unitaria progressiva per moltiplicazione, rispettando tuttavia, per il principio di legalità della pena e del favor rei, il genere della pena previsto per il reato satellite, nel senso che l'aumento della pena detentiva del reato più grave andrà ragguagliato a pena pecuniaria ai sensi dell'art. 135 cod. pen.”

La questione sottoposta al Supremo Collegio verteva su due aspetti di rilievo pratico relativi alla disciplina della continuazione tra reati. Ossia, in primis considerare la possibilità di **ammettere l'istituto di cui all'art. 81 cpv. c.p. quando i reati commessi siano sanzionati con pene diverse per genere** (pene detentive e pene pecuniarie) **o per specie** (reclusione/multa ed arresto/ammenda) e, in tali casi, **quale criterio il giudice debba seguire per applicare lo speciale criterio di determinazione della pena del cumulo giuridico.**

Gli Ermellini hanno rilevato che dal testo dell'art. 81 c.p emerge in maniera inequivoca che la continuazione tra reati è un istituto di **carattere generale**, applicabile dunque, anche a **categorie diverse di reati (delitti/contravvenzioni)** ed a **prescindere dal genere e dalla specie di pena per essi prevista**. Tanto è vero che la *ratio* dell'articolo coincide con il riservare un trattamento sanzionatorio più mite al soggetto che *'cede ai motivi a delinquere una sola volta'* e cioè soltanto nel momento in cui concepisce

l'unitario disegno criminoso.

Tuttavia, con riferimento alle modalità di determinazione del trattamento sanzionatorio, laddove vi sia una forte discrepanza tra le pene previste per la violazione più grave e quelle concernenti i cd. reati satellite, bisogna contemperare diverse esigenze quali "*il rispetto del principio di legalità nella determinazione della pena e quello del favor rei*".

In via preliminare, le Sezioni Unite osservano che il concetto di **aumento** ai sensi della continuazione *non richiede necessariamente che esso sia realizzato attraverso una porzione di pena omogenea*, ma soltanto attraverso una *integrazione* della pena stabilita per la violazione principale.

In secondo luogo, si evidenzia che l'*art. 81 co. 3 c.p.*, nello stabilire che la pena per la continuazione non possa essere superiore alla pena che sarebbe applicabile in caso di concorso materiale di reati, sancisce un limite di carattere quantitativo e *qualitativo*, pertanto si andrebbe comunque ad infrangere il dettato normativo nel caso di trasformazione della pena pecuniaria prevista per il reato satellite in una quota di pena detentiva da infliggere in aumento alla pena stabilita per il reato più grave.

A ciò si aggiunge la disposizione di cui all'*art. 76 ult. co. c.p.*, il quale prescrive che le pene detentive e quelle pecuniarie restano distinte *ad ogni effetto giuridico*.

Da ultimo, le Sezioni Unite rilevano che l'eventuale omologazione delle pene pecuniarie alla pena detentiva lederebbe il *principio di proporzionalità della pena*, che proprio attraverso l'indicazione di pene di diversa natura, sanziona la maggiore o minore gravità del reato.

Atteso che la soluzione della omologazione non sia l'unica possibile, la Corte di legittimità prova ad affermare **in termini positivi quale debba essere il criterio di determinazione della pena** in caso di diversità di sanzioni.

Sul punto si sono ipotizzate due soluzioni: la regola del cumulo giuridico per **addizione**, sostenuta dalla pressoché unanime dottrina, in base a cui l'aumento della pena deve essere effettuato aggiungendo una quota dello stesso tipo di sanzione previsto per il reato satellite e il cumulo per **moltiplicazione**, fatto proprio dalla dominante giurisprudenza, in base a cui occorre aumentare la pena base inflitta per la violazione più grave.

Le Sezioni Unite accolgono infine questo ultimo criterio di determinazione della pena,

che considerano più conforme alla “*previsione, anche testuale, dell’art. 81 cod. pen., oltre che [alla] struttura unitaria, quod poenam, del reato continuato*”, precisando tuttavia – in virtù delle considerazioni sopra esposte – che esso **deve in ogni caso rispettare il genere della pena prevista per il reato satellite.**

Per raggiungere tale risultato, le Sezioni Unite affermano che l’aumento conseguente alla continuazione deve essere effettuato seguendo un **giudizio bifasico**: ossia il giudice procederà dapprima a **determinare l’aumento della pena prevista per la violazione più grave** e, in un *secondo momento*, deve compenserà **la quota dell’aumento di pena detentiva nel genere della pena pecuniaria prevista per il reato satellite**, secondo i criteri di cui all’art. 135 c.p.

Questa regola di carattere generale va poi integrata dalla disposizione di cui all’art. 76 co. 2 prima parte c.p., secondo cui “*le pene di specie diversa concorrenti a norma degli articoli 74 e 75 si considerano egualmente, per ogni effetto giuridico, come pena unica della specie più grave*”.

Da tale disposizione discende, osservano le Sezioni Unite, che in caso di concorso tra reati puniti con pene dello *stesso genere* (detentiva e pecuniaria), ma di *diversa specie* (reclusione-arresto/multa-ammenda), l’aumento per la continuazione comporta che la pena prevista dal reato satellite diventi **omogenea a quella prevista per il reato più grave**. Laddove invece la violazione più grave sia punita con la *reclusione* ed i reati satellite con una pena *pecuniaria*, l’aumento di pena all’esito del ragguglio sarà in ogni caso la pena della multa, a prescindere dal fatto che la pena comminata per i reati satellite sia l’ammenda o la multa.

Le Sezioni Unite, forniscono altresì uno schema delle principali ipotesi che potrebbero ricorrere nella pratica, indicandone le modalità di determinazione della pena:

I. se il reato più grave è punito con pena *detentiva* ed i reati satellite esclusivamente con pena *pecuniaria*, l’aumento di pena effettuato (dapprima) sulla violazione più grave deve essere raggugliato a pena pecuniaria *ex art. 135 c.p.*;

II. se il reato più grave è punito con pena *detentiva* ed i reati satellite con pena *congiunta*, l’aumento di pena si effettua con pena detentiva della specie di quella prevista per la violazione più grave;

III. se il reato più grave è punito con pena *congiunta* ed i reati satellite esclusivamente

con pena *pecuniaria*, l'aumento si effettua (dapprima) su entrambe le pene comminate per la violazione più grave. L'aumento sulla pena detentiva deve poi essere raggugliato a pena pecuniaria *ex art. 135 c.p.*;

IV. se il reato più grave è punito con pena *congiunta* ed i reati satellite con pena *alternativa*, il giudice può operare l'aumento su una soltanto delle pene previste per la violazione più grave, motivando la sua scelta secondo i criteri *ex art. 133 c.p.*;

V. se il reato più grave è punito con pena *congiunta* ed i reati satellite con pena *detentiva*, si aumentano entrambe le pene previste per la violazione più grave;

VI. se il reato più grave è punito con pena *alternativa* ed i reati satellite con pena *pecuniaria*, il giudice aumenta una soltanto delle pene previste per la violazione più grave, motivando la sua scelta secondo i criteri *ex art. 133 c.p.* In caso di aumento della pena detentiva, deve poi procedere al ragguglio a pena pecuniari *ex art. 135 c.p.*

VII. se il reato più grave è un delitto punito esclusivamente con la *multa* e quello satellite una contravvenzione punita con pena *congiunta*, o *alternativa*, si aumenta soltanto la pena pecuniaria nella forma della multa.

In conclusione, il Supremo Collegio articola e motiva la preferenza accordata alla **teoria della moltiplicazione** su diverse basi, prima fra tutte la circostanza che la disciplina del reato continuato impone una *pena complessiva*, non una pena unificata nel genere. Invece, la **teoria della addizione** condurrebbe all'irrogazione di una pena qualitativamente peggiore a quella che si applicherebbe in caso di concorso materiale di reati. Inoltre si avrebbe una pena che contrasterebbe col principio di proporzionalità della pena.

LA CHIESA, MCCARRICK E I POTERI DEL PONTEFICE CONTRO I REATI GRAVI

Qual è la sanzione cui vanno incontro i religiosi riconosciuti colpevoli di pedofilia? È possibile per la Chiesa punire sacerdoti residenti in altri Stati?

Saverio Setti - Pubblicazione, domenica 17 febbraio 2019
Redattore: **Ida Morelli**

In vista del prossimo summit sugli abusi che si terrà in Vaticano dal 21 al 24 febbraio, papa Francesco ha dato un forte segnale privando prima della porpora cardinalizia e poi della qualità di religioso Theodore Mc Carrick, arcivescovo emerito di Washington, a seguito della sua condotta sessualmente inappropriata con giovani seminaristi e sacerdoti maggiorenni.


Qual è la sanzione cui vanno incontro i religiosi riconosciuti colpevoli di pedofilia? È possibile per la Chiesa punire sacerdoti residenti in altri Stati?

Un religioso è, in primo luogo, sottoposto alle leggi dello Stato territoriale in cui risiede, quindi egli risponde civilmente e penalmente per gli atti che pone in essere come chiunque altro.

Oltre al diritto nazionale egli, però, è sottoposto alle norme di diritto canonico. Queste pongono, in capo al religioso diritto ed obblighi, presidiati da pene anche assai inflittive.

Una delle pene più gravi infliggibili ai religiosi è la riduzione allo stato laicale. Essa è disposta dall'art. 290 del codice di diritto canonico, norma che, pur riconoscendo che la sacra ordinazione non diviene mai nulla, impone, tra gli altri casi, la riduzione allo stato laicale mediante la pena di dimissione inflitta legittimamente a causa di un grave delitto commesso dal chierico.

Secondo l'interpretazione della congregazione per la dottrina della fede l'avvio del procedimento deve attivarsi d'ufficio in tutti i casi in cui, cito, «qualche sacerdote, a causa della sua vita perversa o per errori nella dottrina, o per qualche altra grave causa sembri, dopo necessaria indagine, da ridursi allo stato laicale».

Quali sono questi gravi casi? Di massima includono l'apostasia, l'eresia e lo scisma, la profanazione dell'eucarestia, la  violenza o l'uccisione del pontefice, i casi gravi in cui il confessore sollecita il penitente a commettere atti sessuali e gli atti sessuali, in violazione del sesto comandamento, fatti con violenza, o minacce, o pubblicamente, o con minori al di sotto dei sedici anni. Ed è proprio per queste accuse che Mc Carrick è stato ridotto allo stato laicale. Cioè perché, come riportato dal rescritto della sede apostolica l'accusato «ha dato sollecitazione in Confessione e violato il Sesto Comandamento del Decalogo con minori e adulti, con l'aggravante dell'abuso di potere».

Vediamo qual è il procedimento di riduzione.

L'attività di investigazione, avviata d'ufficio dal superiore del sospettato, è condotta dall'arcidiocesi da cui dipende il sospettato oppure da una commissione nominata ad hoc dalla sede apostolica. Nel corso della stessa il Pontefice può assumere misure cautelari inappellabili nei confronti dell'indagato quali, ad es. la sospensione a divinis o l'ordine di condurre una vita di preghiera e penitenza.

Questa investigazione, per disposizione delle autorità vaticane, non ha i caratteri di un procedimento giurisdizionale. Cionondimeno deve contenere tutti gli elementi di prova, comprese le testimonianze, tutti i precedenti e le anamnesi dell'indagato, oltre alla sua situazione familiare, i suoi usi e costumi, gli studi compiuti, le relazioni di medici, psicologi e psichiatri ed una relazione dei superiori in cui sono indicati mancanza di adattamento al ministero, difficoltà o crisi nella vita dello spirito o nella stessa Fede, errori circa il celibato e il sacerdozio, costumi dissoluti, e cose simili.

Terminata l'indagine l'accusato ha possibilità di farsi interrogare e presentare memorie o documenti e, quindi, il fascicolo è trasmesso al Congresso della Congregazione per la dottrina della Fede che, se il caso, emette un decreto penale di condanna. Questo è ricorribile dal condannato presso una diversa sessione dello stesso congresso. Nel nostro caso la sessione quartam feriam ha confermato tutti i capi di imputazione e la relativa condanna. La sentenza è, infine, trasmessa al Pontefice che, apponendovi la firma, la rende res iudicata e quindi inappellabile.

Naturalmente, nel caso in cui l'accusato rivesta qualifica vescovile o cardinalizia, questa dovrà preventivamente essere revocata, tramite procedimento di deposizione motu

proprio del pontefice.

La riduzione allo stato laicale comporta varie conseguenze negative per il condannato. In primo luogo il sentimento di squalifica sociale che lo colpisce, secondariamente la perdita di tutte le posizioni soggettive connesse ai sacramenti, e, infine, la perdita di buona parte del sostegno da parte del Vaticano, compreso quello economico.

La pena della riduzione allo stato laicale, infine, normalmente concorre con altre sanzioni. Nel caso in questione non solo la violazione del sesto comandamento con un minore comporta la riduzione allo stato laicale, ma ad essa si accompagna la scomunica latae sententiae riservata alla Santa Sede per il sacerdote che in confessione assolve il proprio complice in questo peccato e rende, altresì, invalida l'assoluzione.

AFFIDAMENTI IN HOUSE EX ART. 192, COMMA 2, DEL CODICE DEI CONTRATTI: NUOVA RIMESIONE ALLA CGUE

Con recenti ordinanze il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia UE diverse questioni interpretative relative alla disciplina sugli affidamenti in house previsti dal Codice dei contratti

Andrea Indelicato - Pubblicazione, lunedì 18 febbraio 2019
Redattore: Ilaria Taccola

I Giudici di Palazzo Spada, con le ordinanze n. 138 del 7 gennaio 2019 e nn. 293 e 296 del 14 gennaio 2019, hanno rimesso alla Corte di Giustizia UE diverse questioni interpretative sull'istituto dell'*in house providing* con riferimento specifico all'art. 192, comma 2 del Codice dei Contratti (d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.), sostanzialmente interrogandosi circa la compatibilità con il diritto comunitario – e “*segnatamente con il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche*” – della normativa nazionale rispetto ad un criterio di affidamento diretto (a società *in house*, per l'appunto) subordinato rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto.

Senza avere la pretesa di trattare analiticamente questo istituto nell'ambito del presente contributo, si tenga presente che la natura dell'*in house*¹ non origina essenzialmente come modello organizzativo di erogazione di servizi pubblici, bensì “[...] *molto più banalmente*” come “[...] *strumento che consente l'eccezione alle procedure ad evidenza pubblica normalmente richieste dal diritto UE per l'affidamento di commesse pubbliche. Esso nasce, infatti, nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE con la precipua finalità di “salvare” modelli organizzativi nazionali che presentano indubbi aspetti di criticità ed in ossequio al principio di c.d. autonomia organizzativa degli Stati membri*”²

Dalla lettura delle citate ordinanze paiono scorgersi almeno tre profili che connotano le altrettante remissioni, e che in estrema sintesi sono:

1. il profilo per cui, coerentemente alla legislazione interna, le procedure ad evidenza

pubblica devono (o dovrebbero) costituire la regola, mentre l'affidamento *in house* l'eccezione;

2. quello per cui debba sussistere un rapporto di delegazione interorganica tra la P.A. e la società affidataria *in house* affinché tale strumento possa essere attivato;
3. quello, infine, per cui il ricorso all'*in house* sarebbe consentito esclusivamente “*in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante*”, nonché fornendo “*specifiche motivazioni circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento*”.

Quanto al primo aspetto, non pare fuori luogo affermare come il carattere di residualità dell'*in house providing* (in particolar modo per quanto concerne i servizi pubblici di interesse generale a livello locale) possa ben dirsi superato, se non addirittura rovesciato.

[3.](#)

In particolare, se si considera, sotto il profilo del diritto della concorrenza e delle libertà fondamentali, che questo modello organizzativo (in virtù del controllo analogo e della concentrazione dell'attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice)⁴ può essere assimilabile a una forma di gestione interna (atteggiandosi a mero rapporto amministrativo interorganico⁵ di autoproduzione)⁶, configurandosi dunque il fornitore come una impresa dal punto di vista del diritto comunitario.

Il secondo aspetto risulta poi, giocoforza, connesso al primo e rappresenta, a parere di chi scrive, un falso problema se è vero che il giudice comunitario⁷, già prima della celebre sentenza *Teckal*⁸, aveva avuto modo di pronunciarsi nel senso della non obbligatorietà da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a procedure competitive per l'affidamento di un servizio, potendo la P.A. espletarlo direttamente tramite un soggetto in rapporto di delegazione interorganica⁹.

Quanto al terzo aspetto, non si può non fare riferimento, da un lato, alle Linee guida ANAC n. 7, recanti prescrizioni circa “*l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*”¹⁰ e, dall'altro, al comma 2 dell'art. 192 del Codice dei Contratti sulla “*valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house*”¹¹ – disposizione che il Tar Liguria (sez. II, ordinanza del 15.11.2018, n. 886) ha recentemente rimesso alla Corte Costituzionale¹².

Sarà molto interessante, a questo punto, attendere il pronunciamento della CGUE anche alla luce della lettera di messa in mora della Commissione UE riguardante la non conformità del Codice dei Contratti alle direttive europee, per quanto (almeno per ora) la scure non si è abbattuta specificamente sulla disciplina interna dell'*in house*¹³.

Note e riferimenti bibliografici

¹ *“La nozione comunitaria dell’in house providing è stata mutuata dall’ordinamento anglosassone, ove è tradizionalmente contrapposta all’ipotesi del contracting out, come modalità con la quale una pubblica amministrazione dispone per l’approvvigionamento di beni, servizi e forniture, ovvero l’erogazione di servizi. L’ordinamento anglosassone contempla, in effetti, procedure concorrenziali con le quali le amministrazioni pubbliche sono tenute a confrontare l’opzione dell’in house con la possibilità di esternalizzare (contracting out) l’esercizio dell’attività o la produzione delle risorse necessarie al suo svolgimento, onde ottimizzarla in conformità ai principi di economicità, efficacia ed efficienza. Il produttore in house è soggetto, così, ad un confronto concorrenziale con produttori “esterni”, ma, in caso di affidamento a quello dell’attività oggetto della procedura concorsuale, il rapporto tra pubblica amministrazione e produttore in house non è di tipo contrattuale, sfuggendo, quindi, alla disciplina comunitaria sugli appalti pubblici. Ove, invece, la p.a. decida di affidare l’attività, che è stata oggetto di confronto concorrenziale con l’opzione in house, ad un produttore “esterno”, il rapporto giuridico ha natura contrattuale e sarà assoggettato alla disciplina comunitaria sugli appalti”* [P. Rossi, *Le “nuove” società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione In Cammino*, 23 febbraio 2018 p. 2]. Si veda anche, con argomentazioni analoghe: P. Canaparo, *L’In house”: dal “mercato grigio” degli appalti senza gara all’elenco istituito dall’Anac*, in *Appalti&Contratti online*, 10 maggio 2017.

Circa la differenza tra *in house* ed *outsourcing*, e sull’indifferenza al ricorso all’uno o all’altro, il Consiglio di Stato (sez. VI, 30.04.2018, n. 2583) si è trovato ad affermare che: *“L’affidamento in house si fonda sul diritto europeo, che considera la concorrenza fra soggetti economici un valore essenziale da promuovere: la regola generale è che le Amministrazioni indicano le gare per la scelta del proprio contraente (nei settori disciplinati dal diritto europeo), ma dall’art. 51 del Trattato sul funzionamento dell’Unione - TFUE (richiamato al successivo art. 62 in materia di servizi) si desume una possibile deroga, quando si tratti delle “attività” che nello Stato membro “partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri”. In tal senso, le legislazioni nazionali possono stabilire se le P.A. (per procurarsi beni e servizi economici) debbano rivolgersi a soggetti privati (outsourcing o contracting out) oppure possano procurarsi con una propria struttura (in house providing). La scelta fra le due alternative è libera, nel senso che il diritto europeo non impone un obbligo generalizzato di outsourcing, ma dispone che l’Amministrazione – qualora voglia concludere contratti con soggetti privati – non alteri la concorrenza e dunque indica le pubbliche gare. Per altro verso, per il diritto europeo è indifferente se la provvista di beni o servizi risulta svolta per il tramite di un soggetto giuridicamente distinto dall’ente pubblico che se ne avvale, purché il risultato finale sia invariato”. Cfr., in senso simile: Tar Lombardia, sez. II, 09.05.2016, n. 639, per il quale le P.A. “non hanno alcun obbligo di procedere sempre e comunque all’outsourcing e invece possono, se ciò ritengono, produrre in proprio, ovvero in house, gli stessi beni e servizi che potrebbero comperare sul mercato”; pertanto, la scelta effettuata da un ente locale di rendere un servizio pubblico “con una certa modalità organizzativa piuttosto di un’altra, ovvero in questo caso di*

ricorrere all'in house e non esternalizzare, è ampiamente discrezionale, e quindi, è sindacabile nella presente sede giurisdizionale nei soli casi di illogicità manifesta ovvero di altrettanto manifesto travisamento dei fatti" (notoriamente, classiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere).

² Così D.U. Galetta, G. Carullo, *Gestione dei servizi pubblici locali e modello dell'in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1/2016, p. 2. Si rammenti che la base giuridica delle norme sugli appalti pubblici e sulle procedure ad evidenza pubblica non sono tanto quelle sulle note regole di concorrenza (artt. 101 e ss. TFUE), quanto le norme sulle libertà fondamentali: del resto, l'aggiudicazione degli appalti pubblici da (o per conto di) Autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi – nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza (cfr. Direttiva 2014/24/UE, considerando 1) e considerando 32): "L'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti" (considerando 32); tuttavia, è consentito l'ingresso di privati in via d'eccezione (*ex art. 12, comma 1, lett. c*) "purché ciò sia previsto dalla legislazione nazionale ed avvenga in conformità del Trattato e sempre che ai privati non siano riconosciuti poteri di controllo o di veto".

³ Si considerino in tal senso due pronunce della Corte di Cassazione: l'ordinanza della sez. III Civile, 14.02.2018, n. 3566 (che rimettendo al Primo Presidente la valutazione circa la remissione alla pronuncia delle Sezioni Unite sulla questione se la volontà contrattuale delle aziende speciali partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici debba essere o meno trasfusa in forma scritta, corrobora la tesi per cui "*le aziende speciali degli enti locali sono enti pubblici economici soggetti alle norme di diritto pubblico per quanto riguarda la loro organizzazione interna ed alle norme di diritto privato per quanto riguarda l'attività economica dai medesimi posta in essere*"); la sentenza delle Sezioni Unite, 09.08.2018, n. 20684 (che, nel decidere in merito al fatto che per i contratti delle aziende municipalizzate – salva l'applicazione di speciali discipline per particolari categorie – non è imposta la forma scritta *ad substantiam*, statuisce come "[...] *L'azienda speciale fa parte quindi di un articolato sistema di gestione dei servizi pubblici locali da parte degli enti territoriali [...] i servizi aventi rilevanza economica ed imprenditoriale, potevano e possono essere gestiti, con scelta sostanzialmente discrezionale, attraverso un duttile ed articolato sistema di alternative, che vanno dall'azienda speciale alla concessione, quindi da una minima ad una massima esternalizzazione, passando per la partecipazione a società capitali a vario assetto (tra cui spiccano quelle in house)*").

⁴ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea: causa n. C-107/98 del 18.11.1999 (*Teckal*), punti 49-50; causa n. C-458/03 del 13.10.2005 (*Parking Brixen*), punti 50-52; causa n. C-410/04 del 06.04.2006 (*ANAV*), punti 15-23.

⁵ F. Guerrera, *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli Editore, Torino, 2010: "[...] *nel caso dell'in house providing a ben vedere [...] l'ente, solo formalmente distinto dalla P.A., in verità ne costituisce una mera appendice*" [p. 18]. Più in particolare, per affidamento *in house* si intende una modalità, alternativa all'applicazione della disciplina in tema di appalti e servizi pubblici, per effetto della quale una P.A. si avvale (al fine di reperire beni e servizi, ovvero per erogare alla collettività prestazioni di pubblico servizio) di soggetti sottoposti al suo penetrante controllo. È quindi necessario attuare un contemperamento tra esigenze di concorrenza ed obbligo di svolgimento di servizi di interesse generale: "*Di questo complesso puzzle l'in house providing è, a sua volta, un piccolo, ma rilevante tassello nella prospettiva dello svolgimento, da parte delle Amministrazioni nazionali, dei servizi di interesse economico generale di cui esse si facciano*

carico e che intendano svolgere in regime di auto-produzione. Il bilanciamento necessario ex art. 106 par. 2 TFUE tra regole di concorrenza, da un lato, ed esigenze connesse all'espletamento di servizi di interesse generale, dall'altro, si ottiene, infatti, in concreto, tramite l'applicazione di tre diversi principi: il principio di neutralità rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese. Il principio di libertà degli Stati membri quanto alla definizione di ciò che è servizio d'interesse generale, fermo restando il controllo di eventuali casi di errore manifesto. Il principio di proporzionalità, nel senso che le restrizioni alla concorrenza e le limitazioni delle libertà del mercato unico non devono eccedere quanto necessario per garantire l'effettivo assolvimento della missione di pubblico servizio [corsivo degli autori, ndr]" [D.U. Galetta, G. Carullo, op. cit., p. 12]

6 "A ben vedere, ciò significa semplicemente che i requisiti dell' *in house*, nato come eccezione alla regole della liberalizzazione degli acquisti, devono essere oggetto di interpretazione restrittiva [...] Del pari, tuttavia, gli stessi enti pubblici, in virtù del principio di auto-organizzazione amministrativa, noto al nostro ordinamento giuridico prima ancora del recepimento dell'acquis comunitario, hanno la facoltà – cui ricorrere in via principale e non meramente eccezionale –, di erogare i servizi pubblici direttamente, senza avvalersi del mercato, ovviamente purché ciò sia finanziariamente ed economicamente sostenibile, ricorrendo all'auto-produzione, dunque, attraverso la gestione in economia ovvero tramite affidamento diretto a società c.d. *in house*" [M. Passalacqua, *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 15].

7 Causa n. C-360/96 (*Arnhem*) e causa n. C-108/98 (*RI.SAN*).

8 Pronunciata a seguito di una questione pregiudiziale proposta dal TAR Emilia Romagna sull'art. 6 della Direttiva 92/50/CEE, nella quale la Corte aveva precisato (pur scontando una certa carenza definitiva dei requisiti abilitanti) che nell'ipotesi di un contratto stipulato fra un ente locale ed una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo trovavano applicazione le procedure di gara previste dalla Direttiva 93/63 per la scelta del contraente, indipendentemente dal fatto che tale persona giuridica fosse o meno, a sua volta, amministrazione aggiudicatrice.

9 Si veda: Corte di Cassazione, sez. II, 14.03.2016, n. 4938 ("[...] *la natura in house providing della società partecipata vanifica il dato formale della sua distinta personalità giuridica e giustifica in toto l'assimilazione della stessa società alle articolazioni organiche dell'ente pubblico, degli enti pubblici che al suo capitale partecipano in forma totalitaria; la società in house, in fondo, è una sorta di 'impresa-organo'* "). Dello stesso avviso di considerare le società *in house providing* un'articolazione in senso sostanziale della P.A. da cui promanano, ovvero un soggetto avente un 'rapporto di immedesimazione' con l'amministrazione affidante: Corte Costituzionale, 20.03.2013, n. 46; Consiglio di Stato, sez. VI, 26.05.2015, n. 2660; Consiglio di Stato, sez. VI, 11.12.2015, n. 5643; Tar Lazio, sez. II, 17.06.2016, n. 7032.

10 link Si veda a riguardo: E. Lomonaco, *Affidamento in house: natura giuridica, funzione ed effetti dell'iscrizione nell'elenco ex art. 192 d.lgs 50/2016. Precisazioni in punto di conseguenze e tutela giurisdizionale a seguito del diniego d'iscrizione dell'ANAC*, in *ItaliAppalti.it*, 11 aprile 2017.

11 "Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

[12](#) “[...] Il collegio dubita della legittimità costituzionale dell’art. 192 comma 2 del D. Lgs. 18.4.2016, n. 50, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto nella motivazione del provvedimento di affidamento in house di un contratto “delle ragioni del mancato ricorso al mercato”, per contrasto con l’art. 76 della Costituzione, in relazione all’art. 1 lettere a) ed eee) della legge 28.1.2016, n. 11 (recante deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014)”: oltre ad avere introdotto un onere motivazionale più gravoso rispetto a quello previsto dalla Direttiva 2014/24/UE (con ciò violando il cd. divieto di *gold plating* contenuto nell’art. 1, co. 1, lett. a) della l. 11/2016 di recepimento della medesima direttiva), i giudici liguri rilevano che il co. 2 violerebbe anche “[...] il criterio direttivo sub eee) [...] in quanto l’introduzione dell’obbligo di motivazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato per un verso non trova alcun addentellato nel criterio direttivo, che non lo menziona affatto, per altro verso – e soprattutto – non ha nulla a che vedere con la valutazione sulla congruità economica delle offerte, che attiene piuttosto alla loro sostenibilità in termini di prezzi e di costi proposti [...] cioè con l’unico elemento che il criterio direttivo imponeva di valutare, oltre a quello di pubblicità e trasparenza degli affidamenti, mediante l’istituzione, a cura dell’ANAC, dell’elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house”.

[13 link](#)

LA BANCAROTTA FRAUDOLENTA IMPROPRIA PER EFFETTO DI OPERAZIONI DOLOSE CONSISTITE NELL'OMESSO PAGAMENTO DELLE IMPOSTE

La più recente giurisprudenza di legittimità ha statuito che, in tema di bancarotta fraudolenta fallimentare, le operazioni dolose di cui all'art. 223 comma 2, n. 2, l. fall., possono consistere nel mancato versamento dei tributi e dei contributi previdenziali con carattere di sistematicità.

Ivan Clarice - Pubblicazione, martedì 19 febbraio 2019
Redattore: Ida Morelli

Sommario: 1. La bancarotta fraudolenta impropria per determinazione dolosa del fallimento: distinzione tra il concetto di "dolo" e quello di "operazioni dolose"; 2. Analisi delle Sentenze della Suprema Corte di Cassazione, Sezione V, N. 633 del 06/12/2018 e Sezione V, N. 24752 del 19/02/2018. 3. Considerazioni conclusive.

1. La bancarotta fraudolenta impropria per determinazione dolosa del fallimento: distinzione tra il concetto di "dolo" e quello di "operazioni dolose".

La bancarotta fraudolenta impropria per determinazione dolosa del fallimento, disciplinata dall'art. 223, comma 2, n. 2, L.F., costituisce una fattispecie "di chiusura" o "residuale" nell'ambito dei reati di bancarotta fraudolenta. Tale fattispecie rappresenta una classica ipotesi di reato a forma libera, in quanto sanziona tutti i comportamenti che non siano oggetto di disciplina di altre norme fallimentari, quali l'art. 216 e 223, comma 2 n. 1 L.F.. Trattasi di reato di evento, in quanto è richiesto che le condotte abbiano provocato il fallimento della società. Deve all'uopo darsi atto che, in Giurisprudenza, prevale la tendenza ad assimilare il termine dissesto con quello di fallimento, con la conseguenza che il fallimento, previsto dalla norma, non deve essere inteso in senso giuridico, ma viceversa quale evento naturalistico al quale conduce il dissesto.

La norma pone una distinzione assai rilevante in relazione alle condotte poste in essere dall'autore del reato.

Il fallimento, infatti, può essere cagionato con dolo o, alternativamente, per effetto di operazioni dolose. La distinzione assume assoluto rilievo in punto di elemento

soggettivo del reato.

Nella prima ipotesi il fallimento è voluto specificamente, dovendo necessariamente essere previsto e voluto quale conseguenza dell'azione o dell'omissione. Tale prima fattispecie è dunque a dolo specifico.

Nel fallimento conseguente ad operazioni dolose l'elemento soggettivo del reato si pone invece in una prospettiva diversa rispetto ai due distinti eventi del dissesto e del fallimento. La Giurisprudenza di legittimità ha infatti evidenziato che il soggetto agente, nel porre in essere le "operazioni dolose" disciplinate dalla norma, debba poter astrattamente prevedere, quale conseguenza della condotta, l'insorgenza del dissesto societario, ma non anche l'ulteriore effetto derivante dal dissesto, ovvero il fallimento. Il criterio di attribuzione della responsabilità penale è dunque il dolo generico, declinato nella peculiare *species* del dolo eventuale, rispetto all'evento di dissesto. Il fallimento, viceversa, non deve necessariamente essere preveduto quale conseguenza della condotta, giacché, ai fini della consumazione della fattispecie, è necessaria e sufficiente la previsione e l'accettazione del rischio del primo evento, rappresentato dalla decozione della compagine societaria. In tal senso, la Corte di Cassazione ha ripetutamente affermato che *"il fallimento determinato da operazioni dolose configura un'eccezionale ipotesi di fattispecie a sfondo preterintenzionale; l'onere probatorio dell'accusa si esaurisce nella dimostrazione della consapevolezza e volontà della natura dolosa dell'operazione alla quale segue il dissesto, nonché dell'astratta prevedibilità di tale evento quale effetto dell'azione antidoverosa, non essendo necessarie, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo, la rappresentazione e volontà dell'evento fallimentare"* (Ex Multis, Sez., V, n. 17690 del 18/02/2010, Cassa di Risparmio di Rieti e altri, Rv. 247315; Sez. V, N. 45672 del 10/10/2015, Lubrina e altri, Rv. 265510).

Il percorso ermeneutico delineato dalla Suprema Corte, implica, evidentemente, una la previsione di una duplicazione degli eventi legati alla condotta del soggetto agente: un primo evento, il dissesto, eziologicamente e psichicamente collegato alle operazioni dolose, che l'amministratore deve prevedere quale conseguenza dei suoi comportamenti, e dunque ad egli attribuibibile a titolo di dolo eventuale; un secondo evento, il fallimento, collegato causalmente al dissesto ma non ascivibile, sotto il profilo psichico, all'autore delle "operazioni dolose", che ne risponde, conseguentemente, a titolo preterintenzionale.

2. Analisi delle Sentenze della Suprema Corte di Cassazione, Sezione V, N. 633

del 06/12/2018 e Sezione V, N. 24752 del 19/02/2018.

Tra le "operazioni dolose" di cui all'art. 223 comma 2 n. 2 L.F. rientra anche la condotta omissiva relativa al mancato versamento di tributi ed oneri previdenziali. La Suprema Corte, con le due su indicate Sentenze, ha recentemente argomentato in tal senso in relazione alla posizione di alcuni amministratori i quali, per diversi anni, avevano omesso il pagamento dei tributi e degli oneri previdenziali dovuti. Tali omissioni avevano determinato una rilevante esposizione debitoria delle società da essi rappresentata ed il conseguente fallimento delle medesime.

Gli imputati, nell'ambito delle due pronunce quivi analizzate, avevano alternativamente lamentato:

1. l'insussistenza del nesso causale tra le operazioni dolose (mancato pagamento dei tributi) e il fallimento della società, inteso in senso naturalistico. Essi, in particolare, sostenendo l'obiettiva situazione di pregresso dissesto finanziario della società, avevano ritenuto applicabile il meno grave delitto di cui all'art. 224, comma 2, n. 2 L.F., che punisce gli amministratori i quali "*hanno concorso a cagionare o ad aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge*";

2. l'insussistenza dell'elemento soggettivo del reato, in quanto l'omessa corresponsione dei tributi all'erario costituiva una modalità di autofinanziamento della società. Gli amministratori, in particolare, ritenevano che l'omesso versamento delle imposte, lungi dal determinare un depauperamento del patrimonio sociale, aveva in concreto determinato un mancato impoverimento. Difettava dunque il necessario requisito dell'ascrivibilità psichica della condotta e la conseguente riconducibilità dell'evento fallimento al profilo psicologico.

Entrambe le argomentazioni sono state confutate.

Sotto il primo profilo la Suprema Corte, facendo espresso riferimento al principio di equivalenza delle cause, *ex art. 41 c.p.*, ha evidenziato che il pregresso dissesto finanziario della società non elimina il nesso eziologico tra le operazioni dolose ed il fallimento e che è ininfluyente, ai fini della consumazione di tale fattispecie, che la condotta degli amministratori abbia aggravato una già esistente situazione di difficoltà finanziaria.

In tema di fallimento determinato da operazioni dolose, dunque, "*non interrompono il*

nesso di causalità tra l'operazione dolosa e l'evento fallimentare né la preesistenza alla condotta di una causa n sé efficiente verso il dissesto, valendo la disciplina del concorso causale di cui all'art. 41 c.p., né il fatto che l'operazione dolosa contestata abbia cagionato anche solo l'aggravamento di un dissesto già in atto" (Cass. Pen., Sez. V, N. 633 del 06/12/2017).

Per quel che attiene all'ascrivibilità psichica dell'evento, la Corte ha rilevato che la tecnica di autofinanziamento della società, attuata tramite l'omissione sistematica del pagamento dei tributi, rende certamente prevedibile l'insorgenza del dissesto societario. D'altronde, le ragioni per le quali gli amministratori abbiano ritenuto di non pagare i debiti erariali e previdenziali attengono più correttamente al movente dell'azione delittuosa, ovvero alla ragione interna che ha spinto l'autore ad agire, e non al dolo, inteso quale coscienza e volontà della condotta.

Come testualmente sottolineato dalla Suprema Corte, pertanto, *"il sistematico inadempimento dei debiti ertariali e/o contributivi, se da un lato arreca sicuri vantaggi sotto forma di risparmio dei relativi costi, dall'altro aumenta ingiustificatamente l'esposizione nei confronti dell'erario e degli enti previdenziali, così rendendo prevedibile il dissesto della società...Nella prassi penalistica, il tentativo di autofinanziare l'attività di impresa mediante il risparmio dei costi connessi all'assolvimento degli obblighi tributari e contributivi può integrare il movente dell'azione, la causa psichica della condotta umana, lo stimolo che ha indotto l'autore ad agire, facendo scattare la volontà; ma, al riguardo, è pacifico che il movente dell'azione, pur potendo contribuire all'accertamento del dolo, costituendo un potenziale circostanza inferenziale, non coincide con la coscienza e volontà del fatto, della quale può rappresentare, invece, il presupposto" (Cass. Pen., Sez. V, N. 24752 del 19/02/2018).*

3. Considerazioni conclusive.

La Giurisprudenza di legittimità analizzata in questo elaborato suscita vivo interesse in quanto amplia il novero delle condotte suscettibili di essere sanzionate per il delitto di bancarotta fraudolenta.

Come su evidenziato, il delitto di cui all'art. 223 comma 2, n. 2 L.F. costituisce infatti ipotesi di reato "a forma libera" e racchiude in sé, conseguentemente, tutte le condotte, qualificabili quali "operazioni dolose", che abbiano determinato il dissesto societario, e,

in ultima analisi, il fallimento. Evidente, in tal senso, la differenza rispetto alle altre ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale (sia essa propria o impropria) disciplinate dagli artt. 216 e 223, comma 1, .L.F., che, diversamente, sanzionano delle condotte specifiche ed analiticamente descritte dal Legislatore quali la distrazione, l'occultamento, la dissimulazione o la distruzione dei beni.

La natura "aperta" di tale fattispecie denota una maggiore insidiosità della norma in quanto il mancato riferimento a condotte specifiche si pone in un'ottica di criticità rispetto al principio di tassatività della fattispecie penale e, conseguentemente, obbliga la Giurisprudenza ad un'attività interpretativa che supplisce alla vaghezza della terminologia utilizzata dal Legislatore.

Resta poi estremamente sottile, secondo il giudizio di chi scrive, la distinzione tra il delitto di bancarotta fraudolenta per effetto di operazioni dolose, consistite nell'omesso pagamento dei debiti erariali e previdenziali, e la diversa, e meno grave, fattispecie di bancarotta semplice, *ex art. 224, comma 2, N. 2, L.F.*, la quale punisce la condotta dei soggetti qualificati i quali hanno "*concorso a cagionare o ad aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge*".

Come precedentemente osservato, infatti, la Suprema Corte, con la richiamata Sentenza N. 633 del 6/12/2017, ha statuito che, in tema di fallimento determinato da operazioni dolose, non interrompono il nesso di causalità tra l'operazione dolosa e l'evento fallimentare né la preesistenza alla condotta di una causa in sé efficiente verso il dissesto, valendo la disciplina del concorso causale di cui all'art. 41 c.p., **né il fatto che l'operazione dolosa contestata abbia cagionato anche solo l'aggravamento di un dissesto già in atto.**

Occorre allora chiedersi quale sia la fattispecie incriminatrice configurabile nei casi in cui, di fronte ad una pregressa situazione di accertato dissesto finanziario, l'autore della condotta criminosa abbia, attraverso le successive e sistematiche omissioni contributive, aggravato il predetto dissesto.

Evidentemente il *discrimen* tra le due fattispecie (la bancarotta fraudolenta e quella semplice) risiede nell'elemento soggettivo del reato.

Si configurerà, in altri termini, il più grave delitto di bancarotta fraudolenta per effetto di operazioni dolose consistite nel mancato pagamento delle imposte ogniqualvolta l'aggravamento del dissesto finanziario della Società era stato previsto

dall'amministratore, il quale, accettando il rischio di verifica dell'evento, aveva cionondimeno reiterato l'omissione contributiva; viceversa, la condotta dovrà essere inquadrata nell'ambito del meno grave delitto di cui all'art. 224, comma 2, N. 2, L.F., nei casi in cui il mancato pagamento delle imposte sia attribuibile al soggetto agente a titolo di colpa specifica, ovvero allorquando l'amministratore, pur contravvenendo ad un obbligo imposto dalla legge (pagamento dei tributi) non si era rappresentato, né aveva accettato il conseguente rischio, che da tale condotta omissiva sarebbe derivato l'aggravamento del dissesto della società, e, conseguentemente, il fallimento.

COSA SONO LE OBBLIGAZIONI E LE OBBLIGAZIONI NATURALI

Le obbligazioni naturali, disciplinate dall'art. 2034 c.c., rappresentano uno degli istituti più vari del diritto civile. Da sempre si è discusso circa la possibilità che le vicende successorie o modificativo-estintive dell'obbligazione civile potessero applicarsi anche a questa ipotesi.

Angela Cuofano - Pubblicazione, mercoledì 20 febbraio 2019
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Al fine di analizzare se le vicende successorie e modificative di un rapporto obbligatorio riguardino anche le **obbligazioni naturali**, occorre preliminarmente discorrere circa gli elementi essenziali delle prime.

La nozione di obbligazione non è prevista espressamente dal codice civile, ma si può desumere dall'art. 1173 c.c. che ne individua le fonti. Per tale si intende il rapporto giuridico per il quale un soggetto (cd. debitore) è obbligato a tenere un determinato comportamento al fine di soddisfare l'interesse di un altro (cd. creditore). Quindi, per poter parlare di vincolo giuridico devono esserci innanzitutto due o più portatori di interessi contrapposti che, di regola, sono determinati già al momento della nascita.

Non si tratta, però, di un principio inderogabile, visto che si possono considerare almeno due ipotesi in cui i soggetti siano indeterminati: la prima riguarda quelle in cui il soggetto sia determinabile per relationem, come avviene ad esempio nelle obbligazioni propter rem e nel caso di titoli al portatore; la seconda involge la possibilità che il soggetto sia determinabile in un secondo momento. In questo caso, si potrà parlare delle cd. obbligazioni in incertam personam di cui costituiscono esempi gli artt. 631, 778 e 1405 cc.

Così chiarito l'elemento soggettivo dell'obbligazione, occorre indagare il profilo oggettivo delle stesse.

Dall'intero sistema normativo si deduce che sono previsti la funzionalizzazione dell'interesse creditorio, il rispetto della buona fede, della correttezza, ed infine, che la modalità di estinzione fisiologica della stessa sia l'adempimento (artt. 1174, 1175 e 1176 cc). Quindi, l'obbligazione deve avere il requisito della patrimonialità (connesso alla

tendenziale immodificabilità del vincolo ed alla sua coercibilità). Inoltre, l'obbligazione, poi, oltre a poter avere ad oggetto una prestazione a contenuto positivo (fare o dare) o negativo (non fare), deve essere possibile, lecita e determinabile. Dall'analisi svolta emerge, dunque, che gli elementi costitutivi dell'obbligazione, pur nell'assenza di un'apposita norma definitoria, sono: le parti, la prestazione, l'oggetto ed il vincolo giuridico. Quest'ultimo come legame in base al quale il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione consente di distinguere tra obbligazioni "civili" e naturali. Prima di vagliare tale ultimo aspetto occorre precisare che, nonostante la modalità classica di estinzione dell'obbligazione sia l'adempimento, il legislatore si occupa di disciplinare altre modalità estintive.

Gli artt. 1230 e ss. cc. differenziano tra modi di estinzione soddisfattivi e non. Nei primi vanno ricondotti la datio in solutum, la compensazione, la confusione; mentre nei secondi la novazione, la remissione del debito e l'impossibilità sopravvenuta. Si parla, invece, di modificazione, o meglio, successione nel rapporto obbligatorio con riguardo alla cessione del credito, alla delegazione, all'espromissione ed all'accollo. Taluni distinguono, ancora, tali strumenti a seconda che si verifichi una modificazione *stricto sensu* intesa, a carattere novativo o meno, o il mero subentro di un soggetto nella posizione originaria di un altro (cd. vicende successorie). Così descritte le vicende successorie e modificative, si pone il problema di comprendere se la relativa disciplina sia applicabile non solo alle obbligazioni cd. civili, ma anche a quelle naturali. Per poter effettuare tale verifica non può che principiarsi da un inquadramento di quest'ultime.

Le obbligazioni naturali, già conosciute nel diritto romano con riguardo ai debiti contratti dai filii familias o dal liberto nei confronti del patrono, si distinguono dalle donazioni remuneratorie (art. 770 cc) principalmente per l'assenza dell'*animus donandi* e dalle liberalità d'uso vista la rilevanza economica della prestazione. A norma dell'art. 2034 cc. le obbligazioni naturali consistono in doveri morali o sociali che non presentano il carattere della giuridicità; per tale motivo sono incoercibili ed una volta eseguite non si può ripetere quanto spontaneamente prestato (cd. *soluti retentio*). L'adempimento, dunque, a differenza di quanto visto nella disciplina ordinaria, non è un atto dovuto presupponendo la spontaneità, oltre che la proporzionalità (a differenza della donazione remuneratoria) della prestazione. Con riguardo, poi, alla capacità del solvens ci si chiede se debba essere richiesta la capacità naturale o di agire, quest'ultima appare preferibile accedendo alla teoria dell'adempimento come atto di natura negoziale. Ciò premesso, le obbligazioni naturali possono essere tipiche, (ad esempio, artt. 627, 1933 e 2940 cc) o

atipiche. Si differenziano a seconda che presuppongano un dovere morale (avvertito a livello personale) o sociale (“sentito” dalla collettività). Tuttavia, reale *punctum dolens* delle stesse attiene alla loro natura giuridica. Sul punto si sono registrate diverse ricostruzioni: teoria dell’obbligazione imperfetta, in quanto senza sanzione in caso di inadempimento, estraneità dall’ordinamento giuridico (non perseguibile visto il riferimento esplicito del codice nell’art 2034 cc.), obbligazione giuridica potenziale o speciale (in quanto spontanea) ed atto giuridico in senso stretto. In assenza di una chiara risposta si può, però, sostenere che le ricostruzioni preferibili siano la prima e l’ultima in quanto più accreditate. Però, indipendentemente dall’impostazione accolta la mancanza a monte di un vincolo giuridico *stricto sensu* inteso porta alla dubbia applicabilità delle norme sulle vicende successorie e modificative previste per le obbligazioni civili. Partendo dall’assunto che per opinione dominante l’adempimento dell’obbligazione naturale deve essere considerato quale atto negoziale solutorio, taluni negano il dialogo delle stesse con le vicende modificative, in senso oggettivo e soggettivo, ed estintive delle obbligazioni civili. Altri, invece, ammettono l’applicazione delle norme in parola con delle precisazioni: non vi sarebbe spazio per le vicende modificative e successorie, mentre sarebbe ipotizzabile il dialogo con le norme sulle modalità estintive del rapporto obbligatorio. Anche per questa ricostruzione, però, le modalità estintive autonome, *ex lege*, non potrebbero estendersi alle obbligazioni naturali. Data la presenza di opposte ricostruzioni, dunque, appare opportuno procedere ad un’analisi delle singole vicende per vagliarne i rapporti con le obbligazioni naturali.

Iniziando dalle modificazioni soggettive dal lato passivo per la delegazione l’espromissione e l’accollo, la risposta è tendenzialmente negativa, perchè l’ammissibilità delle stesse condurrebbe ad una giuridicizzazione del vincolo naturale. Tuttavia, opposta ricostruzione, valorizzando la causa in concreto (“l’obbligarsi”), non esclude la possibilità di ammettere la trasformazione del vincolo naturale in giuridico. È più certa la soluzione negativa, invece, per la trasmissibilità *iure hereditatis*; per la possibilità di garantire l’obbligazione naturale con pegno, ipoteca e fideiussione; per la remissione del debito (vista la mancanza di un potere da esigere), per la confusione e per l’impossibilità sopravvenuta, dato che si tratta di strumenti disposti direttamente *ex lege*. Discussi sono, di contro, i rapporti tra obbligazione naturale, compensazione e novazione. Con riguardo a quest’ultima taluni negano l’esistenza di un rapporto con l’obbligazione naturale vista l’insussistenza a monte del vincolo, mentre altri lo ammettono nel caso in cui il soggetto voglia attribuire giuridicità al “nuovo” debito. Per la compensazione, che può essere legale, giudiziale e volontaria, si ammette

solo quest'ultima , mentre altri la ritengono, anche in questa accezione, inutile per la mancanza coercibilità a monte dell'obbligazione. Più pacifica è, invece, la compatibilità delle norme sull'adempimento del terzo, data la sopracitata natura solutoria dello stesso, della cd. datio in solutum, laddove vi sia il consenso del creditore, e della cessione del credito. Tale apertura, non unanimamente condivisa, è ancorata alla possibilità della cessione del credito futuro ed è connessa anche al riconoscimento giurisprudenziale della cedibilità del danno non patrimoniale. La stessa sarebbe, inoltre, espressione dell'autonomia negoziale ed ammissibile portando ad una modifica sostanziale della situazione ceduta e non presupponendo, come visto, l'esistenza del credito a differenza della compensazione.

Così chiarito e nell'incertezza ricostruttiva vista non può sottacersi che, anche per le vicende modificative e successive astrattamente compatibili con le obbligazioni naturali, il dialogo con quest'ultime comporta notevoli forzature e difficoltà ermeneutiche. Alla luce di ciò, forse, sarebbe meno foriero di incertezze escludere a monte, come fatto da parte della dottrina, l'applicabilità delle disposizioni sulle vicende in parola alle obbligazioni naturali.

AVVOCATI: LA PRESCRIZIONE DEL COMPENSO DA GRATUITO PATROCINIO

Non è rilevabile d'ufficio la prescrizione del diritto del difensore alla liquidazione del compenso in regime di gratuito patrocinio. Inoltre, per le liquidazioni delle prestazioni svolte a favore di soggetti in gratuito patrocinio, gli importi sono di regola ridotti della metà anche in materia penale.

Valentina Pellegrino - Pubblicazione, giovedì 21 febbraio 2019
Redattore: Ilaria Taccola

Sommario: 1. La prescrizione; 2. La prescrizione presuntiva; 3. Il caso in esame; 4. Conclusioni.

1. La prescrizione

La questione proposta richiede come premessa necessaria una breve analisi dell'istituto della prescrizione, di cui all'art. 2934 c.c.[\[1\]](#)

Il suddetto articolo prevede che *“Ogni diritto si estingue per prescrizione quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge.”* Tuttavia, i termini previsti nel nostro ordinamento sono diversi. In via generale, un diritto si prescrive nel termine ordinario di dieci anni, ma talvolta questa regola può subire delle eccezioni.

Sul punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sent. n. 2690 del 1972 hanno statuito che " per stabilire in concreto se un termine previsto dalla legge sia di prescrizione o di decadenza, occorre non tanto fare riferimento alla espresa definizione contenuta nella legge, quanto alla sua finalità: nella prescrizione, quella di ritenere, in via presuntiva, abbandonato il diritto per l'inerzia protrattasi per un certo tempo (termine di durata) del suo titolare, e nella decadenza, quella corrispondente alla necessità obiettiva di compimento di determinati atti entro un dato tempo."

Il successivo articolo 2935 c.c.[\[2\]](#) prevede che la prescrizione inizi a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, ma detta decorrenza non può essere ostacolata dall'ignoranza del diritto, a meno che essa non sia ascrivibile a dolo del debitore.

In tema di prescrizione, con riferimento al corrispettivo della prestazione d'opera, il contratto che ha per oggetto una prestazione di lavoro autonomo è da considerarsi unico in relazione a tutta la attività svolta in adempimento dell'obbligazione assunta e, pertanto, il termine di prescrizione del diritto al compenso decorre dal giorno in cui è stato espletato l'incarico commesso e non già dal compimento di ogni singola prestazione professionale in cui si articola l'obbligazione. (Cass. sez. II n. 13209 del 5 giugno 2006).

In ogni caso, il legislatore ha descritto le cause generali che sospendono o interrompono il decorso della prescrizione. Essa infatti si sospende in ragione di determinati rapporti tra le parti, quali ad esempio il rapporto di coniugio, rapporto tra gli esercenti la responsabilità genitoriale, tra il tutore e il minore. La prescrizione è sospesa qualora si tenga conto della particolare condizione del titolare, rispetto ai minori non emancipati o rispetto agli interdetti per infermità di mente.

Per quanto concerne la interruzione della prescrizione, si realizza in conseguenza della notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio o della domanda proposta nel corso di un giudizio. Essa si interrompe con il compimento di ogni altro atto con il quale il debitore sia messo in mora, con il riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere. La conseguenza dell'interruzione è che essa decorre da capo dall'atto interruttivo.

2. La prescrizione presuntiva

La prescrizione presuntiva è un istituto in forza del quale determinati diritti si presumono prescritti una volta che sia decorso un determinato arco temporale. La disciplina della prescrizione presuntiva è dettata dagli articoli 2954 e seguenti del codice civile.

Un'ipotesi può essere quella in cui un debito viene di norma pagato senza il rilascio della quietanza al debitore e dopo un breve arco temporale si presume che il debito stesso sia stato soddisfatto. Il riferimento va, più nel dettaglio, a diritti patrimoniali di modesta entità che non sono, per tale ragione, contornati da un particolare formalismo.

La prescrizione presuntiva ha una durata differente a seconda delle ipotesi per le quali essa è prevista, potendo estendersi per sei mesi, un anno o tre anni. La prescrizione presuntiva di sei mesi è disciplinata dall'articolo 2954 c.c., che stabilisce la presunta durata semestrale della prescrizione. E' invece fissata in un anno dall'articolo 2955 c.c. per determinate categorie di diritti. Della più lunga prescrizione presuntiva, ovverosia di

quella triennale, si occupa infine l'articolo 2956 c.c. che fissa tale termine affinché si presumano prescritti il diritto dei professionisti al compenso dell'opera prestata e al rimborso delle spese connesse.

Per quanto riguarda la decorrenza della prescrizione presuntiva, la regola è che il termine fissato inizi a decorrere dalla scadenza della retribuzione periodica o dal compimento della prestazione. Il codice civile all'articolo 2957, prevede tuttavia due eccezioni che riguardano, l'una, gli avvocati e i patrocinatori legali e, l'altra, gli affari non terminati. Per le competenze dovute ai primi, infatti, il termine della prescrizione presuntiva decorre dalla decisione della lite, dalla conciliazione delle parti o dalla revoca del mandato.

In tema di prestazioni professionali, la prescrizione del diritto al compenso dei professionisti decorre automaticamente, ai sensi dell'art. 2957 c.c., dalla conclusione della prestazione, la quale fa presumere l'immediata esigibilità del corrispettivo, senza che abbia alcun rilievo l'apposizione del visto di conformità sulla parcella da parte del competente consiglio dell'ordine, essendo altrimenti riconosciuta al professionista la possibilità di fissare il termine iniziale di decorso della prescrizione in base ad una scelta arbitraria. (Cass. n. 7378, del 26 marzo 2009)

Difatti, la prescrizione del diritto dell'avvocato al pagamento dell'onorario può decorrere non solo dal verificarsi dei fatti previsti dall'art. 2957 c.c., ma anche dal momento in cui, per qualsiasi causa, cessi il rapporto con il cliente, ivi compresa la morte di quest'ultimo. (Cass., sez. III, 11 maggio 2012, n. 7281)

3. Il caso in esame

Con l'ordinanza del 5 marzo del 2018^[3], il Tribunale di Macerata ha accolto l'opposizione avente ad oggetto il decreto liquidativo con data 21/07/2017, con il quale il gup ha rigettato l'istanza di liquidazione dei compensi professionali in regime di gratuito patrocinio presentata dall'avvocato, in relazione all'attività difensiva svolta in favore della persona assistita nell'ambito di un procedimento penale promosso per il reato di cui agli artt. 81 cpv c.p. e 73, comma 1 dpr n. 309/1990.

L'opponente avvocato sostiene che il gup, al quale era stata presentata l'istanza di liquidazione dei compensi professionali in regime di gratuito patrocinio all'esito dell'udienza preliminare e a chiusura della fase del giudizio svoltosi davanti a lui, ha rigettato la stessa per prescrizione del credito, argomentando che in materia deve

ritenersi ampio il potere dell'autorità giudiziaria, essendo l'obbligazione di natura pubblica. Infatti, nel procedimento liquidatorio non interviene la pubblica amministrazione e di conseguenza le è preclusa la facoltà di sollevare l'eccezione *de qua*.

Inoltre, parte opponente chiede che si provveda alla liquidazione, deducendo che il giudice non può rilevare d'*ufficio* la prescrizione del credito, né tantomeno applicare i principi della prescrizione presuntiva. Il compenso dell'avvocato è soggetto, infatti, oltre che alla prescrizione presuntiva triennale di cui all'art. 2956 c.c., anche alla prescrizione ordinaria decennale di cui all'art. 2946 c.c.

L'ammissione al gratuito patrocinio comporta l'insorgenza di un rapporto che si instaura tra l'avvocato e lo Stato e dunque, il relativo diritto di credito nascente da questo rapporto è sottoposto al regime della prescrizione.

L'iter logico-giuridico seguito dal Tribunale di Macerata nel sommario procedimento di cognizione trova riscontro nel combinato disposto degli artt. 84 e 170 del D.P.R. 115/2002 come modificato dall'art. 15 del decreto legislativo n. 115/2011 (cfr. cass. Sez. un. N. 8516/2007 e n. 3312/2014).

Invero, secondo l'organo giudicante l'assunto per il quale il giudice può rilevare di ufficio la prescrizione poiché la Pubblica Amministrazione non può intervenire nel processo liquidatorio non trova alcun fondamento. Infatti, la Pubblica Amministrazione può proporre opposizione al decreto di pagamento in un momento successivo.

Infatti, ai sensi dell'art. 84 del dpr n. 115/2002, avverso al decreto di pagamento del compenso del difensore, piuttosto che all'ausiliario del magistrato, piuttosto che al consulente di parte, è possibile proporre opposizione ai sensi dell'art. 170 del dpr 115/2002.

Dalla norma in esame non si evince il soggetto legittimato a proporre l'opposizione *de qua*, ma si desume che essere possa essere proposta anche dallo Stato, in specie dal ministero della Giustizia, stante agli usuali criteri dell'interesse ad agire.

La non rilevabilità d'ufficio della prescrizione del diritto del difensore alla liquidazione del compenso in tema di gratuito patrocinio, trova altresì riscontro nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, ma è considerata anche la corretta interpretazione della disciplina in tema di prescrizione.

L'ordinanza di cui sopra aderisce all'indirizzo giurisprudenziale che ritiene non rilevabile d'ufficio la prescrizione del diritto del difensore alla liquidazione del compenso, in quanto l'art. 2938 c.c., stabilendo che *“il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta”*, pone una regola generale in base alla quale il giudice non può mai dichiarare l'estinzione di un diritto per prescrizione a meno che non vi sia un'eccezione della parte che ne ha interesse.

Da ultimo, ma non meno importante è l'assunto in base al quale il compenso dell'avvocato è soggetto oltre che alla prescrizione presuntiva triennale di cui all'art. 2956 c.c., anche alla prescrizione ordinaria decennale di cui all'art. 2946 c.c., ma nella fattispecie in esame deve escludersi la prescrizione presuntiva in quanto il pagamento non è mai avvenuto, dato che lo Stato lo effettua dopo che il professionista chieda ed ottenga il decreto liquidativo.

Il tribunale di Macerata, con detta ordinanza, facendo riferimento alla disciplina del patrocinio a spese dello Stato prevista per il processo penale, affronta anche il problema relativo alla riduzione del compenso dell'avvocato, affermando che le somme richieste a titolo di compenso devono essere ridotte a metà. Sul punto la norma chiarisce che la riduzione operata di regola, va esclusa soltanto in casi eccezionali e dimostrati da chi ne abbia interesse.

4. Conclusioni

Non vi è dubbio al riguardo che sia la prescrizione presuntiva che quella ordinaria, in regime di compenso in tema di gratuito patrocinio, operano soltanto su impulso di parte e pertanto devono essere eccepite dalla parte che ne ha interesse.

Note e bibliografia

[1] L'articolo in esame recita: *“Ogni diritto si estingue per [prescrizione](#) [disp. att. 252] ^[1], quando il titolare non lo esercita per il tempo [\[2962, 2963\]](#) determinato dalla legge [\[1242 2\]](#). Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge.”*

[2] Il suddetto articolo prevede che *“La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.”*

[3] Tribunale di Macerata, ordinanza 5 marzo 2018

CASSE AUTOMATICHE SUPERMERCATO: FURTO AGGRAVATO SE SI SCANNERIZZA SOLO PARTE DELLA MERCE

La Cassazione, con sentenza n. 52827/2018, ha ritenuto sussistente il tentato furto aggravato dall'uso del mezzo fraudolento in caso di mancata scannerizzazione alle casse automatiche di parte della merce

Barbara Druda - Pubblicazione, venerdì 22 febbraio 2019
Redattore: Massimiliano Pace

Sommario: 1. Premessa; 2. Il delitto di furto; 3. Il furto al supermercato; 3.1 *Aggravante ex art. 625 n. 2) c.p.: uso del mezzo fraudolento*; 3.2 *Aggravante ex art. 625 n. 7) c.p.: beni esposti a pubblica fede*; 4. Applicazione al caso concreto.

1. Premessa

La sentenza in commento prende le mosse dal caso di un uomo che, avvalendosi del sistema di “*self scanning*” (cd. “*salvatempo*”) aveva prelevato dagli scaffali del supermercato numerosi prodotti senza, tuttavia, scannerizzare la merce per un valore pari ad euro 463,16.

Alla luce di quanto sopra, lo stesso veniva tratto in arresto ad opera della Polizia Giudiziaria per il delitto di tentato furto aggravato ai sensi dell'art. 625 c.p. numeri 2) -uso di un mezzo fraudolento- e 7) -cose esposte alla pubblica fede-. Il Tribunale di Lodi, con ordinanza, non convalidava l'arresto qualificando il fatto come furto semplice tentato, pertanto la Procura proponeva ricorso per Cassazione.

2. Il delitto di furto

Il delitto di furto è previsto e punito dall'art. 624 c.p., secondo cui «*chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione (...)*».

Si tratta di un **reato comune** (il soggetto attivo, infatti, viene individuato in “*chiunque*”) posto a tutela del patrimonio. Tuttavia, in dottrina non vi è univocità di vedute in ordine all'individuazione del **bene giuridico protetto** dalla fattispecie incriminatrice. Infatti, secondo un primo orientamento l'interesse tutelato è da ravvisarsi nella **relazione di fatto**

intercorrente tra il soggetto passivo e la *res*, che può consistere tanto nel possesso quanto nella detenzione; detto indirizzo ermeneutico è ampiamente condiviso dalla giurisprudenza, secondo la quale il bene giuridico protetto dalla fattispecie *de qua* «è *individuabile non solo nella proprietà o nei diritti reali o personali di godimento, ma anche nel possesso –inteso come relazione di fatto che non richiede la diretta fisica disponibilità- che si configura anche in assenza di un titolo giuridico e persino quando esso si costituisce in modo clandestino o illecito*»[1]. Invece, una seconda –e minoritaria– corrente dottrina lo identifica nella **relazione di diritto** con conseguente restringimento del campo alla titolarità di un diritto reale (vi è da specificare che alcuni circoscrivono ulteriormente il perimetro del bene giuridico tutelato facendo riferimento ai soli diritti reali di godimento o, addirittura, alla sola proprietà)[2].

La **condotta** consiste nell'impossessamento di una cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene. Con il termine *detenzione* si fa riferimento alla disponibilità materiale del bene, ciò significa che il soggetto passivo deve godere di un autonomo potere materiale sulla cosa oggetto di sottrazione. Con riferimento al significato da attribuire a quest'ultima, invece, si sono registrate molteplici interpretazioni. In particolare, il nodo ermeneutico concerne la questione dei rapporti intercorrenti tra la sottrazione e l'impossessamento (da parte del soggetto attivo del reato). Il problema non è di poco conto, infatti, a seconda dell'orientamento seguito cambia il momento di consumazione del reato. Secondo un primo filone interpretativo vi è una perfetta coincidenza tra la due nozioni, di conseguenza la consumazione del reato si verifica nell'istante in cui il soggetto attivo sottrae la *res* al proprietario, realizzandosi contemporaneamente anche il requisito dell'impossessamento, che deve essere inteso come mera disponibilità materiale del bene, indipendentemente dalla sua durata e dalla vigilanza che su tale cosa conservi eventualmente la persona offesa.

Invece, secondo l'orientamento prevalente in dottrina e seguito anche dalla più recente giurisprudenza, i due elementi sono tra loro differenti rappresentando due momenti logicamente distinti. In particolare, la sottrazione attiene alla condotta del soggetto attivo e viene a verificarsi nel momento in cui la cosa mobile è tolta al controllo e alla disponibilità del detentore con conseguente perdita, da parte di questi, del potere di fatto. Invece, l'impossessamento rappresenta un momento successivo che si realizza con l'acquisizione, da parte del soggetto attivo, della piena e autonoma disponibilità materiale della cosa sottratta. Ne consegue che per aversi consumazione del delitto di furto è necessario che l'agente acquisisca la disponibilità materiale della cosa al di fuori

della sfera di vigilanza della persona offesa, altrimenti, se vi è solo sottrazione senza impossessamento (perché il bene rimane all'interno della sfera di vigilanza del detentore originario), il delitto rimane allo stadio del tentativo. Queste differenti linee interpretative hanno creato un acceso dibattito proprio nel caso del furto commesso all'interno di un supermercato (vedi *infra* punto 3).

Per aversi integrazione del fatto tipico è altresì necessario il *dolo specifico*, ciò significa che il soggetto deve agire con lo specifico intento di trarre un profitto dalla sottrazione.

Infine, l'**elemento soggettivo** è rappresentato dal dolo generico, questo significa che il soggetto attivo deve rappresentarsi e volere la sottrazione e l'impossessamento della cosa altrui al fine di trarne un profitto.

3. Il furto al supermercato

Come già accennato sopra, la determinazione del rapporto intercorrente tra la sottrazione e l'impossessamento ha avuto particolare rilievo con riguardo al caso della sottrazione di merci esposte sugli scaffali di un supermercato ove vi sia il sistema di *self-service*, ossia quando le merci possono essere autonomamente prelevate dagli utenti. In particolare, la discussione si è incentrata sulla natura tentata o consumata del furto nel caso in cui il reo non abbia ancora superato le casse. Su questo punto, in giurisprudenza si erano formati due distinti indirizzi interpretativi. Secondo un più risalente filone ermeneutico la consumazione si ha fin dal momento in cui il soggetto occulta la merce prelevata dagli scaffali all'interno della borsa o nelle tasche, infatti in tale momento si verrebbero a realizzare sia la sottrazione che l'impossessamento^[3]. Invece, secondo un più recente orientamento, la mera sottrazione della merce dagli scaffali è da qualificarsi in termini di tentativo, infatti, finché l'avente diritto (o altra persona da lui incaricata) sorveglia le varie fasi dell'azione furtiva, la condotta delittuosa può essere interrotta in ogni momento, di conseguenza il bene non può ritenersi ancora uscito dalla sfera di vigilanza e controllo dell'offeso^[4]. A risolvere il contrasto sono intervenute le Sezioni Unite che hanno condiviso l'ultimo degli orientamenti esposti sostenendo che «*il monitoraggio dell'azione furtiva in essere, esercitato mediante appositi apparati di rilevazione automatica del movimento della merce ovvero attraverso la diretta osservazione da parte della persona offesa o dei dipendenti addetti alla sorveglianza ovvero delle forze dell'ordine presenti nel locale ed il conseguente intervento difensivo in continenti, impediscono la consumazione del delitto di furto che resta allo stadio del tentativo, non avendo l'agente conseguito, neppure momentaneamente, l'autonoma ed effettiva*

disponibilità della refurtiva, non ancora uscita dalla sfera di vigilanza e di controllo del soggetto passivo»^[5].

3.1 Aggravante ex art. 625 n. 2) c.p.: uso del mezzo fraudolento

L'art. 625 c.p. prevede alcune circostanze aggravanti speciali (cosiddette perché previste specificamente per il delitto di furto) ad effetto speciale (i limiti edittali di pena sono rideterminati autonomamente rispetto a quelli disposti per il furto semplice).

Tra le suddette circostanze vi è quella dell'uso del mezzo fraudolento che trova la sua *ratio* sia nella minorata difesa –perché i beni vengono aggrediti con modalità particolarmente insidiose- che nella maggiore intensità dell'elemento soggettivo del reo.

La Cassazione ha sottolineato che per aversi la sussistenza della circostanza *de qua* è necessario che il soggetto agente si avvalga di un «*mezzo insidioso idoneo a far attenuare l'attenzione del possessore del bene (...) o che consenta di eludere più agevolmente le cautele poste dal detentore a difesa della cosa*»^[6], mentre ha escluso la sua configurabilità laddove il colpevole si limiti a nascondere la refurtiva^[7], infatti in tale ultimo caso si tratta di un normale accorgimento che non vulnera in modo apprezzabile le difese apprestate a tutela del bene.

3.2 Aggravante ex art. 625 n. 7) c.p.: beni esposti a pubblica fede

La *ratio* della circostanza *de qua* è da ravvisarsi nella maggiore tutela predisposta in favore delle cose prive della custodia da parte del proprietario, con la conseguenza che la proprietà (o il possesso) ha come presidio esclusivamente il senso del rispetto da parte dei terzi. In particolare, secondo la giurisprudenza di legittimità per pubblica fede deve intendersi «*il senso di affidamento verso la proprietà altrui sul quale fa affidamento chi deve lasciare una cosa, anche solo temporaneamente, incustodita*»^[8].

4. Applicazione al caso concreto

Alla luce di quanto sopra, la Cassazione, con la sentenza in commento, ha ritenuto sussistente il delitto di furto tentato aggravato dall'uso del mezzo fraudolento e dall'esposizione di beni a pubblica fede nel caso in cui il soggetto agente prelevi la merce dagli scaffali del supermercato senza procedere alla scansione con il cd. “sistema salvatempo”.

In particolare, è da ritenersi integrata l'aggravante di cui all'art. 625 n. 2) in quanto lo

stratagemma consistente nel non passare la merce prelevata al lettore ottico è idoneo a «soverchiare l'altrui vigilanza e gli accorgimenti precipuamente adoperati dalla persona offesa per garantire che la cosa custodita non esca dalla propria sfera di dominio». Inoltre, essendo la merce esposta sugli scaffali a disposizione dei clienti, deve ritenersi altresì sussistente l'aggravante di cui al nr. 7), non essendo idonea ad escluderla la mera presenza di un sistema di videosorveglianza.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Cass. pen., Sezioni Unite, 18 luglio 2013-30 settembre 2013, sent. n. 40354.
- [2] Per approfondimenti si rinvia a R. GAROFOLI, *Compendio superiore di diritto penale, parte speciale*, Nel Diritto Editore, IV ed., p 559.
- [3] *Ex pluribus*, Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2012, sent. n. 30283.
- [4] *Ex multis*, Cass. pen., sez. II, 5 febbraio 2013, sent. n. 8445.
- [5] Cass. pen., Sezioni Unite, 17 luglio 2014-16 dicembre 2014, sent. n. 52117.
- [6] Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2006 – 23 marzo 2006, sent. n. 10134.
- [7] Salvo che l'occultamento non avvenga tramite la predisposizione di particolari accorgimenti quali, ad esempio, il doppio fondo di una borsa.
- [8] Cass. pen., sez. IV, 7 novembre 2007 – 1 febbraio 2008, sent. n. 5113.

RECUPERO DEGLI STIPENDI VERSATI: È ONERE DEL DATORE DI LAVORO DIMOSTRARE L'ASSENZA DI CAUSA NEI PAGAMENTI

La Corte di Cassazione precisa con sentenza n. 22387/2018 che l'onere di provare una diversa causa debendi spetta al solvens

Alessandra Inchingolo - Pubblicazione, mercoledì 27 febbraio 2019
Redattore: Ilaria Taccola

Con la sentenza in commento la Cassazione ricorda come la prova del pagamento della retribuzione e del TFR grava sempre sul datore di lavoro.

Le buste paga, anche se sottoscritte con formula “per ricevuta”, costituiscono prova della mera consegna del documento, ma non dell’effettivo pagamento della cui dimostrazione è onerato il datore di lavoro. Non si riscontra, infatti, una presunzione assoluta di corrispondenza tra quanto riportato nella busta paga e la retribuzione concretamente percepita dal lavoratore che può provare l’insussistenza del carattere di quietanza delle sottoscrizioni apposte. C’è quindi bisogno di una firma “**per quietanza**” che al limite potrebbe essere apposta anche sullo stesso cedolino paga.

Rimane fermo il principio in base al quale l’accettazione da parte del lavoratore senza riserve della liquidazione in sede di cessazione del rapporto può assumere significato negoziale, unitamente ad altre circostanze precise, concordanti ed obiettive.

La Corte di Cassazione, sez. Lavoro n. 2238/18, ha statuito che al datore di lavoro (solvens) compete determinare la causa di ciascun pagamento e anzi la configurazione di questo in riferimento ad un determinato obbligo conforme, sicché nella successiva azione di ripetizione il solvens deve dimostrare l’inesistenza solo di quella causa da lui stesso individuata all’atto del pagamento, incombendo sul lavoratore (accipiens) la dimostrazione di un’eventuale altra fonte di debito.

Nel caso in esame, un lavoratore chiamava in causa l’ex datore di lavoro, un istituto bancario, poiché nel momento in cui veniva trasferito da una sede ad un’altra, la banca gli riconosceva un contributo mensile per le spese di viaggio. Venuta meno la causa dell’emolumento, la banca continuava a riconoscerlo nella busta paga, fino al momento

in cui cessava il rapporto di lavoro. Tuttavia tale emolumento non veniva incluso poi nel computo del tfr e della pensione integrativa aziendale.

Tuttavia la Corte d'appello, respingeva il ricorso e accoglieva la domanda riconvenzionale spiegata dal datore di lavoro che chiedeva la restituzione dei pagamenti eseguiti in quanto non dovuti al lavoratore sul quale gravava l'onere di dimostrare la sopravvenienza di un nuovo titolo giustificativo delle erogazioni.

Ma il lavoratore si rivolgeva al Supremo Collegio deducendo attraverso cinque motivi le sue ragioni.

La Cassazione ha affermato che la natura retributiva di un pagamento all'interno di un rapporto di lavoro va presunta, spettando al solvens dimostrare l'insussistenza di essa e dovendo la dimostrazione fare leva su elementi contrari rispetto all'esistenza di quel titolo. Infatti, si dovrebbe provare l'effettivo e concreto verificarsi di un errore oppure l'insussistenza o l'inidoneità giuridica dei fatti che la stessa controparte in concreto abbia adottato quale fondamento della persistente attribuzione retributiva.

Entrambe le parti hanno dimostrato che la causa per cui era previsto il contributo mensile per spese di viaggio era venuta meno dal 2004, ma questo non significa che spettasse al lavoratore dimostrare una diversa causa debendi dei pagamenti avvenuti successivamente a tale data ed effettuati mese per mese fino alla cessazione del rapporto lavorativo, avvenuta nel 2008.

Se infatti è vero che quel titolo originario era venuto meno, è altrettanto vero che l'erogazione è proseguita costantemente per anni.

Dunque, il Supremo Collegio conclude sostenendo che seppur vero che vi è stato un errore nel pagamento, riconosciuto da ambo le parti, l'onere di provare l'errore grava sul solvens, ossia il datore di lavoro e non sull'accipiens, il lavoratore.

Accoglie i primi due motivi di ricorso, ritenendo assorbiti gli altri e cassa la sentenza impugnata rinviando alla Corte d'Appello, in diversa composizione.