



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 1 - NUMERO 1 - DICEMBRE 2019

L'esperienza concorsuale

Approfondimenti

- › **Amministrativo:** L'illegittimità costituzionale del cd. decreto Genova nelle ordinanze del T.A.R. Liguria.
- › **Civile:** Uso esclusivo di parti condominiali, la Corte rimette la questione alle Sezioni Unite
- › **Penale:** Focus - esame Avvocato 2019 svolgimento completo prima traccia diritto penale

Schede di Giurisprudenza

- › **Civile:** Perdita di chances terapeutiche Cassazione, sezione III, (ud. 04/07/2019) sentenza 11/11/2019, n. 28993
- › **Penale:** Diritto penale ed insindacabilità parlamentare Cassazione penale, sez. V, 07/05/2019, n. 32862

Temi Svolti: Sull'esclusione della gara d'appalto per grave illecito professionale, con particolare riferimento ai profili di tutela giurisdizionale

Pillole di Diritto



Sommario

SOMMARIO.....	2
ESPERIENZA CONCORSUALE	6
Concorso in magistratura (2000).....	7
Premessa.....	7
Dopo la laurea.....	7
Comincia la preparazione:	7
I quiz:	7
Gli scritti.....	8
L'orale, la morale e l'evoluzione del mondo dei concorsi.	9
APPROFONDIMENTI	11
Amministrativo	12
L'illegittimità costituzionale del cd. decreto Genova nelle ordinanze del T.A.R. Liguria.	12
La questione.....	12
La giurisdizione amministrativa.....	12
I parametri costituzionali della legge provvedimento	13
Il mancato accertamento di responsabilità alla base della rimessione.....	13
Altri elementi di irragionevolezza.....	13
La violazione del principio di proporzionalità	14
La violazione del diritto di difesa e l'invasione di campo del legislatore	14
Un breve conclusione: il giusto, l'ingiusto, il diritto.....	15
Civile	17
Uso esclusivo di parti condominiali, la Corte rimette la questione alle Sezioni Unite.	17
Il caso sotteso alla pronuncia della Corte di Cassazione Sez.II31420/19.	17
Il diritto d'uso previsto e disciplinato dall'art.1021 c.c.	18
Le ulteriori ricostruzioni giuridiche fornite da dottrina e giurisprudenza circa la natura giuridica del "diritto d'uso esclusivo condominiale".	20
La soluzione, con rimessione al primo presidente, fornita dalla seconda sezione.	20
Penale	23
Focus: esame Avvocato 2019 svolgimento completo prima traccia diritto penale	23
Svolgimento.....	23
1. Premessa	23
1. Reati astrattamente configurabili.....	23
2. Argomenti favorevoli alla difesa di Caio.....	24
SCHEDA DI GIURISPRUDENZA	27

Perdita di chances terapeutiche.....	28
Cassazione, sezione III, (ud. 04/07/2019) sentenza 11-11-2019, n. 28993.....	28
Fatto.....	28
Norma.....	28
Inquadramento.....	28
Soluzione	29
Penale	34
Diritto penale ed insindacabilità parlamentare.....	34
Cassazione penale, sez. V, 07/05/2019, n. 32862.....	34
Costituisce reato la condotta del parlamentare che offende un gruppo etnico? In caso di risposta positiva, quale fattispecie delittuosa risulta integrata?.....	34
Fatto.....	34
Norma.....	34
Inquadramento.....	35
Soluzione	37
TEMI SVOLTI	39
Amministrativo	40
Sull'esclusione della gara d'appalto per grave illecito professionale, con particolare riferimento ai profili di tutela giurisdizionale.....	40
PILLOLE DI DIRITTO	45
Civile	46
La pillola di diritto del 3 dicembre 2019	46
#responsabilitàsanitaria #decalogo sul #consensoinformato	46
La pillola di diritto del 30 novembre 2019.....	48
#civile #contratto #interpretazione.....	48
La pillola di diritto dell'11 dicembre 2019	49
#mutuodissenso #leasingfinanziario #disciplina	49
Penale	55
La pillola di diritto del 7 dicembre 2019	55
#causalità #mortedellavoratore #concause	55
La pillola di diritto 9 dicembre 2019.....	56
#omicidiopreterintenzionale #omicidiovolontario #elementopsicologico	56
Amministrativo	59
La pillola di diritto del 5 dicembre 2019	59
#discrezionalitàtecnica #offertaanomala #costodellavoro #tabelleministeriali	59

La pillola di diritto del 2 dicembre 2019	61
#risarcimento #interesse legittimo #spettanzabenedellavita #chance.....	61

Anno 1, n. 1, dicembre 2019

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

Comitato scientifico

Cestaro Luca – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania* – Presidente del Comitato

Pagano Flavio – *scrittore e giornalista*

Carlizzi Gaetano – *Magistrato militare, Giudice del Tribunale Militare di Napoli, abilitato (ASN) quale professore di prima fascia in filosofia del diritto*

Di Vita Gianluca – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania*

Scalfati Adolfo – *Professore di prima fascia di procedura penale, Università degli studi di Roma Tor Vergata*

Gentile Gianluca - *Professore di seconda fascia in diritto penale, Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli*

Catagna Linda – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*

Trotta Giuliana – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Lagonegro*

Carrozzo Danilo – *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

Cerase Pio - *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

Gabutti Carlo - *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

Martello Chiara - *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

Redazione

Luisa Sarro

Anna Vecchione

Indirizzo redazione

Via Santa Lucia 15, Napoli

T. +39 – 3479966161

pennadeldiritto@gmail.com



Esperienza concorsuale

Concorso in magistratura (2000)

di Luca Cestaro

Premessa

La mia esperienza è datata in quanto ho vinto il concorso in magistratura ordinaria bandito nell'ormai lontano 1998 (scritti nel 2000, assunzione gennaio 2002); in seguito, ho continuato a studiare per il concorso al T.A.R. che ho, poi, superato nel 2007 (bando 2004). Certi aspetti della preparazione sono, peraltro, immutabili e alcuni spunti potranno essere utili.

Dopo la laurea

In primo luogo, vorrei dare un consiglio a chi stesse ancora frequentando l'università e abbia intenzione di tentare la strada dei concorsi: se non avete bisogno di molti punti, chiedete la tesi in una materia che non richieda un enorme dispendio di tempo e di risorse.

Appena dopo essersi laureati, ci si rende conto che la laurea in giurisprudenza è la prima, e non la più difficile, tappa per accedere al mondo del lavoro: prima si parte, meglio è.

Tornando alla preparazione del concorso in magistratura, ho trascorso il primo anno dopo la laurea nella più completa confusione su ciò che avrei fatto, studiando poco e dedicandomi a impegni di tutt'altro tipo (ero consigliere in una circoscrizione di Napoli).

Comincia la preparazione:

A settembre del 1998, raggiunti la consapevolezza che era necessario riprendere a studiare seriamente per uscire da quel limbo. Dopo aver seguito, nel 1997, con scarso impegno un affollato corso di preparazione con oltre 150 iscritti, all'epoca molto popolare nella mia città, mi iscrissi ad un corso con meno partecipanti in cui la preparazione era seguita in maniera più individualizzata: c'era l'assegno, le esercitazioni, alcuni approfondimenti mirati. Nello stesso 1998, feci domanda per il concorso bandito quell'anno, certo che giammai lo avrei superato; per fortuna, sono stato smentito.

Il concorso ebbe moltissimi problemi 'burocratici' (vedi sotto quando si parla dei 'quiz') e gli scritti slittarono di un bel po': ebbi il tempo di rendere più 'robusta' la mia preparazione.

I quiz:

Sono stato tra i 'fortunati' a cui sono stati propinati i deliranti test a risposta multipla. Per fare gli scritti, infatti, bisogna(va) superare una preselezione in cui si doveva rispondere al maggior numero di domande sulle 60 (nel mio concorso) o 90 (nei successivi concorsi) che erano proposte (scelte a caso nell'ambito di un database composto da molte migliaia di domande che veniva pubblicato in G.U. circa tre mesi prima dell'inizio della preselezione).

La prova era, per l'epoca, decisamente tecnologica (si svolgeva con il sistema touch screen, all'epoca innovativo), ma non richiedeva una particolare perizia

informatica. I quiz si rivelarono solo un mastodontico sforzo, inutile ai fini della preparazione: non richiedevano altro che tantissima memoria. Comunque, dopo un mese passato interamente a mandare a memoria gli inutili quiz, superai la preselezione senza errori (nel concorso che ho vinto sono passati in prima battuta solo le 3000 persone che non hanno fatto errori; poi ci furono i ricorsi al T.A.R. e al C.d.S., all'esito dei quali furono ammessi agli scritti circa altri 1600 candidati con un solo errore).

Nei concorsi successivi (di cui non ho esperienza diretta), furono propinati *'data base'* di oltre 15.000 quiz e fu ancora più impegnativo: passarono 1800 persone con meno di 10 errori e i ricorsi, proposti anche stavolta, non ebbero buon fine (nel frattempo, era cambiato il quadro normativo).

Dal 2004, sono stati esonerati dalla preselezione gli specializzati (e i quasi specializzati) nelle scuole di avviamento alle professioni legali.

Infine, con la riforma dell'Ordinamento Giudiziario, i quiz sono stati accantonati a favore di una barriera all'ingresso costituita dai titoli (barriera non così 'alta' perché consente la partecipazione a un ingente numero di aspiranti magistrati).

Gli scritti

Dopo circa un anno e mezzo di studio intenso (di norma, ogni giorno circa otto ore, il sabato e la domenica 4 ore al giorno; studiai con una certa intensità anche ad

agosto poiché si pensava che gli scritti sarebbero stati all'inizio dell'autunno), nel febbraio 2000, si celebrarono le prove scritte.

Con atteggiamento poco amichevole nei confronti dei concorsisti, le rispettive Amministrazioni fissarono nello stesso periodo: gli scritti di segretario comunale; gli scritti del 'concorsone' a cattedra; gli scritti del concorso in magistratura.

Scelsi di concentrarmi sul solo scritto del concorso in magistratura; se non l'avessi vinto, avrei avuto grandi rimpianti in quanto al concorso di segretario comunale – avevo superato la preselezione con un buon punteggio - furono somministrate delle tracce che mi sarebbero risultate abbastanza agevoli.

Un primo consiglio pratico è, se non avete pressanti limiti di spesa, di scegliere il pernottamento più comodo e vicino possibile alla sede del concorso.

Un secondo consiglio è di essere ragionevolmente fiduciosi nelle proprie capacità. Oltre alla preparazione (l'avere almeno assimilato i manuali costituisce una sorta di preconditione per superare il concorso), contano molto altre capacità che possono essere determinanti. Una di queste è la capacità di ricostruire con la preparazione di base l'argomento oggetto della traccia anche se, nello specifico, lo si conosce poco. Quanto agli scritti del febbraio del 2000, le prime due tracce (civile e penale) riguardarono argomenti sconosciuti ai più e io stesso non ricordavo nulla degli istituti richiesti specificamente

dalle tracce (vitalizio assistenziale, reato di false informazioni sociali); la notizia che mi piace darvi è che quasi tutti i vincitori concorso erano nelle stesse condizioni. La partita si vince, il più delle volte, non sull'ultima nozione, ma grazie alla fiducia nelle proprie capacità di ragionamento.

Un altro talento che può aiutare molto è la capacità di scrivere in un italiano fluido e con buona grafia.

Va, comunque, considerato che dopo un paio d'anni¹ di studio intenso - se si vince il concorso studiando meno di tanto o si è fortunatissimi o si è eccezionalmente bravi-, per quel che riguarda la preparazione, il più è fatto e non si migliora, poi, di molto (l'utilità marginale dello studio è molto maggiore all'inizio piuttosto che alla fine).

Tornando alla prova scritta, bisogna evitare la tentazione di ritirarsi di fronte ad argomenti che si ha la sensazione di conoscere poco, magari pensando già alla volta successiva: le 8 ore a disposizione vanno sfruttate appieno per ricostruire 'sensatamente' e rielaborare gli argomenti assegnati, evitando errori giuridici o, peggio, grammaticali e ortografici. È possibile che, sorprendentemente, vi troviate a scrivere un tema che, riletto, vi soddisfi e, persino, che l'aver consegnato questo tema vi valga il superamento del concorso (come si è

capito, parlo per esperienza diretta).

Bisogna evitare di consegnare solo se si è certi di aver prodotto elaborati mediocri. Dopotutto, pur se negli ultimi anni i concorsi si sono svolti abbastanza regolarmente, non è opportuno incagliarsi per troppo tempo in un'attività, quella dell'aspirante magistrato, che reca inevitabilmente molte frustrazioni per la difficoltà dello studio e per l'incertezza del traguardo.

Mi piace concludere il paragrafo sulle prove scritte, dicendo che chi studia per il concorso è sempre un vincente. Lo studio intenso del concorsista non è mai tempo perso; seppure il risultato sperato non arrivi, qualunque sia il percorso professionale successivo, lo studio matto e disperato di questi anni resterà in termini di maggiore capacità e competenza rispetto a molti altri.

L'orale, la morale e l'evoluzione del mondo dei concorsi.

Se dovessero andar bene gli scritti (sono ammessi scontri; per me fu una grande emozione avere la notizia), raccomando vivamente di non sottovalutare l'orale. Il mio è stato un massacro: si tratta di moltissime materie (all'epoca erano 13) da preparare, a mo' di esame universitario, in pochi mesi (i primi fanno l'esame dopo appena 60 giorni dalla pubblicazione della graduatoria degli scritti). Tra l'altro, hanno bocciato parecchie persone (una ventina su 380 e si trattava di persone che avevano passato gli ultimi anni della loro vita a studiare diritto e gli ultimi mesi prima

¹ Oggi vi è una grande attenzione alla casistica, palese nei manuali più diffusi, e c'è la necessità di completare la scuola di specializzazione o altri percorsi che garantiscono l'accesso al concorso; tanto mi ha indotto ad aggiungere sei mesi al periodo minimo dei "miei" tempi, quando ancora il concorso si poteva studiare su manuali più istituzionali e vi si poteva accedere con la sola laurea.

dell'orale in completa 'clausura' da studio) e, qui, ancor più che nella correzione degli elaborati scritti, si è sottoposti ai mutevoli umori della commissione: in alcuni casi l'esame è una passeggiata, in altri, una scalata; per me fu dura, ma non intendo lamentarmi visto che, comunque, superai la prova e si trattava del mio primo concorso.

Come dicevo poc'anzi, ho fatto l'ulteriore follia di continuare a studiare mentre già lavoravo, prima come uditore (oggi: MOT) e, poi, come P.M. in una piccola Procura siciliana. E anche in questo caso, al primo tentativo, mi è andata bene; per la cronaca, questa volta, sapendo di cosa si trattava, ho superato l'esame orale con un buon voto (e, pure in questa occasione, bocciarono il 20% degli ammessi, 6 su 38).

Sul concorso al T.A.R. non mi soffermo, perché è una storia simile, ma, comunque, un'altra storia. Segnalo, peraltro, l'importanza della formazione permanente e dell'aggiornamento.

Il mondo dei concorsi, infatti, ha preso una

deriva 'ipercasistica': si impiega gran parte del tempo nella speranza di studiare proprio la Sentenza che sarà presa a modello per la traccia.

In merito, mi sento di ribadire che la preparazione di base va fatta su manuali che consentano di avere una visione di insieme e di 'concettualizzare' gli istituti; questa base va, poi, arricchita nel tempo con materiali specialistici.

Una volta conseguita una preparazione di base adeguata, è opportuno esercitarsi nella redazione dei temi, attività che può dare una maggiore sicurezza nei propri mezzi, evitando in parte l'ansia e lo spaesamento nelle grandi aule dove dovrete svolgere le prove scritte. Le esercitazioni vi consentono di acquisire alcune abilità fondamentali (ad es. lo scrivere direttamente in bella, l'abitudine al controllo e alla rilettura) e a gestire il tempo così da evitare il rischio di consegnare temi ricopiati solo in parte o non riguardati con attenzione.



Approfondimenti

Amministrativo

L'illegittimità costituzionale del cd. decreto Genova nelle ordinanze del T.A.R. Liguria.

di Luca Cestaro

T.A.R. Liguria ordinanze nn. 928, 929, 930, 932 del 6 dicembre 2019

La questione

Il T.A.R., con quattro ben motivate ordinanze, rimette alla Corte Costituzionale alcune disposizioni del cd. decreto Genova nella parte in cui ha: conferito al commissario straordinario ogni potere inerente la progettazione e il ripristino del ponte così impedendo l'applicazione della convenzione che regola la concessione delle autostrade; consentito al commissario di avvalersi anche delle strutture della concessionaria; escluso la concessionaria (e le società a essa collegate) dalle operazioni di ricostruzione del Ponte Morandi; imposto alla medesima concessionaria il pagamento dei costi, allo stato, indeterminati per la ricostruzione, da versare su semplice richiesta del concessionario.

La giurisdizione amministrativa

Il T.A.R. afferma la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto la concessionaria non contesta un inadempimento contrattuale della convenzione, ma insorge avverso i provvedimenti relativi alla nomina del commissario e quelli da questo adottati sulla base della legge che lo ha istituito (D.L. 109/2018 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 16 novembre 2018, n. 130, cd. decreto Genova).

La posizione giuridica della concessionaria è, quindi, di interesse legittimo di fronte all'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali con conseguente ordinaria applicazione del criterio di riparto che, in simili casi, riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo (art. 103 Cost., art. 7 c.p.a.).

In ogni caso, si rileva che l'art. 10 co. 2 del D.L. 109/2018 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla competenza funzionale inderogabile del T.A.R. Liguria *“tutte le controversie relative agli atti adottati dal Commissario straordinario, nonché ai conseguenti rapporti giuridici anteriori al momento di stipula dei contratti che derivano da*

detti atti”.

I parametri costituzionali della legge provvedimento

Il T.A.R. ritiene che le descritte disposizioni abbiano natura di legge provvedimento in quanto recano disposizioni particolari e concrete che incidono su una singola vicenda e su specifici operatori economici e conferma l'ammissibilità astratta di simili leggi. Il Collegio ligure ribadisce, tuttavia, che esse devono soggiacere a un controllo “stretto” di ragionevolezza e di non arbitrarietà che in questo caso non è superato.

Le motivazioni alla base delle norme svantaggiose nei confronti della concessionaria sono individuate nella necessità di *“evitare un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali”* e nella *“non esclusione”* della responsabilità dell'evento da intendersi quale grave inadempimento del rapporto concessorio (art. 1 co. 7 D.L. 109/2018); il T.A.R. ritiene che tali ragioni siano insufficienti a fondare la legittimità costituzionale del decreto.

Il mancato accertamento di responsabilità alla base della rimessione

Si rileva come, alla base del decreto, non vi sia stato alcun accertamento di responsabilità in capo alla concessionaria, ma solo una ipotetica “non esclusione” di responsabilità. Questa considerazione, come meglio si dirà in seguito, sorregge gran parte dei dubbi di costituzionalità che hanno determinato la rimessione.

La norma è, innanzitutto, ritenuta irragionevole e, quindi, in contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto basata su un mero criterio logico, quello della *“potenziale non irresponsabilità”*, che non avrebbe potuto né comportare *“la totale pretermissione delle prerogative di un soggetto, non ancora accertato come responsabile”* né *obliterare l'accertamento, anche solo indiziario, delle ulteriori possibili responsabilità concorrenti o addirittura escludenti, impedendo, così, l'operatività del bilanciamento tra violazione e conseguenze”* (ord. n. 932).

Altri elementi di irragionevolezza

Ancora, si rileva come in un sistema basato su una “concessione unica”, denegatorio di per sé del regime concorrenziale (cd. nel mercato), non vi sia spazio per una ragionevole preoccupazione del legislatore di evitare vantaggi competitivi in capo al concessionario.

Infine, il T.A.R. ligure fa presente che neppure una finalità latamente cautelare

giustifica la “*spoliazione*” della concessionaria in quanto il decreto non spiega le ragioni per cui rivolgersi a diversi operatori, escludendo la concessionaria, avrebbe facilitato e reso più celeri le operazioni di ricostruzione.

La violazione del principio di proporzionalità

Il principio di proporzionalità è inteso quale emanazione di quello di ragionevolezza e, come tale, è ricondotto all’art. 3 della Costituzione. Ebbene, il T.A.R. ha rilevato come contrasti con tale principio la previsione del finanziamento dell’intervento di ripristino -da effettuarsi a opera di altri soggetti – in capo alla concessionaria senza responsabilità accertate e senza né quantificare le somme né individuare dei criteri per determinarle (ord. 929).

Comunque, l’adozione di provvedimenti tanto penalizzanti, in assenza dell’accertamento di responsabilità in capo alla concessionaria, avrebbe imposto di valutare soluzioni meno penalizzanti.

La violazione del diritto di difesa e l’invasione di campo del legislatore

Il Collegio riconosce nei provvedimenti descritti delle misure sostanzialmente sanzionatorie e che impongono misure

patrimoniali senza che vi sia stato un previo accertamento delle responsabilità effettuato in contraddittorio con la concessionaria e tanto contrasterebbe con il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e con quello al “giusto processo”; l’art. 111 Cost. infatti, prevede che la giurisdizione si attui mediante il giusto processo “*regolato dalla legge*” e, comunque, svolto “*in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo ed imparziale*”.

L’ordinanza n. 932 collega la violazione dei diritti di difesa e al giusto processo all’invasione del legislatore in ambiti riservati al potere giurisdizionale sulla base di un “*possibilistico*” giudizio di responsabilità. Sarebbe, infatti, prerogativa dell’attività giurisdizionale “*l’accertamento di responsabilità civili, penali o anche amministrative*” così come “*la irrogazione delle conseguenti misure rimediali, deve essere esercitata da magistrati e, nel caso di specie, come visto, dagli organi di giustizia amministrativa*” (artt. 102 e 103 Cost.). Vi sarebbe, quindi, una violazione del principio di separazione dei poteri.

Va rilevato che non è in discussione la possibilità (anche) dell’amministrazione di irrogare sanzioni, su cui, peraltro, deve poter pronunciarsi in ultima istanza un giudice, ma, piuttosto, la possibilità che il

legislatore, al di fuori di una specifica attività accertativa, applichi delle sanzioni con legge così da precludere il sindacato giurisdizionale (che non sia quello della Corte costituzionale).

Un breve conclusione: il giusto, l'ingiusto, il diritto

È, allora, giusto o sbagliato l'operato della precedente maggioranza di Governo?

Ciascuno sul punto si sarà formato un'opinione; le notizie filtrate dal procedimento penale negli ultimi mesi sembrano, invero, evidenziare delle gravi responsabilità della società concessionaria, ma non è detto che tali notizie siano del tutto fedeli nel riportare la dinamica di un'assai complessa indagine penale. È certo, peraltro, che nel processo penale, anche la società concessionaria (o meglio coloro che hanno agito per essa) potrà difendersi dagli addebiti che sono ipotizzati a suo carico.

All'esito, potremo sapere se sia giusto o meno punire qualcuno, mentre ogni opinione, pur legittima, che ci possiamo essere formati sulle responsabilità dell'incredibile tragedia del crollo del ponte Morandi resta basata su ricostruzioni fatalmente parziali e approssimate.

Fatte salve le pretese risarcitorie, assistite da

più di una disposizione di cd. "responsabilità oggettiva" (ad es. 2049, 2051 c.c.), l'accertamento della responsabilità individuali o anche 'di impresa' richiederà molto tempo e il rispetto delle garanzie dei soggetti a cui sono mossi degli addebiti.

Il legislatore ha invece ritenuto, pressato dall'urgenza e dall'opinione pubblica, di applicare delle misure sostanzialmente sanzionatorie senza procedere prima ad accertare la responsabilità dei soggetti colpiti da tali misure. Magari, le responsabilità saranno accertate come evidenti e allora non v'è dubbio che le sanzioni risulteranno giuste agli occhi di molti, ma sia consentito dubitare che in uno stato di diritto sia giusto obliterare le garanzie, pur in presenza di una vicenda abnorme e tragica.

Non resta che attendere la Corte costituzionale che potrà dirci se i dubbi del T.A.R. Liguria sul decreto Genova siano o meno fondati e, quindi, se il decreto sia o meno conforme alla legge costituzionale che costituisce, se non altro, un approdo assai più stabile dei concetti, di per sé relativi, del giusto (e dell'ingiusto).

protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle prime, tutelando anche esse **interessi e valori fondamentali** — quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) — che trascendono quelli del singolo.

Per quanto concerne il secondo aspetto, invece, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la deduzione in giudizio di una **nullità parziale** del contratto non impedisce al giudice di **rilevare d'ufficio la nullità totale**, e **viceversa**, ma se, all'esito della rilevazione, la parte interessata ometta un'**espressa richiesta di accertamento in tal senso**, l'originaria pretesa azionata deve essere rigettata.

Civile

Uso esclusivo di parti condominiali, la Corte rimette la questione alle Sezioni Unite.

di Carlo Gabutti

Il diritto d'uso esclusivo condominiale, deve essere considerato come qualcosa di diverso rispetto al diritto d'uso ex art.1021 c.c., trattandosi di diverso titolo di uso delle parti condominiali.

Data la difformità di pronunce delle sezioni semplici la questione viene rimessa alle S.U.

Il caso sotteso alla pronuncia della Corte di Cassazione Sez.II31420/19.

Gli attori G.B. e P.B, due proprietari di unità immobiliari facenti parte di un complesso condominiale citavano in giudizio altri due condomini, L.R. e E.O., i quali avevano realizzato illegittimamente un manufatto destinato a cantina e un locale destinato a bagno nella corte comune del condominio, occupando in tal modo in maniera abusiva una porzione del suolo condominiale.

I proprietari attori, per tale motivo, ne chiedevano la rimozione; diversamente, i convenuti opponevano la legittimità delle suddette opere evidenziando che avevano l'uso esclusivo del cortile condominiale

comune, acquisito antecedentemente al momento della costruzione dell'edificio e trasmesso dalle precedenti proprietarie, essendo gli stessi proprietari sia di un'unità abitativa, sia di un negozio al piano terra.

Il Tribunale di Rimini si pronunciava a riguardo rigettando la domanda attorea e riconoscendo l'uso esclusivo della Corte condominiale.

Diversamente, la Corte d'Appello di Bologna adita per il giudizio di secondo grado, dichiarava invece la natura condominiale dell'area ove erano stati eretti i manufatti e ordinava la cessazione dell'uso esclusivo da parte dei condomini L.R. e E.O., i quali proponevano ricorso per Cassazione avverso tale decisione.

La questione sottesa alla pronuncia in esame si presenta di particolare rilevanza in quanto, oltre ad essere molto diffusa nella pratica negoziale, risulta oggetto di interpretazioni giurisprudenziali non omogenee, emerse nelle pronunce delle sezioni semplici.

In particolare, secondo l'art.1117 c.c., tra le parti comuni, rientra il cortile individuato in qualsiasi spazio esterno che svolga la funzione di dare luce e aria al fabbricato, consentendo l'accesso al condominio. Per poter affermare la natura condominiale di

tale spazio è sufficiente che questo risulti funzionale al godimento o al servizio collettivo.

Con riferimento quindi all'uso esclusivo della parte comune, fulcro della controversia in esame, in cui si dibatte sul riconoscimento o meno ai condomini proprietari del negozio al piano terra dell'uso esclusivo della corte antistante il locale, è la qualificazione giuridica di tale diritto, quale atto di autonomia negoziale o quale diritto d'uso ex art. 1021 e ss. c.c.

Tuttavia nel primo caso, riconducendo l'uso esclusivo tra gli atti di autonomia privata, emergono dubbi circa la meritevolezza dell'interesse tutelato, mentre nel secondo, riconducendo lo stesso nel diritto reale d'uso emerge il problema circa la cedibilità dello stesso, in mancanza di espressa pattuizione da parte dei soggetti coinvolti.

Infatti, ove il diritto d'uso sulla parte condominiale assuma natura di diritto personale di godimento, lo stesso risulterebbe soggetto alla regola della relatività degli effetti del contratto secondo quanto previsto dall'art.1372 c.c.; in tal caso, le obbligazioni assunte con un simile contratto in favore del proprietario di un'unità abitativa non si trasferirebbero all'acquirente della stessa automaticamente,

ma richiederebbero l'attivazione degli appositi strumenti previsti dall'ordinamento. Per le ragioni ora esposte risulta pertanto opportuno esaminare gli istituti giuridici sottesi alla pronuncia di remissione in esame, con cui la seconda sezione ha deciso di trasmettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

In particolare, tralasciando i molteplici orientamenti giurisprudenziali emersi nelle pronunce delle sezioni semplici, ci soffermeremo sulle due posizioni maggiormente rilevanti emerse nella giurisprudenza della Corte, riconducibili al diritto d'uso esclusivo generale ex art.1102 c.c. e alle ipotesi di uso esclusivo titolato previste dal codice civile (come ad esempio per il lastrico solare art.1126 c.c.) o dalla volontà delle parti.

Prima di fare ciò, però, esamineremo la nozione ed il contenuto del "diritto d'uso" disciplinato dagli art.1021 c.c. e ss, al fine di poter meglio comprendere la differenza tra tale istituto giuridico e quello dell'"uso esclusivo" oggetto della nostra trattazione.

Il diritto d'uso previsto e disciplinato dall'art.1021 c.c.

Art. 1021 c.c.: "Chi ha il diritto d'uso di una cosa

può servirsi di essa e, se è fruttifera, può raccogliere i frutti per quanto occorre ai bisogni suoi e della sua famiglia.

I bisogni si devono valutare secondo la condizione sociale del titolare del diritto.”

Il diritto d'uso così come previsto nel codice civile, si presenta come una particolare specie di usufrutto nel quale, ad un diritto di godimento del bene altrui, si affianca un limitato diritto di raccoglierne i frutti, purché siano destinati ad un consumo materiale e diretto nei limiti del fabbisogno dell'utente e della sua famiglia.

Il diritto d'uso è quindi un diritto reale su cosa altrui che attribuisce al titolare, utente, la facoltà di servirsi del bene e di raccoglierne i frutti se fruttifero, per il soddisfacimento dei bisogni suoi e della sua famiglia.

Il diritto d'uso ha in comune con il diritto di usufrutto l'attribuzione al titolare del potere di trarre dalla cosa ogni utilità che questa può dare in conformità della sua destinazione, ma se ne differenzia in quanto tale facoltà di godimento, quanto al diritto di percepirne i frutti, non può andare oltre quanto necessario al fabbisogno del titolare e della sua famiglia.

La breve disamina circa la natura ed il contenuto del diritto d'uso, ex art.1021 c.c.,

ci permette di individuare i vari punti di convergenza e di difformità, tra l'istituto codicistico in esame ed il “diritto d'uso esclusivo” sotteso alla sentenza di remissione alle Sezioni Unite oggetto della nostra trattazione.

In particolare, sebbene in entrambi i casi si parli di “uso”, il contenuto del diritto sotteso a tale lemma si presenta in concreto profondamente diverso.

L'uso esclusivo infatti non riguarda un bene altrui, ma parti condominiali comuni; inoltre il diritto è volto a soddisfare non bisogni propri del destinatario o della sua famiglia, ma posto in essere in favore di un'unità immobiliare di proprietà esclusiva.

Infine, il diritto d'uso esclusivo in ambito condominiale, così come prospettato dalla dottrina nella pratica negoziale, manifesterebbe la volontà delle parti di non voler sottostare alle ristrettezze soggettive di esercizio previste dall'art.1021c.c., inerenti il divieto di trasferibilità e i limiti di durata propri dell'istituto del diritto d'uso di matrice codicistica.

Per tali ragioni, così come sostenuto dalla Corte d'Appello di Bologna nella sentenza oggetto del ricorso, il diritto d'uso esclusivo deve essere qualificato come qualcosa di diverso dal diritto d'uso ex art.1021 c.c.,

trattandosi di diverso titolo, espressione di una manifestazione del diritto del condomino sulle parti condominiali comuni. Sul punto può essere opportuno richiamare quanto sostenuto dalla la Corte di Cassazione sent.n.24301/17, la quale dopo aver escluso la riconducibilità del diritto d'uso esclusivo all'art.1021 c.c., facendo leva sulla nozione di "uso esclusivo" contenuta nell'art 1126 c.c., e di "uso individuale", prevista dall'art. 1122 c.c., ha ritenuto che la previsione pattizia generalmente denominata "uso esclusivo condominiale", costituisca una deroga all'art.1102 c.c., presentandosi come espressione dell'autonomia privata, con cui le parti attribuiscono l'uso esclusivo del bene senza escludere del tutto la fruizione di una qualche utilità a favore degli altri comproprietari, rimodulando i rispettivi godimenti.

Le ulteriori ricostruzioni giuridiche fornite da dottrina e giurisprudenza circa la natura giuridica del "diritto d'uso esclusivo condominiale".

Non essendo possibile ricondurre il "diritto d'uso esclusivo", oggetto della nostra trattazione, all'istituto del diritto d'uso ex art.1021 c.c., dottrina e giurisprudenza

hanno fornito ulteriori ricostruzioni circa la natura giuridica dell'istituto in esame; tra queste, meritano di essere menzionate quelle che hanno classificato il diritto in esame quale: obbligazione *propter rem*, in cui rileva la proprietà delle singole unità abitative; "servitù prediale atipica" il cui contenuto consisterebbe in un generico ed esclusivo godimento del fondo servente; nuovo "diritto reale di creazione pretoria" avente ad oggetto il godimento, nell'ambito di un bene comune, di una frazione spazialmente determinata dello stesso; ipotesi proprietà atipica avente ad oggetto una porzione individuale del bene comune. Tutte queste ricostruzioni, seppur autorevolmente argomentate, finiscono però troppo spesso col contrastare con i principi civilistici previsti in materia di diritti reali e in particolare con il principio di tipicità degli stessi.

Per questo motivo non sembra possibile accogliere le ricostruzioni del diritto di uso esclusivo condominiale quale diritto reale, servitù o proprietà atipica, dovendosi ricercare la natura giuridica dello stesso negli art. 1102, 1122 e 1126 c.c., inerenti l'uso generale della cosa comune e l'uso esclusivo ed individuale della stessa.

La soluzione, con rimessione al

primo presidente, fornita dalla seconda sezione.

Per questi motivi, secondo i giudici della seconda sezione, la questione da risolvere al fine di decidere la controversia, in merito alla natura, ai limiti e all'applicabilità del diritto d'uso esclusivo su beni comuni, riguarderebbe quindi il noto problema circa l'utilizzabilità o meno delle obbligazioni quali espressione di autonomia privata al fine di regolare le modalità di esercizio dei diritti reali, a cui però si contesta il limite secondo cui la libertà negoziale operi solo nei rapporti di credito-debito, non potendo coinvolgere anche i diritti reali che operano *erga omnes* e non solo rispetto alle parti del contratto.

In particolare, secondo il supremo consesso, nel caso di specie si tratta di un uso esclusivo di porzione della corte condominiale pattuito all'interno dell'atto di divisione su cui si fondava il titolo costitutivo del condominio, successivamente richiamato nell'atto di subentro della titolarità di una delle singole unità abitative, mediante cui le parti presupponevano di poter garantire in tal modo l'efficacia e la conoscibilità del vincolo reale circa il rispetto dell'uso esclusivo.

A tal proposito viene richiamata l'interpretazione fornita da Cass.n.24301/17, la quale, facendo leva sulle nozioni di "uso esclusivo" e di "uso individuale" contenute negli art.1126 e 1122 c.c., ha ritenuto che le previsioni pattizie in esame costituiscano deroghe all'art.1102 c.c.; tali previsioni, infatti, non escludono la fruizione di una qualche utilità derivante dal bene c.d. "in uso esclusivo altrui" a vantaggio degli altri comproprietari.

Con questa ricostruzione i giudici affermano poi, che in tal modo sia possibile trasmettere l'uso esclusivo anche ai successivi aventi causa dell'unità cui l'uso stesso accede.

Così come prospettato, l'uso esclusivo in ambito condominiale, sarebbe quindi "tendenzialmente perpetuo e trasferibile", e per nulla riconducibile al diritto reale d'uso di cui agli artt. 1021 c.c. e ss., non condividendo di conseguenza con tale istituto né i limiti di durata, né i limiti di trasferibilità e neppure le modalità di estinzione.

L'interpretazione ora richiamata quindi, come affermato dalla stessa sentenza di rimessione, si presenta idonea a soddisfare le istanze emerse nella pratica notarile volte a fornire all' "uso esclusivo di parti

condominiali” la natura di diritto perpetuo e trasmissibile, avente pertanto contenuto non strettamente personale, collegando la facoltà di usare il bene non ad un soggetto, ma ad una porzione di proprietà individuale senza limiti temporali, non ancorando pertanto lo stesso a favore del solo usuario.

A riguardo, come si è accennato, parte della dottrina ha ipotizzato la possibilità di parlare di *“un nuovo diritto reale di creazione pretoria”*, che non avrebbe nessun punto in comune con il diritto d’uso di cui all’art.1021 c.c., ma che invece indicherebbe il godimento di una parte spazialmente determinata di un bene comune, quasi *uti dominus*, salvo il limite di cui all’art.1102 c.c.

Occorre evidenziare però che la mancata qualificazione di tale diritto d’uso esclusivo, come diritto reale di godimento su cosa altrui non risolve il problema della trascrivibilità, e di conseguenza dell’opponibilità ai terzi, dell’uso esclusivo sulla cosa comune.

Per queste ragioni, data la particolare rilevanza della questione sottesa al ricorso in esame, e in virtù della sua diffusione nella pratica negoziale, la seconda sezione ha ritenuto opportuno rimettere gli atti al primo presidente per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.



Penale

Focus: esame Avvocato 2019 svolgimento completo prima traccia diritto penale

di Gaetano Carlizzi

Tizio, dipendente di una multinazionale, riceve dal suo superiore Mevio l'incarico di sorvegliare il collega di lavoro Caio ed **impedire che lo stesso divulghi ad aziende** concorrenti alcuni importanti segreti aziendali dei quali è a conoscenza. Un giorno Tizio segue Caio nei locali dove è in corso di svolgimento una convention e nota che lo stesso, dopo essersi appartato con due persone, consegna loro una pen drive e ne riceve in cambio una busta, nella quale gli sembra di scorgere del denaro. Convinto di aver assistito alla consegna di materiale di proprietà aziendale in favore di personale riconducibile ad una società concorrente, Tizio, sentendosi autorizzato dall'ordine del proprio superiore gerarchico, interviene bruscamente e **aggredisce il gruppo, pretendendo l'immediata consegna del supporto informatico**. Ne nasce una **colluttazione** nel corso della quale Tizio, **credendo di scorgere** un'arma puntata nella sua direzione, **impugna la pistola legalmente detenuta ed esplose un colpo** in direzione di Caio, **colpendolo in modo letale**. Subito dopo, spaventato per l'accaduto, Tizio si dà alla fuga, **portando con sé la pen drive** caduta a terra durante la colluttazione. Il candidato, assunte le vesti dell'avvocato di Tizio, individui le ipotesi di reato configurabili a carico del suo assistito, prospettando, altresì, la linea difensiva più utile alla difesa

dello stesso.

Svolgimento

1. Premessa

In estrema sintesi, i fatti commessi da Tizio sembrano astrattamente riconducibili, nell'ordine in cui sono stati commessi, alle fattispecie di Minaccia, Omicidio doloso e Furto, avvinte tra di loro dal vincolo della continuazione.

Nondimeno, sul piano difensivo, vi sono ragioni per sostenere che il primo reato è stato commesso in stato di legittima difesa, il secondo è tutt'al punibile a titolo di Omicidio colposo perché commesso in stato di legittima difesa putativa, mentre il terzo addirittura non sussiste.

1. Reati astrattamente configurabili

1.1. Innanzitutto, la pretesa di Tizio di ricevere immediatamente da Caio e dalle due persone con cui questi si era appartato l'immediata consegna della pen drive sembra astrattamente riconducibile all'art. 612 c.p., che punisce "*Chiunque minaccia ad altri un ingiusto danno*". Secondo la giurisprudenza, tale reato sussiste quando l'agente prospetta un male futuro ed ingiusto, la cui verifica dipende dalla volontà del soggetto passivo, più precisamente dal suo rifiuto di sottostare a una richiesta dello stesso agente. Nel caso di specie, Tizio, aggredendo Caio e le due persone mentre intimava loro di consegnare la pen drive, ha fatto intendere (sulla configurabilità della minaccia implicita la giurisprudenza è concorde: cfr. Cass. 29261/2017) che, in caso di mancata esecuzione della intimidazione, avrebbe

esercitato violenza fisica nei loro confronti, ossia cagionato loro un male ingiusto (in quanto consistente nella lesione del bene della incolumità fisica) e notevole (data la determinazione con cui Tizio ha preteso la consegna della pen drive).

1.2. In secondo luogo, l'esplosione di un colpo di arma da fuoco all'indirizzo di Caio e la sua uccisione costituisce, in assenza di elementi che inducano a ritenere che la morte sia dipesa da fattori autonomi (es.: infarto indipendente dall'esplosione), un caso paradigmatico di Omicidio doloso ex art. 575 c.p.

1.3. Infine, il portare via con sé la pen drive da parte di Tizio è apparentemente riconducibile alla fattispecie di Furto (art. 624 c.p.). In effetti, di tale fattispecie sembrano sussistere tutti gli estremi: a) fine di trarre profitto, consistente nella disponibilità di uno strumento informatico funzionante; b) impossessamento mediante sottrazione, consistente nell'allontanare il bene che ne forma oggetto dalla sfera di controllo del precedente detentore ad una distanza tale da non consentire l'immediato ripristino di tale sfera e nella correlativa instaurazione di un autonomo controllo da parte dell'agente; c) cosa mobile altrui, costituita dal dispositivo informatico di proprietà di Caio.

2. Argomenti favorevoli alla difesa di Caio

Come anticipato, vi sono buone ragioni per ritenere che i fatti commessi da Tizio, astrattamente riconducibili alle fattispecie di Minaccia, Omicidio doloso e Furto, siano, a seconda dei casi, non punibili oppure

punibili a titolo meno grave.

2.1. Così, per quanto riguarda la Minaccia, la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che la prospettazione di un male ingiusto e notevole, se finalizzata a impedire la commissione di un reato, costituisce legittima difesa, e come tale non è punibile ex art. 52, comma 1, c.p. Nel caso di specie, tale norma può trovare applicazione in particolare per due ragioni. Innanzitutto, dato che Tizio era stato incaricato dal superiore di sorvegliare Caio per impedire la rivelazione di segreti commerciali (punita dall'art. 623 c.p.) e dato che tale rivelazione non si era ancora consumata con la semplice consegna della pen drive ai due estranei, Tizio ha incarnato (per immedesimazione organica) per l'impresa quella difesa di un diritto proprio (alla segretezza commerciale) contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta (la divulgazione di informazioni esclusive di valore economico) in cui riposa l'essenza della legittima difesa. In secondo luogo, dato che la condotta in esame non è consistita nella causazione di danni fisici ingenti, bensì in un atteggiamento genericamente spaventoso (moderatamente offensivo del bene della libertà morale), al fine di evitare la divulgazione di notizie di possibile importanza capitale (gravemente offensiva del bene della segretezza commerciale), sussiste anche il rapporto di proporzione tra offese, parimenti richiesto dall'art. 52, comma 1, c.p.

2.2. D'altro canto, per quanto riguarda l'Omicidio, ci si potrebbe chiedere se possa farsi valere la scriminante della legittima difesa domiciliare ex art. 52, comma 2, c.p.,

che il comma 3 del medesimo articolo estende al “*caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale*”. Ora, posto che la peculiarità della legittima difesa domiciliare risiede nel fatto che, quando ne ricorrono i presupposti, la proporzione tra offesa e difesa è presunta, con conseguente superfluità di ogni accertamento giudiziale in merito, la risposta al quesito posto sembra dover essere negativa. Ciò per l'elementare ragione, ben messa in evidenza da una recente sentenza (Cass. 44011/17), che, tra i presupposti della legittima difesa domiciliare, vi è la circostanza che la vittima della reazione difensiva deve aver violato il domicilio dell'agente (“*La causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, cod. pen., modificato dall'art. 1 legge 13 febbraio 2006 n. 59 non opera nell'ipotesi di trattenimento del soggetto passivo del reato all'interno di un esercizio commerciale, non rilevando siffatta condotta ai fini dell'integrazione della violazione di domicilio ove non vi sia stata espressa manifestazione della volontà contraria da parte del titolare dello 'inexcludendialios'*”), mentre nel caso di specie la vittima della reazione di Tizio, cioè Caio, in quanto dipendente dell'impresa comune, era legittimamente presente nel luogo in cui è stato colpito.

Tuttavia, la non applicabilità dell'art. 52, comma 2, c.p., non toglie che ci si debba ancora interrogare sull'applicabilità dell'ipotesi generale di legittima difesa, di cui all'art. 52, comma 1 c.p., già esaminata (e applicata) sopra con riguardo al reato di Minaccia. Al riguardo, si profila un'alternativa, il cui scioglimento dipende

da cosa intende la traccia per “credendo di scorgere”. In sintesi, se con ciò si intendesse che Caio effettivamente ha puntato una pistola verso Tizio, allora la reazione posta in essere da quest'ultimo andrebbe inquadrata senz'altro come legittima difesa. Tizio, infatti, ha mirato a salvaguardare un bene (vita) e a evitare un pericolo (annientamento) esattamente identici al bene sacrificato e al pericolo realizzato a danno di Caio, con conseguente sussistenza dell'illustrato elemento-chiave della proporzione tra offesa e difesa. Se, invece, “credendo di scorgere” stesse a significare che Tizio si è solo suggestionato, cioè ha erroneamente ritenuto sussistente una situazione di legittima difesa, allora troverà applicazione l'art. 59, comma 4 c.p., che dà rilievo alla cd. scriminante putativa nei termini che seguono: se la suggestione non è rimproverabile (es.: perché la vittima impugnava uno strumento assai simile a una pistola), allora l'agente andrà esente da pena per difetto di colpevolezza; se, invece, la suggestione è rimproverabile (es.: perché la vittima aveva le mani ben in evidenza e impugnava uno strumento nient'affatto simile a una pistola) e il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo, come avviene nel caso di specie, allora l'agente sarà punibile solo per Omicidio colposo (art. 589 c.p.).

2.3. Infine, per quanto riguarda il Furto, a ben vedere, pur potendosi ricorrere anche qui, come per la Minaccia, alla scriminante della legittima difesa, la non punibilità di Tizio può essere argomentata già sul piano del fatto tipico. A dispetto di quanto era apparso inizialmente, Tizio,



nell'impossessarsi della pen drive di Caio, non ha agito, a ben vedere, con l'atteggiamento intenzionale (col dolo specifico) tipico dell'agente furtivo. Infatti, la recente giurisprudenza ha identificato tale atteggiamento con *“la finalità di ricavare dalla cosa sottratta un'utilità apprezzabile in termini economico-patrimoniali. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto insussistente l'elemento soggettivo del reato in un caso nel quale l'imputato aveva asportato due fusibili dalla scatola di derivazione elettrica di una saracinesca del magazzino dell'azienda dove lavorava e svolgeva attività di rappresentante sindacale, al fine di consentire ai colleghi di uscir fuori per porre in essere atti di protesta contro il datore di lavoro)”* (Cass. 25821/19). Ed è proprio tale orientamento economico-patrimoniale a mancare nella condotta di Tizio. Egli, infatti, si è impossessato della pen drive, non già per rivenderla oppure per evitare di comprarne una, bensì al solo scopo di attuare quel compito di prevenzione del reato di Rivelazione di segreti industriali che gli era stato affidato nell'interesse dell'impresa di cui era dipendente. Tutto ciò con la conseguenza ultima, appunto, della carenza del prescritto dolo specifico di furto e, in ultima analisi, dell'atipicità del fatto commesso.



Schede di Giurisprudenza



Perdita di chances terapeutiche

Cassazione, sezione III, (ud. 04/07/2019) sentenza 11-11-2019, n. 28993

di Chiara Martello

Fatto

La Corte d'Appello di Milano confermava la sentenza del Tribunale della stessa sede, di rigetto della domanda risarcitoria proposta dai familiari di una paziente, in proprio e nella qualità di suoi eredi, deceduta a seguito di un intervento chirurgico per asportazione di un tumore al timo.

In particolare, dagli atti del processo emergeva che la causa del decesso della signora era ascrivibile ad una lesione aortica, della quale, però, non era stato possibile accertare l'eziologia iatrogena. Detta lesione aveva provocato una emorragia interna, diagnosticata e trattata secondo una tempistica ritenuta non ottimale. Per tale ragione gli eredi proponevano, tra le altre, anche domanda di risarcimento per la perdita delle chances di maggiore sopravvivenza che la paziente avrebbe avuto ove il re-intervento chirurgico per trattare l'emorragia fosse stato anticipato di circa un'ora e mezza, assumendo quale condotta colposa dei sanitari l'omessa/scarsa vigilanza nella fase successiva all'intervento di asportazione della massa tumorale.

I congiunti della paziente, in seguito al rigetto delle domande, proponevano quindi

ricorso per Cassazione.

Norma

Art. 1223 c.c.

Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

Art. 2059 c.c.

Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.

Art. 2697 c.c.

Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

Inquadramento

Si ha perdita di chance tutte le volte in cui, in dipendenza dell'illecito, il soggetto danneggiato veda frustrata la probabilità di conseguire utilità future.

In assenza di un'espressa definizione normativa, l'elaborazione del contenuto e dei confini della risarcibilità della lesione di una posizione giuridica soggettiva in termini di chance è stata lasciata all'opera degli interpreti e, in particolare, della dottrina e della giurisprudenza.

L'etimologia del termine chance (dal latino *cadentia*) richiama l'atto di lasciar cadere i dadi e, conseguentemente, evoca una buona probabilità di riuscita.

La perdita della chance è stata, pertanto, intesa come evento di danno, ovvero di possibilità perduta di un risultato migliore e

soltanto eventuale di cui il soggetto si gioverebbe (cfr. Cass. civ, sez. III, 9 marzo 2018 n. 5641).

Il modello teorico del risarcimento da perdita di chance viene elaborato da parte della giurisprudenza e della dottrina all'interno delle categorie dogmatiche del danno patrimoniale, distinguendosi al riguardo due diverse impostazioni.

Secondo un primo orientamento (teoria ontologica) la chance è configurata come bene suscettibile di valutazione patrimoniale in sé e per sé e costituisce la possibilità o la speranza di conseguire un risultato favorevole che da essa, però, rimane distinto. La chance è, pertanto, un vantaggio patrimoniale diverso ed autonomo rispetto al risultato favorevole cui mira e, di conseguenza, in quanto entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile, la sua perdita è idonea produrre un danno certo ed attuale. In quest'ottica, la perdita di chance non può che risolversi in un'ipotesi di danno emergente.

Un diverso orientamento (teoria eziologica), invece, assimila la perdita di chance al lucro cessante e ne ammette la risarcibilità solo nell'ipotesi in cui l'occasione perduta, valutata mediante giudizio di prognosi postuma, risulti essere assistita da considerevoli possibilità di successo. La chance rileverebbe, in quest'ottica, come criterio causale volto ad accertare il nesso tra condotta ed evento.

Il modello di chance elaborato in ambito di danno patrimoniale è stato nel tempo applicato, seppur con i dovuti adattamenti, anche al danno non patrimoniale e, in particolare, alla responsabilità sanitaria. La

giurisprudenza ha, invero, chiarito come il risarcimento della chance non patrimoniale, coerentemente a quanto statuito nelle storiche sentenze rese a Sezioni Unite nel 2008, debba necessariamente legarsi alla attuazione di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito e, sul piano della quantificazione, non possa essere proporzionale al risultato perduto ma debba essere equitativamente commisurato alla possibilità che lo stesso si realizzi.

Soluzione

La Suprema Corte, dopo aver evidenziato la delicatezza e complessità del tema della perdita di chance (prendendo in prestito, al fine di darle una definizione più compiuta, il pensiero del filosofo ed economista Henri Poincaré secondo il quale la chance rappresenterebbe soltanto “la misura della nostra ignoranza”), fornisce al riguardo importanti chiarimenti.

In particolare, emerge dalla lettura della sentenza come, nel corso del tempo, la ricostruzione del danno da perdita di chance sia stata caratterizzata da due errori logici di impostazione. Il primo “paralogismo” attiene alla riconduzione della chance perduta, nei suoi tratti caratterizzanti, al solo danno patrimoniale; il secondo, invece, riguarda la sovrapposizione di uno degli elementi essenziali dell'illecito (ovvero il nesso causale) con l'oggetto della perdita di chance (id est il sacrificio della possibilità di un risultato migliore).

Avuto riguardo al primo dei due errori logici di impostazione, la Corte chiarisce



che il modello patrimonialistico della chance non appare, di per sé, del tutto sovrapponibile alla perdita della possibilità di conseguire un risultato migliore sul piano non patrimoniale da parte del soggetto che si assuma leso da una condotta commissiva/omissiva colpevole, pur sussistendo alcune coordinate comuni. In particolare, entrambe sarebbero caratterizzate, sul piano funzionale, dalla possibilità di conseguire un risultato migliorativo della condizione preesistente. A diversificarle, viceversa, sarebbero il piano strutturale e quello degli effetti (ovvero, dell'aspetto risarcitorio).

Dal punto di vista concettuale, la chance patrimoniale presenta, in apparenza, alcune caratteristiche dell'interesse pretensivo. Di quest'ultimo condividerebbe, infatti, la necessaria preesistenza di una situazione "positiva", i.e. di un quid su cui andrà ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante impedendone la possibile evoluzione migliorativa. Invero, interesse pretensivo e chance mantengono evidenti differenze morfologiche: "mentre il primo incarna l'aspirazione - e la pretesa - alla legittimità dell'azione amministrativa e preesiste, dunque, all'azione amministrativa stessa, la chance viene in rilievo quando essa è stata perduta e cioè quando l'attività amministrativa, ormai esauritasi, è irrimediabilmente viziata e il vizio ha cagionato un danno risarcibile".

La chance non patrimoniale, invece, presuppone una situazione negativa/patologica il cui sviluppo in chiave migliorativa dipenderebbe dall'intervento del soggetto agente; di conseguenza è la

condotta colposa di quest'ultimo a determinare la perdita della chance di miglioramento che, altrimenti, non sarebbe comunque avvenuto.

Dal punto di vista degli effetti, invece, la chance patrimoniale e quella non patrimoniale divergono per l'aspetto risarcitorio. Ed infatti, mentre nel caso di chance patrimoniale il giudice deve liquidare il danno facendo riferimento a criteri oggettivi e proporzionali al risultato perduto (ad esempio, "il giudice amministrativo, in alcune sue decisioni, ha adottato il parametro del 10% del valore dell'appalto all'atto del riconoscimento di una perdita di chance di vittoria da parte dell'impresa illegittimamente esclusa"), nell'ipotesi di chance non patrimoniale, la liquidazione avviene in via equitativa, commisurata alla possibilità di realizzare il risultato perduto. Per integrare gli estremi del danno risarcibile, la possibilità persa "deve attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà, consistenza, rispetto ai quali il valore statistico/percentuale - se in concreto accertabile - potrà costituire al più criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto".

Avuto, poi, riguardo al secondo errore logico di impostazione, la Corte evidenzia come la giurisprudenza sia spesso incorsa in una ingiustificata contrazione (che si risolve in una vera e propria elisione in parte qua) dell'analisi degli elementi destinati ad integrare diacronicamente la fattispecie dell'illecito. La stessa si è risolta nella sovrapposizione tra accertamento dell'elemento causale ed evento di danno.

La connotazione della chance in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale non esclude né elide, difatti, la necessaria e preliminare indagine sulla relazione eziologica tra la condotta e l'evento. Ed infatti, la chance deve essere correttamente intesa, al pari di ogni altra conseguenza della condotta illecita, non come regola causale, ma come evento di danno.

Tale ricostruzione renderebbe priva di consistenza l'originaria distinzione tra chance c.d. "ontologica" e chance c.d. "eziologica" in quanto porrebbe su piani distinti e separati l'incertezza dell'evento e la relazione causale tra fatti.

“L'attività del giudice dovrà, pertanto, muovere dalla previa disamina della condotta (e della sua colpevolezza) e dall'accertamento della relazione causale tra tale condotta e l'evento di danno (la possibilità perduta, ovverossia il sacrificio della possibilità di conseguire un risultato migliore), senza che i concetti di probabilità causale e di possibilità (e cioè di incertezza) del risultato realizzabile possano legittimamente sovrapporsi, elidersi o fondersi insieme: la dimostrazione di una apprezzabile possibilità di giungere al risultato migliore sul piano dell'evento di danno non equivale, in altri termini, alla prova della probabilità che la condotta dell'agente abbia cagionato il danno da perdita di chance sul piano causale.”

“La chance si sostanzia, in definitiva, nell'incertezza del risultato, la cui "perdita", ossia l'evento di danno, è il precipitato di una chimica di insuperabile incertezza, predicabile alla luce delle conoscenze

scientifiche e delle metodologie di cura del tempo rapportate alle condizioni soggettive del danneggiato. Tale evento di danno sarà risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante - che pur sempre attiene al "bene salute" - sempre che esso sia stato allegato e (con particolare riguardo al diritto all'autodeterminazione, inteso anche in termini di possibilità di "battersi" consapevolmente per un possibile esito più favorevole dell'evolversi della malattia) provato in giudizio nella sua già ricordata dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza, e non già soltanto in base alla pura e semplice relazione causale tra condotta ed evento, in guisa di danno in re ipsa.”

Di conseguenza, poiché la chance risulta essere integrata soltanto a fronte dell'incertezza del risultato, nella diversa ipotesi di certezza dello stesso ci si troverebbe dinanzi ad un altro danno, diverso dalla perdita di chance (in ambito sanitario, si potrebbe parlare, ad esempio, di danno da perdita anticipata della vita ove sia rigorosamente accertata come conseguenza dell'omissione sul piano causale).

Applicando tali criteri direttivi alla responsabilità sanitaria (segnatamente in ambito oncologico), sulla premessa che l'illecito da chance perduta si dipana secondo la tradizionale scansione: - CONDOTTA COLPOSA (omessa, erronea o ritardata diagnosi); - LESIONE DI UN DIRITTO (il diritto alla salute e/o all'autodeterminazione, entrambi costituzionalmente tutelati); - EVENTO DI DANNO (sacrificio della possibilità di un risultato migliore); - CONSEGUENZE

DANNOSE RISARCIBILI (valutabili in via equitativa) la Corte provvede, allora, a formulare le seguenti possibili ipotesi di responsabilità:

- “A) La condotta (commissiva o più spesso omissiva) colpevolmente tenuta dal sanitario ha cagionato la morte del paziente, mentre una diversa condotta (diagnosi corretta e tempestiva) ne avrebbe consentito la guarigione, alla luce dell'accertamento della disposta CTU. In tal caso l'evento (conseguenza del concorso di due cause, la malattia e la condotta colpevole) sarà attribuibile interamente al sanitario, chiamato a rispondere del danno biologico cagionato al paziente e del danno da lesione del rapporto parentale cagionato ai familiari.
- B) La condotta colpevole ha cagionato non la morte del paziente (che si sarebbe comunque verificata) bensì una significativa riduzione della durata della sua vita ed una peggiore qualità della stessa per tutta la sua minor durata, in base all'accertamento compiuto dal CTU. In tal caso il sanitario sarà chiamato a rispondere dell'evento di danno costituito dalla perdita anticipata della vita e dalla sua peggior qualità, senza che tale danno integri una fattispecie di perdita di chance - senza, cioè, che l'equivoco lessicale costituito dal sintagma "possibilità di un vita più lunga e di qualità migliore" incida sulla qualificazione dell'evento, caratterizzato non dalla "possibilità di un risultato migliore", bensì dalla certezza (o rilevante probabilità) di aver vissuto meno a lungo, patendo maggiori sofferenze fisiche e spirituali.
- C) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo

sviluppo della malattia, sulla sua durata e sull'esito finale, rilevando di converso, in pejus, sulla sola (e diversa) qualità ed organizzazione della vita del paziente (anche sotto l'aspetto del mancato ricorso a cure palliative): l'evento di danno (e il danno risarcibile) sarà in tal caso rappresentato da tale (diversa e peggiore) qualità della vita (intesa altresì nel senso di mancata predisposizione e organizzazione materiale e spirituale del proprio tempo residuo), conseguente alla lesione del diritto di autodeterminazione, purché allegato e provato (senza che, ancora una volta, sia lecito evocare la fattispecie della chance).

D) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata, sulla qualità della vita medio tempore e sull'esito finale. La mancanza, sul piano eziologico, di conseguenze dannose della pur colpevole condotta medica impedisce qualsiasi risarcimento.

E) La condotta colpevole del sanitario ha avuto, come conseguenza, un evento di danno incerto: le conclusioni della CTU risultano, cioè, espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all'eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo. Tale possibilità - i.e. tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di chance perduta) - sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta - se provato il nesso causale, secondo gli ordinari criteri civilistici tra la



condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta) - ove risultino comprovate conseguenze pregiudizievoli (ripercussioni sulla sfera non patrimoniale del paziente) che presentino la necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza.”



Penale

Diritto penale ed insindacabilità parlamentare

*Cassazione penale, sez. V,
07/05/2019, n. 32862*

di Pio Cerase

Costituisce reato la condotta del parlamentare che offende un gruppo etnico? In caso di risposta positiva, quale fattispecie delittuosa risulta integrata?

Fatto

Con sentenza del 6 marzo 2018, la Corte d'appello confermava la decisione di primo grado, con la quale veniva affermata la penale responsabilità per diffamazione aggravata dalla finalità di odio e di discriminazione razziale di un allora membro del Parlamento europeo, ritenendo assorbito, in virtù della clausola di riserva prevista dall'art. 3 della legge 654/75, il reato di propaganda di idee fondate sull'odio razziale originariamente contestato. I fatti riguardavano le esternazioni dell'imputato nel corso di un'intervista resa nell'ambito di una nota trasmissione radiofonica ed avente ad oggetto l'incontro tenutosi presso la Camera dei deputati tra il Presidente ed esponenti delle comunità Rom e Sinti italiane.

Avverso tale sentenza, l'imputato proponeva ricorso per Cassazione dolendosi della erronea qualificazione giuridica del fatto e della mancata

applicazione in suo favore dell'immunità prevista dall'art. 68 Cost.

Norma

L. 13 ottobre 1975 n. 654, Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale.

Art. 3.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Codice penale, art. 595 – Diffamazione

Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone offende

l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 1.032 euro.

Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a 2.065 euro.

Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a 516 euro.

Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate.

Costituzione della Repubblica, art. 68 comma 1

I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.

Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Analoga autorizzazione è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza.

Inquadramento

Punita dall'art. 595 c.p., la diffamazione è integrata dalla condotta di colui il quale, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione.

La diffamazione segue l'ingiuria nel Capo II,

Titolo XII, Libro II del Codice penale, dedicato ai delitti contro l'onore.

Se l'art. 594 c.p., che disciplina appunto l'ingiuria, richiede la presenza della persona offesa, al contrario il successivo art. 595 c.p. si caratterizza per l'assenza dell'offeso, circostanza che spiega la maggiore gravità della diffamazione rispetto all'ingiuria.

La diffamazione può esistere solo nei confronti di un **soggetto determinato (non necessariamente individuato nominativamente)**, con la conseguenza che il reato non sussiste nei casi in cui le offese siano rivolte a gruppi troppo vasti di persone.

Sul versante del novero dei soggetti attivi, qualora autore della propalazione offensiva sia un parlamentare, vengono in rilievo le questioni, fortemente dibattute, relative alla natura giuridica delle immunità penali e, quindi, alla individuazione degli atti riconducibili all'esercizio della funzione parlamentare come tali coperti dalla sfera di insindacabilità di cui all'art. 68 Cost.

L'art. 68, comma 1, Cost. prevede che i membri del Parlamento non possano essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni.

Tale prerogativa, come si è detto, va ricondotta al concetto di immunità penale. In proposito, l'art. 3 c.p. stabilisce il principio di obbligatorietà della legge penale per tutti coloro, cittadini o stranieri, che si trovino nel territorio dello Stato italiano, salvo le ipotesi previste dal diritto pubblico interno, ovvero dal diritto internazionale. Si parla, in proposito, appunto, di immunità personali, le quali possono essere

normativamente previste dal diritto pubblico (es. Capo dello Stato, Giudici della Corte costituzionale, membri del CSM, membri del Parlamento, consiglieri regionali), ovvero dal diritto internazionale (Capi di Stato esteri, ministri di Stati esteri, agenti diplomatici, sommo Pontefice).

La ratio di tali immunità penali è, quindi, ravvisabile nella finalità di garantire il libero esercizio di funzioni particolarmente rilevanti nella vita istituzionale del nostro Paese e di tutelare i soggetti che le esercitano dal rischio di iniziative giudiziarie strumentali e persecutorie.

Per quel che maggiormente interessa ai fini della presente esposizione, quanto all'ampiezza dell'area di non punibilità per i reati commessi dai parlamentari nell'esercizio delle proprie funzioni, deve ricordarsi che il disposto dell'art. 68 Cost. va letto alla luce dell'art. 3 della l. n. 140 del 2003.

L'art. 3 della l. n. 140 del 2003 prevede, infatti, che "l'articolo 68, comma 1, della Costituzione si applica in ogni caso per la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altro atto parlamentare, per ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento".

Quanto alla natura giuridica di tale immunità, superate le tesi che considerano il soggetto

immune come non destinatario delle norme penali ovvero che fanno ricorso alla figura dell'incapacità penale, maggiormente accreditate le impostazioni dottrinarie che fanno riferimento alle cause di giustificazione, *sub specie* di esercizio del diritto o adempimento del dovere, ovvero alle cause di non punibilità in senso stretto. Tende a prevalere la prima ricostruzione (cfr. Cassazione penale, 5 marzo 2010, n.13198, sez. V), con tutto ciò che ne consegue in punto di sanzionabilità in altri rami dell'ordinamento, impedibilità della condotta, erronea rappresentazione della stessa da parte dell'agente (art. 59, co. 4) e comunicabilità ai concorrenti ai sensi dell'art. 119, co. 2 c.p.

Il fondamento della non punibilità riposa, infatti, sul bilanciamento tra l'interesse a preservare la libertà di esercizio delle funzioni parlamentari e l'interesse alla tutela dei beni dei soggetti che possono essere lesi da quella attività.

Dalla *ratio* così chiarita della speciale ipotesi di non punibilità è possibile individuarne l'ambito di applicazione. Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale sul tema è enucleabile il principio secondo il quale la prerogativa di cui all'art. 68 Cost non può mai tradursi in un privilegio di natura personale e, perciò, l'immunità dalla giurisdizione non può discendere *de plano* dalla mera qualità di parlamentare. Di tal che, la giurisprudenza della Corte si è andata sviluppando attorno al c.d. nesso funzionale, il quale esprime la necessità che le esternazioni del parlamentare siano tali da presentare una sostanziale identità contenutistica rispetto a quelle manifestate



nella sede istituzionale ancorché riprodotte *extramoenia*; in sostanza, l'attività esterna deve costituire un *continuum* dell'attività politica.

Soluzione

La sentenza in esame conferma l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria.

- Quanto al profilo della esatta individuazione della natura giuridica della condotta del parlamentare, la Corte accoglie la censura del ricorrente, ritendendo configurabile nel caso di specie, non il delitto di diffamazione aggravata, bensì il meno grave reato previsto e punito dall'art. 3 della legge 654 del 1975. Invero, il reato di diffamazione è costituito dall'offesa ad una persona determinata e non può essere, quindi, ravvisato nel caso in cui vengano scritte o pronunciate frasi offensive nei confronti di una o più persone appartenenti ad una categoria indistinta, anche se limitata, di persone. Le invettive riferite, in genere, al popolo Rom integrano, invece, il reato previsto dall'art. 3, comma 1, lett a) della L. 654/75 (ora art. 604 bis c.p.)
- In merito, invece, alla doglianza relativa alla mancata applicazione dell'esimente di cui all'art. 68 Cost., la Corte ricorda, anzitutto, i principi desumibili dalla sentenza 379 del 1996 della Corte costituzionale, secondo cui l'immunità prevista dall'art. 68 Cost. costituisce “*lo strumento principe per assicurare l'autonomia e la libertà delle Camere e come dunque essa,*

correlativamente, non possa considerarsi espressione di un privilegio spettante alla persona del parlamentare, ma lo strumento di cui il parlamentare si avvale nell'esercizio e nei limiti dell'esercizio delle relative funzioni, sul quale riposa la relativa ratio giustificativa”.

- Inoltre, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza teorica e pratica, che la pronuncia in commento ritiene di dover dar seguito, la prerogativa prevista dall'art. 68 Cost. non si esaurisce nel compimento degli atti tipici del mandato parlamentare, ma comprende anche quell'attività extraparlamentare che risulti in qualche modo connessa alla prima (quale ad esempio, il comizio durante il quale il parlamentare illustra le sue iniziative e ricerca il sostegno dei cittadini). Ed infatti, soggiunge la Corte, la norma duci all'art 3 della legge 140/2003 non ha “*mutato il principio del legame funzionale, necessario per la configurazione della giustificazione contenuta nel testo costituzionale, fra le opinioni espresse o gli atti compiuti e l'esercizio di funzioni parlamentari*”. In altre parole, per poter applicare l'art. 68, comma 1, Cost., deve esistere un legame funzionale fra l'opinione espressa o gli atti compiuti e l'esercizio di funzioni parlamentari: e ciò, perché “*non qualsiasi opinione espressa dai membri delle Camere è sottratta alla responsabilità giuridica, ma soltanto le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni*”. Diversamente opinando, la prerogativa dell'insindacabilità si trasformerebbe in un inammissibile privilegio personale,



quale sarebbe un'immunità dalla giurisdizione conseguente alla mera qualità di parlamentare.

- Sulla scorta di tali presupposti, la decisione de quo respinge il motivo di ricorso che invocava l'applicazione dell'esimente costituzionale di cui all'art. 68, poiché le esternazioni dell'Onorevole europeo si ponevano del tutto al di fuori dei temi trattati in sede parlamentare.



Temi Svolti

I temi svolti sono reali esercitazioni, giudicate brillanti e svolte da chi ha poi vinto il concorso. Si tratta, quindi, di un efficace strumento di confronto a disposizione di chi affronta il concorso che, tuttavia, non è comparabile, quanto a precisione e riferimenti giurisprudenziali, agli ordinari articoli di dottrina e agli altri articoli della rivista

Amministrativo

Sull'esclusione della gara d'appalto per grave illecito professionale, con particolare riferimento ai profili di tutela giurisdizionale.

di Danilo Carrozzzo

L'amministrazione pubblica, nell'esercizio dell'attività di cura dell'interesse collettivo, ordinariamente reperisce beni e servizi sul mercato mediante contratti di diritto privato. Secondo una diffusa opinione, avallata dal novellato articolo 1 co. 1 *bis* L. 241/90, l'amministrazione stipula contratti di diritto privato nell'esercizio della propria autonomia negoziale, che è espressione di una più ampia capacità di diritto privato. Non vi è umanità di vedute circa l'ampiezza di tale capacità: secondo alcuni interpreti, essa è parziale e limitata ai soli casi espressamente previsti dalla legge, in ragione del principio di legalità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost; secondo altri interpreti, tale capacità è illimitata in virtù del riconoscimento di cui all'art. 1, L. 241/90, nonché in ragione dell'assenza di limiti espressi. Occorre al riguardo dare atto che nel dibattito ermeneutico vi è diffusa adesione alla tesi dottrinale secondo la quale l'autonomia

negoziale dell'amministrazione è limitata nel fine, a differenza dei privati: essa è comunque sottesa al soddisfacimento di un pubblico interesse.

Al fine di garantire il corretto impegno dello strumento negoziale e la sua funzionalizzazione al pubblico interesse, il legislatore ha sempre disciplinato con norme speciali il procedimento di evidenza pubblica, ossia la successione di atti volta alla selezione del contraente privato ed alla stipula del contratto.

Prima di esaminare la disciplina dell'istituto, occorre sottolineare che la *ratio* di tale disciplina ha subito una profonda evoluzione. Si è, infatti, passati da una disciplina di carattere contabilistico, ossia volta a preservare le finanze pubbliche, ad una finalità c.d. pro-concorrenziale, ossia volta a garantire la parità di trattamento degli operatori economici nel mercato unico europeo. E' comune l'opinione secondo la quale queste due funzioni attualmente coesistono.

Attualmente la materia degli appalti e delle concessioni pubbliche è regolata nel d.lgs.50/16. Tali sono, infatti, le fattispecie negoziali di cui l'amministrazione fa maggiore utilizzo. Per quanto qui di maggiore interesse occorre soffermarsi sulla

prima delle due categorie.

La **nozione** di appalto pubblico è fornita dal legislatore che, all'art. 3, lett. ii) del summenzionato decreto, ne fornisce la nozione, quale contratto a titolo oneroso, stipulato tra amministrazione e privati, avente ad oggetto l'esecuzione di lavori, le forniture di prodotti e la prestazione di servizi.

Il contratto di appalto pubblico, da un punto di vista contabilistico, ha **natura** di contratto passivo, in quanto comporta un'uscita patrimoniale per lo Stato. Da un punto di vista civilistico, esso è riconducibile al tipo contrattuale dell'appalto (art. 1655 c.c.), rispetto al quale, tuttavia, differisce sotto taluni profili espressamente disciplinati dal decreto 50/16, e perciò assume connotati di specialità.

L'appalto pubblico, inoltre, **differisce** dalla concessione in quanto nel primo caso vi è, per il privato, una remunerazione certa e diretta, costituita dal corrispettivo, mentre nella concessione la remunerazione del privato deriva dalla gestione dell'opera o del servizio affidato in concessione, e quindi il privato assume il rischio legato alla gestione. La **disciplina** del procedimento per addizione alla stipula in esame è

tradizionalmente scandita in diverse fasi lasciate sostanzialmente invariate dal recente decreto legislativo 50/16. Esse, *ex art.* 32 d.lgs. 50/16, sono: la determinazione a contrarre, la pubblicazione del bando, la presentazione delle offerte, la valutazione delle offerte, l'aggiudicazione, il controllo e la stipula del contratto.

Tale procedimento è funzionale alla scelta del contraente in base al possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi ed all'offerta tecnico-economica presentata, e la selezione avviene in base al sistema ed ai criteri prestabiliti dall'amministrazione nella determina a contrarre.

Si osservi che, nel procedimento di selezione del contraente, la valutazione delle offerte si colloca, da un punto di vista logico, in un momento successivo rispetto a quello di accertamento dei requisiti richiesti dalla legge e dal bando di gara, la cui mancanza comporta l'esclusione dal procedimento, precludendo logicamente alla valutazione dell'offerta.

La materia dei requisiti è regolata dagli artt. 80 ed 83 del decreto in esame. Al fine di sistematizzare l'istituto, è possibile distinguere tra requisiti oggettivi, aventi ad oggetto la capacità tecnico – economiche degli operatori economici (art. 83), e



requisiti soggettivi, attinenti all'onorabilità degli stessi (art. 80). Mentre la *ratio* dei primi sta nell'individuazione di contraenti dotati di capacità adeguate, la *ratio* dei secondi sta nella opportunità che lo Stato non intrattenga rapporti economici con soggetti dediti ad attività delittuose o partecipi di sodalizi di tipo mafioso. Tanto per garantire la corretta esecuzione dell'appalto, quanto per esigenze general – preventive di orientamento culturale dei consociati.

Quanto al contenuto materiale dei requisiti, l'art. 80 elenca le cause soggettive di esclusione che possono essere così sintetizzate: un primo gruppo ottiene a sentenze definitive di condanna per delitti associativi di stampo mafioso, riciclaggio e delitti contro la p.a.; un secondo gruppo (co 2) attiene agli accertamenti prefettizi di continuità mafiosa; un terzo gruppo (co 4) attiene all'accertato inadempimento degli obblighi tributari e contributivi. Vi è poi, al co.5 un elenco eterogeneo di situazioni che non richiedono accertamento dell'organo giurisdizionale o di amministrazioni terze. Tra queste spiccano, alla lettera c), gli illeciti professionali commessi dall'operatore economico, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrati dalla stazione appaltante stessa. Il legislatore

definisce la categoria degli illeciti professionali solo in chiave funzionale. Può desumersi che siano tali tutte le condotte, latamente illecite, in quanto idonee a confutare l'affidabilità dell'operatore. Il periodo successivo enumera alcuni casi, individuati *in primis* nelle significative carenze nell'esecuzione di procedimenti contratti di appalto che ne hanno causato rivoluzione anticipata confermata in giudizio, ovvero che hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno ed a altre sanzioni. In tale caso, quindi, il legislatore rimette alla valutazione discrezionale della stazione appaltante la possibilità di desumere l'inaffidabilità dell'operatore da precedenti condotte scorrette tenute nell'ambito professionale e di determinazione l'esclusione dalla procedura. Lo stesso potere sussiste ove l'amministrazione dimostri un tentativo di influenzare la decisione della stessa o di ottenere informazioni riservate. Infine, è contemplata la ipotesi di cui l'operatore abbia fornito informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare decisioni di esclusione o di aggiudicazione, nonché ogni altra ammissione di informazione.

Il legislatore non specifica la natura tassativa o meno di tale elenco. Tuttavia, in virtù del

principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83 co. 6), riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa dominante, si può argomentare la stessa natura tassativa.

Quanto alla conseguenza in caso di mancato possesso dei requisiti, ai sensi dell'art. 80 co. 6, l'accertamento dell'assenza di tali presupposti fonda in ogni momento il potere di esclusione dell'operatore della selezione. La formulazione del co. 6, che utilizza il verbo al tempo presente del modo indicativo, induce a sostenere la natura vincolata del potere di esclusione, ed il carattere vincolato del provvedimento di esclusione a fronte dell'accertamento del presupposto. Tuttavia, si è può osservare che la disciplina dei presupposti è ricca di locuzioni indeterminate che necessitano di attività ermeneutica di contestualizzazione (ad esempio, si parla di "dubbia integrità") e pertanto secondo alcuni si tratta di valutazioni discrezionali, quantomeno ove ricorrano tali locuzioni. In particolare, la contestualizzazione di termini giuridicamente indeterminati sarebbe frutto di una discrezionalità tecnica nella quale è insita una componente soggettiva ed opinabile di valutazione.

Circa le modalità concrete di estrinsecazione del potere di esclusione, sebbene l'art. 80

preveda l'astratta possibilità che l'esclusione avvenga in ogni momento della procedura, al fine di rendere certo ed efficiente il procedimento, il legislatore ha previsto all'art. 29 un subprocedimento di valutazione dei requisiti che termina con la pubblicazione di un motivato provvedimento di ammissione/ esclusione.

Tale disciplina procedimentale ha sensibilmente modificato l'aspetto della **tutela giurisdizionale** in caso di esclusione. Infatti, in virtù della contestuale novella dell'art. 120 c.p.a., e della introduzione del co 2 *bis*, il legislatore ha stabilito un termine decadenziale in virtù del quale le doglianze sulla ammissione/esclusione degli operatori devono avvenire entro trenta giorni dal provvedimento in esame. Pertanto, non è più ammissibile la proposizione di un ricorso sull'aggiudicazione fondato sui motivi di esclusione dalla procedura.

La **ratio** della norma è di carattere deflattivo. Tuttavia, alcuni autori hanno sottolineato che essa potrebbe, al contrario, aumentare il contenzioso, indicando gli operatori ad impugnare le altrui ammissioni prima di conoscere l'esito della gara.

Tale osservazione, peraltro, ha indotto taluni interpreti a riflettere sulla **natura**

dell'azione volta ad impugnare l'esclusione, ritenendo che in tale caso l'impugnazione prescinde da un interesse diretto ed attuale del soggetto che impugna, e si tratta di una giurisdizione cd. oggettiva, volta a garantire la legalità dell'appalto. Altri interpreti, viceversa, ritengono comunque ravvisabile un interesse soggettivo alla corretta formazione della platea dei partecipanti alla gara.

Occorre, infine, soffermarsi sulle tipologie di sindacato del giudice sul provvedimento di esclusione viziato da eccesso di potere.

Nei casi di potere vincolato, si ritiene generalmente che il giudice possa valutare le sussistenze dei presupposti dell'esclusione, come nei casi di cui all'art. 80 co.1, cioè di condanna passante in giudicato. Viceversa, suscita maggiori dubbi il caso di cui all'art. 80 co. 5, lett.c), in quanto sussistono profili di discrezionalità nella valutazione dei presupposti. Infatti, Il giudice, in virtù del principio di separazione dei poteri, codificato all'art. 34 co.2 c.p.a. e 31 co.3 c.p.a., non può interferire con l'esercizio della discrezionalità amministrativa, altrimenti eccedendo nell'esercizio del potere giurisdizionale. In virtù di tale principio, secondo l'opinione maggioritaria degli interpreti, in questi casi il giudice

dovrebbe limitarsi ad un sindacato cd. estrinseco, cioè ad apprezzare la manifesta illogicità della motivazione o il grave travisamento dei fatti, mantenendosi estraneo alla valutazione delle motivazioni opinabili connotate da un ineliminabile componente soggettiva –discrezionale.



Pillole di Diritto

a cura di Luca Cestaro

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

Civile

La pillola di diritto del 3 dicembre 2019

*#responsabilitàsanitaria #decalogo sul
#consensoinformato*

Cassazione civile sez. III, n.28985 dell'11 novembre 2019

L'omessa acquisizione del consenso informato in ordine al trattamento sanitario è una condotta potenzialmente plurioffensiva in quanto, oltre a ledere il diritto all'autodeterminazione, può ledere il diritto alla salute; ciò, in particolare, avviene nel caso in cui il paziente dimostri che non si sarebbe sottoposto alle cure nel caso in cui avesse ricevuto tutte le informazioni dovute.

La Cassazione declina il principio con riferimento alle varie ipotesi possibili e definisce il criterio di riparto dell'onere della prova.

**

La manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria, costituisce esercizio di un autonomo diritto soggettivo all'autodeterminazione proprio della persona fisica (la quale in piena libertà e consapevolezza sceglie di sottoporsi a terapia farmacologica o ad esami clinici e strumentali, o ad interventi o trattamenti anche invasivi, laddove comportino costrizioni o lesioni fisiche ovvero alterazioni di natura psichica, in funzione

della cura e della eliminazione di uno stato patologico preesistente o per prevenire una prevedibile patologia od un aggravamento della patologia futura), che - se pure connesso - deve essere tuttavia tenuto nettamente distinto - sul piano del contenuto sostanziale - dal diritto alla salute, ossia dal diritto del soggetto alla propria integrità psico-fisica (cfr. [Corte costituzionale, sentenza 23.12.2008 n. 438](#) "...il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'[art. 2 Cost.](#), che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli [artt. 13 e 32 Cost.](#), i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"

...

La violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni:

- a) un danno alla salute, quando sia ragionevole ritenere che il paziente - sul quale grava il relativo onere probatorio - se correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento (onde non subirne le conseguenze invalidanti);*
- b) un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, predicabile se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute. (ex*

multis [Cass. 2854/2015](#); [24220/2015](#); [Cass. 24074/2017](#); [Cass. 16503/2017](#); [Cass. 7248/2018](#)).

Possono, pertanto, prospettarsi le seguenti situazioni conseguenti ad una omesso od insufficiente informazione:

A) omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe in ogni caso scelto di sottoporsi, nelle medesime condizioni, "hic et nunc": in tal caso, il risarcimento sarà limitato al solo danno alla salute subito dal paziente, nella sua duplice componente, morale e relazionale;

B) omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento sarà esteso anche al danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente;

C) omessa informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute (inteso anche nel senso di un aggravamento delle condizioni preesistenti) a causa della condotta non colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento, sarà liquidato con riferimento alla violazione del diritto alla autodeterminazione (sul piano puramente equitativo), mentre la lesione della salute - da considerarsi comunque in relazione causale con la condotta, poichè, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito - andrà valutata in relazione alla eventuale situazione "differenziale" tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento ed il preesistente stato patologico invalidante del soggetto;

D) omessa informazione in relazione ad un intervento che non abbia cagionato danno alla salute del paziente, cui egli avrebbe comunque scelto di sottoporsi: in tal caso, nessun risarcimento sarà dovuto";

E) Omissione/inadeguatezza diagnostica che non abbia cagionato danno alla salute del paziente, ma che gli ha tuttavia impedito di accedere a più accurati ed attendibili accertamenti (come nel caso del tri-test eseguito su di una partoriente, senza alcuna indicazione circa la sua scarsa attendibilità e senza alcuna, ulteriore indicazione circa l'esistenza di test assai più attendibili, quali l'amniocentesi, la villocentesi, la translucenza nucale): in tal caso, il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, alla autodeterminazione sarà risarcibile (giusta il già richiamato insegnamento del giudice delle leggi) qualora il paziente allegghi che, dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione, gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente - salva possibilità di provata contestazione della controparte.

"Il risarcimento del danno da lesione del diritto di autodeterminazione che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, pur necessario ed anche se eseguito "secundum legem artis", ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, dovrà conseguire alla allegazione del relativo pregiudizio ad opera del paziente, riverberando il rifiuto del consenso alla pratica terapeutica sul piano della causalità giuridica [ex art. 1223 c.c.](#) e cioè della relazione tra evento lesivo del diritto alla autodeterminazione -

perfezionatosi con la condotta omissiva violativo dell'obbligo informativo preventivo - e conseguenze pregiudizievoli che da quello derivano secondo un nesso di regolarità causale.

Il paziente che allegghi l'altrui inadempimento sarà dunque onerato della prova del nesso causale tra inadempimento e danno, posto che:

- a) il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico;*
- b) il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla scelta soggettiva del paziente, sicchè la distribuzione del relativo onere va individuato in base al criterio della cd. "vicinanza della prova";*
- c) il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di necessità/opportunità dell'intervento operata dal medico costituisce eventualità non corrispondente all'"id quod plerumque accidit".*

Tale prova potrà essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza, le presunzioni, queste ultime fondate, in un rapporto di proporzionalità diretta, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessità dell'operazione, non potendosi configurare, "ipso facto", un danno risarcibile con riferimento alla sola omessa informazione, attesa l'imprevedibilità di danni "in re ipsa" nell'attuale sistema della responsabilità civile".

La pillola di diritto del 30 novembre 2019

#civile #contratto #interpretazione

Corte di Cassazione, sez. II, ord. n. 30686 del 25 novembre 2019

L'interpretazione del contratto consiste nel determinare una realtà storica ed obiettiva, qual è la volontà delle parti

espressa nel contratto ed è perciò rimessa, normalmente, al giudice di merito.

Il ricorso per Cassazione in materia deve, quindi, appuntarsi sulla violazione o sulla mancata applicazione delle norme di interpretazione di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. e non può consistere in una mera critica del convincimento maturato dal giudice di merito.

Tuttavia, nel caso in cui l'interpretazione del giudice di merito non sia motivata e appaia frutto di una "congetturazione interiore" che porta a un risultato difforme dal significato letterale delle espressioni utilizzate nel contratto, il ricorso per cassazione non deve contestare, con specificità, la ratio decisoria avversata (non esplicitata nella decisione impugnata).

Questo il principio di diritto:

Fermo restando che l'interpretazione del contratto resta tipico accertamento devoluto al giudice del merito, tuttavia, nel caso in cui non sia dato rinvenire il criterio ermeneutico che ha indirizzato l'opera del predetto giudice, peraltro in presenza d'emergenze semantiche obiettivamente non corroboranti l'interpretazione proposta, sussiste la violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1362 c.c. e segg., senza che occorra ulteriormente onerare il ricorrente di ricercare egli, con specificità, la ratio decisoria avversata; infatti, il giudice viene meno al dovere d'interpretazione secondo i canoni legali, ove fornisca un'esegesi svincolata da regole conoscibili, nel senso di verificabili attraverso il vaglio probatorio, e non giustificata dal contenuto letterale dello strumento negoziale;

La pillola di diritto dell'11 dicembre 2019

#mutuodissenso #leasingfinanziario #disciplina

Cassazione civile sez. III, 31/10/2019, n.27999

A seguito del mancato pagamento dei canoni di leasing immobiliare da parte della ditta individuale utilizzatrice, le parti hanno sottoscritto, prima, un accordo inteso a disciplinare la prosecuzione del rapporto, con svincolo parziale del pegno costituito a favore della concedente a copertura dei canoni insoluti maturati; poi, le parti hanno dato vita a un negozio solutorio “avendo l'utilizzatrice, con l'assenso della concedente, restituito il bene immobile e cessato il pagamento dei canoni”.

L'utilizzatrice, tuttavia, ha invocato la risoluzione del contratto e chiesto la restituzione integrale dei canoni versati oltre al risarcimento del danno.

La Corte conferma l'applicabilità al leasing finanziario cd. traslativo – quello che al termine del rapporto dietro pagamento di un'ultima rata di solito più consistente consente il passaggio della proprietà del bene all'utilizzatore - l'art. 1526 c.c. co. 2, norma dettata per il contratto tipico della vendita con riserva di proprietà, nella parte in cui consente al giudice di ricondurre ad equità la pattuizione che disponga che il concedente possa trattenere i canoni pagati al momento della risoluzione.

La Corte conferma anche l'inapplicabilità al leasing traslativo dell'art. 1418 co. 1 in tema di risoluzione (anche) dei contratti a esecuzione continuata o periodica in quanto nel leasing traslativo non v'è un rapporto di

corrispettività tra le singole prestazioni che, invece, sono inserite nell'ambito di un rapporto in cui è compensato tanto il godimento quanto una parte del valore di acquisto.

Infine, la Corte afferma il seguente principio di diritto:

In tema di scioglimento per mutuo consenso, ai sensi dell'art. 1372 c.c., comma 1, del contratto di leasing traslativo, non trova applicazione - neppure analogica- la disposizione dell'art. 1526 c.c. che prevede il ripristino delle originarie posizioni delle parti contraenti attraverso la restituzione all'utilizzatore delle rate versate ed il riconoscimento al concedente del diritto all'equo compenso per l'uso del bene, difettando nel caso di accordo solutorio l'indefettibile presupposto legale dell'inadempimento imputabile a colpa dell'utilizzatore che determina la risoluzione del contratto, atteso che i contraenti -nell'esercizio della loro autonomia negoziale- hanno valutato confacente ai propri interessi non dare ulteriore seguito alla esecuzione del rapporto obbligatorio, ritenendosi soddisfatti dalla parziale attuazione del contratto. In tal caso il contratto solutorio puro -che non contenga ulteriori disposizioni concernenti il rapporto estinto- produce quale unico effetto quello della liberazione delle parti contraenti dall'obbligo di eseguire le ulteriori prestazioni ancora dovute in virtù del precedente contratto

Per gli ulteriori spunti in tema di negozio solutorio si rimanda agli stralci della motivazione riportati di seguito



3.2 Orbene, fermo il consolidato orientamento giurisprudenziale -che non ha subito rimeditazioni neppure dopo l'introduzione nell'ordinamento - tramite il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 59 - della L. Fall., art. 72 quater (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 8687 del 29/04/2015), per cui il contratto di leasing finanziario può atteggiarsi diversamente secondo che si venga a configurare in base agli accordi delle parti come leasing di puro godimento (in tal senso l'impiego temporaneo da parte dell'utilizzatore esaurisce la funzione economica del bene: Corte cass. Sez. 1, Sentenza n. 13418 del 23/05/2008) o invece come leasing cd. traslativo (in tal, caso la durata del contratto è predeterminata solo in funzione dell'ulteriore differito trasferimento del bene e della rateizzazione del prezzo d'acquisto, caratterizzandosi l'operazione negoziale per il fatto di avere ad oggetto beni atti a conservare, alla scadenza del rapporto, un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione, cosicché i canoni hanno la funzione di scontare anche una quota del prezzo di previsione del successivo acquisto: cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 4969 del 02/03/2007; id. Sez. 1, Sentenza n. 13418 del 23/05/2008; id. Sez. 3, Sentenza n. 73 del 08/01/2010; id. Sez. 3, Sentenza n. 19287 del 10/09/2010; id. Sez. 3, Sentenza n. 19732 del 27/09/2011) e ribadito il principio di diritto secondo cui soltanto alla seconda figura negoziale trova applicazione (in via analogica, in assenza di diversa pattuizione dei contraenti: Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 73 del 08/01/2010; id.

Sez. 1, Sentenza n. 2538 del 09/02/2016; id. Sez. 5 -, Sentenza n. 8110 del 29/03/2017) lo statuto della vendita conriserva della proprietà e, dunque, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore anche le disposizioni dell'art. 1526 c.c., da ritenersi inderogabili "in pejus" (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 19732 del 27/09/2011), osserva il Collegio che, alla stregua delle indicate premesse in fatto, la tesi difensiva prospettata dal ricorrente con i primi quattro motivi di ricorso -che per la stretta connessione possono essere esaminati congiuntamente- è da ritenersi palesemente destituita di fondamento.

3.3 Contraria a diritto è l'affermazione secondo cui il Giudice, nell'applicazione della norma di cui all'art. 1526 c.c., deve prescindere dal concreto assetto negoziale degli interessi risultante dal contratto e dalla sua esecuzione. E' appena il caso di evidenziare, al proposito, come lo stesso art. 1526 c.c., al comma 2, richiamato espressamente dal comma 3, riservi alle parti contraenti ampi margini di discrezionalità nella definizione degli accordi restitutori in caso di risoluzione del contratto per inadempimento imputabile a colpa dell'utilizzatore, anche in deroga alla disciplina del comma 1, riconducendoli -secondo la interpretazione che ne ha fornito questa Corte-nella facoltà di stipula di una clausola penale, in relazione alla quale al Giudice è conferito il potere di "reductio ad aequitatem" della indennità convenuta. Lo stesso comma 1 dell'art. 1526 c.c. individua un criterio di contemperamento fondato sulla valutazione del risultato negoziale



programmato dalle parti, andato deluso dalla anticipata risoluzione del contratto, dovendo bilanciarsi l'obbligo di restituzione delle rate versate con l'"equo compenso" che l'utilizzatore è tenuto a corrispondere al concedente per il godimento del bene.

Rimane quindi destituita di fondamento, alla stregua della stessa lettura delle disposizioni dell'art. 1526 c.c., la tesi principale del ricorrente secondo cui la risoluzione del contratto di leasing traslativo imporrebbe sempre e comunque la integrale restituzione di tutti i canoni corrisposti dall'utilizzatore.

3.4 Il dedotto vizio di errore nell'attività di giudizio deve ritenersi infondato anche in relazione alla censura svolta in grado subordinato con la quale si contesta al Giudice di merito di aver confuso la funzione riconosciuta da questa Corte di legittimità alla norma di cui all'art. 1526 c.c., comma 2, intesa al controllo mediante la "reductio ad aequitatem" della "indennità" pattuita in forma di clausola penale con la definitiva acquisizione -in deroga al comma 1-di tutte le rate dei canoni già versate al locatore (lessor), con la diversa funzione, che prescinde del tutto da quella risarcitoria, da riconoscere, invece, alla norma di cui all'art. 1458 c.c., comma 1, -applicabile secondo il ricorrente anche al contratto di leasing traslativo- volta a riequilibrare la originaria posizione delle parti contraenti, tenendo conto delle prestazioni "medio tempore" eseguite.

3.5 Orbene non è dubitabile che il controllo del Giudice, rivolto ad impedire illegittime locupletazioni e sperequazioni del concedente in

danno dell'utilizzatore, trova giustificazione laddove le parti contraenti abbiano pattuito, nel caso di inadempimento dell'utilizzatore, condizioni che determinino un risultato sproporzionato a favore del contraente-concedente adempiente rispetto al vantaggio consistente nel margine di guadagno che lo stesso si riprometteva legittimamente di trarre dalla regolare esecuzione del contratto (cfr. Corte cass. Sez. 3, Ordinanza n. 18326 del 12/07/2018, richiamata nella motivazione della sentenza di appello).

*Nel caso di specie, tuttavia, una volta rigettate entrambe le domande di risoluzione del contratto di leasing per inadempimento colpevole, reciprocamente formulate dalle parti, ed accertato che il contratto si era invece sciolto per mutuo consenso, non vi era alcuna necessità di procedere al controllo di eventuali sperequazioni determinate a seguito di clausole di risarcimento forfetario del danno, **risultando negata alla radice la stessa responsabilità per colpa dell'utilizzatore per danno patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 1218 c.c., presupposto indefettibile per dare corso alla applicazione dell'art. 1526 c.c., nè peraltro veniva in questione la necessità di procedere al predetto controllo giudiziale di un eventuale "indebito vantaggio" in relazione alla entità dell'"equo compenso" dovuto per il godimento dell'immobile, atteso che le parti nel definire consensualmente lo scioglimento del rapporto non avevano convenuto in proposito alcuna clausola intesa a scindere, nell'ambito delle rate versate, la componente relativa al prezzo di acquisto da quella concernente il godimento del bene, prevedendo un obbligo restitutorio della prima (fatto incontroverso).***

(...)



3.9 La decisione della Corte territoriale va dunque confermata nel dispositivo, anche se deve essere corretta la motivazione, alla stregua del seguente principio di diritto:

"In tema di scioglimento per mutuoconsenso, ai sensi dell'[art. 1372 c.c.](#), comma 1, del contratto di leasing traslativo, non trova applicazione - neppure analogica- la disposizione dell'[art. 1526 c.c.](#) che prevede il ripristino delle originarie posizioni delle parti contraenti attraverso la restituzione all'utilizzatore delle rate versate ed il riconoscimento al concedente del diritto all'equo compenso per l'uso del bene, difettando nel caso di accordo solutorio l'indefettibile presupposto legale dell'inadempimento imputabile a colpa dell'utilizzatore che determina la risoluzione del contratto, atteso che i contraenti -nell'esercizio della loro autonomia negoziale- hanno valutato confacente ai propri interessi non dare ulteriore seguito alla esecuzione del rapporto obbligatorio, ritenendosi soddisfatti dalla parziale attuazione del contratto. In tal caso il contratto solutorio puro -che non contenga ulteriori disposizioni concernenti il rapporto estinto- produce quale unico effetto quello della liberazione delle parti contraenti dall'obbligo di eseguire le ulteriori prestazioni ancora dovute in virtù del precedente contratto".

4. Rimane, conseguentemente, priva di fondamento anche la censura di violazione dell'[art. 1458 c.c.](#) per omessa applicazione degli effetti restitutori, in quanto tale norma è volta a regolare esclusivamente la fattispecie della risoluzione per inadempimento colpevole del contratto a prestazioni corrispettive, trovando peraltro limite -quanto ai predetti effetti-

nelle prestazioni, già eseguite, dei "contratti di durata" (comma 1): dovendo ulteriormente precisarsi, a quest'ultimo proposito, come tale limitazione operi laddove il connotato della durata realizzi una effettiva sinallagmaticità tra le prestazioni, ipotesi che ricorre soltanto nel caso del leasing finanziario di godimento e non anche nel leasing traslativo, in tal caso trovando regola, la disciplina della risoluzione per inadempimento, esclusivamente nell'[art. 1526 c.c.](#) concernente la vendita con riserva di proprietà ed applicabile in via analogica.

Costante è infatti la giurisprudenza di questa Corte che nega al leasing traslativo "la natura di contratto ad esecuzione continuata o periodica" ritenendo "inapplicabile il regime dell'[art. 1458 c.c.](#), comma 1, seconda ipotesi, non essendo in esso ravvisabile quella perfetta corrispettività a coppie delle prestazioni reciproche e periodiche che caratterizzano invece il leasing tradizionale, poiché tali prestazioni non solo non sono separabili giuridicamente ed economicamente dalle precedenti e dalle successive, ma non realizzano costantemente, durante la vita del rapporto, l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione e controprestazione, costituendo ciascun canone il corrispettivo sia della concessione in godimento, per la parte già eseguita fino al momento della risoluzione, sia del previsto trasferimento della proprietà del bene, sicché non sussiste equivalenza delle posizioni delle parti al momento dell'anticipata risoluzione del rapporto e difetta quindi il presupposto essenziale per l'applicazione della disciplina dell'[art. 1458](#) citato" (cfr. Corte [cass. Sez. U. Sentenza n. 65 del 07/01/1993](#), che richiama il



precedente di Corte [cass. Sez. 1, Sentenza n. 5572 del 13/12/1989](#)).

4.1 In tema di contratti, lo scioglimento per mutuo dissenso, infatti, in difetto di diversa specifica pattuizione negoziale, non opera retroattivamente a differenza di quanto previsto dalla legge nell'ipotesi dirisoluzione per inadempimento - ed alla cessazione del rapporto non consegue il ripristino dello "status quo ante" che, anzi, deve ritenersi implicitamente escluso per effetto della globale valutazione compiuta dalle parti all'atto della caducazione dell'accordo (cfr. Corte [cass. Sez. 2, Sentenza n. 5065 del 29/04/1993](#); [id. Sez. 5, Sentenza n. 20445 del 06/10/2011](#); [id. Sez. 2 -, Ordinanza n. 4827 del 19/02/2019](#)).

4.2 Lo scioglimento del contratto per mutuo dissenso (che può realizzarsi anche per "facta concludentia": Corte [cass. Sez. I, Sentenza n. 15959 del 16/08/2004](#)) si sostanzia in un nuovo contratto alla stregua del quale soltanto vanno regolati i "nuovi" effetti che vengono a determinarsi tra gli originari contraenti: sicché se il "contratto solutorio" non contiene ulteriori accordi di natura transattiva e nulla dispone in ordine alla eventuale regolamentazione delle prestazioni già eseguite nella vigenza del contratto risolto, allo stesso non può ricondursi altro effetto che quello della cessazione dei vincoli obbligatori che ancora permangono- del precedente rapporto, dovendo ritenersi che le parti contraenti abbiano ritenuta soddisfatta -secondo la rispettiva valutazione dei propri interessi- la parziale attuazione, fino a quel momento, del rapporto obbligatorio attraverso le prestazioni corrispettive già eseguite, rapporto che viene quindi ad estinguersi

consensualmente con efficacia "ex nunc" (cfr. Corte [cass. Sez. 3, Sentenza n. 683 del 10/03/1966](#); [id. Sez. 3, Sentenza n. 12476 del 11/12/1998](#)), non operando -in assenza di una diversa esplicita volontà delle parti- la disciplina legale degli [artt. 1458 e 1526 c.c.](#) che, con disposizioni speciali volte a regolare gli effetti dell'arisoluzione per inadempimento, è diretta a privare il titolo negoziale della efficacia obbligatoria, con effetto "extunc" richiedendo il ripristino (con eccezione dei rapporti di durata) dei valori patrimoniali dei contraenti nello "statu quo ante" (cfr. Corte [cass. Sez. 2, Sentenza n. 5065 del 29/04/1993](#)).

4.3 Il "negozio solutorio" ([art. 1372 c.c.](#), comma 1), considerando esaurita la causa funzionale del precedente contratto, paralizza, infatti, l'ulteriore svolgimento del rapporto obbligatorio, senza incidere sulle prestazioni già eseguite, diversamente -quindi- sia dalla risoluzione del contratto, in cui l'originario programma negoziale è divenuto inattuabile per fatti oggettivi privando di interesse una attuazione solo parziale; sia dall'altra figura del "contrariusactus" con il quale la parte intende revocare, invece, la precedente manifestazione di volontà, e che, incidendo "ab origine" sulla stessa fattispecie genetica del negozio ne impedisce il perfezionamento; quanto ancora dalle ipotesi dei vizi di invalidità assoluta e relativa del negozio che, inficiando direttamente i suoi elementi costitutivi, determinano la caducazione del titolo con effetto retroattivo ("extunc").

5. Nella specie, entrambi i Giudici di merito hanno accertato che alcun accordo modificativo del contratto di leasing traslativo, volto a disporre la prosecuzione del rapporto, era intervenuto tra le parti, e che il rapporto originario doveva invece ritenersi risolto



consensualmente "stante l'inequivoca valenza della cessazione del pagamento dei canoni seguita dalla restituzione dell'immobile, nel maggio 2010, con accettazione da parte della locatrice...." (vedi sentenza appello, in motivazione, pag. 6).

*Consegue che, in difetto di allegazione e prova di differenti accordi intervenuti tra le parti in ordine alla disciplina delle prestazioni già eseguite, il "negozio solutorio" concluso dai contraenti, operando con effetto **"ex nunc" la liberazione dal precedente vincolo obbligatorio, escludeva comunque la ripetibilità delle prestazioni già eseguite, non potendo trovare applicazione a tale fattispecie le norme degli artt. 1458 e 1526 c.c.** disciplinanti gli effetti restitutori della risoluzione del contratto per inadempimento imputabile a colpa dell'utilizzatore.*

Penale

La pillola di diritto del 7 dicembre 2019

#causalità #mortedellavoratore #concause

Corte di Cassazione, sez. IV penale, n. 48778 del 2 dicembre 2109

Il lavoratore, alla guida di un furgone fornito dalla ditta per cui lavorava, per una propria distrazione sbandava in una curva invadendo la corsia di emergenza; il tentativo di rimettere il veicolo in carreggiata, peraltro, falliva in quanto il pessimo stato dei pneumatici induceva alla perdita di controllo del mezzo con esiti fatali.

Se il lavoratore muore a seguito di incidente stradale causato dalla propria imperizia ma anche dalle mediocri condizioni dell'autoveicolo fornito dal datore di lavoro, questi risponde del reato di omicidio colposo?

La Corte fa applicazione dei principi di cui alla Sentenza a SS.UU. n.38343/2014 (Thyssenkrupp) e ribadisce che **in tema di prevenzione antinfortunistica, perché la condotta colposa del lavoratore possa ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo, è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia**

tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia.

*Deve richiamarsi ... il principio affermato dalla sentenza a Sezioni Unite n. 38343/2014 (Eisenbahn ed altri, c.d. sentenza Thyssenkrupp), in base al quale, **in tema di prevenzione antinfortunistica, perché la condotta colposa del lavoratore possa ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo, è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia**(negli stessi termini vds. Sez. 4, n. 7188 del 10/01/2018, Sozzi, Rv. 272222; Sez. 4, n.15124 del 13/12/2016 - dep. 2017, Gerosa e altri, Rv. 269603; cfr. in termini sostanzialmente identici Sez. 4, n. 15174 del 13/12/2017 - dep. 2018, Spina e altro, Rv. 273247).*

Nel caso di specie, l'infortunio è avvenuto mentre il lavoratore era impegnato in un'attività propria delle mansioni a lui affidate, essendo alla guida di un autocarro che non aveva i requisiti di sicurezza: pertanto, alla luce dei richiamati principi, a nulla rileva che egli abbia agito in modo imprudente, non avendo avuto tale comportamento alcuna portata interruttiva fra la violazione della condotta omissiva addebitata alla ricorrente e l'evento mortale. In realtà i motivi proposti investono profili di valutazione della prova e di ricostruzione del fatto



riservati alla cognizione del giudice di merito, le cui determinazioni, al riguardo, sono insindacabili in cassazione, ove siano sorrette da motivazione congrua, esauriente ed idonea a dar conto dell'iter logico-giuridico seguito dal giudicante e delle ragioni del decisum. In tema di sindacato del vizio di motivazione, infatti, il compito del giudice di legittimità non è quello di sovrapporre la propria valutazione a quella compiuta dai giudici di merito in ordine all'affidabilità delle fonti di prova, bensì di stabilire se questi ultimi abbiano esaminato tutti gli elementi a loro disposizione, se abbiano fornito una corretta interpretazione di essi, dando esaustiva e convincente risposta alle deduzioni delle parti, e se abbiano esattamente applicato le regole della logica nello sviluppo delle argomentazioni che hanno giustificato la scelta di determinate conclusioni a preferenza di altre (Sez. U. 13-12-1995, Clarke, Rv. 203428).

Nel caso di specie, dalle cadenze motivazionali della sentenza impugnata è enucleabile una attenta analisi della regidicanda, poiché i Giudici di merito sono pervenuti alle ricostruzioni dei fatti, descritti al paragrafo 2. della premessa in fatto, attraverso un itinerario logico-giuridico in nessun modo censurabile, sotto il profilo della razionalità, e sulla base di apprezzamenti di fatto non qualificabili in termini di contraddittorietà o di manifesta illogicità e perciò insindacabili in questa sede. Ciò si desume, in particolare, dalla esaustiva motivazione del giudice di primo grado, richiamata e condivisa dalla Corte d'appello, in cui afferma la non sostenibilità dei rilievi del CT tecnico di difesa, il quale peraltro non risulta aver mai visionato i luoghi e il mezzo e ha sostenuto la tesi della limite di tollerabilità dello spessore degli pneumatici, senza alcun elemento argomentativo idoneo a confutare la

tesi del CT del PM che ha, invece, obiettivamente riscontrato una minore ampiezza dei battistrada, rispetto a quanto previsto nella carta di circolazione e ha individuato tale circostanza, insieme al pessimo stato di usura e cristallizzazione, come quella che ha compromesso la manovra reattiva del conducente, che con prontezza aveva cercato di rimettere il mezzo sulla carreggiata, determinando così la perdita di controllo del mezzo e gli esiti letali del sinistro.

Coerentemente i Giudici di merito hanno valutato che, qualora la Scaglione avesse dotato il proprio dipendente di un mezzo regolare e conforme alle prescrizioni normative, munito di pneumatici conformi e in buono stato di manutenzione, con una positiva revisione da parte della motorizzazione, l'evento non si sarebbe determinato o comunque avrebbe avuto effetti meno gravi.

La pillola di diritto 9 dicembre 2019

#omicidiopreterintenzionale

#omicidiovolontario #elementopsicologico

Cassazione, sez. I penale, n. 48418 del 28 novembre 2019

Nel caso in cui l'agente abbia spinto per le scale la vittima all'esito di un'aggressione dai contorni fattuali non del tutto chiari, il giudice deve **considerare l'elemento psicologico al momento dell'azione che ha cagionato la morte (spinta)** e non all'inizio dell'aggressione (allorché



l'imputata ha iniziato a rincorrere la vittima). Se al momento dell'azione (spinta), l'aggressore ha previsto l'evento morte accettando il rischio della sua verifica, risponderà di omicidio volontario (art. 575 c.p.) e non di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.). **La preterintenzione, infatti, richiede che, al momento dell'azione "diretta a commettere" il delitto di percosse o di lesioni, vi sia una totale assenza di volontà omicida** (l'evento morte non deve essere previsto dall'agente).

Come anticipato, la diversa qualificazione giuridica della condotta omicidiaria da parte dei due giudici di merito si fonda **sul dolo dell'agente, atteso che entrambi hanno applicato il principio indiscusso in base al quale ricorre il delitto di omicidio volontario - e non quello di omicidio preterintenzionale, caratterizzato dalla totale assenza di volontà omicida - qualora la condotta dell'agente, alla stregua delle regole di comune esperienza, dimostri la consapevole accettazione da parte del medesimo anche solo dell'eventualità che dal suo comportamento potesse derivare la morte del soggetto passivo** (Sez. 1, n. 3619 del 22/12/2017 - dep. 25/01/2018, Marini e altro, Rv. 272050; Sez. 1, n. 36949 del 24/09/2014 - dep. 14/09/2015, Pollidoro e altro, Rv. 265122): il criterio distintivo tra l'omicidio preterintenzionale e l'omicidio volontario risiede, quindi, nel fatto che, nel primo caso, la

*volontà dell'agente esclude ogni previsione dell'evento morte, **mentre, nel secondo, la previsione dell'evento è necessaria e deve essere accertata in concreto, non essendosufficiente la semplice prevedibilità dello stesso*** (Sez. 1, n. 4425 del 05/12/2013 - dep. 30/01/2014, Cutrufello e altri, Rv. 259014).

Di conseguenza, lo snodo decisivo per la decisione sul punto era costituito dall'individuazione delle cause della caduta della vittima dalle scale del parcheggio, poiché erano state le lesioni conseguenti a tale caduta a provocare la morte della C.. Ebbene, come già si è trattato affrontando il ricorso della difesa dell'imputata, i giudici di merito concordano sul fatto che la vittima non fosse scivolata, né avesse perso l'equilibrio, ma fosse stata spinta volontariamente dalla M. giù dalle scale, urtando in maniera violentissima con la parte posteriore del cranio sul pianerottolo. La Corte territoriale doveva confrontarsi con le considerazioni della sentenza di primo grado che, dopo avere correttamente ribadito la sussistenza del delitto di omicidio volontario nel caso in cui l'agente, "pur non avendo l'intenzione diretta di provocare la morte della vittima, è in possesso di tutti gli elementi per prevedere il tragico epilogo e, nonostante ciò, agisce ugualmente, accettando il rischio che la sua azione, nei modi in cui è posta in essere, possa avere le tragiche conseguenze verificatesi effettivamente", osservava che, nel caso di specie, sussistevano i presupposti dell'omicidio volontario "atteso che, chiunque abbia uso di ragione e di esperienza media sa benissimo che, scaraventando violentemente dalle scale una persona, di mezza età e già stordita per la frattura dello zigomo e delle ossa nasali, può provocare fratture craniche mortali; nel caso in esame, le

modalità brutali con cui l'imputata ha aggredito la C. fino a spingerla per le scale (...) dimostrano senza dubbio che la concreta possibilità dell'evento mortale fu ben presente nell'imputata come rischio realisticamente possibile, previsto ed accettato".

La Corte territoriale, al contrario, esclude "che l'intento dell'imputata fosse anche solo in via eventuale, quello di cagionare la morte della vittima": frase non del tutto chiara, mostrando il tentativo di comprendere sia l'ipotesi del dolo eventuale che quella del dolo intenzionale; in effetti, nonostante l'art. 43 cod. pen. faccia coincidere delitto doloso e delitto "secondo l'intenzione", nell'omicidio con dolo eventuale la morte è un evento preveduto ed accettato come possibile dall'agente che, nonostante ciò, mette in atto la condotta; non invece un evento direttamente perseguito con l'azione.

La mancanza di chiarezza si coglie nel passaggio immediatamente successivo della motivazione: "Le circostanze (...) non lasciano spazio all'ipotesi sostenuta dall'Accusa, secondo cui l'imputata avrebbe deciso di cogliere di sorpresa la vittima sulle scale per ucciderla".

*Questa considerazione fa "retroagire" l'analisi del dolo al momento in cui l'imputata, avendo visto la C. imboccare le scale, aveva deciso di recarsi ella stessa verso le scale e di salirle per incontrarla: **al contrario, il dolo deve essere valutato nel momento della condotta, cioè in quello in cui la M. pose in atto la condotta di spingere la C. giù dalle scale; al contrario è irrilevante che, in un momento precedente, l'imputata avesse già deciso di uccidere la collega o avesse già immaginato di spingerla giù dalle scale: non a caso, il Giudice di primo grado aveva espressamente riconosciuto il dolo d'impeto***

dell'imputata, rappresentato efficacemente dalla testimonianza dell'automobilista in cerca di parcheggio che aveva visto la M. improvvisamente cambiare direzione e dirigersi verso le scale; ma, appunto, anche se in quel momento l'imputata non avesse immaginato l'azione che poi avrebbe compiuto (magari avendo deciso soltanto, senza riflettere, di scontrarsi con la C.), ciò non avrebbe inciso sul dolo che nel processo rilevava, quello di chi spinge l'avversario giù dalle scale. Soprattutto, non sussiste il dolo omicidiario soltanto nel caso in cui l'agente vuole uccidere la vittima ("avrebbe deciso di cogliere di sorpresa la vittima sulle scale per ucciderla"), ma anche nel caso in cui, come già osservato, la morte come conseguenza della condotta sia soltanto prevista ed accettata come possibile: cosicché l'osservazione immediatamente successiva ("se la M. avesse voluto veramente spingere all'improvviso la vittima" l'avrebbe seguita e colpita alle spalle) è totalmente incongrua rispetto alla motivazione della sentenza di primo grado e, addirittura, ipotizza una premeditazione o una preordinazione della condotta omicidiaria che il Giudice dell'udienza preliminare aveva espressamente escluso.

Amministrativo

La pillola di diritto del 5 dicembre 2019

#discrezionalitàtecnica #offertaanomala
#costodel lavoro #tabelleministeriali

Consiglio di Stato, sez. III, n. 7927 del 20 novembre 2019

Il Consiglio di Stato riafferma che la valutazione in tema di anomalia dell'offerta è di tipo tecnico discrezionale. Tanto preclude al giudice di verificare "autonomamente" la congruità dell'offerta ma consente di appurare l'esistenza di **ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara**.

Lo scostamento del costo del lavoro dalle tabelle ministeriali, anche significativo, non comporta senz'altro l'anomalia dell'offerta e, secondo ragionevolezza, la Stazione Appaltante può ritenere congrua un'offerta che, appunto, vi si discosti. In applicazione di questi principi, peraltro, il Consiglio di Stato ha disposto verifica per stimare se il differenziale del costo del lavoro proposto in offerta rispetto alle tabelle ministeriali fosse compatibile o meno con un giudizio di congruità.

La tensione tra l'intangibilità delle valutazioni tecnico-discrezionali della P.A. e la necessità di rendere un sindacato "pieno ed effettivo" sull'attività della P.A. è

evidente; è labile il confine tra sindacato diretto sulla congruità dell'offerta (la sentenza si sofferma analiticamente sulle risultanze della verifica) e sindacato relativo alla "non irragionevolezza" della valutazione operata dalla Stazione Appaltante.

**

*...Le implicazioni valutative sottese al giudizio di anomalia dell'offerta **involgono la discrezionalità***

***tecnica dell'Amministrazione la cui deliberazione non può che essere sviluppata alla stregua della costante giurisprudenza di questo Consiglio** (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 26/11/2018, n.6689, Sezione III, n. 5798 del 9.10.2018; Sez. V, 3/04/2018, n. 2051; 8/03/2018, n. 1493 e n. 1494; 5/03/2018, n. 1350; e, per questa Sezione: 1/03/2018, n. 1278 e 13/09/2017, n. 4336), secondo cui:*

*- nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta - finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - **ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione e insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara;***

- il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il



profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione;

- anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione;

- la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, mentre è richiesta una motivazione più approfondita laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 18/09/2018, n.5444; Sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5450).

...i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la

conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Consiglio di Stato sez. V, 26/11/2018, n.6689, sez. III, 18/09/2018, n.5444 ; sez. V, 07/05/2018, n. 2691; Sezione V n. 1465 del 30 marzo 2017; Consiglio di Stato, sez. III, 13/03/2018, n. 1609).

Un eventuale scostamento può, invero, essere rivelatore di inattendibilità e anti-economicità se sia consistente e rilevante ma necessita, comunque, di essere approfondito nelle sue concrete implicazioni rilevando, in definitiva, come possibile espressione di un'insanabile anomalia nei soli casi in cui si riveli privo di plausibile giustificazione.

Né è possibile fissare, a priori, in mancanza di vincolanti prescrizioni di legge, una soglia minima cogente al di sotto della quale l'eventuale differenziale debba, per definizione, ritenersi intollerabile con conseguente presunzione qualificata e non suscettiva di prova contraria di inattendibilità dell'offerta.

Nell'economia della disciplina di settore non vi sono automatismi di sorta di talchè l'eventuale scostamento, anche significativo, delle voci di costo che compongono l'offerta dalle tabelle ministeriale non vale, di per sé, a fondare, in via definitiva ed

irreversibile, un giudizio di anomalia costituendo questo solo il possibile risultato di una mirata procedura all'interno della quale vanno esplorate e valutate le possibili cause giustificative dello scostamento rilevato.

Lo stesso è a dirsi quanto alle tariffe regionali (delibera GRM n. 569 del 12.5.2014) che costituiscono pur sempre grandezze medie, sintesi di rilevazioni statistiche e che, nella stessa prospettiva della Regione Marche, valgono ad offrire un punto di riferimento, in particolare per gli EELL, per la quantificazione degli importi a base d'asta dei capitolati d'appalto al fine di evitare che eventuali ribassi vadano ad incidere sul costo del lavoro.

*Orbene, ponendosi dunque nella **corretta prospettiva della indispensabilità di un necessario approfondimento conoscitivo**, la Sezione, come già sopra anticipato, è ricorsa all'ausilio di una verifica che ha condotto all'acquisizione agli atti del giudizio di una prima relazione, il 17 agosto 2018, ed, all'esito degli ulteriori approfondimenti sollecitati dal Collegio, di una seconda relazione il 21.12.2018, nonché di una relazione finale datata 7.6.2019...*

La pillola di diritto del 2 dicembre 2019

#risarcimento #interesse legittimo
#spettanza benedella vita #chance

Consiglio di Stato, sez. V, n. 7977 del 22 novembre 2019

Il caso è relativo alla richiesta di risarcimento del danno derivante dall'illegittimo provvedimento di **diniego diligenze commerciali** relative ad attività da esercitare in un'ampia struttura di recente edificazione; il diniego aveva costretto i titolari della **struttura a "svenderla"** con un danno quantificato in 3 milioni di euro.

Il Consiglio di Stato riafferma che l'annullamento dell'atto per vizi formali o afferenti al difetto di istruttoria e alla carenza motivazionale, non consente di ritenere dimostrata la **"spettanza del bene della vita"** necessaria per riconoscere il risarcimento. L'annullamento, infatti, *"non elimina né riduce"* il potere di provvedere in ordine allo stesso oggetto dell'atto annullato e, anzi, **lascia ampio spazio in merito all'amministrazione, con il solo limite negativo di riesercizio nelle stesse caratterizzazioni di cui si è accertata l'illegittimità**, sicché non può ritenersi condizionata o determinata in positivo la decisione finale.

Nel caso di richiesta di risarcimento del danno conseguente alla lesione di un interesse legittimo pretensivo, il risarcimento è subordinato alla **dimostrazione**, secondo un giudizio prognostico, che **il provvedimento sarebbe stato rilasciato in assenza dell'agire illegittimo della pubblica amministrazione**.

Neppure può essere riconosciuto il danno da **perdita di chance** in mancanza della prova che il risultato utile sarebbe stato non



semplicemente possibile, **ma probabile, secondo una percentuale almeno pari al cinquanta per cento**(applicazione del canone del “più probabile che non”).