



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE – ANNO 1 - NUMERO 7 - GIUGNO/LUGLIO 2020

Editoriale

Quieta non movere: se “condonare” non si può, abbattere si deve.

di Arcangelo Monaciliuni

APPROFONDIMENTI

- **Civile:** La natura giuridica del condominio e la nozione di consumatore
di Renata Maddaluna
- **Penale:** Delitti contro la P.a.: profili differenziali tra concussione, induzione indebita a dare o promettere, istigazione alla corruzione, truffa aggravata dalla qualità del pubblico ufficiale con commento della casistica.
di Euplio Castelluccio
- **Amministrativo:** Il danno da mero ritardo, istituto multiforme: tra certezza del tempo dell’azione amministrativa e legittimo affidamento.
di Stefania Francesca Carrabotta

SCHEDE DI GIURISPRUDENZA

- **Amministrativo:** Abuso edilizio, ordinanza di demolizione e onere motivazionale
di Antonio Grieco
- **Civile:** L’accertamento dello status di figlio naturale e il diritto alla identità genitoriale. Corte di Cassazione, III sez. civile, 8459/2020
di Rosa Monopoli
- **Penale:** La Cassazione sui controversi rapporti tra omicidio stradale e gara di velocità non autorizzata cui consegue la morte di una o più persone.
di Mario Crispino

Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro



Sommario

SOMMARIO.....	2
Editoriale	6
Quieta non movere.....	7
APPROFONDIMENTI	11
Civile	12
La natura giuridica del condominio e la nozione di consumatore	12
1. Il condominio negli edifici	12
2. La controversa natura giuridica del condominio: ente di gestione o autonomo soggetto di diritto?.....	13
3. Il condominio può essere qualificato come consumatore?.....	16
4. La soluzione della Corte di Giustizia.....	18
Penale	20
Delitti contro la P.a.: profili differenziali tra concussione, induzione indebita a dare o promettere, istigazione alla corruzione, truffa aggravata dalla qualità del pubblico ufficiale con commento della casistica.	20
1. La tutela penale dello Stato-apparato: centralità ed evoluzione del bene giuridico tutelato.....	20
2. Il rapporto tra i reati di concussione e induzione indebita: le nuove esigenze di differenziazione e le tendenze oggettivanti della giurisprudenza	22
3. I rapporti con l'istigazione alla corruzione sulla scia delle Sezioni Unite Maldera.....	30
4. La truffa aggravata dalla qualifica di pubblico ufficiale: una fattispecie elastica in perenne rapporto con i delitti contro la P.A.....	34
5. Conclusioni.....	38
Amministrativo	40
Il danno da mero ritardo, istituto multiforme: tra certezza del tempo dell'azione amministrativa e legittimo affidamento.	40
1. La responsabilità della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali.....	42
2. Il danno da ritardo: ipotesi applicative.....	51
3. Il danno da mero ritardo: l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2005.....	57
4. La novità della L. n. n. 69/2009 e le visioni discordanti in dottrina.	58
5. Breve chiosa sull'introduzione del comma 1 bis dell'art. 2 bis, l. n. 241/1990., a opera della l. n. 69/2009..	63
6. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.5/2018: il danno da mero ritardo trova espressa cittadinanza nel nostro ordinamento?	65
7. I chiarimenti della sentenza n.358/2019 della IV Sezione del Consiglio di Stato.....	69
8. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 8236 del 2020.	70
9. Osservazioni conclusive.	77



SCHEDE DI GIURISPRUDENZA	79
Amministrativo	80
Abuso edilizio, ordinanza di demolizione e onere motivazionale	80
Consiglio di Stato, Sezione VI, Sentenza 3352/2020	80
In presenza di un abuso edilizio, la P.A. è tenuta ad osservare un onere motivazionale rafforzato? Il decorso del tempo fa venire meno i poteri sanzionatori?	80
Fatto.....	80
Norma	81
Inquadramento.....	84
Soluzione	86
Civile	87
Contratti finanziari e nullità selettiva L'accertamento dello <i>status</i> di figlio naturale e il diritto alla identità genitoriale.....	87
Corte di Cassazione, III sez. civile, 8459/2020	87
Quesito	87
Fatto.....	87
Inquadramento e soluzione.....	89
- Sulla tutela della privacy.....	89
- Sul diritto al risarcimento del danno per la lesione del diritto all'identità genitoriale.	92
Penale	95
La Cassazione sui controversi rapporti tra omicidio stradale e gara di velocità non autorizzata cui consegue la morte di una o più persone.	95
Cassazione penale, sezione IV, sentenza n.10669 del 27 marzo 2020	95
Fatto.....	95
Normativa	96
Inquadramento.....	98
Soluzione	103
PILLOLE DI DIRITTO	106
Civile	107
La pillola di diritto del 16.6.2020.....	107
Sulla restituzione dell'indebito versamento della tariffa	107
#indebito #inadempimento #contratto #tariffadepurazione #indebitoogettivo	107
Corte di Cassazione, sez. III civ., Sentenza n. 11584 del 15.06.2002.....	107
Penale	109



La pillola di diritto del 18.06.2020.....	109
Causa sopravvenuta e dolo eventuale nel reato di omicidio	109
Corte di Cassazione, sez. V penale, Sent. n. 13800 del 06.05.2020	109
#omicidio #doloeventuale #causasopravvenuta #concausa	109
Amministrativo	112
La pillola di diritto del 25.06.2020.....	112
Le misure di self cleaning e l'aggiornamento dell'interdittiva antimafia	112
#interdittivaantimafia #selfcleaning.....	112
Consiglio di Stato, sez. III, Sentenza n. 3945 del 19.06.2020.....	112



Anno 1, n. 7, giugno-luglio 2020

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.

Redazione

Luisa Sarro

Anna Vecchione

Michele Vitiello

Comitato scientifico

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

Flavio Pagano – *scrittore e giornalista*

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

Giuseppe Della Pietra – *Professore Ordinario di procedura civile, Università degli studi di Napoli Parthenope*

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

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

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

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

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

Danilo Carrozzo – *Magistrato in tirocinio*

Pio Cerase- *Magistrato in tirocinio*

Carlo Gabutti- *Magistrato in tirocinio*

Chiara Martello - *Magistrato in tirocinio*

Giannicola Paladino – *Magistrato in tirocinio*

indirizzo redazione

Via Santa Lucia 15, Napoli

T. +39 – 3479966161

pennadeldiritto@gmail.com



Editoriale

Quieta non movere

di. Arcangelo Monaciluni

Se “condonare” non si può, se spazio non vi è per “ravvedimenti operosi” et similia, abbattere si deve...

Come anticipato dalla stampa (cfr., per tutti, il Corriere della Sera del 30 giugno u.s. che ebbe a titolare “*Decreto Semplificazioni, Concede. Stralciata norma sul condono edilizio. Il Premier ha provato fino alla fine a difenderla. Ma la tenaglia tra Dem., Leu e Italia Viva ha avuto la meglio*”), il Presidente del Consiglio è stato costretto alla marcia indietro, a piegare il capo agli irati moniti di tanta parte della sua stessa maggioranza, niente affatto soddisfatta del suo predicare che non si sarebbe trattato di un condono edilizio.

Nel testo del decreto, finalmente emanato, non si rinviene infatti quella che i censori avevano definita l’ennesima sanatoria, la “norma furba e scandalosa” che prevedeva una punizione degli abusi minori solo con una sanzione pecuniaria e consentiva che l’accertamento di conformità (degli abusi) ex art. 36 del d.P.R. 380 del 2001, recante il Testo unico sull’edilizia, venisse effettuato solo rispetto alla pianificazione urbanistica vigente all’oggi e non più anche rispetto a

quella dell’epoca di realizzazione dell’abuso. In parole povere, non più necessaria la “doppia conformità” oggi richiesta, si sarebbero salvate dalla demolizione le opere realizzate *sine titulo* ma oggi conformi alla disciplina per effetto del mutare nel tempo degli strumenti urbanistici.

Non è dubbio che, al di là dei nominalismi, effettivamente le ipotizzate previsioni si ponevano nella lunga scia dei vari tentativi da tempo in corso per “salvare” gli abusi edilizi che han segnato la vita di questa, anche per questo, sciagurata nostra Nazione; tentativi condannati dal giudice delle leggi che li ha qualificati “surrettizi condono edilizio” (Corte costituzionale, sent. n. 232 del 2017). Per vero, la giurisprudenza della Corte, pur ferma nello stigmatizzare gli effetti nefasti dei condoni, è stata nel tempo molto elaborata ed andrebbe letta tutta e senza pregiudizi.

Ma non è questa la sede e il momento per farlo. Qui ora intendo solo ritornare su di un mio ricorrente ululato alla luna: se “condonare” non si può, se spazio non vi è per “ravvedimenti operosi” et similia, abbattere si deve.

Non è oltre ammissibile, io credo, che si possa lasciare ancora incancrenire il corpo

vivo del Paese, tali e tanti sono gli abusi edilizi, i tumori che lo ricoprono, molti dei quali ben visibili, molti dei quali scheletri mostruosi che sono un pugno nell'occhio, li da decenni e decenni a testimonianza visiva di una illegalità diffusa, troppo, da troppo tempo e da troppi tollerata.

Se è vero, fuor da ipocrisie, che la stratificazione tumorale, interi quartieri di grandi città sono abusivi, investe tanta parte del Paese da rendere difficile demolire, ancora vero che esistono misure semplici per poter porre freno al fenomeno per il futuro ed utili anche per abbattere oggi quel che va abbattuto.

E se queste misure, da anni, da lustri, da decenni, non sono poste in essere, non sono nemmeno entrate a far parte del dibattito politico/istituzionale, beh vi è molto da riflettere, volgendo anche la mente ai versetti del Vangelo sugli scribi ed i farisei che “seggono sulla cattedra di Mosè”, ma “dicono e non fanno” (cfr. Matteo 23/1/27/28).

Senza oltre commentare, riproduco talune delle mie risalenti proposte:

Modifica dell'art. 31 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, come già detto recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, e degli artt.

160 e 167 del d.l.vo n. 42 del 2004, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio, nella parte in cui non assegnano, rispettivamente ai Comuni ed alle Autorità preposte alla tutela dei vincoli, termini perentori per accertare l'inottemperanza all'ordine di demolizione impartito dai primi e di reintegrazione o remissione in pristino impartito dalle seconde. (In tal modo, munendo la previsione di adeguata sanzione in caso di sua violazione, non sarebbero più possibili arresti/rallentamenti vistosi del procedimento demolitorio).

1a) Introduzione di una previsione che - senza sottrarre ai Comuni la “possibilità di procedere direttamente all'esecuzione della demolizione delle opere abusive”, come imposto dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 196 del 2004, e senza sottrarre alle Regioni l'esercizio del potere sostitutivo- (ri)assegni ai Prefetti la potestà di agire in via di sostituzione ultima, quanto meno nelle aree assoggettate a regimi vincolistici di competenza dello Stato, procedendo alle demolizioni non altrimenti eseguite ed avvalendosi, per farvi fronte, solo delle strutture tecnico-operative del Ministero della Difesa e con oneri a carico dello Stato, fatti salvi, si intende, i recuperi dovuti a carico dei responsabili. (In tal modo,

sarà lo Stato a demolire, così alleviando le “difficoltà” degli amministratori locali, talune indubbiamente oggettive e tal altre legate al rapporto con i cittadini, che restano elettori).

1b) Obbligo, esteso a tutti i soggetti pubblici chiamati ad eseguire demolizioni, di avvalersi per le operazioni materiali esclusivamente delle strutture operative del Ministero della Difesa, sempre con oneri a carico dello Stato e sempre salvo recuperi. (Il procedimento sarà molto più semplice, non dovendosi più affidare le operazioni a ditte private, con il seguito di relativo contenzioso sotto più profili con conseguente arresto del procedimento).

1c) Nell’ovvio rispetto della separazione dei Poteri, individuazione di strumentari più snelli per rendere efficace la fase “amministrativa” dell’esecuzione del giudicato penale in tema di demolizioni curata dalle Procure, anche generali, della Repubblica.

2) Modifica dell’art. 48 del cennato d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 nella parte in cui, dopo aver “... vietato a tutte le aziende erogatrici di servizi pubblici di somministrare le loro forniture per l’esecuzione di opere prive di permesso di costruire” consente le somministrazioni (gli allacciamenti di luce,

acqua, gas, telefono, etc.) anche in presenza della sola “domanda di permesso in sanatoria”. Ed invero, se pur ovvio, oltre che sancito per legge, che non si possa procedere alle demolizioni, nelle more della definizione delle richieste di condono e/o di accertamento di conformità, non rinvengo invece ragione -giuridica, si intende- che, in disparte il profilo della loro commerciabilità, imponga di consentire l’utilizzo/fruibilità delle nuove costruzioni abusive.

2a) Modifica dello stesso art. 48 anche con più stringenti previsioni atte ad evitare elusione del commentato divieto, di cui deve ritenersi si faccio grande uso (abuso) in quanto notorio che nel mentre non tutte le costruzioni abusive vengono raggiunte da ordini di demolizione, a fronte dei quali soltanto in genere si chiede la “sanatoria”, tutte invece, più o meno, riescono ad ottenere gli allacciamenti pur non potendo esibire alle Aziende erogatrici i titoli edilizi/paesaggistici (validi).

3) individuazione di possibili percorsi procedurali/processuali atti a consentire/imporre che si pervenga a risarcire le comunità locali del danno ingiusto subito a causa di realizzazioni edilizie contra legem.

A queste mie risalenti proposte va aggiunta



la necessità -io credo oggi resa ineludibile dalla ultima pronuncia resa in tema dalle Sezioni Unite della Cassazione, n. 8230 del 2019- di verifica della eventuale praticabilità di un intervento normativo che prenda posizione espressa sulla vexata quaestio della “nullità formale”/”nullità sostanziale”, oggetto nel tempo di diversificati orientamenti della giurisprudenza (ancora) in tema di commerciabilità degli immobili abusivi.

Beh, non mi resta che chiudere -ahimè, ahinoi- con un arrivederci alla prossima

puntata, allorquando, senza che alcuna misura immagino sarà stata ancora presa, nuove morti legate alla permanenza di case abusive su argini dei fiumi et similia o rinnovati tentativi di “sanatoria” mascherata, non daranno la stura al consueto, immutabile, scenario, “ai rituali sempiterni e sempre eguali a sé stessi, alle lacrime, alle ondate di sdegno”.... (tale l’incipit del mio scritto “Il territorio ed i suoi mancati custodi” nel novembre del 2018, allorquando la piena dell’irato fiume Milicia travolse la villetta abusiva a Casteldaccia).



Approfondimenti

Civile

La natura giuridica del condominio e la nozione di consumatore

di Renata Maddaluna

1. Il condominio negli edifici

Il condominio negli edifici ricorre allorché, come previsto dall'art. 1117 bis c.c., più unità immobiliari o più edifici abbiano parti comuni.

Il codice civile non contiene una definizione di condominio negli edifici limitandosi a disciplinarne alcuni aspetti operativi. Nel silenzio della legge, in dottrina si ritiene generalmente che il condominio sia un particolare tipo di comunione che si caratterizza per la contemporanea presenza all'interno di uno stesso edificio sia di unità abitative di proprietà esclusiva dei singoli sia di parti in comune. Il dato caratterizzante il condominio è, dunque, la confluenza, nell'ambito di una struttura unitaria, di proprietà comuni e di proprietà individuali, le une essenzialmente legate alle altre da un rapporto necessario e perpetuo di complementarità e accessorietà. E, invero,

sulle parti comuni dell'edificio sussiste una comunione forzosa di tutti i condomini, strumentale all'esercizio dei diritti e al godimento delle utilità derivanti, per i singoli condomini, dalla proprietà esclusiva del singolo immobile. In considerazione della sua natura funzionale, ciascun condomino può servirsi delle parti comuni compatibilmente col pari diritto degli altri di utilizzarle e tale comunione forzosa non ammette divisione, salvo il caso in cui la stessa possa farsi senza rendere più incomodo l'uso della cosa comune per i singoli e in presenza, comunque, del consenso di tutti i partecipanti al condominio (art. 1119 c.c.).

Il condominio negli edifici è, dunque, considerato dalla legge come comunione di cose indivisibili strettamente necessaria alla fruizione della singola proprietà, tant'è vero che il diritto del singolo sulle parti comuni, proporzionale al valore dell'unità immobiliare che gli appartiene ed espresso attraverso un'apposita tabella millesimale, non è rinunciabile (art. 1118 c.c.).

Stante la difficile compresenza e interferenza di diritti comuni e individuali, il legislatore, pur non prendendo espressa posizione su cosa sia il condominio, disciplina



dettagliatamente la peculiare organizzazione per mezzo della quale sono attuate le sue finalità, rappresentata dall'amministratore di condominio e dall'assemblea dei condomini. L'amministratore di condominio, la cui nomina si rende necessaria quando i condomini siano più di otto, dura in carica per un anno (art. 1129 c.c.), provvede alla gestione del condominio rispondendo nei riguardi dei singoli secondo le regole del mandato e, rappresentando i partecipanti, può agire in giudizio sia contro i condomini sia contro i terzi (art. 1131 c.c.).

Secondo una parte della dottrina, la disciplina del condominio, sotto questo profilo, così come nella parte in cui prevede come necessaria la formazione di un regolamento condominiale sull'uso della cosa comune e sulle spese (art. 1138 co 1, 2 e 3 c.c.), si discosta da quella della comunione ordinaria, avvicinando la relativa figura più a quella degli enti.

L'assemblea di condominio, per contro, quale organo collegiale dei condomini, è provvista di ampi poteri e delle attribuzioni indicate all'art. 1135 c.c.; adotta deliberazioni obbligatorie per tutti i condomini, ma suscettibili di essere impugnate innanzi all'autorità giudiziaria dai condomini dissenzienti o assenti (art. 1137 c.c.).

2. La controversa natura giuridica del condominio: ente di gestione o autonomo soggetto di diritto?

Stante la mancanza, nell'ordinamento, di una precisa definizione giuridica, gli interpreti si sono sempre interrogati sulla natura giuridica del condominio e sulla possibilità di riconoscergli personalità giuridica. La predetta questione, peraltro, non è puramente teorica, discendendo dalla stessa importanti conseguenze sia di ordine sostanziale sia processuale, in particolare, per quanto concerne l'individuazione dei poteri e della capacità processuale dei condomini, nonché l'eventuale riconoscimento, in capo al singolo condomino, della legittimazione ad agire autonomamente in giudizio per la difesa dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio.

Sulla natura giuridica del condominio si contrappongono storicamente due teorie: una, più risalente e tradizionale, secondo cui il condominio sarebbe un mero ente di gestione, privo di personalità giuridica, e l'altra che, all'opposto, valorizzando le modifiche apportate dalla recente l. n.

220/2012 ad alcune norme del codice civile, perviene alla affermazione della sussistenza di una autonoma soggettività in capo al condominio.

L'orientamento tradizionale qualifica il condominio come mero ente di gestione e privo di soggettività giuridica e di autonomia patrimoniale e fonda tale conclusione su alcune importanti argomentazioni. In particolare, dall'art. 1131 c.c., che qualifica l'amministratore come rappresentante dei condomini, si ricaverebbe, secondo quest'indirizzo, che l'amministratore agisce quale mandatario dei singoli condomini, con conseguente configurabilità, nel rapporto tra il primo e i secondi, di una rappresentanza volontaria. D'altro canto, dai lavori parlamentari relativi alla l. n. 220/2012, con cui è stata attuata una importante riforma del condominio, si desumerebbe che il legislatore abbia espressamente preso in considerazione l'ipotesi di riconoscere al condominio una distinta capacità giuridica, preferendo, tuttavia, poi, adottare una soluzione diversa, vista la necessità di salvaguardare l'autonomia funzionale e economica delle singole unità abitative. Quest'impostazione, senz'altro diffusa anche in giurisprudenza, nel definire il condominio quale mero ente di gestione, esclude che lo

stesso sia provvisto di personalità giuridica e conclude, allora, nel senso di riconoscere al condominio una limitata capacità di agire e resistere in giudizio solo per il tramite dell'amministratore.

A fronte di tale orientamento, tuttavia, un altro indirizzo ha valorizzato la presenza nella normativa come novellata dalla l. n. 220/2012 di alcuni indizi utili all'interprete per ammettere che sussista in capo al condominio una autonoma organizzazione e soggettività. Il riferimento è, in particolare, all'art. 2659 co 1 n. 1 c.c., come modificato dall'art. 17 l. n. 220/2012, che ammette la trasferibilità, mediante acquisizione o disposizione, delle parti comuni dell'edificio e prevede che nella nota da presentare al conservatore per la trascrizione siano indicati l'eventuale denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale del condominio. Nello stesso ordine di idee sembra porsi, poi, l'art. 1129 co 7 c.c. laddove si riferisce al conto corrente intestato al condominio su cui vanno fatte transitare le relative somme, nonché il co 12 n. 4 della stessa disposizione che menziona testualmente il patrimonio del condominio, distinto da quello personale dell'amministratore o di altri condomini. Non va tralasciato poi di considerare, secondo quest'indirizzo, anche l'art. 1135 n.



4 c.c. che prevede la pratica possibilità di costituire un fondo speciale per le opere di manutenzione straordinaria e per le innovazioni da apportare al condominio.

Valorizzando tali indici normativi, la giurisprudenza di legittimità, in una nota pronuncia resa a Sezioni Unite (n. 19663/2014), pur dando atto che con la riforma dell'istituto, realizzata dalla l. n. 220/2012, sia stata esclusa dal legislatore la personalità giuridica del condominio, ha, tuttavia, rilevato una tendenza normativa orientata alla configurabilità di una autonoma soggettività in capo allo stesso. In tale sentenza le Sezioni Unite, qualificando il condominio come autonomo centro d'interessi, di diritti e doveri, cui corrisponde una piena capacità processuale, hanno concluso nel senso che solo al condominio, in persona dell'amministratore (e non anche ai singoli condomini) spetta la legittimazione ad agire per l'equa riparazione in caso di irragionevole durata del processo ex l. n. 89/2001 (cd. legge Pinto).

Tuttavia, tornata a pronunciarsi sulla natura giuridica del condominio, di recente, la stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza del 18 aprile 2019, n. 10934) sembra aver in gran parte invertito i termini della questione. Investite del compito di

pronunciarsi sulla legittimazione del singolo condomino ad intervenire in un giudizio che vedeva come parte il condominio rappresentato dall'amministratore, le Sezioni Unite hanno questa volta chiaramente negato la possibilità di parlare di personalità giuridica in relazione al condominio. Nella sentenza si legge, infatti, che, nonostante l'esistenza del condominio, i singoli condomini possono agire a difesa dei propri diritti connessi alla partecipazione alla cosa comune e possono, altresì, intervenire nel giudizio in cui tale difesa sia stata legittimamente assunta dall'amministratore. Secondo la Corte, invero, il principio espresso nel 2014 – *id est* la legittimazione ad agire in giudizio spetta unicamente al condominio in persona dell'amministratore - va riferito alla particolare situazione in cui si agisca per ottenere l'indennizzo di cui alla legge Pinto. In altri termini, una volta riscontrato che il legislatore ha respinto, in sede di riforma dell'istituto, la prospettiva di attribuire al condominio espressa personalità giuridica, è la natura dei diritti contesi, secondo la Suprema Corte, la ragione di fondo della sussistenza della facoltà dei singoli condomini di affiancarsi o surrogarsi all'amministratore di condominio nella difesa in giudizio dei diritti vantati sui beni. Di

conseguenza, il singolo condomino è sempre parte sostanziale nel giudizio in cui si controverte di diritti sui beni comuni e può agire o resistere in giudizio sia concorrendo con l'amministratore sia sostituendo quest'ultimo.

Secondo la dottrina, con questa recente pronuncia la Cassazione sembra essere tornata nel solco dell'impostazione tradizionale, ridimensionando il riconoscimento della soggettività giuridica del condominio operato nella pregressa sentenza resa a Sezioni Unite n. 19663/2014.

3. Il condominio può essere qualificato come consumatore?

Se, dunque, la natura giuridica del condominio è stata al centro di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale che sembra essersi ormai assestato nel senso di ritenere il condominio quale mero ente di gestione, privo di soggettività giuridica autonoma rispetto a quella dei singoli condomini, negli ultimi tempi qualche dubbio è sorto tra gli interpreti in merito ad un'ulteriore questione e cioè alla possibilità di estendere al condominio la nozione di consumatore.

Preliminarmente va posto in evidenza che la definizione di consumatore è contenuta nell'art. 3 co 1 lett. a) d.lgs. 206/2005 (cd. codice del consumo) che la riferisce alle sole persone fisiche che concludano un contratto per appagare un bisogno di consumo o per soddisfare esigenze della propria vita quotidiana, del tutto estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata.

La dottrina si è più volte interrogata sulla possibilità di ricomprendere nella qualifica di consumatore di cui alla predetta disposizione soggetti diversi dalle persone fisiche che, tuttavia, in occasione della stipula di un contratto con un professionista versino in situazioni di oggettiva debolezza e di asimmetria informativa.

Dal canto suo, se la giurisprudenza comunitaria ha perlopiù offerto una nozione restrittiva di consumatore, riferendola esclusivamente alle persone fisiche, la giurisprudenza nazionale, invece, ha spesso ritenuto che non vi siano ostacoli ad applicare la disciplina posta a tutela del consumatore al contratto concluso con un professionista da un amministratore di condominio, dal momento che i singoli condomini possono senz'altro essere considerati consumatori in quanto persone

fisiche. Di recente, però, la bontà di quest'orientamento è stata messa in discussione dal Tribunale di Milano che, con ordinanza del 1 aprile 2019, ha chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire se al condominio sia applicabile la nozione di consumatore. Il giudice remittente ritiene che, tanto ove si accolga la nozione tradizionale di condominio quale ente di gestione, quanto ove si faccia, invece, riferimento al condominio come ad un soggetto giuridico autonomo rispetto ai singoli condomini, sussiste una insuperabile difficoltà ad inquadrare il condominio quale persona fisica e, pertanto, alla stregua di consumatore, secondo la definizione contenuta nell'art. 3 co 1 lett. a) cod. cons. In proposito, il Tribunale di Milano si richiama alla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia che, in più occasioni, ha affermato che la nozione di consumatore ha carattere oggettivo e prescinde dalle conoscenze concrete che l'interessato può avere o dalle informazioni delle quali egli realmente dispone¹. Ciò implica, secondo la Corte di Giustizia, che il giudice nazionale, chiamato a verificare se un contraente possa essere qualificato come consumatore, deve tener in

considerazione tutte le circostanze del caso concreto (e, in particolare, la natura del bene o del servizio del contratto considerato), idonee a dimostrare i fini per i quali il bene o servizio è stato acquisito.

Attesa, dunque, la nozione restrittiva e oggettiva di consumatore accolta nella giurisprudenza europea, si dovrebbe concludere per l'inapplicabilità al condominio della disciplina posta a tutela del consumatore; tuttavia, il giudice remittente mostra più di qualche perplessità in ordine a tale soluzione. Sotto questo punto di vista, l'ordinanza del Tribunale meneghino appare interessante nella misura in cui, sul versante del tormentato dibattito relativo alla natura giuridica del condominio, ammette espressamente che il condominio è una realtà in qualche modo ibrida, che sfugge alla rigida alternativa dicotomica tra persona fisica e persona giuridica. Secondo il giudice del rinvio, infatti, l'estensione al condominio della nozione di consumatore s'imporrebbe, nonostante l'orientamento restrittivo della giurisprudenza sovranazionale, quale soluzione doverosa, sia per non rinnegare quello che è il principale obiettivo della disciplina consumeristica, sia per garantire

¹Corte di Giustizia, 3 settembre 2015, C-110/14, *Costea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 382 e Corte di Giustizia 25

gennaio 2018, C-498/16, *Schrems*.

l'effettivo equilibrio tra le parti e, dunque, il valore dell'uguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.).

4. La soluzione della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia, con la sentenza resa lo scorso 2 aprile 2020 nella causa C-329/2019, ha riconosciuto al condominio la qualifica di consumatore.

Prendendo le mosse dal tenore letterale dell'art. 2 della direttiva 93/13/CEE, la Corte ha affermato che devono sussistere due condizioni cumulative affinché un soggetto possa rientrare nella nozione di consumatore: deve trattarsi di una persona fisica e quest'ultima deve svolgere la sua attività per fini non professionali. Difettando, nel caso del condominio, il primo dei due requisiti richiesti cumulativamente, se ne dovrebbe dedurre l'inapplicabilità della disciplina consumeristica.

Tuttavia, la Corte di Giustizia ha chiarito che, anche se una persona giuridica, quale il condominio nel diritto italiano, non rientra nella nozione di consumatore ai sensi dell'art. 2 lett. b) della direttiva 93/13, gli Stati

membri possono estendere le disposizioni di tale direttiva a settori che esulano dall'ambito di applicazione della stessa, a condizione che siffatta interpretazione da parte dei giudici nazionali garantisca un livello di tutela più elevato per il consumatori e non pregiudichi le disposizioni dei trattati.

La Corte, pertanto, ha ritenuto conforme al diritto sovranazionale, in quanto volto a tutelare maggiormente il consumatore, l'orientamento formatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità nazionale che ritiene applicabile la disciplina consumeristica anche ad un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico, quale il condominio, che, non essendo una persona fisica, non rientrerebbe, a rigore, nel campo di applicazione della suddetta direttiva comunitaria.

La pronuncia della Corte di Giustizia è destinata ad avere importanti ricadute nell'ordinamento italiano, innanzitutto in punto di sistema, nella misura in cui sembra avallare una definizione per così dire trans tipica di consumatore che, prescindendo dalla rigida e formale alternativa tra persona giuridica e persona fisica, è incentrata unicamente sul profilo sostanziale e oggettivo della situazione di inferiorità e

debolezza in può venire a trovarsi uno dei due contraenti.

D'altro canto, il riconoscimento al condominio della qualità di consumatore non è scevro di importanti conseguenze pratiche, specie per quanto concerne

l'applicabilità, alle clausole di un contratto concluso dal condominio-consumatore con un professionista, della più favorevole disciplina sulla vessatorietà delle clausole (art. 33 cod. cons.) e sulla nullità di protezione (art. 36 cod. cons.).



Penale

Delitti contro la P.a.: profili differenziali tra concussione, induzione indebita a dare o promettere, istigazione alla corruzione, truffa aggravata dalla qualità del pubblico ufficiale con commento della casistica.

di Ennio Castelluccio

1. La tutela penale dello Stato-apparato: centralità ed evoluzione del bene giuridico tutelato

Da sempre lo Stato rappresenta il luogo ideale del perseguimento delle più elevate finalità collettive di benessere e di utilità sociale, e tuttavia è altresì preda delle mire individualistiche degli uomini per mezzo dei quali esso agisce, poiché in tali soggetti convergono interesse pubblico e interesse privato. Sebbene in condizioni fisiologiche l'interesse individuale receda di fronte all'investitura pubblicistica ed al perseguimento degli interessi primari, lo Stato resta perennemente esposto all'attività degli individui intenti a piegare alle proprie

esigenze i poteri pubblici dei quali essi sono investiti.

Uno Stato tendente all'autoconservazione ha dunque l'obbligo di proteggere se stesso, e di riflesso la propria collettività, dalle derive patologiche che possono promanare da tale commistione di interessi pubblici e privati, i quali spesso si traducono in fenomeni corruttivi idonei a sgretolarne l'immagine e le fondamenta. Per tali ragioni il diritto penale, l'arma più offensiva a disposizione dello stato di diritto, ha da sempre dedicato un'ingente parte della propria produzione ai delitti contro la PA.

Nel codice contemporaneo, il titolo II della parte speciale, dedicato proprio ai delitti contro la PA, rappresenta il nucleo essenziale della tipizzazione operata dal legislatore in materia di reati che offendono gli interessi pubblici dello Stato apparato, al quale la dottrina affianca, in una visione dicotomica ma complementare, lo stato persona. La Pubblica Amministrazione rappresenta la macchina operativa mediante la quale lo Stato persegue le finalità di interesse pubblico, oltre che il coacervo di soggetti giuridici pubblici che instaurano un rapporto diretto con il privato. Non a caso, il

legislatore del 1930, animato da una visione statocentrica propria di quel periodo storico, ha posizionato tali reati nel titolo immediatamente successivo a quello dedicato ai reati che offendono la personalità dello stato, costituita invece dall'insieme di valori e principi che garantiscono l'ordine e l'equilibrio dell'intero assetto istituzionale, la cui lesione mette in pericolo le fondamenta stesse dello Stato persona. Il legislatore ha dunque optato per il sistema della progressione discendente, metodo di edificazione dell'impalcatura codicistica penale basato sulla collocazione in ordine progressivo dei beni giuridici, allineati in ordine decrescente di importanza. Valga notare, viceversa, come nel codice liberale del 1869, orientato al perseguimento di un diverso equilibrio tra stato ed individuo, tali reati siano stati collocati nel titolo terzo, secondo lo schema della progressione alternata tra beni giuridici a carattere pubblico e beni giuridici a dimensione individuale.

La funzione sistematica di una tutela penale specifica nei confronti della PA è quella di offrire una risposta sanzionatoria adeguata e di punire con maggior rigore soggetti investiti di pubblici poteri e che incarnano lo Stato, atteso che, proprio in ragione della

loro qualifica, la commissione di reati da parte degli stessi è connotata da un più marcato disvalore rispetto alle medesime condotte eventualmente commesse da un privato cittadino. E ciò proprio in virtù della particolare posizione rivestita dal pubblico ufficiale e dagli oneri rafforzati di correttezza e probità che da essa promanano.

Non a caso, a lungo il bene giuridico protetto da tale titolo è stato individuato nel prestigio e nel decoro della PA, attributi che vengono correntemente alimentati dalla correttezza e fedeltà degli organi pubblici. Solo di recente, a seguito della rilettura in chiave costituzionale dell'intero assetto penalistico, la dottrina ha invece ricondotto l'oggettività giuridica tutelata al buon andamento e all'imparzialità della PA ex art. 97 cost. Tale impostazione ha consentito di ricomprendere sotto l'egida del concetto di buon andamento, il quale compendia altresì i concetti metagiuridici di efficacia, economicità, efficienza, tutte le varie sfaccettature dell'offesa alla PA. Essa, infatti, può riguardare la trasparenza, l'imparzialità e l'immagine della PA, ma può anche consistere in una lesione del patrimonio pubblico, come nel caso degli articoli 314 e 317 c.p., nonché del corretto andamento dell'attività giudiziaria, come nell'art. 319



terc.p. Giova evidenziare, al riguardo, che una parte della dottrina continua a mantenere separato il patrimonio della PA dal concetto giuridico di buon andamento. Gli esiti di tale interpretazione sono rilevanti sul versante applicativo, posto che reati come il peculato, che offendono simultaneamente entrambi i beni giuridici, vengono considerati reati plurioffensivi necessari, con la conseguenza che essi richiederanno, al fine della consumazione, la lesione di entrambi i beni giuridici tutelati.

Ad una prima analisi, il titolo del Codice penale si presenta eterogeneo ed il suo carattere composito emerge dalla compresenza di disposizioni volte a punire le condotte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio e di norme incriminatrici delle condotte del privato cittadino. Ciò poiché il delitto che offende la PA è spesso frutto dell'attività di sintesi e di incontro tra la sfera pubblica e quella privata, secondo una dinamica comportamentale che richiede una tipizzazione ed una risposta sanzionatoria diversa in base al soggetto agente. Inoltre, il proliferare di fenomeni corruttivi e di abuso dei poteri e delle qualità conferiti ai pubblici ufficiali ha spinto il legislatore, negli anni, ad intervenire con frequenza con riforme

mirate, volte ad un inasprimento della risposta sanzionatoria e all'introduzione di strumenti preventivi sempre nuovi. La materia è infatti stata interessata da numerose riforme, le quali hanno operato non solo sul versante penalistico (si pensi, ad esempio, alle riforme che hanno interessato l'ANAC ed i suoi poteri, l'introduzione del cd. Whistleblowing, al controverso istituto della confisca cd. Allargata ex art. 322 ter c.p.), culminate nella recente legge cd. spazzacorrotti (legge 3/2019).

Il continuo puntellamento legislativo ha prodotto un tessuto normativo complesso, che può dar luogo a sovrapposizioni e alla convergenza di più norme verso un unico fatto materiale.

2. Il rapporto tra i reati di concussione e induzione indebita: le nuove esigenze di differenziazione e le tendenze oggettivanti della giurisprudenza

Uno degli esempi paradigmatici di tale fenomenologia è certamente quello riguardante le modifiche apportate nel tempo al reato di concussione. Tale fattispecie, infatti, nella formulazione originaria conteneva al suo interno sia la condotta costrittiva che quella induttiva del

pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, volta ad ottenere la promessa o la dazione di denaro o di altra utilità dal concusso.

Con la legge 190 del 2012, il legislatore ha realizzato un frazionamento della precedente fattispecie di concussione, attraverso lo svuotamento della stessa con riferimento alle condotte induttive ed il contestuale travaso di tali condotte nel nuovo reato di induzione indebita. A ben vedere, il legislatore non si è limitato semplicemente ad operare un semplice spaccettamento, né a dare autonoma collocazione alla vecchia "concussione per induzione", ma è intervenuto in maniera incisiva sull'area del penalmente rilevante, ridisegnando gli assetti della materia attraverso l'incriminazione, nell'ipotesi di induzione indebita, anche del privato cittadino. In tal modo, si considera penalmente rilevante anche la condotta del privato che si è lasciato indurre alla promessa o alla dazione dal pubblico ufficiale, così implicitamente esigendosi dal cittadino uno sforzo in termini di resistenza ed impermeabilità alla pressione dell'organo pubblico. La svolta concettuale è tangibile, poiché si abbandona la prospettiva vittimologica del privato dinanzi all'induzione del funzionario. Il cittadino, in

presenza di condotte non coercitive del pubblico ufficiale, conserva un minimum di autodeterminazione e, dunque, opera una scelta autonoma connotata da disvalore e rimproverabilità. Egli si trasforma da persona offesa a concorrente necessario, sebbene, come si evince dalla norma, la fattispecie delinei un'ipotesi di concorso necessario improprio, nel quale il soggetto indotto è punito più lievemente rispetto al pubblico ufficiale.

La ratio di tale scelta politico criminale risiede, probabilmente, nel maggior disvalore che si annida nella qualifica rivestita dal pubblico ufficiale e, in un'ottica di distribuzione delle responsabilità, nel rilievo dato all'input psichico derivante dal soggetto che instilla e fa sorgere nel privato il proposito criminale, da quest'ultimo colpevolmente assecondato.

L'introduzione del reato di induzione indebita ha fatto sorgere inevitabili problemi di comparazione e di individuazione dei rispettivi ambiti di operatività delle due fattispecie, originariamente contenute nel medesimo articolo. Ed infatti, la clausola di sussidiarietà con cui si apre l'art. 319 c.p., pur consentendo di dirimere eventuali controversie in termini di rapporto tra le due norme, impedendo il concorso materiale dei

due reati, non permette di perimetrare sul versante della tipicità le due fattispecie, le quali spesso possono convergere verso un medesimo fatto. Entrambe le disposizioni, infatti, prevedono l'esercizio di una pressione psichica del funzionario, la quale deve avvenire mediante l'abuso dei poteri, consistente nella prospettazione dell'esercizio delle proprie potestà funzionali per scopi diversi da quelli leciti, ovvero con l'abuso della qualità, consistente nella strumentalizzazione della posizione rivestita all'interno della pubblica amministrazione, anche indipendentemente dalla sfera di competenza specifica. L'unica differenza consiste nel ricorso che il legislatore fa al concetto di "costrizione" nella concussione e di "induzione" nel reato di induzione indebita. Tuttavia, se dal punto di vista concettuale tale distinguo appare afferrabile, sul versante operativo e probatorio tale differenza risulta molto più sfumata, poiché è esposta alla forza corrosiva delle peculiarità del fatto storico e del singolo rapporto psicologico che si instaura tra funzionario pubblico ed interlocutore.

La sussunzione del fatto incriminato sotto l'una o l'altra ipotesi delittuosa appare di primaria importanza poiché, come detto, essa rileva sul versante dell'area del

penalmente rilevante. Ed infatti, solo in caso di induzione indebita, e non anche in caso di concussione, oltre ad essere prevista la pena per il soggetto indotto, opera una speciale causa di non punibilità, introdotta di recente dalla l. 3 del 2019. Con tale ultima riforma, il legislatore ha optato per una scelta politico-criminale che affonda le radici nel diritto penale premiale, prevedendo che "non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili".

Per tali ragioni, dottrina e giurisprudenza, attraverso l'elaborazione di varie teorie ricostruttive, hanno tentato di effettuare un'*actio finium regundorum* tra le due fattispecie. Sul versante giurisprudenziale, giova dare conto dei diversi orientamenti, ricomposti nel 2014 dalle SS.UU. Maldera (Sent. n. 12228/2014):

a) un primo orientamento riproponeva il

criterio, già utilizzato dalla giurisprudenza anteriore alla riforma per distinguere la concussione per costrizione dalla concussione per induzione, della “intensità della pressione prevaricatrice”: in particolare, in base a tale ricostruzione, la costrizione sarebbe caratterizzata da modalità di pressione molto intense, tali da svuotare sensibilmente la libertà di determinazione del soggetto; viceversa, a forme meno pregnanti di persuasione, suggestione, o pressione morale, che inquinino, senza tuttavia annichilire, la libertà di determinazione, corrisponderebbe l'“induzione” *ex art. 319-
quater* c.p;

b) un secondo orientamento differenziava le due fattispecie sulla base della ingiustizia o meno del danno che il funzionario pubblico minacciava di infliggere al privato. Solo in caso di danno ingiusto si configurava il delitto di concussione, mentre in caso di danno *secundum jus*, o al limite *praeter jus*, si ricadeva nell'ambito dell'induzione indebita.

c) un terzo orientamento si collocava infine in una posizione intermedia ed individuava il criterio discretivo tra le due figure di reato nella diversa intensità della pressione psichica esercitata sul privato, con la precisazione però che, ove tale criterio non fosse risultato sufficiente, si sarebbe dovuto

investigare sul complementare criterio del vantaggio indebito da questi perseguito.

Le Sezioni Unite non sposano in maniera netta nessuno dei tre orientamenti e si sforzano di tracciare delle coordinate precise lungo le quali effettuare un distinguo tra le due figure di reato. Il massimo organo nomofilattico, in particolare, muove da un criterio di interpretazione storico-sistemica, dando rilievo alle finalità che hanno condotto il legislatore alla riforma del 2012, individuate nell'intento di non lasciare alcun margine di impunità al privato che abbia accolto nel suo foro interiore la spinta proveniente dal funzionario. Per tali ragioni, esse considerano il reato di concussione, nella sua versione ridotta, un reato plurioffensivo necessario, lesivo di un bene superindividuale come il buon andamento della PA e di un bene individuale quale la libertà di autodeterminazione. Al contrario, il nuovo reato di induzione indebita conserva un carattere monoffensivo, lesivo del solo buon andamento e della imparzialità della PA, conservandosi un margine di autonomia per la scelta del privato dalla quale promana l'esigenza punitiva.

Ciò premesso, dall'analisi della sentenza emerge l'intento delle Sezioni Unite di individuare dei canoni ermeneutici il più



possibile oggettivi, al fine di evitare di affidare al giudice il compito arduo di scandagliare le diverse consistenze del foro interiore del privato coinvolto e la qualità della pressione psichica del funzionario, spesso elementi di non immediata evidenza oggettiva ed appannaggio esclusivo della prospettazione delle parti coinvolte. Esse dunque individuano il criterio discretivo tra i due delitti nell'atteggiarsi della condotta del funzionario, più che nell'entità della pressione psichica. La costrizione, in particolare, viene destrutturata nelle due "sotto-condotte" che storicamente la compongono, vale a dire la violenza fisica e la minaccia, definita "forma di sopraffazione prepotente, aggressiva e intollerabile socialmente", capace di incidere sull'"integrità psichica e libertà di autodeterminazione", consistente nella prospettazione di un danno ingiusto. Proprio la minaccia diviene elemento caratterizzante della condotta costringente ed elemento mancante nella condotta induttiva.

Questo è lo snodo logico attorno al quale si erge l'intera impalcatura motivazionale, poiché le Sezioni Unite spostano il fuoco del discorso dal rapporto danno giusto-danno ingiusto, prima utilizzato al fine di distinguere la concussione per costrizione

dalla concussione per induzione, alla dicotomia minaccia-non minaccia e pongono quest'ultima alla base dell'indagine che il giudice deve effettuare per individuare la fattispecie adatta al caso prospettato.

Ciò porta ad una definizione in negativo dell'induzione, la quale dunque si sostanzia in comportamenti persuasivi, allusivi, suggestivi, non caratterizzati da minaccia. Emerge, pertanto, pur all'interno di un rapporto di subalternità tra funzionario e privato, la conservazione, in caso di induzione, di un margine di autonomia decisionale di quest'ultimo, il quale è tenuto a resistere alle pressioni o - ed ecco venire in gioco il recente puntellamento normativo in termini premiali - a denunciare il patto collusivo al fine di ottenere l'impunità.

Come per la minaccia nella concussione, con un ragionamento speculare, le Sezioni Unite elevano poi a criterio d'essenza della induzione indebita la sussistenza di un vantaggio ingiusto conseguibile dal privato. Il vantaggio ingiusto è elemento che dunque si comporta in maniera del tutto inversa rispetto al requisito della minaccia, poiché caratterizza in negativo la concussione, nella quale esso difetta, e connota in positivo l'induzione indebita, nella quale esso deve invece figurare.

Le stesse Sezioni Unite, poi, coscienti della magmaticità dei confini delle due fattispecie e di una possibile capacità euristica limitata del solo criterio basato sulla contrapposizione minaccia-non minaccia e vantaggio-non vantaggio, hanno fornito ulteriori parametri sussidiari da applicarsi nei casi in cui permanga una difficoltà interpretativa, ad esempio nel caso in cui il funzionario pubblico minacci un danno *contra jus*, ponendo il privato in uno stato di costrizione, e contestualmente quest'ultimo realizzi anche un vantaggio indebito dall'operazione. Esse, così facendo, hanno dunque ammesso implicitamente la configurabilità di un reato di concussione pur in presenza di un vantaggio ingiusto per il privato, smussando sul finale della pronuncia la rigidità dell'impostazione ermeneutica fino a quel punto elaborata.

Tali parametri sembrano riprendere parzialmente concetti già presenti nei vecchi orientamenti ermeneutici. Infatti, a detta del massimo organo nomofilattico, l'autorità giudiziaria, in tali casi, sarebbe chiamata ad effettuare un giudizio di comparazione e di proporzionalità tra danno paventato e vantaggio conseguito, ovvero dovrebbe stabilire *“se nella scelta di dare o promettere*

l'indebito ha cioè prevalso, nel privato, la prospettiva di ottenere un vantaggio piuttosto che quella di evitare un danno”. Tali criteri, a ben vedere, rischiano di favorire una scolorazione dei parametri obiettivi individuati e di riportare il discorso sugli incerti piani legati all'analisi del processo volitivo del privato.

La giurisprudenza successiva, tuttavia, sembra aver seguito in maniera fedele i binari tracciati dalle Sezioni Unite e non sembra essersi posta in contrasto con esse, neanche nelle ipotesi più ambigue.

A conferma di ciò, si evidenzia come all'interno dei recenti arresti riguardanti casi di compresenza della minaccia del danno ingiusto e del vantaggio del privato, la Cassazione abbia optato per l'utilizzo di criteri il più possibile oggettivi, tenendo fede alle intenzioni evincibili dal ragionamento delle Sezioni Unite. Ed infatti, come ribadito dalla Cassazione nella sentenza n. 15792/2018², il reato di concussione è caratterizzato, dal punto di vista oggettivo, da un abuso costrittivo del pubblico agente perpetrato mediante violenza o minaccia di un danno ingiusto, dal quale promana una importante limitazione della libertà di autodeterminazione del destinatario che, senza alcun vantaggio indebito per sé, viene

²Guida al diritto 2018, 23, 72 (nota di: AMATO)



posto di fronte all'alternativa di subire un danno o di evitarlo con la dazione o la promessa di una utilità indebita. Esso si differenzia dal delitto di induzione indebita, la cui condotta si configura come persuasione, suggestione, inganno, pressione morale con più lieve capacità condizionante della libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché invogliato dalla possibilità di ottenere un guadagno personale. Dopo aver fatto tale premessa, utile a rimarcare l'assoluta adesione alla linea interpretativa data dalle Sezioni Unite Maldera, gli Ermellini si spostano poi sul fronte del caso concreto, precisando che **“deve configurarsi la costrizione, e quindi il reato di concussione, qualora rispetto al vantaggio prospettato quale conseguenza della promessa o della dazione indebita dell'utilità, si accompagni anche un male ingiusto di portata assolutamente spropositata,** giacché, in tal caso, la presenza di un utile immediato e contingente per il privato destinatario della pretesa illecita risulta priva di rilievo ai fini della possibile configurabilità alternativa dell'induzione indebita, risultando

il beneficio conseguito o conseguibile integralmente assorbito dalla netta preponderanza del male ingiusto”. Dunque, anche in questo caso si fa ricorso ad un criterio comparativo di stampo oggettivo, basato sul giudizio di proporzionalità tra danno e vantaggio.

Non mancano, tuttavia, pronunce nelle quali sembra scivolarsi nuovamente sul versante squisitamente soggettivo. Recentemente, infatti, il caso di un dirigente medico preposto ad eseguire le interruzioni di gravidanza, il quale, approfittando della grave compressione della libertà di autodeterminazione delle vittime e palesando l'insussistente impossibilità di eseguire gli interventi presso la struttura pubblica, ha prospettato quale unica alternativa l'illecita esecuzione degli aborti presso il suo studio privato previo versamento di un corrispettivo in danaro, è stato qualificato come reato di concussione, pur avendo il privato conseguito un vantaggio costituito dall'anticipazione dell'intervento chirurgico.

Nella pronuncia in esame, la qualificazione giuridica del fatto sembra basarsi sul criterio della intensità della pressione psicologica prevaricatrice. Ed infatti, si legge nella

motivazione della sentenza³ che “i giudici di merito avevano correttamente escluso che le condotte accertate avessero integrato gli estremi del meno grave reato di induzione indebita, in quanto le donne in gravidanza non avevano subito una forma di blanda o tenue pressione morale, tale da consentire loro di conservare un margine di scelta, ma avevano patito da quei medici una forma di brutale limitazione della loro libertà di autodeterminazione, accettando di dare o di promettere una somma di denaro indebita solo per evitare il pregiudizio che era stato loro indicato.”

Di particolare interesse, infine, appare un recente arresto⁴ nel quale viene specificato che, sebbene il delitto di concussione si consumi con la semplice promessa di dazione del denaro o di altre utilità al funzionario pubblico, quindi con il perfezionamento del *pactum sceleris*, qualora tale accordo sia stato simulato, ovvero stipulato dal privato con la sola finalità di

sporgere denuncia, non è configurabile il reato di concussione ma quello di induzione indebita, nella forma tentata. Ancora una volta, sembra darsi rilievo decisivo all’atteggiamento psichico del privato. In tal caso, infatti, lo scollamento tra la situazione oggettiva, caratterizzata da un accordo perfettamente conclusosi tra le parti e come tale astrattamente sussumibile nel reato di concussione, e la situazione psicologica del privato, impermeabile alla pressione del funzionario, ha comportato la derubricazione del delitto da concussione ad induzione indebita, nella forma tentata. Tale sentenza, condivisibile soprattutto alla luce del principio di offensività in concreto, consente di riflettere altresì sull’importanza che riveste l’accertamento del “risultato”, in termini psicologici, della condotta del pubblico ufficiale, anche ove questa risulti connotata da una minaccia e tuttavia non sortisca l’effetto intimidatorio sperato.

Pur nell’apprezzabile tentativo delle Sezioni

³Cass. pen. Sentenza n. 13411/2019

⁴Cass. pen. Sentenza n. 37589/2018; giova evidenziare, per ragioni di completezza, che nella fattispecie in esame la Cassazione ha sancito la punibilità del solo pubblico ufficiale e non anche del privato poiché ha ritenuto che il tentativo di induzione indebita possa realizzarsi unilateralmente. Ciò poiché il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità non integra un reato bilaterale, “in quanto le condotte del soggetto pubblico che induce e del privato indotto si perfezionano autonomamente ed in tempi diversi, sicché il reato si configura in forma tentata nel caso in cui l’evento non si verifichi per la resistenza opposta dal privato alle illecite pressioni del pubblico

agente (Sez. 6, n. 35271 del 22/06/2016, Mercadante e altro, Rv. 267986; Sez. 6, n. 6846 del 12/01/2016 - dep. 22/02/2016, Farina e altro, Rv. 265901; Sez. 6 n. 32246 del 11/04/2014, Sorge, Rv. 262075)”. Per tali ragioni, la Corte ritiene che il tentativo di induzione indebita, che è autonoma fattispecie derivante dall’incontro degli artt. 56 e [319-quater c.p.](#), si perfeziona anche ove non sussista l’ulteriore requisito costituito dal perseguimento di un indebito vantaggio da parte dei privati. Ciò in quanto detto requisito giustifica soltanto la punibilità dell’indotto che abbia dato o promesso l’utilità al pubblico ufficiale e, come tale, deve sussistere soltanto nella forma base del delitto di induzione indebita e non anche nella forma tentata.

Unite di ricondurre la discussione su binari oggettivi, appare quindi inevitabile che il *discrimen* tra le due fattispecie tenda a spostarsi, quantomeno nelle ipotesi più articolate, verso la qualità dell'intimidazione ed il grado di efficienza della condotta del funzionario, con riferimento anche alla risposta psichica che il soggetto avvicinato dà di fronte a tale pressione.

3. I rapporti con l'istigazione alla corruzione sulla scia delle Sezioni Unite Maldera

Un'altra fattispecie dal coordinamento problematico con le predette ipotesi delittuose è rappresentata dall'istigazione alla corruzione. Con tale norma il legislatore intende far ricadere nel cono d'ombra del diritto penale l'intero processo corruttivo, fin dai primi contatti potenzialmente patologici intercorrenti tra pubblico e privato. La disposizione in esame anticipa la tutela penale ad una fase prodromica alla realizzazione del futuro reato di corruzione, così incriminando le condotte idonee a mettere in pericolo il buon andamento della PA e a provocare un turbamento nel funzionario avvicinato o nel privato. La

norma detta una deroga in tema di disciplina generale dell'istigazione. L'art. 115 c.p., infatti recita che “salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo”. La disposizione in esame si apre con una clausola di salvezza, volta a consentire al legislatore di coniare autonome fattispecie di reato nelle quali l'importanza del bene tutelato giustifica una disciplina derogatoria rispetto a quella generale ed una tutela penale rafforzata. Anche nell'ipotesi in esame, la specifica punibilità dell'istigazione all'interno del microsistema dei delitti corruttivi è spiegabile con la particolare pregnanza del bene giuridico tutelato. Giova inoltre evidenziare come tale rilevanza del bene consenta altresì di giustificare, anche alla luce del principio di offensività, l'introduzione di un reato di pericolo indiretto, quale risulta essere l'art. 322 c.p. Quest'ultimo, con riferimento alla corruzione per l'esercizio della funzione ex art. 318 c.p., che è esso stesso reato di pericolo secondo l'opinione prevalente⁵, intende infattistigmatizzare e prevenire

⁵T. Padovani, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e corruzione*, in Archivio Penale, fasc.

n. 3, cit., p. 786; Cassazione n. 40347/2018.

proprio il pericolo che vengano poste in essere future condotte pericolose.

L'importanza del bene giuridico tutelato nel titolo II del codice penale è ulteriormente testimoniata dalla tesi, ormai assolutamente maggioritaria, secondo la quale l'autonoma punibilità dell'istigazione alla corruzione non ha eliso lo spazio di operatività del tentativo di corruzione, seppur quest'ultimo risulti ad oggi configurabile nel solo caso in cui le condotte idonee e potenzialmente lesive siano tenute da entrambi i soggetti intenzionati a stipulare l'accordo corruttivo, i quali devono porre in essere, dunque, un tentativo cd. bilaterale di corruzione.

L'art. 322 c.p. punisce le condotte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che si attivino al fine di instaurare con il soggetto privato un rapporto paritetico diretto al mercimonio della funzione pubblica, ove tale sollecitazione non venga – per qualsiasi ragione – accolta dal privato, e dunque fa sorgere possibili interferenze con i reati di concussione ed induzione indebita, nella forma tentata.

Tutte e tre le fattispecie infatti offrono una risposta sanzionatoria a delle condotte idonee a ledere la PA ma che ancora non hanno raggiunto lo stato, ben più grave, dei

delitti che esse intendono prevenire.

Anche qui i confini tra le fattispecie appaiono labili. Le Sezioni Unite Maldera, in un passaggio volto a delineare i rapporti tra la concussione e l'induzione indebita rispetto al microcosmo dei delitti corruttivi, hanno individuato l'elemento differenziale tra la fattispecie di tentata concussione e quella di istigazione alla corruzione proprio nella presenza, nel reato di concussione, di un rapporto di subalternità e di soggezione tra funzionario e soggetto concusso. D'altronde, la fattispecie tentata conserva, sia sul versante oggettivo che soggettivo, i medesimi caratteri tipici della fattispecie base alla quale accede l'art. 56 c.p. Di conseguenza, nel caso di concussione, anche il tentativo deve concretizzarsi in un abuso di poteri o di qualità del pubblico ufficiale ed in una condotta idonea a realizzare l'evento definitivo della promessa della dazione del denaro o di altre utilità mediante l'assoluto annichilimento di qualsivoglia volontà contraria da parte del concusso. Nel tentativo di concussione, quindi, il concusso è vittima della condotta predatoria del funzionario pubblico, il quale ha già esercitato una pressione psichica ed ha già posto in essere quegli atti univoci ed idonei a costringere il privato ad addivenire

all'accordo *contra legem*.

Diversamente, l'istigazione alla corruzione va incanalata all'interno dei binari propri del delitto corruttivo, il quale, pur contemplando l'accordo tra pubblico ufficiale e privato avente ad oggetto il mercimonio delle funzioni pubbliche, presuppone uno sviluppo delle rispettive volontà che non risenta di atteggiamenti intimidatori, di minacce, di coercizioni o di pressioni psichiche, ma che si alimenti e che permanga su un piano di parità fino all'incontro delle stesse e che sia caratterizzato da un libero giudizio di opportunità e convenienza.

Già nel 2012, la Cassazione aveva scolpito tali principi, rimasti saldi fino alle pronunce più recenti. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha specificato che il delitto di tentata concussione si sostanzia nell'ipotesi in cui il pubblico ufficiale, abusando della qualità e dei poteri, esercita sul privato una pressione psicologica superiore rispetto alla mera sollecitazione. Diversamente, il delitto di istigazione alla corruzione ricorre ogni volta che l'agente proponga al privato un semplice scambio di vantaggi o favori, senza adoperare strumenti di persuasione ricollegabili all'abuso della qualità o dei poteri

del funzionario pubblico, così configurandosi tra le parti un rapporto paritetico⁶.

Ancora, a distanza di pochi mesi dalla pronuncia sopra menzionata, gli Ermellini hanno confermato che “ricorre l'ipotesi del delitto di istigazione alla corruzione, e non quella di tentata concussione, quando tra il pubblico ufficiale ed il privato, che abbiano ipotizzato la possibilità di remunerare l'esercizio dei poteri da parte del pubblico ufficiale, non vi sia un rapporto di preminenza del funzionario pubblico ma i due soggetti operino su un piano paritario”⁷. È il carattere paritetico del rapporto a risultare determinante ai fini della configurabilità dell'istigazione alla corruzione. Esso infatti non può essere presente nel tentativo di concussione, nel quale invece deve estrinsecarsi la vis intimidatoria della condotta del funzionario pubblico.

Più rarefatto appare invece il confine con l'induzione indebita tentata, nella quale si attenua il rapporto di subalternità tra il soggetto pubblico ed il soggetto indotto e nel quale si addiène ad un accordo frutto di una volontà parzialmente libera del secondo.

⁶Cassazione penale sez. VI - 04/04/2012, n. 44205, Foro it. 2013, 4, II, 188 NOTA (s.m.) (nota di: DI PAOLA; FIANDACA)

⁷Cassazione penale sez. VI - 03/12/2012, n. 3251, Foro it. 2013, 4, II, 188 NOTA (s.m.) (nota di: DI PAOLA; FIANDACA)

È evidente che i contorni tra le fattispecie siano ancor più sfumati e che l'accertamento della prevaricazione e dell'abuso della *publica potestas* risulti, anche sul versante probatorio, più problematico.

La Cassazione, nel tentativo di conferire, anche in tal caso, un substrato oggettivo all'analisi delle due fattispecie, sembra ancora una volta individuare l'elemento differenziale tra le fattispecie nella modalità della condotta, ed in particolare nella relazione tra la "sollecitazione", propria dell'istigazione, e la "richiesta perentoria", propria dell'induzione. La prima si inserisce in un rapporto paritetico e si concretizza in una **"proposta di un semplice scambio di favori"**, la seconda invece si sostanzia in **"una richiesta ripetuta, più insistente e con più elevato grado di pressione psicologica"**⁸, idonea a porre l'interlocutore in uno stato di soggezione.

Come ribadito in un'altra pronuncia attigua, la condotta dell'istigatore ex art. 322 c.p. deve essere caratterizzata da "una richiesta avanzata senza particolare insistenza, all'interno di un rapporto che la vicenda storico-fattuale consenta di ritenere concretamente caratterizzato da una totale

parità di posizioni tra i soggetti che vi prendono parte, e oggettivamente diretto al mercimonio dei pubblici poteri"⁹.

In buona sostanza, dunque, è l'instaurarsi di un rapporto paritetico diretto al mercimonio della pubblica funzione, unito all'assenza di abuso di *publica potestas*, l'elemento discretivo del reato di istigazione alla corruzione rispetto alle fattispecie di concussione ed induzione indebita.

Ancora una volta, è evidente l'intenzione della giurisprudenza di legittimità di indirizzare il ragionamento su un piano oggettivo, quale quello del rapporto paritetico o meno tra le parti. Tuttavia, appare inevitabile per l'autorità giudiziaria addentrarsi negli oscuri meandri del rapporto psicologico ed emotivo che deriva dal contatto tra i due soggetti e del rispettivo nesso di causalità psichica intercorrente tra la condotta induttiva e la deliberazione del soggetto indotto. D'altronde, la pariteticità del rapporto è requisito che impone altresì l'analisi del legame psicologico e morale tra i soggetti coinvolti, il quale assume consistenze diverse in base alle circostanze della vicenda concreta.

⁸Cassazione Penale 2014, 6, 1992 NOTA (s.m.) (nota di: GAMBARDILLA)

⁹Cassazione penale sez. VI, 25/01/2013, n.19190, Guida al diritto 2013, 22, 24 NOTA (s.m.) (nota di: Cisterna)



4. La truffa aggravata dalla qualifica di pubblico ufficiale: una fattispecie elastica in perenne rapporto con i delitti contro la P.A.

Al di fuori dell'alveo delle fattispecie proprie esclusive contenute nel titolo II del Codice penale, figura un ulteriore reato che pure viene in rilievo con riferimento alle condotte di cui agli articoli 317 e 319-quater c.p. e che impone un'analisi comparativa con queste ultime. Il reato in questione è la truffa aggravata dalla qualifica di pubblico ufficiale. La qualifica di pubblico ufficiale rappresenta, in tale ipotesi, un elemento circostanziale, il quale, pur partecipando all'offesa, si colloca al di fuori della fattispecie tipica, che mira a tutelare in via principale l'autodeterminazione ed il patrimonio del privato.

Dall'analisi del reato di truffa, può notarsi come l'art. 640 c.p. tipizza una condotta che deve presentare determinati elementi e che deve condurre ad un risultato preciso. In particolare, il soggetto attivo deve ricorrere ad una specifica modalità attuativa, consistente in artifici e raggiri.

Per artificio si intende, comunemente, una simulazione di circostanze inesistenti o una dissimulazione di circostanze esistenti, in un abile celamento o in un'astuta finzione, che

generano una mistificazione della realtà esterna, camuffandola.

Il termine raggiri è invece interpretato come avvolgimento ingegnoso dell'altrui psiche, destinato a convincere, orientando in modo fuorviante, le rappresentazioni e le decisioni altrui.

Entrambi gli elementi, poi, devono essere causalmente efficienti a determinare l'altrui induzione in errore, vero e proprio evento intermedio del reato, funzionale all'ottenimento di una prestazione indebita che sia tuttavia sorretta dal convincimento della vittima circa la doverosità o convenienza della stessa.

Tale reato, esterno al capo riguardante i delitti contro la P.A., pone problemi di sovrapposibilità con reati di concussione ed induzione indebita, anch'essi caratterizzati da condotte del pubblico ufficiale rivolte al conseguimento di una determinata prestazione indebita.

Ed infatti, sia nella truffa aggravata dalla qualità di pubblico ufficiale che nel reato di induzione indebita, il privato è indotto dal funzionario pubblico a tenere un certo comportamento. Tuttavia, nell'ipotesi dell'art. 640 c.p. ciò avviene in conseguenza di una falsa rappresentazione della realtà ovvero di un errore eziologicamente



connesso agli artifici e raggiri che connotano la condotta truffaldina.

Sebbene in entrambi i casi l'interlocutore addivenga ad un accordo con il pubblico ufficiale, nel caso della truffa la sua volontà si basa su una falsa rappresentazione della realtà in forza della quale sorge un erroneo convincimento circa la doverosità e legittimità dell'accordo stipulando, diversamente dall'ipotesi di induzione in cui il privato, pur vedendo la propria determinazione volontaristica venire in qualche modo indirizzata dal pubblico ufficiale, è assolutamente cosciente del carattere illecito dell'atto e dell'ingiustizia del vantaggio che ne consegue. E ciò, come è stato sottolineato in precedenza con riferimento al rapporto tra induzione indebita e concussione, giustifica la punibilità del soggetto indotto ma non anche di quello truffato, poiché, difettando totalmente in capo a quest'ultimo la percezione dell'illecito, non si ravvisa quel minimum di colpevolezza che consentirebbe di ritenere costituzionalmente legittimo l'addebito penale.

Tale impostazione ermeneutica è stata seguita anche dalla giurisprudenza più recente, la quale si è occupata di un caso in

cui un impiegato comunale e custode di un cimitero, abusando delle qualità e dei propri poteri, aveva indotto a dare ed aveva altresì ricevuto da più persone retribuzioni non dovute, omettendo di informare i cittadini della gratuità del servizio di esumazione. Ebbene, anche in tal caso, la Corte ha qualificato la vicenda ad essa prospettata come ipotesi di truffa aggravata, poiché “i reati di induzione indebita a dare o promettere e di truffa aggravata commessi da pubblico ufficiale, pur avendo in comune l'abuso da parte del pubblico ufficiale della pubblica funzione al fine di conseguire un indebito profitto, si differenziano per il fatto che nel primo, così come in generale per i reati di corruzione, colui che dà o promette non è vittima di un errore e conclude volontariamente un negozio giuridico illecito in danno della P.A., laddove, invece, nella truffa il pubblico ufficiale si procura un ingiusto profitto sorprendendo la buona fede del soggetto passivo mediante artifici o raggiri ai quali la qualità di pubblico ufficiale conferisce maggiore efficacia¹⁰”.

La posizione del truffato, pertanto, in qualità di vittima non rimproverabile delle condotte illecite del funzionario pubblico, appare decisamente più vicina a quella del concusso.

¹⁰Cassazione penale sez. VI - 13/03/2019, n. 44596

Tuttavia, rispetto alla concussione, le condotte appaiono morfologicamente distinguibili, sebbene entrambe provochino una elisione della libertà di autodeterminazione nella persona offesa. Potrebbe scorgersi, ad esempio, un potenziale accavallamento delle due fattispecie nel caso in cui il pubblico ufficiale eserciti una pressione psichica sul privato attraverso la minaccia di un danno ingiusto che però egli non potrebbe arrecare nella realtà. In tal caso, la minaccia non sarebbe concreta ma soltanto astrattamente prospettata e dunque potrebbe in realtà costituire altresì un raggirò capace di coartare la volontà dell'interlocutore favorendo in quest'ultimo una rappresentazione edulcorata della realtà.

Sul punto si profilano due possibili interpretazioni.

La prima si basa sulla percezione del privato e quindi sull'idoneità teleologica della condotta minatoria a far prospettare all'interlocutore l'accettazione del patto quale unica via di fuga dal danno minacciato. In base a tale ricostruzione, la minaccia risulterebbe sussistente a seguito di qualsiasi prospettazione di un male ingiusto che il privato percepisca come possibile, sia esso

reale o meno. Il dato psicologico, in questo come in tutti gli altri casi di costrizione, deve sostanziarsi nella consapevolezza di non poter evitare un male ingiusto se non aderendo alle richieste indebite del pubblico ufficiale. Di conseguenza, anche in caso di minaccia di un danno inattuabile dovrà ritenersi configurabile il reato di concussione.

Diversamente, ove si dia prevalenza al dato oggettivo dell'impossibilità per il funzionario di arrecare il danno minacciato, indipendentemente dalla percezione del privato circa la possibile concretizzazione della minaccia, dovrebbe ritenersi applicabile la sola truffa aggravata. Tale ultima ricostruzione è preferita da chi inoltre ritiene che una minaccia insussistente non sia altro che una forma di artificio, incapace di procurare nella vittima uno stato di costrizione, ma capace di ingenerare nel truffato un semplice convincimento, basato su una falsa rappresentazione della realtà¹¹. L'opzione ermeneutica in commento sembra confortata, oltretutto, dalla disposizione contenuta proprio nell'art. 640 comma 2 n. 2 c.p., il quale prevede un'ulteriore aggravante specifica nel caso in cui il fatto sia stato “commesso ingenerando nella persona

¹¹ Cassazione penale n. 17665/2015

offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'Autorità”.

Sul versante giurisprudenziale il confronto tra le due fattispecie è stato ancora una volta risolto facendo ricorso a criteri il più possibile oggettivi. La Cassazione, anche in questo caso, si è concentrata sulle modalità delle azioni poste in essere dal funzionario e sul peso che nella vicenda ha avuto la qualità di pubblico ufficiale. L'impostazione pretoria infatti ha precisato che il reato di concussione e quello di truffa aggravata dalla qualità di pubblico ufficiale si distinguono tra loro per le modalità delle azioni, poste in essere dall'agente, per cui si ha concussione quando l'abuso della qualità assume preminente incidenza prevaricatrice, la quale costringe il soggetto passivo ad eseguire l'ingiusta prestazione, che egli sa non dovuta, mentre si ha truffa aggravata quando la qualità di pubblico ufficiale concorre in via accessoria alla determinazione della volontà del soggetto passivo, il quale viene convinto ad offrire una prestazione che egli crede dovuta¹².

La giurisprudenza concentra dunque il discorso proprio sulla qualifica di pubblico

ufficiale e sul ruolo, centrale o marginale, che essa assume all'interno della vicenda.

D'altronde, non può non rinvenirsi una ferrea logica giuridica anche in tale impostazione, posto che nel reato di concussione, reato proprio esclusivo, la qualifica di pubblico ufficiale partecipa in maniera marcata all'offesa del bene giuridico tutelato, mentre nella truffa aggravata essa “circumstat”, orbitando attorno al nucleo della fattispecie, la quale è invece polarizzata verso la protezione del truffato. Ciò indirizza inevitabilmente l'analisi verso l'incidenza della qualifica del funzionario rispetto alla determinazione volontaristica della vittima.

In aggiunta, viene individuato dalla Corte di Cassazione un altro elemento discrezionale legato invece al processo rappresentativo-volitivo del privato, poiché nella concussione il privato mantiene la consapevolezza di dare o promettere qualcosa di non dovuto, mentre nella truffa la vittima viene indotta in errore dal soggetto qualificato circa la doverosità oggettiva della dazione o promessa¹³.

Da ultimo, la Corte ha qualificato come concussione la condotta di un dirigente medico in servizio presso il reparto di

¹² Cassazione penale n. 28736/2008; Cassazione penale n. 53444/2016

¹³ Cassazione penale n. 41317/2015

ginecologia di un ospedale che praticava aborti illegali presso il proprio studio privato, proprio individuando nello stretto nesso di consequenzialità intercorrente tra la strumentalizzazione da parte del medico della propria funzione ed il convincimento da parte delle gestanti che le somme dovute costituissero il corrispettivo della illecita prestazione del medico il dato determinante al fine di ritenere sussistente il delitto di concussione in luogo di quello di truffa aggravata. In tal caso, la funzione ricoperta dal medico aveva avuto un rilievo decisivo ai fini della credibilità e consistenza della minaccia. A tale componente si aggiungeva quindi l'elemento della costrizione, poiché il medico, prospettando un danno ingiusto consistente nel disvelamento dello stato di gravidanza ai rispettivi partners, aveva coartato la volontà delle vittime mettendole di fronte ad un male evitabile solo in caso di loro adesione al patto criminale¹⁴.

Il dubbio interpretativo era sorto poiché il medico aveva altresì prospettato alle gestanti, in caso di mancato rispetto dell'oneroso aborto illegale, l'esposizione a lungaggini, ritardi ed ostacoli organizzativi legati alla struttura sanitaria, i quali in realtà non erano

sussistenti. Tale condotta, certamente connotata dall'artificio e dalla mistificazione della realtà, tuttavia, non aveva avuto, come correttamente rilevato dall'autorità giudiziaria, alcuna influenza determinante nei confronti della deliberazione delle gestanti. Essa, infatti, era stata oscurata dalla ben più rilevante minaccia del disvelamento dello stato di gravidanza, con conseguente compromissione del rapporto intercorrente con partner o parenti. Inoltre, l'intensità della minaccia era risultata direttamente proporzionale alla qualifica pubblica rivestita dal dirigente medico, la quale aveva avuto un peso preponderante all'interno del processo di eclissi di qualsivoglia autonomia decisionale delle vittime.

5. Conclusioni

Il susseguirsi di riforme che hanno interessato il titolo II del codice penale dedicato ai delitti contro la PA non ha favorito una facile convivenza tra fattispecie simili, tuttavia giova evidenziare come la giurisprudenza sia riuscita a preservare, a partire dalla pronuncia a Sezioni Unite Maldera, una uniformità interpretativa ed a delineare, quantomeno sul piano astratto, dei perimetri netti di operatività di ciascuna

¹⁴ Cassazione n. 53444/2016, in *Diritto & Giustizia* 2016, 19 dicembre, *Rivista Italiana di Medicina Legale* (e del

Diritto in campo sanitario) 2017, 2, 745 (nota di: Cionfoli)



fattispecie di reato, tutt'oggi conservati a seguito del consolidarsi di tali orientamenti. Fino ad oggi, dunque, la giurisprudenza di legittimità ha risposto positivamente, garantendo il più possibile uniformità di trattamento e certezza dell'applicazione del diritto.

Tuttavia, non può non rilevarsi che la materia in questione presta il fianco alle insidie legate alla natura proteiforme delle vicende concrete. Il pur apprezzabile tentativo giurisprudenziale di fornire esclusivamente parametri interpretativi oggettivi si scontra perennemente con le peculiarità dei reati analizzati, che coinvolgono lo stato emotivo della vittima e si differenziano tra loro anche in base al “risultato psicologico” che le diverse condotte producono nei confronti di quest'ultima. C'è quindi una costante tensione tra tendenze oggettivanti della giurisprudenza e l'inevitabile attrazione dell'indagine verso la qualità dell'animus del soggetto avvicinato, la quale porta, in casi limite, ad abbandonare criteri oggettivi tarati esclusivamente sulle modalità della condotta e a sondare la consistenza della pressione psichica sul versante della reazione emotiva della persona offesa e del ruolo che tale pressione ha svolto nel processo deliberativo del privato.

Amministrativo

Il danno da mero ritardo, istituto multiforme: tra certezza del tempo dell'azione amministrativa e legittimo affidamento.

di Stefania Francesca Carrabotta

La complessità della società postmoderna¹, portatrice del pensiero molteplice, esprime il pluralismo² di valori e stili comportamentali influenzati dall'incessante globalizzazione della destrutturata realtà attuale, che la scienza giuridica³, nel confrontarsi con l'esperienza umana⁴, si propone di garantire, tutelare e realizzare⁵.

L'odierno contesto socio-economico, differenziato e frammentario, racchiude l'ontologica necessità di una capillare riorganizzazione per mezzo di un

sistema⁶ di regole che ne impediscano il dissolvimento, sollecitando l'interprete ad attingere ai valori fluttuanti dell'ordinamento giuridico⁷, per trasfondere all'interno di un quadro normativo astratto e decontestualizzato, il diritto vivente.

Nel diritto amministrativo moderno, una lettura assiologicamente orientata dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione ha indotto il legislatore a presidiare valori di nuova emersione, socialmente condivisi: tra essi il "fattore-tempo" si connota di una *vis* peculiare in ragione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, che impone all'interprete di delineare nuove coordinate ermeneutiche in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per danno da mero

¹ V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 29.

² Valore costituzionalmente tutelato e *leitmotiv* della metodologia pugliattiana nell'analisi della realtà giuridica quale fenomeno sociale.

³ S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta e La giurisprudenza come scienza pratica*, in cui l'autore rileva che il diritto, scienza non solo teoretica, ma anche e soprattutto scienza pratica, è "conoscenza sistematica legata a scopi pratici".

⁴ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto.*, Milano, 2008, p. 232.

⁵ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* in

Grammatica e diritto, Milano, 1978, p. 89 "il giurista deve prestare ascolto alla società e alla storia che bussano alla sua porta e non fingersi sordo né tentare di abituarsi al rumore per non subirne la molestia".

⁶ A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, Milano, 1997, p. 246, "il ricorso agli strumenti superiori dell'interpretazione sistematica è l'unica risorsa che si offre alle esigenze operative della società".

⁷ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 87, "L'ordinamento giuridico... è realtà complessa...costituente in quanto tale, continuo concreto e mobile dell'esperienza giuridica, espressione della dimensione diacronica della realtà".

ritardo, ex art. 2**bis** della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

La giurisprudenza, ordinaria e amministrativa - sul presupposto dell'inderogabilità del dogma di ordine pubblico della certezza del tempo dell'azione amministrativa - nel delimitare il fondamento giuridico e i limiti operativi del risarcimento del danno da mero ritardo, ha operato una revisione della stessa concezione del procedimento amministrativo.

Quest'ultimo, infatti, è stato di recente inteso quale fonte di vincoli privatistici e di doveri pubblicistici, che legittima la scissione tra bene della vita finale leso dal potere illegittimo e affidamento privatistico leso da condotte sleali non incidenti sul risultato finale. Esso diviene, dunque, la *sedes* del contatto sociale qualificato tra cittadino e amministrazione nel quale l'affidamento del primo assume la connotazione di diritto sostanziale e autonomo, di matrice privatistica quando si configura, al pari delle facoltà partecipative, come strumentale alla tutela dell'interesse legittimo, nell'ambito di un rapporto

unitario di carattere pubblicistico.

In occasione del procedimento si realizza l'attuazione di un dialogo partecipativo tra privato e P.A. tenuta al rispetto degli obblighi di buona fede, correttezza e lealtà, la cui violazione e conseguente lesione della sfera del privato, assumono un carattere del tutto autonomo rispetto alla pretesa sostanziale del bene vita, che era stato chiesto alla pubblica amministrazione dal privato.

Il principio di affidamento nei confronti della P.A., quale riflesso della certezza del tempo dell'azione amministrativa, emerge nel riconoscimento legislativo del danno da mero ritardo ex art. 2 *bis*, L. n. 241/1990, quando “*l'inosservanza dolosa o colposa del termine del procedimento*” abbia leso un bene della vita del privato.

Occorre, tuttavia, distinguere: le fattispecie di tutela dell'affidamento collegate all'esercizio del potere amministrativo, la cui violazione determina l'illegittimità dell'atto di esercizio di tale potere, cui conseguono la tutela demolitoria e risarcitoria davanti al G.A.; le ipotesi di violazione del legittimo affidamento comportamentale che,

secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, trovano tutela davanti al G.O. In *subiecta materia* e in generale in tema di responsabilità della P.A. emerge, pertanto, il ruolo di formante svolto dalla giurisprudenza, alla quale va attribuito il merito di aver individuato in via interpretativa: da un lato, le situazioni giuridiche soggettive oggetto di tutela risarcitoria; dall'altro, i criteri di riparto di giurisdizione, poi consacrati dal legislatore nel codice del processo amministrativo.

La presente trattazione, si propone di delineare la portata multiforme del danno da mero ritardo, ripercorrendo le principali tappe del dialogo tra legislatore e giurisprudenza, da istituto prettamente pubblicistico, occasionato dal procedimento, a strumento rimediabile conformato da regole privatistiche.

1. La responsabilità della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali.

Il rimedio risarcitorio azionato nei confronti della pubblica amministrazione

a fronte della responsabilità della stessa risponde ad una duplice finalità: garantire la pienezza della tutela garantita mediante il risarcimento del danno in tutti i casi di lesione di interessi rilevanti per l'ordinamento, a prescindere dalla relativa qualificazione; assicurare la realizzazione delle più basilari esigenze di giustizia, mediante la rimozione dell'isola di immunità formatasi attorno alla P.A., per effetto del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi.

Vengono in rilievo due profili composti e ontologicamente condizionati in modo speculare: un profilo sostanziale concernente l'*an* della risarcibilità, la natura giuridica della responsabilità, l'elemento oggettivo, l'elemento soggettivo, le tecniche di tutela risarcitorie e di quantificazione del danno risarcibile; un profilo processuale concernente il riparto di giurisdizione ai fini della domanda risarcitoria, le tecniche di tutela attivabile dal privato leso, i rapporti tra rimedio demolitorio/conformativo e quello risarcitorio, il *dies a quo* dell'azione risarcitoria e l'esperibilità per la prima volta della domanda in sede di giudizio di

ottemperanza.

Ai fini della presente trattazione appare opportuno procedere, in particolare, alla disamina delle questioni attinenti alla natura della responsabilità *de qua* oltre che sul riparto di giurisdizione sulla domanda risarcitoria, al fine di coglierne gli *essentialia* e collocare, di seguito, nell'alveo delle risultanze normative e giurisprudenziali la figura del danno del mero ritardo.

Com'è noto, il riparto di giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno della P.A. ha subito un'evoluzione che si snoda lungo cinque fasi principali.

In una prima fase⁸, il criterio di riparto - G.O./G.A. - è incentrato, *ex* 103 Cost., sulla natura delle posizioni giuridiche soggettive. Il riparto di giurisdizione, che si snoda lungo dicotomia diritto soggettivo - interesse legittimo, attribuisce ai due giudici diverse tecniche di tutela. Il G.A. annulla l'atto lesivo degli interessi legittimi; il G.O. risarcisce il danno ma non conosce degli interessi legittimi. Il giudice ordinario conosce dei diritti

soggettivi, ma non degli interessi legittimi: l'art. 7, L. n. 1034/1971 (nella formulazione originaria) prevede che restano riservate all'autorità giurisdizionale ordinaria le questioni attinenti i diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre, precludendone la cognizione al G.A.

Il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 103 Cost., ha giurisdizione per la tutela nei confronti della P.A. degli interessi legittimi, e in particolari materie indicate dalla legge anche dei diritti soggettivi.

Superata tale fase in cui la dottrina più autorevole⁹ propendeva per un atteggiamento granitico di chiusura avallato dalla giurisprudenza¹⁰, il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi viene inciso da significative aperture tanto sul piano legislativo quanto su quello giurisprudenziale.

Sul primo versante, gli artt. 13 della L. n. 142/1992, 11 della L. n. 489/1992 e 30 del D.lgs. n. 157/1995 sanciscono la

⁸ Anteriore a Cass. Civ., S.U. n. 500/1999.

⁹ NIGRO.

¹⁰ Cass. civ., nn. 4058/1969, 2135/1972, 5813/1985, 8496/1994, 1540/1995.

risarcibilità delle posizioni (dai più ritenute di interesse legittimo) lese dalla violazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici; inoltre, l'art. 35 del D.lgs. n. 80/1998 postula che la giurisdizione del G.A. si estende anche alle questioni risarcitorie limitatamente ai casi di giurisdizione esclusiva *ex artt.* 33 e 38 dello stesso decreto.

In ambito giurisprudenziale, la struttura bifasica (G.A/G.O.) e la pregiudizialità (annullamento dell'atto lesivo/riespansione del diritto/risarcimento del danno illegittimamente compreso) vengono imposte dalla *fictio* del diritto che rinasce dall'annullamento dell'atto illegittimo: tanto per i diritti affievoliti *ab origine*, quanto per i diritti suscettibili di affievolimento, si tutelano interessi legittimi oppositivi mascherandoli come diritti soggettivi.

Le Sezioni Unite con sent. n.

500/1999¹¹ affermano che l'azione *ex art.* 2043 c.c. è proposta davanti al giudice ordinario, quale giudice cui spetta, in linea di principio la competenza giurisdizionale a conoscere le questioni di diritto soggettivo, poiché tale natura esibisce il diritto al risarcimento del danno, che è diritto distinto dalla posizione soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto.

La sentenza in esame precisa che anche la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, può essere fonte di responsabilità aquiliana e, quindi, dare luogo a risarcimento del danno ingiusto, a condizione che risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della pubblica amministrazione, l'interesse al bene della vita al quale il primo si correla, e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua del diritto positivo.

Sono due le posizioni tutelate: una di

¹¹La Cassazione ha affermato che la normativa sulla responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 c.c., ha la funzione di consentire il risarcimento del danno ingiusto, intendendosi come tale il danno arrecato *non iure*, il danno, cioè, inferto in assenza di una causa giustificativa, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale, ed in particolare, senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo.

Peraltro, avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dalla suddetta norma non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela: spetta, pertanto, al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prenda in considerazione sotto altri profili, manifestando in tal modo, un'esigenza di protezione.

interesse legittimo oppositivo tesa a soddisfare istanze di conservazione della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto; l'altra di interesse legittimo pretensivo, volta alla soddisfazione di istanze di sviluppo della sfera giuridica personale patrimoniale del soggetto.

Successivamente a tale pronuncia si assiste al crollo del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, la cui cognizione in caso di domanda risarcitoria viene attribuita: al giudice amministrativo nell'ipotesi eccezionale di giurisdizione esclusiva *ex art. 35 del D.lgs. n. 80/1998*, così attribuendo una giurisdizione piena al G.A. che conosce anche delle questioni risarcitorie, limitatamente alla materie di cui agli artt. 33 e 34 del suddetto decreto; al giudice ordinario nelle materie in cui il G.A. ha giurisdizione di legittimità, configurando una giurisdizione generale del G.O. per la risarcibilità degli interessi legittimi, attesa la natura di diritto soggettivi di tipo patrimoniale che caratterizza la pretesa creditoria del privato. A tale risultanza, tuttavia, venne mossa la critica di operare una scissione concettuale tra interesse

legittimo leso e diritto al ristoro che entrava in contrasto con il criterio di riparto *ex art. 103 Cost.*

Quanto alla pregiudizialità, le Sezioni Unite in commento, rispetto al giudizio che può svolgersi davanti al giudice ordinario, non ritengono ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento; ciò è quanto, ad opinione della Corte, si desume dal nuovo ordinamento che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione del diritto soggettivo.

La terza fase dell'evoluzione di cui si tratta è connotata dall'emanazione della L. n. 205/2000; in particolare, il legislatore del 2000 interviene sull'art. 7 della L. n. 1034/1971, sostituendo il termine "materia" con la locuzione "ambito di giurisdizione", così assegnando al G.A. il potere di conoscere tutte le questioni risarcitorie relative all'eventuale risarcimento del danno ogniqualvolta si trovi ad operare nell'ambito della sua giurisdizione. Il dato normativo è inequivocabilmente indicativo della volontà di estendere la

capacità del giudice amministrativo, sì da assicurare una pienezza di tutela.

La domanda risarcitoria e l'ambito della giurisdizione del G.A. trovano fondamento normativo negli artt. 103 e 113 Cost.; l'espressione diritti patrimoniali consequenziali contenuta nel summenzionato art. 7 si riferisce a tutte le domande risarcitorie aventi ad oggetto un danno "conseguente" all'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, non già alle sole domande consequenziali all'annullamento dell'atto e ciò a due le condizioni: la presenza della pubblica amministrazione nella controversia in veste di autorità e l'ingiustizia del danno quale conseguenza dell'esercizio della funzione amministrativa¹².

Con la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 si apre la quarta fase evolutiva; la Consulta afferma che il legislatore ordinario può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso

particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto di opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità.

Il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio-conformativo, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti dell'amministrazione.

La sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 attribuisce al G.A. giurisdizione piena in tutti casi di inerenza dell'attività contestata all'esercizio del potere.

La successiva pronuncia della Consulta, n. 191 del 2006, prevede giurisdizione esclusiva del G.A. anche per le controversie relative a comportamenti riconducibili all'esercizio, pur se

¹² Tale interpretazione è stata confermata dalla giurisprudenza. Corte costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191 secondo cui il legislatore del 2000 ha introdotto un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma

specifico, il danno sofferto per illegittimo esercizio della funzione. Secondo la Consulta il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno ingiusto è uno strumento di tutela ulteriore da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti dell'amministrazione.



illegittimo, del potere pubblico dell'amministrazione; devolve, inoltre, al G.O. la giurisdizione di comportamenti meri posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto.

Infine, il legislatore “codifica” i principi espressi dalla Corte Costituzionale in tema di giurisdizione esclusiva; con l'art. 7 c.p.a. viene, pertanto, devoluta alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili, anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere dalle pubbliche amministrazioni.

Con l'art. 133, comma 1, n. 1, lett. a), c.p.a., è devoluta alla giurisdizione esclusiva del G.A. la cognizione in materia di “risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza del l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”. Su altro fronte, l'art. 30,

comma 4, dello stesso codice dispone che per il risarcimento del danno che il ricorrente comproui di aver subito “in conseguenza del l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”, il termine di 120 giorni non decorre fintanto che perdura l'inadempimento o comunque dalla scadenza del termine per provvedere.

Ciò chiarito per quanto concerne il riparto di giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno, occorre analizzare la natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione al fine di individuare la disciplina applicabile; la *quaestio de qua* ha visto contrapporsi quattro diverse impostazioni.

Una prima tesi postula la natura extracontrattuale della responsabilità della P.A., indirizzo seguito peraltro dalle SS.UU. del 1999: l'art. 2043 c.c., norma primaria di protezione, è clausola generale che fonda la responsabilità della P.A., sanzionando con l'obbligazione risarcitoria la violazione del principio del *neminem laedere*. La situazione soggettiva protetta è l'interesse al bene della vita,

pertanto, l'ingiustizia del danno si misura mediante giudizio di spettanza dello stesso; le condizioni per la ristorabilità sono: l'evento dannoso, il danno ingiusto, il nesso causale¹³, il dolo o la colpa dell'amministrazione.

Secondo tale impostazione: l'onere della prova soggiace alle regole di cui agli artt. 2043 e 2697 c.c., gravando sul privato lesa; sono risarcibili i danni causati dal mancato conseguimento del bene finale; stante il mancato richiamo dell'art. 2056 c.c. all'art. 1225 c.c., il risarcimento si estende anche al danno imprevedibile; concorrono interessi e rivalutazione con decorrenza dal momento del fatto illecito; la prescrizione è quinquennale ai sensi dell'art. 2947 c.c.

La tesi della natura contrattuale parte dal presupposto che il contatto del cittadino con l'amministrazione è caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che, in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività

procedimentale, diviene specifico e differenziato¹⁴. Nell'ambito del procedimento, infatti, il rapporto tra p.a. e privato viene accostato al rapporto senza obbligo primario di prestazione ma con obblighi di protezione ex articolo 1173 c.c.¹⁵

La situazione soggettiva protetta è l'interesse al rispetto delle regole procedimentali; condizioni per la ristorabilità: si prescinde dalla spettanza del bene finale, attribuendo autonoma rilevanza all'affidamento del privato alla correttezza procedimentale; violazione degli obblighi di comportamento da parte della P.A. accertata ex art. 1218 c.c.

Tale norma pone a carico dell'amministrazione l'*onus probandi* circa l'assenza di responsabilità; vengono risarciti i danni derivanti dalla lesione dell'affidamento che il privato serba nella correttezza procedimentale; il *quantum* risarcibile, al di fuori dei casi di dolo, è limitato al solo danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta

¹³ Il Consiglio di Stato, con l'Adunanza Plenaria n. 3 del 2001, nel superare la tesi della pregiudizialità amministrativa, ha messo in luce la rilevanza sostanziale, sul piano causale, dell'omessa attivazione da parte del ricorrente degli strumenti di tutela apprestati

dall'ordinamento, per escludere la risarcibilità di quei danni che, secondo un giudizio di tipo ipotetico-prognostico, si sarebbero potuti evitare secondo l'ordinaria diligenza.

¹⁴ Cassazione nn. 157/2003 e 24438/2001.

¹⁵ SCOCA.



l'obbligazione *ex art.* 1225 c.c.; la rivalutazione costituisce un "maggior danno" che, nei casi di dimostrata impossibilità di fruttuoso impiego di denaro, assorbe gli interessi legali; la prescrizione¹⁶ è decennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c..

Secondo la tesi della responsabilità *sui generis*¹⁷ nel caso di lesione arrecata all'interesse legittimo, sia in presenza di una peculiare figura di illecito qualificato dall'illegittimo esercizio del potere autoritativo¹⁸. La responsabilità della P.A., partecipando di volta in volta alle peculiarità proprie della responsabilità contrattuale e della responsabilità extracontrattuale, ha natura *sui generis*¹⁹.

Condizioni per la ristorabilità sono: l'accertamento dell'illegittimo esercizio

del potere autoritativo; l'accertamento dell'esistenza di un eventuale concorso di colpa in capo ai soggetti coinvolti nel procedimento; rimessa al caso concreto e affidata al giudice la determinazione dell'*an* e del *quantum* della domanda risarcitoria.

La tesi non ha convinto, poiché la mancanza di una compiuta disciplina normativa della responsabilità della pubblica amministrazione comporta inevitabilmente il ricorso alle categorie della responsabilità aquiliana e della responsabilità contrattuale, anche al fine di ridurre gli spazi eccessivi che verrebbero, altrimenti, riservati all'interpretazione giurisprudenziale.

Infine, la tesi della responsabilità precontrattuale²⁰,

¹⁶ Tale profilo è stato superato dall'art. 30 del c.p.a. che, a prescindere dalla natura della responsabilità, prevede termini decadenziali distinti per la domanda risarcitoria autonoma o conseguente all'azione di annullamento.

¹⁷ Consiglio di Stato: sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047; sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611. T.A.R. Milano, sez. III, 6 aprile 2016, n. 650.

¹⁸ Ha trovato conferma in una recente pronuncia del Consiglio di Stato, n. 3058 del 2017, secondo cui la tesi della natura speciale della pubblica amministrazione trova fondamento nella difficoltà di inquadrare tale responsabilità: nell'ambito dell'illecito aquiliano e nell'ambito della responsabilità contrattuale. Tale impostazione chiarisce che, in linea generale, nella responsabilità extracontrattuale, difetta un preesistente rapporto giuridico tra il danneggiato e l'autore dell'illecito. Al contrario, invece, la responsabilità della p.a. derivante dalla lesione di un interesse legittimo si inserisce

necessariamente all'interno del rapporto già instaurato tra amministrazione e privato, il quale si svolge secondo le regole predefinite del procedimento amministrativo. Inoltre, secondo i giudici amministrativi, il rapporto pregresso tra la pubblica amministrazione e il privato non assume le connotazioni proprie di un vincolo obbligatorio, caratterizzato dal rapporto tra il dovere di prestazione e il diritto di credito. In questo ambito, pertanto, si possono collocare le non infrequenti affermazioni del carattere speciale della responsabilità p.a., certamente rafforzate dalla presenza di apposite regole che definiscono gli elementi centrali dell'azione.

¹⁹ TRAVI.

²⁰ La tesi della responsabilità precontrattuale è stata, invero, sostenuta soprattutto con riferimento alle procedure selettive. Secondo i fautori di questa impostazione, il rapporto tra pubblica amministrazione e amministrati sarebbe assimilabile a quello intercorrente tra i soggetti

sostenuta dall'Adunanza Plenaria n. 6 del 2005, secondo cui nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune. Tale impostazione è stata confermata dal Consiglio di Stato che, con sent. n. 1457 del 2003, ha esteso l'ambito di applicazione anche ai casi di provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione.

L'*an* della risarcibilità è condizionato: dallo stadio delle trattative, tale da giustificare un legittimo affidamento; dall'interruzione delle trattative con conseguente pregiudizio per la parte che ha sostenuto spese o a rinunciato ad occasioni più favorevoli; dal comportamento della parte inadempiente

coinvolti nella fase delle trattative per la stipula di un contratto, da cui scenderebbe il dovere di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c..

²¹Il danno da ritardo rappresenta una *species* del *genus* del danno da lesione di **interesse legittimo pretensivo**, situazione giuridica soggettiva volta a soddisfare istanze di ampliamento della sfera giuridica personale e patrimoniale del privato.

Presupposti per la ristorabilità dell'interesse ad ottenere il bene della vita oggetto del provvedimento amministrativo sono: l'accertamento della illegittimità del provvedimento

non assistito da giusto motivo.

Il *quantum* del risarcimento è rappresentato da: danno emergente ovvero sia l'interesse negativo, consistente nelle spese sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto; lucro cessante, le perdite subite per avere perduto ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, che sono liquidate solo se debitamente provate.

Ai fini della presente trattazione, occorre rilevare che sul piano dell'elemento oggettivo della responsabilità della P.A., la sent. n. 500/1999 ha espressamente disposto che, affinché si possa configurare un'ipotesi risarcitoria, la lesione dell'interesse legittimo del privato è necessaria, ma non sufficiente. Ed invero, con riferimento agli interessi legittimi c.d. pretensivi²¹, è altresì

e il giudizio prognostico di spettanza del bene in capo all'istante.

Il giudizio prognostico genera il rischio di ingerenza del giudice nella sfera riservata alla P.A. in maniera più o meno pregnante in relazione alla tipologia di attività del caso concreto. In particolare, avuto riguardo all'attività vincolata è stato escluso il rischio di ingerenza del G.A. nelle valutazioni di merito dell'amministrazione, in quanto il giudizio si fonda sul mero riscontro della sussistenza dei presupposti cui la legge subordina il rilascio di un certo bene.

Diversamente, rispetto all'attività tecnico-discrezionale

necessario verificare che, nel caso di specie, vi sia stata anche lesione dell'interesse finale al conseguimento del bene della vita cui l'interesse legittimo inscindibilmente si correla. La giurisprudenza precisa, inoltre, che occorre un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza, al fine stabilire se il richiedente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi

della P.A. non vi è unitarietà di vedute: una tesi ritiene che il G.A. si sostituisce all'amministrazione mediante una nuova valutazione sulla spettanza del bene; altra impostazione postula che il G.A. valuta la domanda risarcitoria solo dopo il riesercizio positivo del potere della P.A.; secondo altro orientamento il G.A. opta per la tecnica della *chance*, scontando il *quantum* in relazione alla possibilità percentualistica di successo. L'indirizzo consolidato ammette per il G.A. la sindacabilità *ab intrinseco* dell'esercizio dell'attività tecnico-discrezionale.

Infine, il giudizio rispetto all'attività discrezionale *tout court* della P.A. vede contrapporsi: una tesi che individua nel giudizio risarcitorio la sede in cui l'amministrazione può esplicitare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza; altra tesi, cd. della *chance*, secondo cui il risarcimento viene riconosciuto allorché l'istante dimostri di avere avuto *chance seriuses* di conseguire il bene sperato; un'ulteriore

giuridicamente protetta.

2. Il danno da ritardo: ipotesi applicative.

Un'ipotesi peculiare di danno da lesione dell'interesse pretensivo è il danno da ritardo.

Preliminarmente alla disamina degli *essentialia* di tale fattispecie, occorre rilevare che la genesi dell'istituto trova la propria ragione giustificatrice nella centralità della certezza del tempo dell'azione amministrativa, ancorata a principi fondamentali di rango sia costituzionale²² che sovranazionale²³, oltre che funzionalmente orientata ad evitare il cd. rischio amministrativo, idoneo a disincentivare la libera iniziativa privata ex art. 41 Cost.²⁴.

ricostruzione che ammette la domanda risarcitoria solo dopo che la P.A. abbia esercitato il potere, risolvendo positivamente il giudizio di spettanza.

²² Quali l'efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., che vengono declinati "in concreto" con una efficace scadenza temporale.

²³ Art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che riconosce al cittadino il diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate dalla pubblica amministrazione, oltre che con imparzialità ed equità, anche entro un termine ragionevole.

²⁴ Cfr.: Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, secondo cui "il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta

Sul piano normativo, l'assenza di certezze temporali rappresentava un elemento di opacità connaturato all'agere amministrativo intrinsecamente caratterizzato dai privilegi della unilateralità, dell'imperatività e della segretezza.

In tale contesto, la nozione di tardività era negata in assoluto, difettando un parametro temporale rispetto al quale predicare una violazione sanzionabile con la decadenza o con la consumazione del potere o ancora mediante l'esperibilità di rimedi volti a costringere l'amministrazione a porre fine all'inerzia e risarcire i danni.

L'autoreferenzialità del potere amministrativo svincolato da parametri temporali è venuta meno - oltre che per effetto della lettura costituzionalmente orientata dell'azione amministrativa funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico nella dialettica come le esigenze del privato - in virtù del precetto generale posto dall'art. 2 della Legge 7 agosto 1990, n. 241²⁵, modificato, da ultimo,

dalla Legge Madia n. 124/2015 (e interessato dai decreti di attuazione intervenuti nel corso del 2016 e del 2017). La norma, rubricata "*Conclusioni del procedimento*" reca, per quel che rileva in questa sede, una serie di innovazioni significative in materia di tempo amministrativo e di semplificazione procedimentale, con l'obiettivo di accelerare, secondo un meccanismo di cd. *fast track procedure* finalizzato valorizzare l'importanza del fattore-tempo, la realizzazione degli interventi più rilevanti per il sistema paese.

La disposizione *de qua* funge, pertanto, da base normativa della certezza del tempo amministrativo, esprimendo: da un lato, il principio di doverosità dell'azione amministrativa²⁶, che impone alla P.A. di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso e motivato²⁷; dall'altro, l'obbligo per la P.A. di fissare il termine di conclusione del procedimento, indicando quello legale suppletivo di 30 giorni, decorrente dall'inizio del procedimento

dell'amministrazione".

²⁵Recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi".

²⁶In omaggio al valore comunitario di *securité juridique*.

²⁷Ex art. 3, L. n. 241 del 1990.

d'ufficio o dal ricevimento della domanda nel caso di procedimento ad istanza di parte²⁸.

Da una parte, il fondamento della doverosità dell'azione amministrativa è da ricercare, oltre che nei principi costituzionali di efficienza e buon andamento *ex art. 97 Cost.*, nel principio di legalità²⁹ che governa l'esercizio dell'azione medesima, inteso non più come limite negativo all'esercizio del potere, bensì quale affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare il potere in tempo utile e ragionevole; rispetto al fattore tempo viene in rilievo la nozione di "legalità risultato".

Dall'altra, il termine di conclusione del procedimento è indisponibile, pertanto, non può costituire il risultato di una procedura negoziata con i terzi, dovendo, al contrario, essere fissato unilateralmente

dall'amministrazione, tenendo conto degli obiettivi di economicità, efficacia, efficienza dell'azione amministrativa indicati dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo³⁰.

Alla finalità di tutela della certezza del tempo amministrativo risponde, altresì, l'art. 2-bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241 che, partendo dalla qualificazione del "fattore-tempo" come bene della vita autonomo e dalla conseguente risarcibilità anche del danno puro da ritardo (sganciato cioè dalla fondatezza della pretesa fatta valere con l'istanza introduttiva) prevede, sul piano della coercibilità giuridica dell'obbligo di provvedere, una particolare forma di "danno da ritardo", ponendo a carico della P.A. l'obbligo di risarcire il danno ingiusto causato dall'inosservanza, dolosa o colposa, del termine procedimentale³¹.

²⁸Ai fini di contemperare l'esigenza di certezza e celerità dell'azione amministrativa con la complessità di taluni procedimenti, per ragioni connesse all'organizzazione amministrativa o per particolare natura degli interessi pubblici tutelati, la norma al comma 7, come modificata dalla L. n. 69/2009, contempla termini ulteriori per la conclusione di tali procedimenti, prevedendo altresì che il termine per la conclusione del procedimento, sia suppletorio che determinato in via regolamentare, possa essere sospeso al fine di consentire alla pubblica amministrazione procedente di acquisire informazioni o certificazioni non in suo possesso.

²⁹ Dove c'è potere amministrativo c'è sempre una legge

che fonda quel potere. La legge, quando dialoga con l'amministrazione, è animata da due aspirazioni. Da un lato, definisce l'indirizzo dell'azione amministrativa (principio di legalità-indirizzo³⁰), dall'altro costituisce una garanzia per il cittadino (principio di legalità-garanzia).

³⁰Legge 7 agosto 1990, n. 241.

³¹ C.G.A., 10 settembre 2018, n. 490, per la risarcibilità del danno da ritardo, è necessario e sufficiente "oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza è imputabile a dolo o colpa dell'amministrazione medesima, che il danno è conseguenza diretta della ritardo".



La possibilità che vi sia un danno da ritardata conclusione del procedimento amministrativo presuppone logicamente che vi sia un ritardo; tale evenienza non si verifica in presenza di una fattispecie di cd. silenzio-assenso o silenzio-diniego.

Il risarcimento del danno da ritardo è inteso come strumento di reintegrazione in quanto consente al privato di ottenere il ripristino della situazione economica che, in caso di danno da ritardo, egli avrebbe raggiunto se non si fosse verificata la dilazione del termine procedimentale.

Da qui la necessità di verificare se rilevi per l'interprete il mero ritardo non seguito necessariamente da un provvedimento favorevole, oppure se abbia dignità giuridica solo il ritardo con cui è stato emanato un provvedimento³² favorevole.

In quest'ultima ipotesi pare evidente che il ritardo smarrisca la sua autonomia per essere assorbito nel provvedimento favorevole e, in particolare, nel giudizio di spettanza del bene della vita, tipico degli interessi legittimi pretensivi, secondo le

indicazioni delle SS.UU. del 1999 succitate.

Sul versante dogmatico, la dottrina ha operato una ripartizione del danno da ritardo in tre sottocategorie: danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento legittimo e favorevole dopo l'annullamento di un precedente atto illegittimo favorevole; danno provocato dalla mera tardività con cui è stato emanato un provvedimento legittimo e favorevole; danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento legittimo ma sfavorevole. Secondo tale impostazione le tre ipotesi vanno distinte tra loro poiché mentre nel primo caso si tratta di una responsabilità da provvedimento, essendo il danno provocato dall'illegittimo diniego e dal conseguente ritardo nell'emanazione del provvedimento richiesto, le altre due riguardano danni da ritardo procedimentale non direttamente causati da provvedimenti illegittimi, in quanto in entrambi i casi i provvedimenti sono legittimi.

Senonché il Consiglio di Stato ha

³² M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto*

amministrativo, 2018, p. 726.



elaborato una diversa tripartizione, riconducendo alla fattispecie *de qua* tre ipotesi differenti, incentrate le prime due sul provvedimento tardivo e la terza sulla rifiuto di provvedere.

Il danno da ritardo, secondo la giurisprudenza in esame, può essere distinto in tre sottocategorie³³ in quanto derivante dalla:

- tardiva adozione di un provvedimento legittimo ma sfavorevole;
- tardiva adozione del provvedimento favorevole richiesto dall'istante;
- mancata adozione del provvedimento a causa dell'inerzia della pubblica amministrazione (danno da silenzio).

In quest'ultimo caso, attivando la specifica tutela prevista a fronte dell'inerzia della P.A. di cui all'art. 117 c.p.a., il privato può conseguire il provvedimento espresso che, tuttavia, ancorché favorevole, lascia comunque in vita un possibile profilo di danno, atteso

il ritardo nella sua adozione.

Si afferma, in merito, che il ritardo nell'emanazione del provvedimento vale a connotare in termini di illegittimità l'attività della pubblica amministrazione; pur essendo superfluo il giudizio prognostico, non appare sufficiente il solo accertamento del ritardo per la statuizione circa l'obbligo del risarcimento del danno, essendo necessario scrutinare le ragioni del ritardo e accertare se l'amministrazione non abbia rispettato il termine finale del procedimento per dolo o colpa, ovvero se la sua inerzia possa ritenersi giustificata.

Parte della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto risarcibile il ritardo colpevole della P.A. a condizione che - attivato lo specifico rimedio di quell'articolo 117 c.p.a. - il privato abbia ottenuto il provvedimento favorevole richiesto, essendo necessario l'accertamento dell'imputabilità dell'inosservanza del termine³⁴.

In senso contrario il Consiglio di Stato³⁵ secondo cui la rilevanza

³³ Consiglio di Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 857.

³⁴ T.A.R. Campania – Napoli, n. 770 del 2017.

³⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 12 gennaio 2009, n. 65.

procedimentale specifica ed oggettiva del ritardo rileva anche nei casi di mancato esercizio del potere. L'omesso esercizio del potere, anche riferito al superamento del termine finale per provvedere, costituisce la fattispecie speculare del suo esercizio, configurando, nelle sue conseguenze dannose, la lesione dello stesso interesse legittimo che il soggetto coinvolto vanta rispetto all'emanazione di un provvedimento favorevole.

Situazione analoga si verifica nell'ipotesi di provvedimento favorevole all'istante che interviene con ritardo³⁶; anche in questo caso, il giudice amministrativo non deve limitarsi al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento ma deve estendere la sua indagine alla valutazione della colpa della P.A., intesa come apparato.

In un'ottica di collaborazione tra il richiedente l'amministrazione, infatti, può accadere che il termine sia superato non per anomalie dell'azione amministrativa, ma per obiettive esigenze o perché lo

stesso richiedente (consapevole della complessità del caso) anche informalmente svolge opera di persuasione sull'accogliibilità dell'istanza, tale da indurre l'amministrazione ad una maggiore ponderazione. Occorre, quindi, che il ritardo sia dipeso da un comportamento inescusabile; in questo caso tra l'elemento della colpevolezza dell'apparato amministrativo ovvero sia la rimproverabilità del ritardo.

Il rispetto dei termini procedurali stabiliti dalla legge, o che la stessa pubblica amministrazione si è assegnata, rappresenta manifestazione di quella "buona amministrazione" che a livello europeo assurge vero e proprio diritto del cittadino³⁷.

Terza figura individuata dalla giurisprudenza amministrativa è il danno da mero ritardo: con tale locuzione si intende la richiesta di ristoro da parte del privato, scissa dalla legittimità o meno del provvedimento adottato dalla P.A., con cui viene negata la spettanza del bene

³⁶ Si pensi al caso del rilascio tardivo di un permesso di costruire, in relazione al quale sono prospettabili i danni consistenti nell'aumento dei costi del materiale di costruzione, dovuti al decorso del tempo, ovvero ancora

del rilascio in ritardo di una concessione demaniale per una stagione ormai trascorsa.

³⁷ Art. 42 Carta di Nizza..

della vita; in tale ipotesi, il privato si duole delle tempistiche che hanno portato alla definizione del procedimento. Si tratta di una fattispecie dibattuta.

3. Il danno da mero ritardo: l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2005

Un'apertura verso la tesi della risarcibilità del danno da ritardo mero (ovvero a prescindere dall'accertamento della spettanza del bene della vita finale) proveniva da una pronuncia del Consiglio di Stato, n. 1945 del 2003, secondo cui la responsabilità poteva sanzionare anche l'inadempimento di quel generico dovere sorto in relazione al "contatto procedimentale", ammettendo, pertanto, il danno potesse consistere nelle perdite economiche subite in conseguenza della scorrettezza del comportamento tenuto dalla amministrazione a prescindere dalla spettanza del bene della vita. I giudici amministrativi, tuttavia, precisavano che era demandata al privato la scelta circa l'impostazione della controversia e in particolare la decisione di chiedere, oltre o in alternativa al ristoro del pregiudizio

derivante dalla perdita del bene finale, anche i danni derivanti dal comportamento scorretto.

La *quaestio de qua* è stata successivamente rimessa alla Plenaria dalla IV sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 875/2005. Secondo quanto argomentato dall'organo remittente il bene "tempo", ovvero l'affidamento del privato alla definizione in tempi certi del procedimento amministrativo, era da considerarsi *ex se* meritevole di tutela risarcitoria, parimenti al bene della vita finale al cui conseguimento aspirava il privato.

La prospettiva che iniziava a farsi strada anche in sede giurisprudenziale è quella del c.d. "contatto amministrativo", per tale intendendo l'applicazione del paradigma civilistico del "contatto sociale qualificato" quale fonte di responsabilità contrattuale, anche nel settore amministrativo; fra la P.A. e il privato, per l'effetto dell'avvio di un procedimento amministrativo, nasce un legittimo affidamento del privato sulla conclusione del procedimento circa il rispetto obblighi di correttezza procedimentale, anche alla



luce del principio generale del buon andamento della P.A.

A fronte di tali osservazioni, tuttavia, La Plenaria del Consiglio di Stato, n. 5 del 2007, ha assunto una posizione diametralmente opposta - e coerente con l'orientamento tradizionale inaugurato dalla Cassazione con la sentenza n.500/1999 - optando per la non ristorabilità del danno da mero ritardo.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, chiarito che il risarcimento del danno risulta connesso alla spettanza del bene della vita che il privato intende conseguire ovvero conservare con il provvedimento amministrativo; al contrario, quando il provvedimento adottato in ritardo è legittimamente sfavorevole, il ritardo dell'agire amministrativo non è fonte autonoma di risarcimento.

L'Adunanza Plenaria -dopo aver evidenziato che l'ordinamento può

apprestare vari strumenti per garantire il rispetto dei tempi dell'azione amministrativa, mediante misure di carattere punitivo, disciplinare o indennitario - ha, pertanto, escluso che tra di essi possa trovare posto la tutela risarcitoria in sede giudiziale. Secondo l'orientamento in esame il danno da ritardo non ha una propria autonomia strutturale rispetto alla fattispecie provvedimento da cui scaturisce: il tempo, pertanto, non è un bene della vita suscettibile di tutela risarcitoria che va accordata soltanto all'interesse pretensivo correlato al conseguimento di un'utilità finale³⁸.

4. La novità della L. n. n. 69/2009 e le visioni discordanti in dottrina.

Nel quadro giurisprudenziale sin qui tracciato è intervenuta la l. 69/2009³⁹ che ha introdotto l'art. 2 bis, rubricato "*Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione*

³⁸ Da ultimo (e prima della L. n. 69/2009) cfr. T.A.R. Lazio – Roma, sez. II bis, 16 marzo 2009, n. 2964: "*non è risarcibile il danno da ritardo "puro" quando è disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell'interesse pretensivo fatto valere*".

³⁹ Prima della novella la giurisprudenza era divisa sul punto: la tesi prevalente³⁹, che valorizzava la natura extracontrattuale della responsabilità, ha affermato che

nessun risarcimento può essere riconosciuto se il cittadino non aveva titolo a quel provvedimento del cui ritardo nell'emanazione si duole; al contrario, la tesi che valorizzava la natura contrattuale della responsabilità *de qua*³⁹, ha ritenuto che l'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa è interesse meritevole di tutela in sé considerato.

nella conclusione del procedimento” che radica in capo alle pubbliche amministrazioni il “risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza del l’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

La disposizione inserisce nel tessuto normativo la tutela risarcitoria laddove l’amministrazione adotti un provvedimento sfavorevole legittimo, ma con ritardo rispetto ai tempi ordinari del procedimento: è questa l’ipotesi del cd. danno da mero ritardo, che si identifica nella lesione dell’interesse procedimentale, non collegato al bene sostanziale della vita del privato alla tempestiva conclusione del procedimento, nel termine di cui all’art. 2 della l. n. 241 del 1990, a prescindere, quindi, dall’effettiva lesione del bene finale al cui conseguimento l’istanza era rivolta.

La novella ha nuovamente fomentato in dottrina il dibattito sulla ristorabilità o

meno del ritardo mero che sembrava ormai sopito alla luce della posizione presa dalla Plenaria sopra esposta⁴⁰.

In contrasto con tale *dictum*, il Consiglio di Stato, con sent. 65/2009, ha ravvisato in capo all’istante di uno specifico interesse al rispetto delle regole procedurali che includono anche la tempestività del procedimento, potendo, pertanto, ritenendo ammissibile la configurazione di un’illegittimità dell’azione amministrativa indipendentemente dai contenuti del provvedimento.

La dottrina, tuttavia, anche dopo l’intervento della giurisprudenza amministrativa, ha continuato ad essere divisa in ordine alla risarcibilità del danno da mero ritardo.

Secondo la tesi favorevole, essa ha inteso aprire la strada alla risarcibilità del danno da mero ritardo, a prescindere dalla spettanza del bene della vita,

⁴⁰Secondo taluni, la positivizzazione da parte del legislatore del danno da ritardo andrebbe interpretata – in assenza di confini circoscritti – come apertura senza limiti ad ogni species di danno da ritardo e, conseguentemente, anche del ritardo mero. Secondo altri, invece, il legislatore avrebbe semplicemente messo per iscritto ciò che in precedenza era stato già abbondantemente elaborato in via

giurisprudenziale, e che quindi il risarcimento del danno cui la legge fa riferimento sarebbe sempre correlato all’indagine circa la spettanza o meno del bene della vita. Si è osservato, infatti, che l’art.2-bis, proprio per il suo carattere anonimo rispetto al problema del risarcimento del danno da ritardo puro, non è idoneo a indurre un mutamento degli ormai indirizzi giurisprudenziali consolidati in materia.

riconoscendo che il tempo è un bene della vita autonomo per il cittadino.

Tra le ragioni a sostegno di tale impostazione: la portata ampia della norma; la necessità di salvaguardare la portata innovativa della disposizione; la natura contrattuale della responsabilità della P.A.; il riconoscimento in capo al privato di un vero e proprio diritto soggettivo alla tempestiva conclusione del procedimento⁴¹.

Secondo la tesi ostile alla risarcibilità del danno da mero ritardo, anche a seguito della novella legislativa, il fattore tempo costituisce solo la causa ulteriore e differente rispetto al bene della vita oggetto di accertamento da parte della pubblica amministrazione.

Quali ragioni a sostegno l'impostazione in esame evidenzia: il carattere anodino della norma; la mancata riproduzione dell'inciso "indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto" contenuto, invece, nell'originale

disegno di legge Nicolais; l'esplicita previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo al solo fine di evitare dubbi sulla giurisdizione in seguito alle precisazioni della corte costituzionale sentenza numero 204 del 2004; la natura extracontrattuale della responsabilità della dell'amministrazione.

La prima giurisprudenza successiva alla entrata in vigore dell'art. 2 bis ha dunque continuato a seguire il suo precedente orientamento restrittivo, sostenendo che la novella aveva soltanto tipizzato la controversa figura del danno da ritardo, senza tuttavia parlare di danno da ritardo mero⁴²; non poteva prescindere alla spettanza del bene vita per poter riconoscere una tutela risarcitoria al danno da ritardo dell'azione amministrativa⁴³.

Tra le prime aperture al danno da ritardo mero si segnalano due sentenze consecutive tra loro del Consiglio di Stato e del C.G.A.

⁴¹Il Consiglio di Stato, sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406 ha chiarito che l'art. 2 bis, comma 1, l. n. 241/1990 presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino; in base a tale disposizione si deve ritenere che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo

costituisce un'essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari. *Ex pluris* Cfr.: C.G.A., 24 ottobre 2011, n. 684; Cons. St., sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639.

⁴²Consiglio di Stato, sez. VI, 06 aprile 2010, n. 1913.

⁴³T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 582.

Il C.G.A.⁴⁴, con sentenza n. 1368 del 2010 mutando la tradizionale prospettiva incentrata sulla questione della spettanza del bene della vita finale⁴⁵, ha chiarito che il ritardo imputabile alla P.A. nella conclusione di un qualunque procedimento amministrativo, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese, è sempre un costo che va risarcito, dal momento che il fattore tempo costituisce una variabile essenziale nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica. In questa prospettiva ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. "rischio amministrativo" e, quindi, in maggiori costi, attesa l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di

investimento e di finanziamento. Sostiene il C.G.A. che i principi di cui all'art. 2 *bis* erano già presenti nell'ordinamento prima dell'entrata in vigore della norma e che il danno da ritardo sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo.

Richiamando tale precedente, il Consiglio di Stato, con sent. n. 1271 del 2011⁴⁶, ha posto in correlazione il ritardo procedimentale e la lesione dell'integrità psichica del cittadino, ritenendo che il danno biologico può configurarsi quale conseguenza della frustrazione del progetto imprenditoriale del privato, venutosi a scontrare con la imperscrutabile inerzia dell'apparato pubblico.

Nella successiva sent. n. 468 del 2014 il Consiglio di Stato ha, inoltre, esplicitamente evidenziato che il danno

⁴⁴In una fattispecie in cui era stato lamentato il danno derivante dal ritardo di oltre un triennio dell'Amministrazione nel rilascio di un provvedimento autorizzatorio alle emissioni in atmosfera, cui la conferenza di servizi aveva subordinato il rilascio della un'autorizzazione unica, ex articolo 12, d.lgs. n. 387 del 29 dicembre 2003, per la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica alimentato da fonti rinnovabili, ritardo che aveva provocato la revoca di un contributo comunitario previamente concesso.

⁴⁵Pur essendo nel caso di specie stato sia pur tardivamente adottato il provvedimento richiesto.

⁴⁶Tali principi sono stati, inoltre, ribaditi da Consiglio Stato⁴⁶, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739, che ne ha fatto applicazione anche nella determinazione del risarcimento, liquidando un danno corrispondente agli interessi passivi nel frattempo corrisposti dalla ricorrente per i finanziamenti ottenuti, affermando che il tempestivo rilascio dell'autorizzazione avrebbe messo in condizione l'impresa di rispettare il proprio programma di investimento, mentre il ritardo ha determinato uno sfasamento tra ricorso al credito e attuazione dell'intervento, che ha certamente determinato un danno all'impresa ricorrente.

da ritardo a provvedere da parte della pubblica amministrazione trova specifica disciplina dell'art.2 *bis* della l. n. 241 del 1990, che tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore-tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la pubblica amministrazione, stante le ricadute che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività ed iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della pubblica amministrazione, ovvero alla rimozione di limiti di rilievo pubblico al loro espletamento.

Il formante giurisprudenziale, tuttavia, resta frastagliato, come emerge da una precedente pronuncia dello stesso giudice amministrativo, in cui i seguendo l'orientamento tradizionale, è stato ritenuto che la domanda di risarcimento del danno, azionata ai sensi dell'articolo 2043 c.c., può essere accolta dal giudice solo se l'istante dimostri che il provvedimento favorevole avrebbe potuto e dovuto essere di rilasciato già dall'origine e che sussistano tutti requisiti

costitutivi dell'illecito aquiliano, tra i quali elementi univoci indicativi della sussistenza della colpa in capo alla pubblica amministrazione.

Ancora, la stessa giurisprudenza amministrativa⁴⁷, di recente, ha nuovamente ribadito che l'art. 2 *bis*, comma 1, prevede la possibilità di risarcimento del danno da mero ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo, non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta tardiva o inerte della P.A. abbia causato un danno “*altrimenti prodottosi*” nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento.

Tale danno, del quale il privato deve fornire la prova sia sull'*an* che sul *quantum*⁴⁸, deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all'adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento da parte dell'amministrazione⁴⁹.

Ciò in quanto è stato ritenuto che

⁴⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, 29 settembre 2016, n. 4028.

⁴⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2016, n. 3059.

⁴⁹ Diversamente l'indennizzo forfettario di cui al comma

^{1bis} dell'art. 2 *bis*, della L. n. 241 del 1990, è un ristoro automatico collegato alla mera violazione del termine.

l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono in linea di principio presumersi *iuris tantum*⁵⁰, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, *ex art. 2697 c.c.*, provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda. In particolare, la prova ricadrà: da un lato, sui presupposti di carattere oggettivo, quali il danno, il suo ammontare, ingiustizia e nesso causale; dall'altra, sui presupposti di carattere soggettivo, ovvero sia dolo o colpa del danneggiante.

5. Breve chiosa sull'introduzione del comma 1 bis dell'art. 2 bis, l. n. 241/1990., a opera della l. n. 69/2009

⁵⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1768; C.G.A., 16 maggio 2016 n. 139.

⁵¹ Noto come "*Decreto del fare*"La previsione de *qua* ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere ormai superata l'annosa questione della risarcibilità del danno da mero ritardo. Ed infatti, secondo taluni, alla luce della lettera della legge, in caso di violazione delle tempistiche procedurali, il privato avrebbe esclusivamente diritto ad un mero indennizzo. Sicché, secondo tale indirizzo interpretativo, la *voluta legislatoris* andrebbe intesa come volta a qualificare il pregiudizio patito per il mero ritardo non come fatto illecito, ma come ipotesi autonoma, volta a compensare un comportamento omissivo - ma non illecito - della P.A., tale per cui l'unica aspirazione che i privati possono avere è quella volta ad ottenere un indennizzo forfettario, e non un risarcimento. Tale conclusione, se da un lato semplifica decisamente l'onus probandi del privato per ottenere la compensazione economica (posto che non è chiamato a dimostrare la

Ad avere un'incidenza significativa sull'impostazione da accogliere circa la risarcibilità o meno del da mero ritardo, è l'introduzione dell'istituto dell'indennizzo per mero ritardo annunciato, ma mai attuato, dall'art. 17, comma 1, lett. f) della L. n. 59 del 1997.

Al fine di rafforzare la cogenza della disciplina dei termini per concludere il procedimento, l'art. 28, d.l.21 giugno 2013, n. 69⁵¹ ha inserito il comma 1 *bis* nel tessuto normativi dell'art. 2 *bis*⁵², prevedendo che il soggetto che abbia inutilmente presentato un'istanza all'amministrazione, in relazione alla quale sussiste l'obbligo di pronunciare⁵³, può chiedere, a titolo di indennizzo per il mero ritardo⁵⁴, una somma pari a 30 Euro

sussistenza dei presupposti tipici dalla fattispecie risarcitoria), dall'altro si circoscrive sensibilmente nel quantum il ristoro, poiché viene individuato in base ai parametri espressamente stabiliti dalla legge.

⁵²La norma relativa all'indennizzo non è di immediata applicazione: ai sensi dell'articolo 28, comma 10, legge 241 del 90 la norma de qua si applica in via sperimentale ai procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività d'impresa iniziati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione; dal tenore del comma 3, dell'articolo 28, sembra evincersi che il giudice amministrativo può essere adito solo se il titolare del potere sostitutivo non liquida l'indennizzo.

⁵³Con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici.

⁵⁴ Il diritto all'indennizzo è legato al "mero" ritardo, e dunque la sola inutile scadenza del termine per chiudere il procedimento, mentre il diritto al risarcimento per danno da ritardo, secondo l'orientamento giurisprudenziale



per ogni giorno di ritardo (per un totale comunque non superiore a 2000 €) con decorrenza dalla data di scadenza del termine per concludere il procedimento.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 28 succitato, per ottenere l'indennizzo l'istante deve azionare il potere sostitutivo previsto dall'art. 2, comma 9 bis, l. n. 241 del 1990, nel termine perentorio di venti giorni dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. Nel caso di procedimenti in cui intervengono più amministrazioni, l'interessato deve presentare istanza all'amministrazione procedente, e la trasmette tempestivamente al titolare del potere sostitutivo dell'amministrazione responsabile del ritardo. Le somme corrisposte a titolo di indennizzo sono sottratte dal risarcimento⁵⁵.

Dal tenore letterale della norma ed in particolare dal riferimento al mero ritardo⁵⁶, si evince che la corresponsione

dell'indennizzo prescinde dall'esistenza del danno ed è preordinata a compensare un comportamento omissivo ma non illecito commesso dalla P.A.

Il Consiglio di Stato, con Adunanza Plenaria n. 1 del 2018, ha, infatti, rilevato che la presenza di un'unica condotta responsabile - che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da titoli diversi, aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto - si determina la costituzione di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario. Ciò giustifica, in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto di cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale e quella corrisposta a

prevalente, è legato alla spettanza del provvedimento favorevole, non essendo considerato il tempo è stesso bene della vita.

⁵⁵L'Adunanza Plenaria n. 1 del 2018 è intervenuta a chiarire i rapporti circa il cumulo tra indennizzo e risarcimento del danno. La *quaestio* atteneva alla valenza della cd. *compensatio lucri cumdamno* nella determinazione del danno cagionato dal datore di lavoro pubblico ad un proprio dipendente. La giurisprudenza affronta il problema della cumulabilità della

somma spettante a titolo risarcitorio con l'indennizzo percepito ovvero tale indennizzo deve essere decurtato dal danno da risarcimento.

⁵⁶Mentre il diritto all'indennizzo è legato al mero ritardo, e dunque alla sola inutile scadenza del termine per chiudere il procedimento a prescindere dalla sussistenza di un pregiudizio, diversamente il diritto al risarcimento del danno da ritardo è legato alla spettanza del provvedimento favorevole, non essendo considerato il tempo esso stesso bene della vita.

titolo di indennizzo.

La giurisprudenza ha tratto conclusioni tra loro discordanti in merito all'incidenza che ha avuto l'introduzione dell'indennizzo *de quo* sulla risarcibilità del danno da mero ritardo.

Una parte dei giudici amministrativi ritiene che l'introduzione dell'art. 2 *bis* non abbia elevato a bene della vita, suscettibile di un'autonoma protezione tramite risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa; altra parte della giurisprudenza postula, invece, che l'introduzione dell'indennizzo per mero ritardo confermi, per antitesi, la natura strettamente risarcitoria del comma 1 dell'articolo 2 *bis*.

6. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.5/2018: il danno da mero ritardo trova espressa cittadinanza nel nostro ordinamento?

⁵⁷ Con tale decisione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato la problematica relativa alla configurabilità della responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente e alla possibilità di estenderla ai comportamenti dell'amministrazione successivi alla pubblicazione dei bandi di gara idonei a porre nel nulla gli effetti o ritardarne l'eliminazione o la

Alla luce delle coordinate ermeneutiche tracciate, si desume che il risarcimento del danno da mero ritardo si configura quale istituto conformato dall'interpretazione giurisprudenziale che ne ha delineato gli *essentialia*.

Tale percorso interpretativo ha trovato un punto di svolta nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018⁵⁷ la quale ha definitivamente chiarito che il legislatore con l'art. 2 *bis*, comma 1 della l.241/90 – superando il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del 2005, n. 7 – ha introdotto in modo espreso la risarcibilità anche del danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente ma

conclusione, applicando i precetti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, all'esito, tuttavia, di una rigorosa verifica in concreto circa l'esistenza dei presupposti applicativi dell'illecito civile e di ulteriori condizioni di contesti che la pronuncia si fa carico di indicare.



violando i termini di conclusione del procedimento.

Secondo la giurisprudenza in commento il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione.

Le risultanze della Plenaria vengono motivate partendo dal concetto di correttezza e buona fede, come previsti dal Codice civile e interpretati alla luce dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e dell'elaborazione teorica e giurisprudenziale sulla teoria del "contatto sociale qualificato."

In questa ottica il dovere di correttezza è strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la

libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenze illecite derivanti da condotte di terzi, connotate da slealtà e scorrettezza.

La valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione "relazionale" qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative.

Per questi motivi, secondo il Collegio, il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) è configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento, che nel caso di specie era di aggiudicazione definitiva⁵⁸.

L'Adunanza Plenaria in commento ha affermato che anche nello svolgimento

intervenga nel corso della procedura di gara.

⁵⁸Tale responsabilità è configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure

dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite⁵⁹. Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione, il Collegio ha chiarito che non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole

circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione⁶⁰.

⁵⁹Secondo la Plenaria i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

⁶⁰A conferma di quanto detto, il Collegio ha richiamato un

recente orientamento con il quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ammesso la configurabilità (anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto) di una responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole, poi annullato in via giurisdizionale o in autotutela. Cfr: Cass. civ., Sez. Un., ordinanze "gemelle" 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162 e Cass.

L'Adunanza Plenaria specifica, inoltre, che viene in rilievo un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione del procedimento di per sé non determina, infatti, invalidità del provvedimento adottato in ritardo ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecando a questi ingiusti danni patrimoniali.

Secondo il Collegio, la tesi per cui quello configurato dall'articolo 2*bis* rappresenti un'ipotesi tipica di danno da comportamento scorretto quale il ritardo lesivo di un diritto soggettivo, cioè la libertà negoziale trova conferma nella previsione dell'art. 133 comma 1 lettera n. 1 del c.p.a. che devolve alla giurisdizione

esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Alla luce della concezione rimediale del risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, la previsione per il danno da ritardo dalla giurisdizione esclusiva implica necessariamente la qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva lesa dal ritardo dell'amministrazione.

Il Consiglio di Stato, pertanto, sembra porre fine al dibattito sulla risarcibilità del danno da mero ritardo, ritenendolo ammissibile, purché naturalmente il danneggiato provi di aver subito concretamente un pregiudizio, che non può essere desunto in via automatica dal

civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586. In tali pronunce si afferma chiaramente che nei casi in cui, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell'amministrazione si connota come responsabilità da comportamento da violazione del diritto soggettivo alla libertà di autodeterminazione negoziale. Il privato, infatti, lamenta che l'agire

scorretto dell'amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e, quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale (onerosa per il patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si rivela, perché anch'essa travolta dalla sua illegittimità, come attività inutile e, quindi, fonte – in quanto onerosa – di perdite o mancati guadagni.

mero superamento del termine per provvedere.

Ciò che ha continuato ad essere oggetto di discussione - argomento solamente toccato ma non approfondito dalla Plenaria n.5 del 2018 - è se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, la correttezza rilevi come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., continuando ad essere disciplinato come fatto illecito, o diventi l'oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal "contatto sociale" qualificato e, come tale, inquadrabile nell'ambito della responsabilità contrattuale. Tale questione è stata affrontata di recente dalle SSUU di cui si darà conto di seguito.

La Plenaria in commento impone di ripensare il rapporto che si instaura fra

Pubblica Amministrazione e privato⁶¹; ciò che è da ritenersi reale punto nevralgico del ragionamento seguito dal Consiglio di Stato è la considerazione in forza della quale non è tanto il "tempo" quale bene della vita autonomo, come sostenuto dalla giurisprudenza in precedenza, a venire in rilievo e ad essere suscettibile di ristoro economico, quanto la considerazione che la condotta tenuta dalla Pubblica Amministrazione, se non ispirata ai criteri della probità e correttezza, rischia di ledere il diritto soggettivo dell'autodeterminazione negoziale dei privati.

7. I chiarimenti della sentenza n.358/2019 della IV Sezione del Consiglio di Stato.

La IV sezione del Consiglio di Stato con sentenza n.358/2019 sembrerebbe aver assunto una posizione parzialmente divergente sulla risarcibilità del danno da ritardo mero. Ed infatti se da un lato riconosce che la con la Plenaria n.5/2018

⁶¹Il privato non vanta più esclusivamente una posizione giuridica di vantaggio consistente nell'interesse legittimo a conseguire o preservare un determinato bene della vita. Il rapporto fra cittadino e amministrazione è molto più

complesso, è un mosaico in cui convergono una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, non solo di interessi legittimi ma anche di diritti soggettivi.



il Consiglio di Stato abbia effettivamente riconosciuto cittadinanza nel nostro ordinamento al danno da ritardo mero dall'altro ha ristretto la cerchia dei soggetti che possono essere destinatari di questo tipo di danno.

Il postulato della *ratio decidendi* del Collegio in tale occasione sarebbe che la lesione del diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale può ravvisarsi esclusivamente con riferimento a quei soggetti aventi natura imprenditoriale. Afferma, infatti, testualmente che tale ricostruzione presuppone, di regola, la natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato leso dal ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (ancorché legittimamente di segno negativo), dovendosi invece ritenere che, negli altri casi, sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo.

Il Consiglio di stato non ha, ancora una volta, affrontato l'intricata e quanto mai controversa questione in virtù della quale ci si chiede se il legittimo affidamento ingenerato nel privato da parte della P.A.

debba ricondursi al principio generale del *neminem laedere* ovvero intendersi quale oggetto di una vera e propria obbligazione nascente da contatto sociale qualificato. Ebbene, anche in occasione della pronuncia in commento, la giurisprudenza amministrativa ha aggirato il problema affermando che la suddetta questione "è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controverso, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento".

8. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 8236 del 2020.

Viene, dunque, in rilievo, un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione del procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo, tranne i casi eccezionali di termini perentori, ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, che genera incertezza e interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato,



eventualmente arrecandogli ingiusti danni.⁶²

Nella responsabilità dal comportamento della P.A., l'oggetto della domanda risarcitoria avanzata dal privato non consiste in una richiesta di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione dei termini procedurali⁶³, non lamentando il privato il silenzio tenuto dalla P.A., ma un comportamento che ha ingenerato un affidamento lesivo della propria libertà di autodeterminazione negoziale.

La categoria dei comportamenti della pubblica amministrazione si connota per l'estrema eterogeneità delle fattispecie potenzialmente incluse in essa, comprendendo comportamenti aventi valore provvedimento e comportamenti non aventi valore provvedimento.

All'interno della prima categoria si collocano tutti quei comportamenti che

consistono nell'esercizio di un potere autoritativo dell'amministrazione e che si sostanziano nell'emanazione di un provvedimento espresso o tacito; essi rientrano nella disposizione di cui all'art.7, comma 1, c.p.a., che devolve alla giurisdizione del G.A. le questioni riguardanti provvedimenti, atti, accordi e comunque i comportamenti riconducibili all'esercizio di tale potere⁶⁴.

Nell'ambito dei comportamenti aventi valore non provvedimento è, invece, possibile operare una bipartizione – sulla scorta dei principi sanciti dalla Corte costituzionale⁶⁵ – al fine di chiarire, quali possono essere ricondotti nel summenzionato comma 1 art.7 c.p.a. che nella giurisdizione del G.A. annovera anche tutti quei comportamenti solo “mediamente” collegati all'esercizio del potere.

A tal fine, la giurisprudenza ha fornito un

⁶²La ricostruzione operata dalle SS.UU. n. 8236 del 2020, presuppone di regola, la natura imprenditoriale del soggetto leso da, ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento. Tuttavia, il Consiglio di Stato, con sent. n. 358 del 2019 ha affermato che, sussistendone i presupposti, il danno da mero ritardo di cui all'art. 2 *bis* succitato, può configurarsi anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato d'ufficio, e dunque vi sia l'obbligo di concluderlo. Secondo la giurisprudenza ciò si desume, oltre che da ragionevoli

argomentazioni di ordine generale, dalla evidente differenza tra i primi due commi dell'art. 2 *bis*, L. n. 241/1990, dove solo il comma 1 *bis* si riferisce espressamente al procedimento ad istanza di parte.

⁶³L'esigenza di tutela risarcitoria, non riguarda direttamente la lesione di diritti maturati nell'attesa nel silenzio della pronuncia della pubblica amministrazione.

⁶⁴Tra cui, ad esempio, rientrano le ipotesi di silenzio cd. significativo.

⁶⁵Corte Costituzionale sentenze nn. 204/2004 e 191/2006.

criterio interpretativo fondato sulla distinzione tra comportamenti collegati all'esercizio di un potere autoritativo e comportamenti non collegati all'esercizio di un potere autoritativo; primi sono sottoposti alla giurisdizione del G.A., i secondi rispondono alla giurisdizione del G.O..⁶⁶

Sono comportamenti non provvedimentali legati all'esercizio del potere: i poteri di autotutela esecutiva della P.A., che trovano la loro giustificazione nell'esistenza di un provvedimento a monte; le ipotesi di silenzio significativo della P.A., perché rappresentando una mera inerzia, costituiscono l'opposto dell'esercizio del potere; i poteri autoritativi della P.A. caratterizzati da carenza in concreto ovvero da gravi vizi di illegittimità del provvedimento a monte, tali da diventare comportamenti materiali solo apparentemente scollegati dall'esercizio del potere.

Sono comportamenti non

provvedimentali e scollegati dall'esercizio del potere, tutti quei comportamenti che non trovano giustificazione in una previsione di legge, caratterizzati cioè da una carenza di potere in astratto⁶⁷.

All'interno di tale categoria vanno annoverati tutti quei comportamenti della P.A. che costituiscono soltanto l'occasione dell'esercizio del potere e che dunque non sono una manifestazione di esso⁶⁸.

Tale impostazione si ricava dalla lettura del comma 1 dell'art. 7 c.p.a. che, nel devolvere al G.A. i comportamenti anche mediamente collegati all'esercizio del potere, ha individuato il *discrimen* tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nella esistenza di una norma che attribuisca il potere alla P.A. di agire autoritativamente.

Le SS.UU. con pronuncia del 2016 hanno rilevato che i comportamenti che si collocano nell'*agere* autoritativo della P.A. possono avere una duplice natura: vi sono comportamenti indispensabili al

⁶⁶L'esistenza del potere va individuato in una disposizione di legge o giustificato da essa.

⁶⁷Ad esempio, costituisce mero comportamento materiale dell'espropriazione della P.A. in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità a monte.

⁶⁸ SS.UU. n. 2052/2016 nella quale la Suprema Corte ha affermato la giurisdizione del G.O. in relazione ad una condotta della P.A. che ha provocato dei danni i proprietari confinanti con il bene illegittimamente espropriato.

raggiungimento del risultato, cioè funzionali all'esercizio di un determinato risultato e per i quali l'amministrazione è libera di scegliere la forma, quale diretta espressione della sua discrezionalità nel raggiungimento del fine descritto dalla norma attributiva del potere; vi sono, però, altri comportamenti che si pongono in relazione all'esercizio del potere, ma che sono solo serventi ad esso, ovverosia che non rappresentano una delle forme descritte dalla norma per l'esercizio discrezionale del raggiungimento del fine, ma sono solo delle condotte, dei meri comportamenti che l'amministrazione tiene nei confronti del privato.

Tra di essi si collocano quei comportamenti della pubblica amministrazione rispetto ai quali il principio di buona fede non rappresenta il fine ma il modo per raggiungere il fine da parte della P.A.

Ne deriva che in termini di riparto di giurisdizione al G.A. devono attribuirsi le domande che si pongono in rapporto di causalità con l'esercizio del potere; resta

riservato al G.O. il risarcimento dei danni provocati da comportamenti della P.A. che non trovano rispondenza nell'esercizio del potere e che, dunque, hanno riflessi in materia civilistica o penalistica.

I comportamenti "interlocutori" e non essenziali alla finalità di esercizio del potere non sono espressione di un potere autoritativo della P.A., pur collocandosi in un complesso procedimentale e sfuggono, pertanto, dalla giurisdizione esclusiva provvedimentoale di cui all'art. 133, comma 1, lett. f).

Seguendo tale ricostruzione, il danno da lesione del legittimo affidamento del privato provocato dal mero ritardo va collocato, dunque, tra i danni da comportamenti mero e non tra quelli da comportamento o provvedimento espressione del potere autoritativo.

Di tale questione si è occupata di recente la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, in una sentenza resa sul riparto di giurisdizione⁶⁹, nella quale afferma principi di diritto sostanziale piuttosto importanti

⁶⁹ In quanto l'amministrazione convenuta riteneva che la cognizione dovesse essere devoluta al giudice amministrativo, dovendosi qualificare la fattispecie o come

danno da ritardo per violazione dei termini provvedimentoali e quindi rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1,

in tema di responsabilità della P.A. per violazione della buona fede e, pertanto, del legittimo affidamento comportamentale ingenerato al privato entrato in contatto con essa, a fronte del comportamento “attivo” dell’amministrazione protrattosi nel tempo⁷⁰.

Le SS.UU. con sentenza n. 8236 del 2020 hanno affermato che spetta alla giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell’affidamento del privato nell’emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede.

Ciò in quanto, secondo la Suprema Corte, la responsabilità della P.A. per il danno

prodotto al privato, quale conseguenza della violazione dell’affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell’azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c.

Tale assunto risulta applicabile, ad opinione dei giudici di legittimità, non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato

lett. a) n. 1 c.p.a., ovvero come danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica in materia edilizia ed urbanistica, rientrante altresì nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a.

⁷⁰Con sentenza n. 8236 del 28 aprile 2020, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, hanno risolto il quesito di giurisdizione relativo alla domanda di risarcimento dei danni subiti dal privato che abbia incolpevolmente fatto affidamento su una situazione ingenerata da comportamenti della p.a. “non essenziali” al perseguimento del fine descritto dalla norma attributiva del potere (cd. comportamenti interlocutori).

La risposta della Suprema Corte, si uniforma all’orientamento inaugurato da tre ordinanze gemelle del

2011 (nn. 6594, 6595 e 6596), e confermato da Sezioni Unite n. 17586/2015, che devolve le controversie relative al risarcimento dei danni da lesione del legittimo affidamento – sia pure in tema di provvedimento amministrativo favorevole, ritirato successivamente in autotutela o annullato dal g.a. in via giurisdizionale – alla cognizione del giudice ordinario.

Tali fattispecie, infatti, sono unificate da una “responsabilità da comportamento” della p.a., slegata dall’esercizio di un potere autoritativo; che non riguarda la legittimità degli atti posti in essere dalla p.a. e non richiede l’annullamento di essi, in quanto si fonda sull’unico presupposto della lesione dell’affidamento del privato nella fase di contatto, tra p.a. e privato.

emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione.

La dottrina ha osservato che le Sezioni Unite, con la sentenza in commento, individuano una terza tipologia di pregiudizio: il danno all'affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell'amministrazione (la quale si sia poi determinata in senso sfavorevole), indipendentemente da ogni connessione con l'invalidità provvedimento⁷¹.

La Suprema Corte qualifica la responsabilità della P.A. da contatto sociale qualificato⁷², chiarendo che il dovere di comportarsi secondo buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo fondamento nell'art. 2 Cost., norma che mediante un'interpretazione adeguatrice consente la

proiezione in una dimensione dinamica per il tramite della lettura costituzionalmente orientata.

Il dovere di solidarietà sociale, secondo la Cassazione, si identifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente e giuridicamente qualificati, tali da ingenerare un ragionevole affidamento sull'altrui condotta corretta, precisando che esiste una proporzionalità tra il contenuto dei doveri in questione e l'intensità del momento relazionale: più la relazione è forte dal punto di vista sociale o giuridico, più il contenuto dei doveri di protezione e correttezza è forte.

La responsabilità da contatto, si fonda sulla valorizzazione del sistema tripartito delle fonti delle obbligazioni ex art. 1173 c.c. secondo cui le obbligazioni sorgono da contratto, da fatto illecito o da ogni

⁷¹G.TULUMELLO, Consiglio di Stato, Ufficio Studi, massimario e formazione. L'autore evidenzia che fino alla sentenza in commento si riteneva, in materia di attività c.d. autoritativa della pubblica amministrazione, che veicolo di lesione di una situazione giuridica soggettiva qualificata potesse essere il provvedimento amministrativo che nega il bene della vita (e che venga riconosciuto illegittimo: Cass., sentenza n. 500/1999; che in realtà ha solo esteso agli interessi legittimi pretensivi quanto già la giurisprudenza riconosceva in relazione agli interessi oppositivi); oppure il provvedimento amministrativo

ampliativo, che venga successivamente annullato in autotutela o in sede giurisdizionale sempre in quanto illegittimo (ordinanze nn. 6594, 6595 e 6595 del 2011).

⁷² Figura elaborata dalla Corte di Cassazione con sent. n. 589 del 1999, che nasce per individuare la natura della responsabilità nei rapporti in cui il danno non si è determinato tra soggetti tra i quali non vi è una relazione, ma nel quadro di una relazione preesistente tra danneggiato e danneggiante regolata dall'ordinamento giuridico.

altro fatto o atto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico.

All'interno di questa tripartizione, la dottrina e la giurisprudenza, seguendo l'impostazione di origine tedesca, hanno prefigurato una forma di responsabilità fondata sul contatto sociale tra le parti che fa sorgere reciproci affidamenti e che è, quindi "qualificato" dall'obbligo di buona fede e dai correlati obblighi di informazione e di protezione.

Il procedimento amministrativo è il momento di incontro, di contatto, tra p.a. e privato, una relazione altamente qualificata, in cui gli obblighi di buona fede, correttezza e lealtà, sono caratterizzati proprio da un elevato grado di intensità.

La violazione di queste regole e la conseguente lesione della sfera del privato, assumono un carattere del tutto autonomo rispetto alla pretesa sostanziale del bene vita, che era stato chiesto alla pubblica amministrazione dal privato.

La responsabilità da contatto sociale⁷³, è il

riequilibrio tra soggetti che non operano sullo stesso piano, è la responsabilità di chi, come la p.a., ha un obbligo di protezione nei confronti di chiunque si affidi ad essa per la scelta della soluzione che, con il minor sacrificio, permette il migliore ed efficiente raggiungimento dell'obiettivo.

La Corte di Cassazione pone un problema centrale: il danno non è causato da un provvedimento amministrativo ma da un comportamento tenuto dall'amministrazione nella conduzione dei rapporti tra gli uffici e il soggetto privato⁷⁴; ed è il ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo ad ingenerare l'affidamento del privato.

La Corte precisa che il principio di affidamento, non si sostanzia soltanto nel suo collegamento con l'interesse pubblico, ossia nel suo collegamento con la certezza del diritto che consente di identificare in l'interesse del destinatario del provvedimento e di cui l'amministrazione deve tener conto.

⁷³Cassazione, civ., sent. n. 14188 del 2016, in materia di responsabilità precontrattuale, in cui la Suprema Corte ha affermato che il contatto tra p.a. e privato è qualificato proprio perché connotato dal raggiungimento di uno scopo,

nel quale, una parte affida i propri beni della vita alla correttezza e alla professionalità di un'altra persona.

⁷⁴ Che riceve il diniego, della cui legittimità non si discute.



L'affidamento che, viene in rilievo nel caso sottoposto all'esame dalla Cassazione, si fonda su una situazione autonoma, tutelata in sé, come affidamento incolpevole in un comportamento della P.A.

Le SS.UU. nel precisare la necessità di tenere distinta la responsabilità da legittimo affidamento dalla responsabilità da affidamento comportamentale (ove ciò che rileva è la condotta delle parti, la colpa, la diligenza, la buona fede) delineano i confini differenziali tra il principio di certezza del diritto e l'essenza del legittimo affidamento, che del primo è un corollario, ma non si identifica in esso.

In particolare, sottolinea la Suprema Corte, che nella tutela dell'affidamento appare centrale la dimensione soggettiva, che è rappresentata dalla pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione di una regola (generale o speciale) precedente; mentre rispetto alla certezza del diritto si impone una dimensione oggettiva, che attinge alla identità del diritto e coinvolge, un valore intrinseco della giuridicità.

L'affidamento secondo buona fede, e cioè la fiducia riposta nell'altrui correttezza non

assume rilevanza giuridica se non nel momento nel quale l'affidamento è stato deluso, provocando danni alla integrità patrimoniale e non patrimoniale del soggetto; mentre la tutela dell'affidamento legittimo è strutturata in modo da prevenire la delusione, attraverso il rispetto delle garanzie procedurali.

Nel caso di specie, i giudici di legittimità ravvisano la giurisdizione del G.O. dal momento il falso affidamento non è collegato neppure mediatamente all'esercizio di un potere ma ad un dovere di comportarsi secondo buona fede: ciò sulla base della nozione di “comportamento interlocutorio non essenziale per fini istituzionali”.

9. Osservazioni conclusive.

Quella compiuta dalle Sezioni Unite è una costruzione che ravviserebbe un rapporto privatistico parallelo ad ogni rapporto amministrativo, in ragione di un contatto sociale che si nutre di un obbligo di lealtà e di un corrispondente diritto del privato all'affidamento procedimentale e alla correttezza dell'azione amministrativa.



La valutazione bifasica del procedimento, come fonte di vincoli privatistici e doveri pubblicistici, potrebbe apparire in contrasto con la necessaria unitarietà dell'esercizio, seppure *in fieri*, del potere amministrativo, nel cui ambito di esercizio costituisce lesione dell'interesse legittimo la violazione di tutti gli obblighi dall'ordinamento giuridico posti sia con norme specifiche che con clausole generali, a tutela di beni della vita che possono essere intaccati da un'azione pubblicistica illegittima e scorretta.

La scissione tra bene della vita finale leso, dal potere illegittimo, e affidamento privatistico, leso da condotte sleali non incidenti sul risultato finale, potrebbe essere oggetto di riflessioni critiche in

quanto il procedimento è momento di contatto sociale pubblicistico che tutela sia il bene della vita finale che beni strumentali che possono essere lesi nel corso della procedura, come il “diritto all'autodeterminazione negoziale, leso nel caso del ritardo mero.

Infine, le scelte in punto di giurisdizione operate dalle Sezioni Unite appaiono poco coerenti con l'intento di concentrazione delle tutele proprio della giurisdizione esclusiva alla luce del quale andrebbe affermato che i comportamenti procedurali siano almeno mediamente collegato all'esercizio di un potere; il procedimento, infatti, è la sede naturale dell'esercizio dello stesso potere pubblico.



Schede di Giurisprudenza

Amministrativo

Abuso edilizio, ordinanza di demolizione e onere motivazionale

Consiglio di Stato, Sezione VI, Sentenza 3352/2020

di Antonio Grieco

In presenza di un abuso edilizio, la P.A. è tenuta ad osservare un onere motivazionale rafforzato? Il decorso del tempo fa venire meno i poteri sanzionatori?

Fatto

la signora S. B. realizzava, senza il prescritto titolo autorizzatorio, opere edilizie di ampliamento e completamento di un fabbricato rurale insistente su un terreno sito nel Comune di Orbetello. Successivamente presentava un'istanza di concessione in sanatoria ai sensi della legge n. 47 del 1985, che tuttavia veniva respinta dalla P.A. La suddetta presentava così ricorso contro il diniego di sanatoria e il TAR Toscana lo respingeva integralmente con sentenza 3589/2007. In un secondo momento la signora S. B. impugnava anche il conseguente ordine di demolizione delle

opere, oggetto del predetto diniego di sanatoria, evidenziando:

- a) il difetto di motivazione per mancata comunicazione del parere negativo reso dalla Commissione beni ambientali;
- b) l'inesistenza di una effettiva incompatibilità ambientale, non essendo stata mai contestata l'incompatibilità delle opere in questione
- c) l'omessa indicazione delle modifiche o dei rimedi per rendere le opere compatibili con i valori ambientali della zona già urbanizzata.

Il TAR Toscana respingeva il ricorso avverso l'ordine di demolizione. Contro quest'ultima pronuncia l'erede della signora S. B. propone appello sulla base dei seguenti motivi di gravame:

- a) mancata esecuzione di un'adeguata istruttoria in merito alla natura delle opere e alla sussistenza dei presupposti per l'applicabilità della sanzione della demolizione;
- b) mancato avviso dell'avvio del procedimento;
- c) carente motivazione dell'ordinanza di demolizione in rapporto al tempo trascorso dall'ultimazione dell'opera.



Norma

D.P.R. 380/2001 Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia

Art. 10 - Interventi subordinati a permesso di costruire

1. Costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire:

- a) gli interventi di nuova costruzione;*
- b) gli interventi di ristrutturazione urbanistica;*
- c) gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni.*

2. Le regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinate a permesso di costruire o a segnalazione certificata di inizio attività.

3. Le regioni possono altresì individuare con legge ulteriori interventi che, in relazione all'incidenza sul

territorio e sul carico urbanistico, sono sottoposti al preventivo rilascio del permesso di costruire. La violazione delle disposizioni regionali emanate ai sensi del presente comma non comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 44.

Art. 31 - Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali

1. Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile.

2. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32, ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3.

3. Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le

vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita.

4. L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al comma 3, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente.

4-bis. L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti. La sanzione, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

4-ter. I proventi delle sanzioni di cui al comma 4-bis spettano al comune e sono destinati esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere

abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico.

4-quater. Ferme restando le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano, le regioni a statuto ordinario possono aumentare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4-bis e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione.

(i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater, sono stati introdotti dall'art. 17, comma 1, lettera q-bis), legge n. 164 del 2014)

5. L'opera acquisita è demolita con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico.

6. Per gli interventi abusivamente eseguiti su terreni sottoposti, in base a leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità, l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo. Tali amministrazioni provvedono alla demolizione delle opere abusive ed al ripristino dello stato dei luoghi a spese dei responsabili dell'abuso. Nella ipotesi di concorso dei vincoli, l'acquisizione si verifica a favore del patrimonio del comune.

7. Il segretario comunale redige e pubblica mensilmente, mediante affissione nell'albo comunale, i dati relativi agli immobili e alle opere realizzati abusivamente, oggetto dei rapporti degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria e delle relative ordinanze di sospensione e trasmette i dati anzidetti all'autorità giudiziaria competente, al presidente della giunta regionale e, tramite l'ufficio territoriale del governo, al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

8. In caso d'inerzia, protrattasi per quindici giorni dalla data di constatazione della inosservanza delle disposizioni di cui al comma 1 dell'articolo 27, ovvero protrattasi oltre il termine stabilito dal comma 3 del medesimo articolo 27, il competente organo regionale, nei successivi trenta giorni, adotta i provvedimenti eventualmente necessari dandone contestuale comunicazione alla competente autorità giudiziaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale.

9. Per le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita.

9-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01.

Legge 241/1990 Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi

Art. 3. (Motivazione del provvedimento)

1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama.

4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere.

Art. 7. (Comunicazione di avvio del procedimento)

1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente



individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento.

2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari.

Inquadramento

Il Consiglio di Stato si pronuncia ancora una volta sul tema dibattuto avente ad oggetto l'abuso edilizio. Si tratta di un fenomeno secondo il quale un'opera viene realizzata in completa assenza di un'autorizzazione della P.A. o in difformità rispetto al progetto depositato in Comune.

L'appello presentato dal signor S. Z., oggetto della sentenza in esame, si fonda sostanzialmente:

- 1) sulla mancata esecuzione di un'ideale istruttoria in rapporto alla sussistenza dei presupposti dell'ordine di demolizione
- 2) sulla mancanza di un'ideale motivazione in merito all'esistenza di un interesse pubblico, anche in considerazione del notevole lasso di tempo trascorso dall'ultimazione dell'opera.

Innanzitutto, viene applicato l'articolo 74 c.p.a., il quale prevede la possibilità di decidere, con sentenza in forma semplificata, nel caso in cui si ravvisi la manifesta infondatezza o la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso. Di conseguenza la motivazione può limitarsi ad un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo o ad un precedente conforme.

Con riguardo al tema specifico dell'abuso edilizio, esso viene qualificato come un fatto illecito ad effetti permanenti, il quale dà vita a sanzioni pecuniarie o all'ordine di demolizione. Quest'ultimo rappresenta un atto dovuto e vincolato ed, in quanto misura ripristinatoria, mira a ristabilire l'assetto urbanistico violato e compromesso dall'abuso.

Tale atto non necessita di una motivazione aggiuntiva né di una specifica motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse che impongono la rimozione dell'abuso. In altri termini è sufficiente l'indicazione dei presupposti di fatto e l'individuazione e qualificazione dell'abuso edilizio, non vi è bisogno di una motivazione rafforzata, ma basta il mero richiamo al comprovato carattere abusivo dell'intervento. Ne risulta

che viene ritenuta legittima la motivazione cosiddetta “per relationem”.

In seguito, la sentenza si sofferma sull’istituto procedimentale della comunicazione di avvio del procedimento ex articolo 7 legge 241/1990. Essa consente ai soggetti, nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge devono intervenire, di venire a conoscenza dell’avvio del procedimento in modo tale da potervi partecipare e presentare le proprie deduzioni. L’ordinanza di demolizione, successiva all’adozione di un diniego di concessione edilizia in sanatoria, non rende necessario il previo avviso di avvio del procedimento amministrativo per due motivi:

- 1) è un atto vincolato,
- 2) la repressione dell’abuso è un atto dovuto, che non avrebbe potuto in ogni caso essere diverso.

In ordine alla possibilità di ricorrere alla sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione, il Consiglio di Stato nega tale eventualità. Essa infatti rappresenta una deroga alla regola generale della demolizione, in quanto può essere utilizzata solo per gli interventi eseguiti in parziale difformità e non in assenza totale del permesso di costruire.

Infine, la sentenza effettua un passaggio sul potenziale affidamento maturato dall’appellante in base al notevole lasso di tempo intercorso tra il completamento dell’opera e l’intervento dell’ordine di esecuzione. Trattandosi di effetti abusivi permanenti derivanti dall’illecito, il tempo trascorso tra la realizzazione dell’opera abusiva e la conclusione dell’iter sanzionatorio non assume rilievo. Inoltre, tale inerzia non è in grado di radicare un affidamento legittimo in capo al proprietario dell’abuso, posto che non è intervenuto alcun atto amministrativo favorevole. Ancora, all’abuso edilizio non sono applicabili le acquisizioni enucleate in tema di autotutela decisoria, pertanto il decorso del termine e l’inerzia della P.A. non fanno venire meno i poteri volti al contrasto dell’abuso edilizio. Essendo l’edificazione avvenuta senza titolo, non vi può essere alcuna forma di sanatoria automatica. Al contrario il decorso del tempo non fa altro che rafforzare il carattere abusivo dell’intervento sanzionatorio.

A chiusura viene affermato, sulla scia di quanto stabilito dall’ A.P. 9/2017, che il trasferimento dell’immobile non impedisce l’intervento sanzionatorio, a prescindere dalla presenza o meno



dell'intento elusivo proprio in virtù del carattere permanente dell'illecito.

Soluzione

La sentenza 3352/2020 del Consiglio di Stato sottolinea che il decorso del tempo e l'inerzia della p.a. non comportano la perdita del potere di contrasto all'abusivismo edilizio. Tale illecito esclude che l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata, in quanto è sufficiente il richiamo al comprovato carattere abusivo dell'intervento, senza che si impongano sul punto ulteriori oneri motivazionali applicabili nel diverso ambito dell'autotutela decisoria.



Civile

Contratti finanziari e nullità selettiva L'accertamento dello *status* di figlio naturale e il diritto alla identità genitoriale.

Corte di Cassazione, III sez. civile,
8459/2020

di Rosa Monopoli

Quesito

Nel processo civile trova applicazione il principio di inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite sancito dall'art. 191 c.p.p.?

L'accertamento dello status di figlio naturale può avvenire mediante CTU fondata sull'utilizzo di materiale biologico prelevato, senza il consenso del presunto padre, presso un'azienda ospedaliera e da quest'ultima conservato anche dopo il termine del trattamento sanitario che ha richiesto l'acquisizione di siffatto materiale?

Può essere riconosciuto un risarcimento a favore del padre nel caso in cui la madre nasconda il concepimento?

Fatto

Nel caso di specie l'attore conveniva in giudizio il padre naturale, deceduto durante il processo ed al quale era succeduto l'erede, affinché fosse accertato il suo *status* di figlio naturale.

Il Giudice di *prime cure* accoglieva le domande attoree rigettando quelle del convenuto il quale, a seguito della soccombenza anche nel secondo grado di giudizio, proponeva ricorso per cassazione.

L'erede soccombente, nel proprio ricorso, contestava la violazione e la falsa applicazione degli artt. 11 e 16 dell'allora vigente codice della privacy nonché degli artt. 8 CEDU, 16 TFUE e 8 CDFUE in quanto il medico legale aveva compiuto l'accertamento della paternità utilizzando materiale biologico, a suo dire, illecitamente ceduto dalle strutture ospedaliere.

Il ricorrente, infatti, riteneva che i vetrini utilizzati dal CTU contenenti materiale biologico e posseduti dalla azienda ospedaliera presso la quale il padre defunto era stato ricoverato, avrebbero

dovuti essere distrutti *ex art. 16* codice della privacy e, pertanto, la consegna degli stessi al CTU per l'accertamento della paternità doveva ritenersi illegittima.

Secondo l'erede l'illegittima acquisizione del materiale biologico comportava l'applicazione del principio dell'inutilizzabilità della prova *ex art. 191 c.p.p.*

Il ricorrente, inoltre, si doleva del rigetto della domanda riconvenzionale di condanna al risarcimento del danno formulata *jure hereditatis* e fondata sull'illecito occultamento dell'esistenza di un figlio.

Più nel dettaglio il ricorrente chiedeva il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per perdita di chance in quanto la madre, con la quale aveva avuto un rapporto del tutto occasionale, non gli aveva mai comunicato l'avvenuto concepimento.

Art. 191 c.p.p.

Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.

L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in

ogni stato e grado del procedimento.

Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale.

Art. 16 D.lg 196/2003 – cessazione del trattamento – abrogato dall'art.27, co.1, lett. a) n.2 dlgs 101/2018.

In caso di cessazione, per qualsiasi causa, di un trattamento i dati sono:

a) distrutti;

b) ceduti ad altro titolare, purché destinati ad un trattamento in termini compatibili agli scopi per i quali i dati sono raccolti;

c) conservati per fini esclusivamente personali e non destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione;

d) conservati o ceduti ad altro titolare, per scopi storici, statistici o scientifici, in conformità alla legge, ai regolamenti, alla normativa comunitaria e ai codici di deontologia e di buona condotta sottoscritti ai sensi dell'articolo 12.

2. La cessione dei dati in violazione di quanto previsto dal comma 1, lettera b), o di altre disposizioni rilevanti in materia di trattamento dei dati personali è priva di effetti.



Art. 47 D.lg196/2003 – trattamenti per ragioni di giustizia - abrogato dall'art.27, co.1, lett. b n.1., dlgs 101/2018

In caso di trattamento di dati personali effettuato presso uffici giudiziari di ogni ordine e grado, presso il Consiglio superiore della magistratura, gli altri organi di autogoverno e il Ministero della giustizia, non si applicano, se il trattamento è effettuato per ragioni di giustizia, le seguenti disposizioni del codice:

- a) articoli 9, 10, 12, 13 e 16, da 18 a 22, 37, 38, commi da 1 a 5, e da 39 a 45;*
- b) articoli da 145 a 151.*

2. Agli effetti del presente codice si intendono effettuati per ragioni di giustizia i trattamenti di dati personali direttamente correlati alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie, o che, in materia di trattamento giuridico ed economico del personale di magistratura, hanno una diretta incidenza sulla funzione giurisdizionale, nonché le attività ispettive su uffici giudiziari. Le medesime ragioni di giustizia non ricorrono per l'ordinaria attività amministrativo-gestionale di personale, mezzi o strutture, quando non è pregiudicata la segretezza

di atti direttamente connessi alla predetta trattazione.

Art. 2 Costituzione

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art.30 Costituzione

È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.

Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.

Art. 2043 c.c.

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno

Inquadramento e soluzione.

- Sulla tutela della privacy.*

Nella sentenza in commento la Corte di Cassazione ha analizzato la questione afferente alla sussistenza nel processo civile di un principio generale di inutilizzabilità della prova ogni qualvolta siano state violate norme concernenti l'acquisizione della prova stessa.

Il ricorrente, infatti, lamentava l'inutilizzabilità della prova in quanto la stessa era stata acquisita in modo illecito sia perché, a suo dire, era stato violato il diritto alla riservatezza sia perché i vetrini acquisiti dal CTU presso l'azienda ospedaliera non potevano essere conservati da quest'ultima ma andavano distrutti ex art.16 dell'allora vigente codice della privacy.

Sebbene la Corte di Cassazione concluda ritenendo che nella fattispecie in esame non vi era stata alcuna illecita acquisizione probatoria esamina, comunque, in via preliminare, la problematica dell'atipicità delle prove nel processo civile e della loro utilizzabilità in caso di violazione di legge. La Corte di Cassazione, con riferimento al principio penalistico dell'inutilizzabilità della prova, ha specificato che l'art. 191 c.p.p., secondo cui le prove acquisite

illegittimamente non possono essere utilizzate nel processo, non può essere esteso al giudizio civile. Nel processo civile, invero, non vengono in rilievo le medesime esigenze di garanzia richieste nel processo penale in quanto diversi sono gli interessi in questione.

La Corte sul punto specifica che anche se nel processo civile non può trovare applicazione l'articolo 191 c.p.p., in ogni caso non possono essere acquisiti elementi probatori con modalità tali da ledere le libertà fondamentali e costituzionalmente garantite quali la libertà personale, il diritto alla segretezza della corrispondenza, la inviolabilità del domicilio.

Devono, pertanto, distinguersi le ipotesi in cui le norme processuali violate e preordinate alle modalità di acquisizione probatoria abbiano determinato una lesione dei diritti costituzionalmente tutelati del soggetto contro cui la prova si intende far valere da quelle in cui non si verifica tale lesione. Tale ultima ipotesi si verifica allorquando la norma violata è diretta a tutelare un bene diverso non riferibile direttamente alla sfera giuridica

dell'interessato.

Ne consegue, pertanto, che anche in assenza di norme civilistiche espressamente limitative dell'utilizzo di prove acquisite illecitamente non può ritenersi sussistente una generale ammissione delle fonti di prova. Invero, rimane sempre precluso l'accesso a quelle prove la cui acquisizione concretizzi una diretta lesione di interessi costituzionalmente tutelati riferibili alla parte contro cui la prova viene utilizzata. In altri termini, a differenza di quanto avviene nel processo penale, la prova acquisita in violazione di legge non è sempre inutilizzabile ma solo laddove siano violati i diritti fondamentali e le libertà personali del soggetto contro cui la prova viene prodotta in giudizio.

Esclusa una applicazione diretta od analogica della norma processuale penale al giudizio civile e ferma la precisazione sulla necessità di rispettare i diritti costituzionalmente garantiti, la Corte passa ad esaminare il caso specifico.

Il collegio, con la sentenza in commento, esclude che nel caso di specie ci sia stata un'acquisizione probatoria in violazione

del diritto alla riservatezza essenzialmente per due ordini di motivazione.

In via principale viene chiarito che sul diritto alla privacy del soggetto prevale il trattamento delle informazioni personali se effettuato per ragioni di giustizia, per tali dovendosi intendere i trattamenti di dati personali direttamente correlati alla trattazione giudiziaria di affari e controversie (art.47 D.lgs 196/2003 nel testo anteriore alla abrogazione disposta con il D.lgs. 101/2018).

Quando i dati personali vengono raccolti e gestiti all'interno del processo la titolarità del trattamento spetta all'autorità giudiziaria. È in tale sede che vanno composte le diverse esigenze di tutela alla riservatezza e di corretta esecuzione del processo per cui, se non coincidenti, è il codice di rito a regolare le modalità di svolgimento in giudizio del diritto di difesa. Anche il regolamento europeo 679/2016 ammette una deroga al limite della privacy se è necessario *“accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria”*.

Specificato che il diritto alla riservatezza può subire limitazioni per la tutela del

diritto alla difesa, la Corte precisa che a ben vedere il materiale biologico non era stato illegittimamente ceduto dalla azienda ospedaliera al CTU.

L'art.16 del codice della privacy, invocato dal ricorrente, se da un lato prevede la distruzione delle informazione una volta concluso il trattamento per il quale l'informazione stessa è stata acquisita, da altro angolo prospettico deve essere letto in modo sistematico con le altre disposizioni contenute nel codice stesso.

In altri termini, dall'articolo 16 già menzionato non discende in modo automatico un obbligo di "distruzione" dei dati personali cessato il trattamento per i quali i dati stessi sono stati acquisiti. Ciò emerge non solo dallo stesso articolo 16, che alla lettera b) consente la cessione del dato una volta concluso il trattamento, ma anche da altre disposizioni del codice. Basti pensare all'articolo 22, co.5, secondo cui i soggetti pubblici sono tenuti a conservare l'atto o il documento che contiene i dati personali a norma di legge. Tanto precisato la Corte ha chiarito che dall'art.16 succitato non poteva farsi discendere alcun obbligo a carico

dell'azienda ospedaliera di distruzione automatica dei dati personali al momento della dimissione del paziente posto che, al contrario, sulle aziende ospedaliere grava l'obbligo di conservare referti e cartelle cliniche.

Ne consegue che se lecita era la conservazione dei vetrini da parte della struttura ospedaliera, risulta del tutto infondata anche la asserita violazione del divieto di cessione dei dati personali concernenti la parte in causa. A fronte di una richiesta del CTU nominato dal giudice, infatti, la consegna dei vetrini costituiva atto di adempimento del provvedimento giudiziario di conferimento dell'incarico con il quale il CTU veniva autorizzato anche ad acquisire informazioni presso terzi *ex art 194c.p.c.*

- *Sul diritto al risarcimento del danno per la lesione del diritto all'identità genitoriale.*

Con riferimento alla seconda questione, ossia quella concernente il diritto del padre naturale ad ottenere il risarcimento del danno in caso di omessa comunicazione

da parte della madre dell'avvenuto concepimento, occorre ricordare che nella fattispecie esaminata dalla Corte tra il padre e la madre naturale vi era stato un mero rapporto occasionale. Da tanto discende che nella fattispecie *de qua* non è possibile rinvenire una specifica norma che impone alla madre di avvertire il padre inconsapevole della futura nascita o della nascita stessa. Invero, non vengono in rilievo né i doveri tra i coniugi, che trovano giuridica definizione nell'art.143, comma 2, c.c. né i doveri tra conviventi *more uxorio*. Neppure viene in rilievo una lesione del prevalente interesse del minore a crescere con entrambi i genitori non essendo in questione il danno subito dal minore. La Corte specifica che per tale ragione solo di riflesso viene in rilievo la lesione del diritto alla bigenitorialità, trattandosi di un diritto riferibile in via diretta al minore.

Ancora la Corte esclude che possa configurarsi per il padre naturale una lesione del diritto al riconoscimento del figlio *ex artt. 250 e 254 c.c.*

L'atto di riconoscimento, infatti, non può essere inteso come espressione di un diritto soggettivo di autodeterminazione del genitore, ossia quale atto espressione dell'autonomia privata⁸⁹.

L'atto di riconoscimento, afferma la Corte, è una *“mera manifestazione formale conformativa di una preesistente situazione giuridica da cui deriva il dovere di riconoscimento del figlio, e cioè una condotta funzionale alla protezione dell'interesse del minore ... la cui violazione può dare luogo ad una autonoma fattispecie di illecito civile generatore di conseguenze dannose patrimoniali e non patrimoniali azionabili in via risarcitoria da figlio o dal suo rappresentate durante la minore età”*.

Escluso, dunque, che nella fattispecie in esame possa configurarsi una lesione del diritto alla bigenitorialità e del diritto al riconoscimento del figlio, il collegio afferma che ad essere leso è un *“diritto alla identità personale”* ancorato all'art.2 e all'art.30, comma4, della Costituzione. L'esplicazione della personalità dell'essere umano, infatti, si esprime anche attraverso

⁸⁹ Sul punto si evidenzia che la dottrina prevalente non considera l'atto di riconoscimento come un atto di autonomia negoziale, bensì come una mera dichiarazione di scienza. Attraverso il riconoscimento il genitore da atto

di una situazione già verificatasi, subendo le conseguenze stabilite dalla legge. La dottrina in parola rileva come la volontà non orienta gli effetti ma viene in considerazione esclusivamente quale presupposto necessario dello stesso.



la filiazione “*sia sotto il profilo della trasmissione del proprio patrimonio genetico, sia sotto l’aspetto maggiormente qualificante più propriamente relazionale, riguardato come scelta volontariamente assunta dal genitore di dedicare il proprio impegno ad assistere alla nascita, ad aiutare a crescere ed a realizzare le aspirazioni del minore, nonché in definitiva ad instaurare un rapporto conoscitivo ed affettivo con la persona generata...*”

In quest’ottica la condotta della donna che ometta di informare l’altro genitore naturale dell’avvenuto concepimento, pur in assenza di una specifica prescrizione normativa impositiva di tale obbligo di condotta, può essere qualificata come “*non jure - ove non risulti giustificata da un obiettivo apprezzabile interesse del nascituro - in quanto suscettibile di determinare un pregiudizio all’interesse del padre naturale ad affermare la propria identità genitoriale, qualificabile come danno ingiusto, e che viene ad integrare, nel*

ricorso dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa, la fattispecie di cui all’art.2043c.c.”.

Dunque, la situazione giuridica risarcibile facente capo al padre naturale è quella relativa non già al diritto di riconoscimento, bensì all’identità genitoriale ricordando, però, che accanto al principio del *favor veritatis* opera sempre quello del *favor minoris* (Corte costituzionale n. 272/2017).

Trattandosi di illecito aquiliano dovranno esaminarsi tutte le componenti essenziali dell’istituto quali, oltre al danno evento, il danno conseguenza, il nesso casuale e l’elemento soggettivo.

Per completezza è il caso di ricordare che nella fattispecie in esame la Corte ha finito con escludere il diritto al risarcimento del danno per mancanza di prova ed avuto riguardo alla circostanza che era stato lo stesso padre ad aver contrastato in giudizio l’affermazione della sua paternità naturale



Penale

La Cassazione sui controversi rapporti tra omicidio stradale e gara di velocità non autorizzata cui consegue la morte di una o più persone.

Cassazione penale, sezione IV, sentenza n.10669 del 27 marzo 2020

di Mario Crispino

Che tipo di relazione intercorre tra il delitto di omicidio stradale di cui all'art.589-bis c.p. e quello di partecipazione ad una gara tra veicoli a motore cui consegue la morte di una o più persone di cui all'art. 9-ter, comma secondo Cod. str. ? Concorso di reati o concorso apparente di norme?

Fatto

Il caso trae origine dalla condotta di due automobilisti che, ponendosi alla guida in stato di ebbrezza alcolica, si sfidavano in una gara di velocità cagionando la morte di una persona, deceduta a seguito del sinistro da loro provocato, nonché il ferimento delle altre persone presenti al

momento dell'impatto.

Dalla ricostruzione della dinamica fattuale emerge che la competizione, caratterizzata da azzardate manovre di sorpasso delle altre auto presenti, era condotta all'interno di un centro abitato, lungo un'arteria intersecata da altre strade. Le imputazioni originarie ascrivevano al F. il reato di omicidio stradale ex art. 589-bis aggravato ai sensi dei commi 4, 5, n. 1 e 2, 8 nonché dell'art. 61 co 3 del cod. pen. (capo A), mentre al G. gli si contestava l'omicidio stradale, parimenti aggravato, commesso in cooperazione colposa con il primo (capo C), oltre che di aver omesso il soccorso alle persone rimaste ferite nel sinistro (capo D). Ad entrambi gli imputati veniva inoltre addebitata la violazione degli artt. 110 cod. pen., 9-ter, co. 2 Cod. str. per aver ingaggiato una gara automobilistica non autorizzata da cui è derivata la morte di una persona (capo B).

Il giudice di prime cure, ritenendo integrata la meno grave fattispecie di cui all'art. 9-ter, comma 1 Cod. str., riqualficava il reato di gara in velocità con morte in quello meno grave di gara



proibita e infliggeva la pena di undici anni di reclusione al F. e quella di sette anni di reclusione al G., che condannava anche al risarcimento dei danni in favore delle costituite parti civili.

La Corte di Appello di Messina, in parziale riforma della pronuncia emessa all'esito di rito abbreviato, considerava l'aggravante di cui all'art. 61 n. 3 cod. pen. ascritta ad entrambi gli imputati assorbita nelle sussistenti circostanze aggravanti dell'art. 589-bis cod. pen., riducendo consequenzialmente la pena inflitta e confermando ogni altra statuizione.

Avverso la suddetta sentenza, entrambi gli imputati proponevano ricorso per cassazione, con separati atti e diversi difensori, dolendosi, tra i vari motivi di impugnazione, della violazione di legge e del vizio di motivazione.

Nello specifico, con il terzo motivo, il G. deduceva l'insussistenza di un'ipotesi di cooperazione colposa, e la conseguente violazione degli artt. 113, 589-bis, co. 4 e 5 nn. 1 e 2, 8 e 40 cod. pen., sul presupposto che la gara fosse limitata al tratto tra due semaforiche e non fosse proseguita fino all'impatto dell'auto

condotta dal F. con il veicolo delle vittime. Muovendo da tale premessa fattuale il ricorrente asseriva di non dover rispondere della morte della vittima, non avendo la propria condotta fornito alcun contributo causale alla verificazione del sinistro.

Normativa

Art.9-ter C.d.S. Divieto di gareggiare in velocità con veicoli a motore

Fuori dei casi previsti dall'articolo 9-bis, chiunque gareggia in velocità con veicoli a motore è punito con la reclusione da sei mesi ad un anno e con la multa da euro 5.000 a euro 20.000.

Se dallo svolgimento della competizione deriva, comunque, la morte di una o più persone, si applica la pena della reclusione da sei a dieci anni; se ne deriva una lesione personale la pena è della reclusione da due a cinque anni.

All'accertamento del reato consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente da uno a tre anni ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI. La patente è sempre revocata se dallo svolgimento della competizione sono derivate lesioni personali gravi o gravissime o la morte di una o più persone. Con la sentenza

di condanna è sempre disposta la confisca dei veicoli dei partecipanti, salvo che appartengano a persona estranea al reato e che questa non li abbia affidati a questo scopo.

Art. 589-bis c.p. Omicidio stradale.

Chiunque cagioni per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale e' punito con la reclusione da due a sette anni. Chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi rispettivamente degli articoli 186, comma 2, lettera c), e 187 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, cagioni per colpa la morte di una persona, e' punito con la reclusione da otto a dodici anni.

La stessa pena si applica al conducente di un veicolo a motore di cui all'articolo 186-bis, comma 1, lettere b), c) e d), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, il quale, in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera b), del medesimo decreto legislativo n. 285 del 1992, cagioni per colpa la morte di una persona.

Salvo quanto previsto dal terzo comma,

chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera b), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, cagioni per colpa la morte di una persona, e' punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

La pena di cui al comma precedente si applica altresì:

1) al conducente di un veicolo a motore che, procedendo in un centro urbano ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita e comunque non inferiore a 70 km/h, ovvero su strade extraurbane ad una velocità superiore di almeno 50 km/h rispetto a quella massima consentita, cagioni per colpa la morte di una persona;

2) al conducente di un veicolo a motore che, attraversando un'intersezione con il semaforo disposto al rosso ovvero circolando contromano, cagioni per colpa la morte di una persona;

3) al conducente di un veicolo a motore che, a seguito di manovra di inversione del senso di marcia in prossimità o in corrispondenza di intersezioni, curve o dossi o a seguito di sorpasso di un altro mezzo in corrispondenza di un attraversamento pedonale o di linea continua, cagioni per colpa la morte di una persona.

Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti la pena

e' aumentata se il fatto e' commesso da persona non munita di patente di guida o con patente sospesa o revocata, ovvero nel caso in cui il veicolo a motore sia di proprieta' dell'autore del fatto e tale veicolo sia sprovvisto di assicurazione obbligatoria.

Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole, la pena e' diminuita fino alla meta'.

Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, qualora il conducente cagioni la morte di piu' persone, ovvero la morte di una o piu' persone e lesioni a una o piu' persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la piu' grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non puo' superare gli anni diciotto.

Art. 84 c.p. Reato complesso.

Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato.

Qualora la legge nella determinazione della pena per il reato complesso, si riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non

possono essere superati i limiti massimi indicati negli articoli 78 e 79.

Art. 15 c.p. Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale.

Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito.

Inquadramento

Con la decisione in commento, la Quarta Sezione penale della Corte di Cassazione è intervenuta sul tema riguardante i rapporti tra il delitto di omicidio stradale di cui all'art.589-bis cod. pen. e quello di partecipazione ad una gara di velocità non autorizzata cui consegua la morte di una o più persone di cui all'art. 9-ter, comma secondo Cod. str., escludendo che il primo possa ritenersi assorbito nel secondo ai sensi dell'art. 84 cod. pen. .

La pronuncia si rivela di notevole interesse nella misura in cui offre alla Suprema Corte un'occasione per



soffermarsi su di un tema fin ora poco esplorato dalla giurisprudenza e i cui approdi appaiono degni di essere rivisitati.

Al fine di comprendere il legame che corre tra i delitti in parola, la Corte ritiene opportuno muovere dall'analisi dei suoi precedenti più rilevanti effettuando una ricognizione di quanto sul punto è stato sostenuto.

Secondo la prima delle sentenze richiamate – la n. 43832 del 2014 - nell'ipotesi di gara di velocità tra veicoli a motore, l'evento morte di una o più persone costituisce un elemento costitutivo della fattispecie di reato di cui all'articolo 9-ter comma due cod. strad. e non una mera circostanza aggravante del delitto previsto dal comma uno dello stesso articolo.

Proprio alla luce di tale considerazione si sostiene che nel reato di cui al comma secondo dell'art. 9-ter cod. strad. resta assorbito, ex art. 84 cod. pen., il reato di omicidio colposo, il quale è destinato a perdere la propria individualità nella più grave imputazione.

Di diverso tenore appare invece la più

recente pronuncia n. 16610 del 2016, in cui la Suprema Corte, pur aderendo in via di principio alla configurabilità del reato complesso, giunge ad escludere nel caso di specie che l'omicidio colposo possa ritenersi assorbito in quello di cui all'art. 9 ter, comma secondo C.d.S.

La motivazione si fonda sul fatto che la disciplina dettata dall'art.84 c.p. - espressione dell'esigenza di non addebitare lo stesso fatto per due volte all'imputato - non risponde a regole predeterminate, assolute ed astratte, ma dipende dal concreto atteggiarsi delle contestazioni elevate dal Pubblico Ministero.

A sostegno di tale decisione, i giudici di legittimità rilevavano che le condotte concretamente contestate non fossero perfettamente sovrapponibili e che la partecipazione ad una gara in velocità non autorizzata pur costituendo in astratto una modalità esecutiva dell'omicidio colposo non ne rappresentava nel caso di specie il fattore causale direttamente determinante.

Come già anticipato, tuttavia, secondo la sentenza in commento, le soluzioni a cui

è giunta la giurisprudenza finora non risultano del tutto convincenti.

Infatti, se da un lato la Corte si pone in continuità con il proprio indirizzo interpretativo, riconoscendo la natura di reato autonomo alla fattispecie contemplata dal comma due dell'art. 9-ter cod. strad., dall'altro lato considera fuorviante l'evocazione del reato complesso.

Preso atto del mutato contesto normativo di riferimento nonché degli evidenti difetti di coordinamento tra le nuove norme sull'omicidio e sulle lesioni cc.dd. stradali e i reati previsti dal Codice della strada, la Suprema Corte si cura di accertare quali siano oggi, alla luce della novella del 2016, i rapporti tra il delitto di omicidio stradale e quello di partecipazione ad una competizione non autorizzata tra veicoli a motore cui consegua la morte di una o più persone.

Il ragionamento del Supremo Collegio prende avvio dalla constatazione che la morte e le lesioni di cui all'art. 9-ter, co. 2 C.d.S non costituiscono autonomi fatti di reato e che pertanto non possono dirsi sussistenti i presupposti fondanti del

reato complesso. Quest'ultimo, infatti, è descritto dall'art. 84 c.p., come un reato per il quale la legge considera come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti "*fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato*". A ben vedere – osserva la Corte - la morte e le lesioni non si identificano con i reati, rispettivamente, di omicidio e di lesioni personali colpose, ma ne costituiscono solo l'evento.

Il Collegio non manca inoltre di rilevare che nella fattispecie in considerazione l'attribuzione dell'evento aggravante all'autore del reato avviene sulla base del solo rapporto di causalità materiale e – in virtù di una lettura costituzionalmente orientata della norma tendente a scongiurare la configurazione di una responsabilità oggettiva - della sua prevedibilità.

Nel secondo passaggio dell'iter motivazionale della sentenza, i giudici della Cassazione pervengono alla conclusione che tra le norme in esame non sussista alcuna relazione di specialità in forza della quale debba essere riconosciuto un concorso apparente.

In particolare, la Corte sul punto ribadisce



il consolidato orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite secondo cui tra i criteri atti a dirimere i conflitti tra norme incriminatrici, l'unico idoneo a fungere da strumento per identificare il concorso apparente di norme è quello di specialità previsto dall'art.15 cod. pen.

Quest'ultimo però – si evidenzia - non si fonda sul concreto dato fattuale, così come selezionato dall'accusa, ma sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie e degli elementi costitutivi che concorrono a definirle. La sentenza in esame intende inoltre dare seguito all'insegnamento della giurisprudenza, anche costituzionale, secondo cui, ai fini dell'applicazione del criterio di specialità, il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non può assumere un ruolo determinante.

Facendo applicazione di tali principi, ai giudici di legittimità appare quindi evidente che nel caso in esame il gareggiare dal quale derivi la morte di taluno non possa essere considerato una ipotesi unilateralmente speciale rispetto all'omicidio colposo, atteso che la

condotta nell'ambito del delitto di cui all'art. 9-ter comma 2 C.d.S. è sorretta dal dolo e non dalla colpa.

Secondo la Corte, infatti, sebbene il gareggiare rappresenti, almeno in astratto, una delle possibili condotte tipiche ex art. 589-bis co. 1 cod. pen., nella fattispecie contemplata dal codice della strada, la morte non è determinata da una condotta colposa ma da una condotta dolosa alla quale si accompagna la sola prevedibilità dell'evento.

Da escludere è altresì la configurazione di un rapporto di specialità reciproca, giacché – si legge nella sentenza - nell'art. 589-bis cod. pen. la colpa non è elemento di fattispecie che specifica o si aggiunge al dolo.

Nonostante il tenore di siffatte affermazioni sembrerebbe condurre al riconoscimento del concorso materiale di reati, la Corte giunge a ritenere operante nel caso di specie solamente la norma contemplata dal codice della strada.

A sostegno di tale assunto, i giudici evidenziano - coerentemente con quanto sostenuto in precedenza - che colui che gareggiando provochi la morte di una o

più persone non possa essere chiamato a rispondere anche di omicidio colposo in quanto non vengono in rilievo gli elementi costitutivi di tale reato.

La conclusione a cui perviene la Corte è tuttavia accompagnata da due precisazioni, fondamentali in prospettiva sistematica.

Nella sentenza in commento, infatti, si sostiene che solo ove la morte sia eziologicamente dipendente dalla gara non autorizzata potrà ritenersi integrato il reato di cui al secondo comma dell'art. 9-ter C.d.S.; laddove invece la morte sia dipesa da violazioni cautelari diverse dal gareggiare e sia configurabile anche la colpa in senso soggettivo, allora il reo dovrà rispondere dell'omicidio colposo ex art. 589-bis c.p oltre che del comma 1 dell'art. 9-ter cod. strad.

In sostanza, in virtù della suddetta ricostruzione, la fattispecie prevista dal comma due dell'art. 9-ter cod. strad. potrà applicarsi solamente quando la morte avvenga in conseguenza dei pericoli connessi alla gara, tuttavia se l'incidente mortale, verificatosi nel corso della contesa, è determinato dalla violazione di

una qualsiasi altra regola cautelare, si configurerà il reato di omicidio stradale in concorso con quello di gara di velocità previsto dal primo comma dell'art. 9-ter cod. strad.

Ad avviso della Corte tale impostazione consente inoltre di addivenire ad una soluzione equilibrata sul piano sanzionatorio, temperando almeno in parte le incongruenze determinatesi a seguito della novella del 2016.

Qualora, infatti, l'omicidio stradale non risulti circostanziato il reo sarà punibile con una pena più mite di quella prevista dal delitto di cui all'art. 9-ter, co. 2 Cod. str.; diversamente, nelle ipotesi aggravate, la pena irrogabile risulterà non eccessivamente superiore.

Con atteggiamento di sano realismo, i giudici qualificano tuttavia come altamente improbabile l'ipotesi in cui alla competizione non si accompagni una pluralità di violazioni al codice della strada. Sennonché, anche in relazione a tali situazioni si ribadisce la necessità di procedere alle operazioni di accertamento, verificando se la morte sia derivata dal fatto in sé del gareggiare o



dalla violazione di regole di condotta ulteriori.

La Corte infine conclude il proprio iter motivazionale sul punto affermando che l'unica ipotesi in cui potrà configurarsi un concorso materiale dei reati sarà quella in cui la morte sia causalmente riconducibile tanto al gareggiare quanto alle altre violazioni cautelari, purché ognuna sia assistita dal correlativo elemento soggettivo.

Le conclusioni ermeneutiche alle quali giunge la sentenza in commento risultano condivisibili. La Suprema Corte, infatti, sembra risolvere la questione rappresentata dal rapporto tra i delitti previsti dall'art. 9-ter cod. strad. e l'art. 589-bis cod. pen. facendo buon governo delle regole che informano il concorso apparente di norme. La pronuncia, inoltre, si rivela un'occasione per svolgere una rivisitazione critica dei propri precedenti, inducendo i giudici a stigmatizzare esplicitamente l'uso distorto che del principio di specialità era stato fatto in passato.

Alla sentenza, infine, va altresì riconosciuto il merito di aver fornito una

soluzione che, subordinando l'addebito per la morte all'effettiva condotta colpevole dell'agente, consente di scongiurare il pericolo di sconfinare in una forma di responsabilità oggettiva.

Soluzione

La Suprema Corte dichiara in primo luogo infondato il ricorso del G. in relazione alla violazione agli artt. 113, 589-bis, co. 4 e 5 nn. 1 e 2, 8 e 40 cod. pen., ritenendo la conclusione del ricorrente contraddetta dall'accertamento giudiziale. I giudici di legittimità, nell'esaminare e rigettare la doglianza, evidenziano infatti che dalla ricostruzione fattuale operata dai giudici di merito emerge che la gara non fosse limitata al tratto tra due semafori ma, al contrario, fosse ancora in essere al momento della verifica del sinistro mortale.

La Corte sul punto ribadisce il consolidato orientamento in tema di concorso di colpa secondo cui ciò che assume valore sul piano della causalità materiale è che il comportamento del soggetto agente abbia fornito un contributo alla verifica dell'evento



non voluto.

Pertanto, la circostanza che il ricorrente non abbia materialmente cagionato il violento impatto ovvero che si sia fermato al segnale rosso del semaforo in un momento antecedente non vale ad escludere la sua concorrente responsabilità in ordine ai fatti mortali da ciò derivati.

Sotto il profilo della causalità della colpa - soggiunge la Corte - è invece necessario che ciascuna condotta sia qualificabile come colposa, ossia caratterizzata dalla violazione di una regola cautelare. A tal riguardo si osserva che la partecipazione ad una gara non autorizzata condotta nel centro abitato costituisce, nel caso di specie, la violazione di una norma cautelare posta esattamente a presidio della incolumità e della vita delle persone. Ciononostante, la sentenza passa ad occuparsi dell'esatta qualificazione giuridica dei fatti. Sebbene questa non fosse dedotta in giudizio tra i motivi di ricorso, la sussunzione del fatto all'interno della fattispecie incriminatrice - ricorda il Collegio - costituisce prerogativa del giudice, potendo egli dare

al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione.

Ad avviso dei giudici di legittimità, infatti, la sentenza impugnata deve essere annullata limitatamente al trattamento sanzionatorio, atteso che il ricorrente è stato erroneamente ritenuto responsabile sia a titolo di omicidio stradale sia per il reato di cui all'art. 9-ter comma 1 cod. strad., laddove avrebbe dovuto trovare applicazione il solo art. 9-ter co. 2 cod. strad.

Nella pronuncia in esame si evidenzia che il G., non avendo commesso violazioni al cod. strad. aventi rilievo causale rispetto all'evento, diverse dal gareggiare, potrà essere chiamato a rispondere solamente del delitto cui all'art. 9-ter, co. 2. Poiché la condotta cooperativa si è esaurita nell'azione del gareggiare - si legge nella sentenza - egli non può dunque ritenersi responsabile a titolo di concorso morale delle ulteriori violazioni cautelari.

Corretta, invece, appare alla Corte la qualificazione giuridica operata nei confronti del F., il quale cagionando la morte anche mediante la violazione delle norme cautelari previste dall'art. 589-bis



deve ritenersi responsabile anche di omicidio stradale aggravato ai sensi dei commi 4 e 5, n. 1 e 2 cod. pen.

In conclusione, alla luce di tali considerazioni la Corte annulla la sentenza impugnata nei confronti del G. limitatamente alla qualificazione giuridica dei fatti, riqualficandoli unicamente ai sensi dell'art. 9-ter, comma 2 C.d.s., rigettando nel resto il ricorso e rinviando

alla Corte di appello di Reggio Calabria per la rideterminazione della pena.



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 16.6.2020

Sulla restituzione dell'indebito versamento della tariffa

#indebito #inadempimento #contratto
#tariffadepurazione #indebitooggettivo

Corte di Cassazione, sez. III civ., Sentenza n. 11584 del 15.06.2002

1. La controversia prende le mosse dalla declaratoria di incostituzionalità della legge 5 gennaio 1994, n. 36, art. 14, comma 1 - sia nel testo originario, sia nel testo modificato dalla legge 31 luglio 2002, n. 179, art. 28 (Disposizioni in materia ambientale) - nella parte in cui prevedeva che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione fosse dovuta dagli utenti «anche nel caso in cui la fognatura fosse sprovvista di impianti centralizzati di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi» (v. C. Cost. n. 335/08).

L'azienda che gestiva il servizio idrico aveva chiesto anche le somme a tale titolo nonostante che il servizio di depurazione non fosse, in sostanza, fruito dagli utenti.

2. Questi hanno, quindi, chiesto la restituzione delle somme versate dando vita

a una controversia rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario in quanto “ai fini del riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici - siano essi dati o meno in concessione - occorre distinguere tra la sfera attinente all'organizzazione del servizio e quella attinente, invece, ai rapporti di utenza”, in relazione alla seconda delle quali la giurisdizione spetta (appunto) al giudice ordinario”.

3. Il comportamento descritto è ritenuto contrastante con il principio - affermato dalla giurisprudenza di legittimità a valle della richiamata Sentenza della Corte costituzionale - secondo cui in caso di mancata fruizione, da parte dell'utente - del servizio di depurazione, per fatto a lui non imputabile, è irragionevole, per mancanza della controprestazione, l'imposizione dell'obbligo del pagamento della quota riferita a detto servizio.

In merito, l'azienda che gestiva il servizio idrico è risultata inadempiente rispetto alla prestazione negoziale (servizio di depurazione) che trovava la propria fonte nel contratto di utenza. Conseguentemente, gli utenti ben hanno potuto limitarsi a provare il proprio titolo contrattuale consistente, nel caso di specie, nelle bollette e nelle fatture, regolarmente pagate, che inglobavano

illegittimamente tale quota.

4. La pretesa restitutoria, peraltro, non deve rivolgersi alla sola azienda che ha stipulato il contratto di utenza (quella che gestiva il servizio), ma può essere utilmente esperita anche nei confronti della Regione quale proprietaria dell'impianto e soggetto pubblico deputato a svolgere il servizio di depurazione. La responsabilità della Regione si giustifica, *“ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., nella forma - non sconosciuta al nostro ordinamento, né alla giurisprudenza di questa Corte - della "cooperazione del terzo nell'inadempimento”*. Pertanto, la condotta della Regione integra *“un concorso nell'inadempimento ascrivibile, nei confronti degli utenti, al soggetto che abbia concluso con gli stessi il contratto di utenza”*; tanto consente a quest'ultimo ente (l'azienda che gestiva in servizio)– una volta convenuto in giudizio dagli utenti per la restituzione della quota del corrispettivo del servizio dovuta a titolo di depurazione acque -di agire in via di regresso nei confronti del predetto proprietario dell'impianto e gestore del servizio.

5. Infine, la Sezione qualifica l'obbligazione restitutoria come ripetizione dell'indebitito con conseguente applicazione del termine decennale di prescrizione.

Si puntualizza che *“l'indebitito oggettivo si verifica o perché manca la causa originaria giustificativa del pagamento («conditio indebiti sine causa») o perché la causa del rapporto originariamente esistente è poi venuta meno in virtù di eventi successivi che hanno messo nel nulla o reso inefficace il rapporto medesimo («conditio ob causam finitam»)”, e ciò secondo una "distinzione che risale al diritto romano", e che "è ripresa dalla dottrina italiana, sulla base del nuovo testo dell'art. 2033 cod. civ. nel quale è stato trasfuso l'art. 1327 del codice abrogato (1865) che stabiliva il principio della inefficacia degli atti privi di una «causa solvendi»”*. Ebbene, la fattispecie descritta rientra nella seconda tipologia di indebitito in quanto la causa del pagamento è venuta meno, quanto alla tariffa relativa al servizio di depurazione, all'esito della Sentenza della Corte costituzionale richiamata in apice che, appunto, ha reso indebitito con effetto *ex tunc* il relativo pagamento.

Penale

La pillola di diritto del 18.06.2020

Causa sopravvenuta e dolo eventuale nel reato di omicidio

Corte di Cassazione, sez. V penale, Sent. n. 13800 del 06.05.2020

#omicidio #doloeventuale #causasopravvenuta #concausa

In concorso con altri, l'imputato irrompe nella dimora di un'anziana donna al fine di sottrarle una ingente somma che i correi supponevano essere in possesso della donna. Constatata, poi, l'irrisorietà delle somme realmente possedute dall'anziana vittima, l'imputato, in preda all'ira, pur cosciente delle sue precarie condizioni di salute, la percuote violentemente più volte sul collo e sul capo, lasciandola moribonda prima di darsi alla fuga. La donna, anche in seguito a un'infezione polmonare, contratta nel reparto di terapia infettiva dove era stata ricoverata per dieci giorni, è poi deceduta.

La prima questione riguarda la qualificazione dell'infezione polmonare come concausa idonea a interrompere il contenuto di causalità. La Corte esclude un simile esito ribadendo il principio secondo cui solo un

fattore causale del tutto autonomo o, seppur non autonomo, assolutamente atipico rispetto alla condotta può valere a escludere il nesso causale tra condotta ed evento.

In sostanza, è configurabile l'interruzione del nesso causale tra condotta ed evento quando la causa sopravvenuta innesca un rischio nuovo e incommensurabile, del tutto incongruo rispetto al rischio originario attivato dalla prima condotta. Nel caso di specie, l'infezione nosocomiale è una delle più comuni complicanze e la principale causa di morte nei reparti di terapia intensiva. Essa, quindi, *“non ha innescato un processo causale autonomo rispetto a quello determinato dalla condotta dell'agente; ma, pur inserendosi nel processo causale ricollegato a tale condotta, neppure si connota per l'assoluta anomalia ed eccezionalità, non si colloca al di fuori della normale, ragionevole probabilità, non integra una circostanza idonea ad innescare un rischio nuovo o comunque radicalmente esorbitante ed incongruo rispetto al rischio originario attivato dalla prima condotta, essendo del tutto normale e più che prevedibile che, come conseguenza della brutale aggressione posta in essere dal ***, un'anziana donna, alla quale siano state provocate lesioni gravissime agli organi vitali, debba essere ricoverata(qualora, come nel caso di specie, la morte non intervenga immediatamente) per periodi anche*

lunghe e possa contrarre infezioni nosocomiali anche letali, di per sé non integranti fattori eccezionali tali da interferire nella serie causale originari?

La seconda questione riguarda l'accertamento del dolo eventuale da condurre secondo la cd. prima formula di Frank (Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014) analizzando i seguenti elementi: a) la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa; b) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; c) la durata e la ripetizione dell'azione; d) il comportamento successivo al fatto; e) il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali; f) la probabilità di verificazione dell'evento; g) le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verificazione; h) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento.

In tal senso la Corte esclude la rilevanza dell'assenza dell'interesse a uccidere la vittima (l'imputato non aveva ragione per uccidere la donna) in quanto *“nel dolo eventuale ... la condotta non è orientata finalisticamente all'evento che concretamente si realizza (la morte), ma*

ad un diverso obiettivo (nella specie, la sottrazione del denaro della vittima), sicché deve ritenersi estraneo al suo oggetto 'l'interesse ad uccidere' (la cui dimensione resta, peraltro, indeterminata, ove si consideri che l'interesse può essere economico, giudiziario, morale, ecc.). Trattandosi di una dimensione del foro interno dell'agente, l'accertamento probatorio dell'accettazione dell'evento deve essere dunque fondato essenzialmente sulla valutazione degli elementi oggettivi della condotta - caratteristiche dell'arma, reiterazione dei colpi, parti vitali del corpo attinte - e degli elementi soggettivi (ad es., il movente)”.

È esclusa anche la necessità che l'imputato si prefigurasse con precisione la possibilità dell'insorgenza dell'infezione polmonare, causa ultima del decesso della vittima. L'oggetto del dolo, infatti, *“alla stregua di una interpretazione sistematica degli artt. 43 e 47 cod. pen., è l'astratto fatto tipico (l'omicidio inteso come causazione della morte), non il concreto fatto storico (la causazione della morte come conseguenza dell'aggressione ovvero come conseguenza di una infezione polmonare), e non deve concernere, quindi, il concreto sviluppo causale dell'azione, bensì l'idoneità causale della condotta a determinare l'evento”*. È sufficiente, quindi, che l'agente si prefiguri lo svolgimento della vicenda nei "tratti essenziali" rilevanti ai fini della valutazione penalistica. Specialmente nei



reati c.d. a forma libera (qual è l'omicidio), non è richiesto che la corrispondenza tra decorso causale preveduto e decorso causale effettivo coinvolga anche i dettagli secondari, essendo irrilevante la c.d. divergenza non essenziale, *“salvo che le specifiche modalità di causazione dell'evento non assumano rilevanza a livello di fattispecie astratta (come, ad es., nel reato di epidemia)”*.

Amministrativo

La pillola di diritto del 25.06.2020

Le misure di self cleaning e l'aggiornamento dell'interdittiva antimafia

#interdittivaantimafia #selfcleaning

Consiglio di Stato, sez. III, Sentenza n. 3945 del 19.06.2020

Un'associazione che si occupa della custodia degli animali, attinta da interdittiva antimafia, è esclusa da una gara d'appalto per la custodia e il mantenimento dei cani randagi vaganti sul territorio del Comune.

L'interdittiva è derivata dai perduranti rapporti dell'associazione medesima con un soggetto di pessima condotta civile e contiguo ad ambienti mafiosi che l'ha anche rappresentata nella gara di cui si discute.

L'individuo in questione operava formalmente come consulente legale dell'associazione che, non appena sopraggiunta l'interdittiva, gli ha revocato ogni incarico. Nonostante l'adozione della descritta misura di “self cleaning”, la Prefettura, in sede di aggiornamento, ha confermato l'interdittiva. Tale provvedimento era, tuttavia, annullato dal TAR sul rilievo che,

“seppure fosse da ritenere plausibile che le misure adottate dalla ricorrente rispondessero allo scopo di eliminare l'interdittiva, tale finalità non è da sola sufficiente a ravvisare il carattere elusivo delle misure stesse atteso che ciò che occorre verificare nel caso di adozione di misure di “self cleaning” non è lo scopo soggettivamente perseguito dall'ente attinto dall'informativa e dai suoi esponenti, bensì l'effettiva idoneità delle misure stesse a recidere quei collegamenti e cointeressenze con le associazioni criminali che hanno fondato l'adozione della precedente informazione antimafia”.

Il Consiglio di Stato ribadisce, in primo luogo, che il superamento del rischio di inquinamento mafioso - alla base della istruttoria posta in essere dalla Prefettura a seguito di istanza di aggiornamento - deve essere ricondotto *“al sopraggiungere di fatti positivi che introducano chiari elementi di inattendibilità della situazione rilevata in precedenza”.*

La Sezione afferma, in secondo luogo, che l'applicazione del criterio del “più probabile che non” rispetto alla verifica della contiguità mafiosa alla base dell'interdittiva, è tale da salvaguardare la valutazione dell'Amministrazione annullata dal TAR. In particolare, la Prefettura ha ritenuto correttamente che l'ampia collaborazione, nell'immediato passato, dell'associazione



con l'individuo sopra citato - con condotte e trascorsi chiari nel senso della vicinanza a sodalizi criminali – sia tale da dimostrare la persistenza degli elementi del condizionamento mafioso pur se tale collaborazione si sia conclusa. Gli organi sociali, infatti, ben consapevoli come si è detto delle frequentazioni del soggetto, hanno comunque inteso collaborare organicamente con lui per ottenere dei vantaggi nello svolgimento della propria attività.

La discrezionalità del Prefetto, peraltro, deve poter riguardare anche elementi “atipici” e resta intangibile dal giudice amministrativo se è immune da profili di travisamento e di manifesta irragionevolezza o illogicità. Del resto, conclude il Supremo Consesso *“la funzione di “frontiera avanzata” dell’informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758)”*.