



# Calamus iuris

*La penna del diritto*

La RIVISTA

**RIVISTA MENSILE - ANNO 1 - NUMERO 8 - AGOSTO/SETTEMBRE 2020**

## APPROFONDIMENTI

- **Civile: Non è discriminatoria la clausola del bando di concorso per l'assunzione dei disabili che richieda la persistenza dello stato di disoccupazione**  
di *Arcangelo Monaciliuni*
- **Civile: Inadempimento del contratto preliminare e tutela risarcitoria**  
di *Maria Giovanna Murrone*
- **Penale: Il reato abituale con particolare riferimento ai reati di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori.**  
di *Serena Palomba*
- **Amministrativo: Natura e regime della convenzione di lottizzazione, anche con riferimento al reato di lottizzazione abusiva**  
di *Antonio Grieco*

## Schede di Giurisprudenza

- **Civile: Lo status di figlio tra favorveritatis e tutela del minore**  
di *Federica Scariato*
- **Penale: Mafia Capitale o Corruzione Capitale? La Corte di cassazione nega la riconducibilità all'art. 416 bis c.p. delle associazioni per delinquere con a capo Salvatore Buzzi e Massimo Carminati**  
di *Francesca Giamundo*
- **Amministrativo: La bocciatura alle scuole medie è un fatto eccezionale.**  
di *Elvira Lubrano Lobianco*

**Temi svolti:** Elaborato consegnato al concorso indetto con d.m. 10 ottobre 2018 e giudicato idoneo, con voto 13

**Delineati i tratti essenziali del giudizio di ottemperanza, si soffermi il candidato sulla penali-  
tà di cui all'art. 114 comma 4 lett. ) del d.lgs. n. 104/2010 ("cosiddetta astreinte") e sull'ammi-  
ssibilità di una sua revisione nel "giudizio per chiarimenti".**

**Pillole di Diritto** a cura di *Luca Cestaro*



## Sommario

SOMMARIO.....	2
APPROFONDIMENTI .....	6
CIVILE .....	7
Non è discriminatoria la clausola del bando di concorso per l'assunzione dei disabili che richieda la persistenza dello stato di disoccupazione .....	7
Commento a Corte di Cassazione, sez. lav., Sentenza n. 14790 del 10 luglio 2020.....	7
CIVILE .....	11
Inadempimento del contratto preliminare e tutela risarcitoria.....	11
1. Considerazioni introduttive .....	11
2. Il contratto preliminare: nozione e contorni dell'istituto .....	11
3. L'inadempimento del contratto preliminare e la domanda di risoluzione.....	14
4. La domanda di esecuzione in forma specifica .....	17
5. Il risarcimento del danno nel contratto preliminare .....	19
PENALE .....	22
Il reato abituale con particolare riferimento ai reati di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori.....	22
1. Premessa .....	22
2. Classiche ipotesi di reato abituale. ....	24
3. Aspetti problematici nell'individuazione nell' individuazione del termine ultimo per la consumazione del reato di stalking: l'equivoco interpretativo.....	28
AMMINISTRATIVO .....	31
Natura e regime della convenzione di lottizzazione, anche con riferimento al reato di lottizzazione abusiva .....	31
Caratteri generali .....	31
Strumenti di pianificazione urbanistica .....	32
La procedura di lottizzazione.....	32
La convenzione di lottizzazione .....	34
Accordi procedimentali.....	35
Le convenzioni di lottizzazione.....	38
Giurisdizione .....	40
Profili applicativi .....	43
Obbligazioni propter rem .....	45
Reato di lottizzazione abusiva.....	46
Conclusioni.....	48



SCHEDE DI GIURISPRUDENZA .....	50
CIVILE .....	51
Lo <i>status</i> di figlio tra <i>favorveritatis</i> e tutela del minore .....	51
Corte cost. n. 127/2020.....	51
È legittimo l'art. 263 c.c. nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio in capo a colui che abbia compiuto tale atto nella consapevolezza della sua non veridicità? .....	51
Fatto .....	51
Normativa .....	51
Inquadramento.....	53
Soluzione.....	55
PENALE .....	58
Mafia Capitale o Corruzione Capitale? La Corte di cassazione nega la riconducibilità all'art. 416 bis c.p. delle associazioni per delinquere con a capo Salvatore Buzzi e Massimo Carminati .....	58
Cassazione penale, Sezione VI, sentenza n. 18125 del 22/10/2019 (dep. 12/06/2020) .....	58
Fatto .....	58
Normativa .....	61
Inquadramento.....	62
Soluzione.....	73
AMMINISTRATIVO .....	75
La bocciatura alle scuole medie è un fatto eccezionale .....	75
Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 3906/ 2020 del 18 giugno 2020.....	75
Fatto .....	75
Normativa .....	75
Circolare Miur n.1865 del 10/10/2017 Indicazioni in merito a valutazione, certificazione delle competenze ed Esame di Stato nelle scuole del primo ciclo di istruzione. ....	77
Inquadramento.....	78
Soluzione.....	80
TEMI SVOLTI .....	82
Delineati i tratti essenziali del giudizio di ottemperanza, si soffermi il candidato sulla penalità di cui all'art. 114 comma 4 lett. ) del d.lgs. n. 104/2010 ("cosiddetta astreinte") e sull'ammissibilità di una sua revisione nel "giudizio per chiarimenti" .....	83
Elaborato consegnato al concorso indetto con d.m.10 ottobre 2018 e giudicato idoneo, con voto 13	83
PILLOLE DI DIRITTO .....	89
Civile .....	90
La pillola di diritto del 16.6.2020.....	90
Sulla restituzione dell'indebito versamento della tariffa .....	90
#indebito #inadempimento #contratto #tariffadepurazione #indebitoogettivo .....	90

Corte di Cassazione, sez. III civ., Sentenza n. 11584 del 15.06.2002.....	90
<b>Penale</b> .....	92
La pillola di diritto del 18.06.2020.....	92
Causa sopravvenuta e dolo eventuale nel reato di omicidio .....	92
Corte di Cassazione, sez. V penale, Sent. n. 13800 del 06.05.2020 .....	92
#omicidio #doloeventuale #causasopravvenuta #concausa .....	92
<b>Amministrativo</b> .....	95
La pillola di diritto del 25.06.2020.....	95
Le misure di self cleaning e l'aggiornamento dell'interdittiva antimafia .....	95
#interdittivaantimafia #selfcleaning.....	95
Consiglio di Stato, sez. III, Sentenza n. 3945 del 19.06.2020.....	95

**Anno 1, n. 8, agosto-settembre 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*

Massimo Marasca – *Magistrato ordinario “fuori ruolo” presso il MIT*

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](mailto:pennadeldiritto@gmail.com)



## **Approfondimenti**

## CIVILE

### Non è discriminatoria la clausola del bando di concorso per l'assunzione dei disabili che richieda la persistenza dello stato di disoccupazione

*Commento a Corte di Cassazione, sez. lav., Sentenza n. 14790 del 10 luglio 2020*

*di Arcangelo Monaciliuni*

Con la recentissima sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha affermato il principio di diritto secondo cui: “Non costituisce comportamento discriminatorio la previsione, in sede di bando di concorso riservato alle categorie ex art. 8 della l. n. 68 del 1999, del requisito della sussistenza dello stato di disoccupazione anche al momento dell'assunzione, trattandosi di previsione avente la finalità di tutelare, in conformità con il dettato legislativo e con i principi affermati dalla Corte di Giustizia UE, il disabile disoccupato rispetto ad altro soggetto, egualmente disabile, ma nelle more fuoriuscito dalla categoria dei disoccupati”.

In punto di fatto era accaduto che una

Azienda sanitaria locale aveva negato l'assunzione al disabile, risultato vincitore della procedura riservata, in quanto, nelle more della definizione della procedura concorsuale, aveva perso lo stato di disoccupazione, la cui persistente sussistenza era stata fatta oggetto di specifica previsione del bando di concorso, imposta a pena di esclusione.

In primo grado il Tribunale aveva respinto il ricorso da questi presentato, escludendo ogni discriminazione da parte dell'Azienda, nel mentre la Corte di Appello era giunta alla opposta -ma immotivata, a dire dell'ASL ricorrente in Cassazione- conclusione, riformando la pronuncia di prime cure.

La decisione degli Ermellini merita di essere annotata sia per il principio pronunciato, innanzi integralmente riportato, sia per l'ampio corredo motivazionale recato a suo supporto, in una all'organica ricostruzione del quadro normativo comunitario e nazionale e a una analisi attenta ed esaustiva della giurisprudenza formatasi sia a livello comunitario (CEDU e Corte di Giustizia), che interno (Corte costituzionale e Cassazione).

Per vero, i supremi giudici sono andati al di là delle stesse aspettative dell'attento



ricorrente in Cassazione, che, consapevole del quadro normativo e giurisprudenziale non proprio armonico, e quindi suscettibile di condurre ad una conclusione diversa, aveva chiesto che la Cassazione sospendesse il processo e chiedesse alla Corte di giustizia dell'Unione europea una pronuncia pregiudiziale sul punto. Tecnicamente, i quesiti da sottoporsi alla Corte di Giustizia erano volti a conoscere se gli articoli 1, 5, 7 della Direttiva 2000/78, nonché gli artt. 21 e 26 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ostassero ad una disciplina nazionale, quale quella di cui all'art. 8 l. 68/1999, ovvero ad una previsione puntuale della *lex specialis*, recante espressa comminatoria di esclusione, che prevedesse, per l'appunto, la permanenza dello stato di disoccupazione anche al successivo momento dell'assunzione.

La Cassazione ha quindi:

a) ricordato che il diritto all'eguaglianza, di tutti "e dunque anche delle persone disabili", ed alla protezione contro le discriminazioni costituisce un diritto universale riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dai Trattati e dalle Convenzioni intervenute in sedi internazionali ed europee, nonché, nel dettaglio, da una serie di Direttive

comunitarie, sui cui contenuti specifici la pronuncia si sofferma con dovizia. In definitiva, l'elemento che tutti/e accomuna è dalla Corte individuato in quello relativo agli obblighi per gli Stati di garantire e favorire l'esercizio del diritto al lavoro, tanto nella fase di avviamento, quanto nel corso del rapporto, prendendo al riguardo appropriate iniziative, anche attraverso misure legislative, a sostegno di forme di eguaglianza sostanziale.

b) chiarito come tali principi siano sanciti, specificamente e in misure fra loro complementari, sia dal diritto dell'Unione sia dalla CEDU; fatto quindi luogo ad un ampio excursus dell'evoluzione della nozione di 'handicap' ad opera della giurisprudenza comunitaria; occupata delle diverse forme di discriminazioni possibili, fra quelle dirette (trattamento diverso di persone che si trovano in una situazione analoga) e quelle indirette (medesimo trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni diverse, che si traduce in una differenza di trattamento a causa dell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione).

c) ricordato che nell'ordinamento interno il principio di non discriminazione trova il suo fondamento costituzionale negli artt. 2 e 3 della Costituzione, qui da coniugarsi con il diritto al lavoro, sancito dall'art. 4 Cost., di cui rappresentano presidi normativi le diverse leggi ordinarie nel tempo sopravvenute, tutte indicate e commentate nel loro sopravvenire temporale.

d) rammentato come la tutela del lavoratore portatore di handicap anche nel corso del rapporto di lavoro è certo cosa “giusta e degna”, rispondente ai principi ed alle norme testuali di Trattati, Convenzioni, Direttive europee, normativa interna, ma, chiosando alcune pronunce che, ad una lettura affrettata, avrebbero potuto far diversamente concludere, nel contempo affermato -a quanto è dato conoscere per la prima volta a chiare lettere- che il sistema normativo nel suo complesso, in esso incluso quindi anche la l. n. 68 del 1999, che prevede un sistema di collocamento al lavoro “meno burocratizzato”, senza bisogno di richiamare “l'antico brocardo del *primum vivere*” impone di “considerare ragionevole una scelta che abbia avuto la finalità di tutelare (nell'impostazione del bando, per quanto detto conforme al dettato legislativo) il disabile disoccupato,

ritenuta prevalente, piuttosto che quella di consentire il miglioramento della condizione lavorativa di altro soggetto, egualmente disabile, ma nelle more fuoriuscito dalla categoria dei disoccupati, trattandosi di scelta improntata, in conformità con le stesse previsioni di cui all'art. 8 della l. n. 68 del 1999, a garantire innanzitutto una occupazione a chi non l'abbia, in piena conformità con il dettato costituzionale, ed in particolare, oltre che con l'art. 4, con il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2) e con quello di solidarietà (art. 2)”.

e) osservato come anche in presenza di concorsi pubblici aperti a tutti (e non, quindi, in quelli riservati, quali quello di cui alla vertenza all'esame), il legislatore, a mezzo dell'art. 25, comma 9 bis, della l. n. 114/2014, aveva soppresso dall'art. 16, comma 2, della l. n. 68 del 1999 l'inciso “anche se non versino in stato di disoccupazione”, così, anche qui, escludendosi “privilegi” per l'handicappato occupato.

Tali le conclusioni della pronuncia in commento che ha cura ancora di precisare come assicurare la vita lavorativa all'handicappato che ne è privo non significa svilire le legittime aspettative di

miglioramento di una condizione lavorativa dell'handicappato che il lavoro (oggi) ha, ma semplicemente consente di accordare tutela prioritaria al primo, senza che a tale conclusioni possano essere opposte pronunce, quali quella della Corte di Giustizia del 4 luglio 2013, in causa C – 312/11, nel cui contesto motivazionale è valorizzato non solo l'aspetto dell'accesso al lavoro ma anche quello della 'promozione' e cioè della progressione o avanzamento professionale. Ed invero, condivisibilmente, la pronuncia osserva che tuttavia, ovvero ad onta di una diversa lettura che pure ne era

stata fatta in sede giurisprudenziale ed in sede amministrativa (controparte aveva depositato una serie di bandi di concorso che non prevedevano la permanenza dello stato di disoccupazione) "... non può essere disconosciuto che una tutela incondizionata del disabile già occupato comprimerebbe quella del disabile disoccupato superando così quell'adeguato livello di tutela imposto dal rispetto dei canoni di solidarietà che devono ispirare la legislazione sociale, specialmente in materia di impiego pubblico."

## CIVILE

### Inadempimento del contratto preliminare e tutela risarcitoria

di Maria Giovanna Murrone

#### **1. Considerazioni introduttive**

Nella varietà di forme che può assumere il procedimento che porta alla stipulazione del contratto un posto di primo rilievo è certamente ricoperto dal contratto preliminare, istituito da oltre un secolo tra i più controversi e studiati dalla dottrina italiana, anche in ragione delle molteplici interconnessioni con temi essi stessi particolarmente delicati e dibattuti<sup>1</sup>.

L'indagine sul contratto preliminare può infatti sollecitare interrogativi in ordine alle modalità di formazione del contratto; alla individuazione dei meccanismi che presiedono al trasferimento del diritto di proprietà e alla rilevanza sostanziale dell'esecuzione forzata.

Nella evidente impossibilità di procedere ad un'analisi di tali plurimi profili di interesse si procederà ad analizzare, nelle note che seguono, il profilo specifico rappresentato dalle tutela risarcitoria esperibile nel caso di inadempimento dell'obbligo assunto con la

---

<sup>1</sup> In termini G. La Rocca, Un secolo di teorie sul contratto preliminare, in AA.VV., Studi in onore di Giorgio De Nova, Giuffrè, 2015, pp. 1791-1792.

stipula del contratto preliminare.

A tale fine si delineeranno i contorni dell'istituto in esame per poi procedere nell'illustrazione dei rimedi predisposti dall'ordinamento in favore del contraente fedele ed insoddisfatto, preannunciandosi sin d'ora come molteplici, e talvolta peculiari, siano gli strumenti di tutela esperibili.

#### **2. Il contratto preliminare: nozione e contorni dell'istituto**

Il contratto preliminare, sovente indicato con il termine "compromesso"<sup>2</sup>, è il contratto mediante il quale le parti si obbligano alla conclusione in futuro di un determinato contratto, detto definitivo<sup>3</sup>.

Esso costituisce fonte di un obbligo convenzionale a contrarre, dal quale discende il diritto non alla prestazione oggetto del definitivo, ma alla stipula del predetto contratto definitivo<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> R. Calvo, Contratto preliminare. Art. 1351, Il Codice civile. Commentario, Giuffrè, 2016, p. 3, che avverte tuttavia circa l'oggettiva ambiguità di tale definizione in quanto utile ad indicare anche il contratto traslativo al quale accede l'impegno di riprodurre il consenso in una forma particolare.

<sup>3</sup> C. Trapuzzano, Art. 1351. Contratto preliminare, in F. Di Marzio (diretto da), Codice civile, Giuffrè, 2016, 1686.

<sup>4</sup> In senso parzialmente diverso si esprime tuttavia V. Roppo, Il contratto, Giuffrè, 2011, 614 secondo il quale il contratto preliminare presenta un oggetto immediato, identificante si nella conclusione del definitivo, ed uno mediato, ossia le medesime prestazioni dedotte nel definitivo.

Pur essendone la ammissibilità oggetto di discussioni nella dottrina già nella vigenza del codice civile del 1865, il contratto preliminare ha trovato espresso riconoscimento legislativo soltanto con il codice civile del 1942, allorché tale “nuovo” modo di espressione delle reciproche volontà delle parti ha ricevuto una sua prima, per quanto scarna disciplina<sup>5</sup> e dunque definitivo diritto di cittadinanza nell’ordinamento. Pure merita porre in evidenza, per come rilevato dalla dottrina concorde, come il legislatore codicistico non abbia posto una regolamentazione organica come per i singoli contratti (scelta comprensibile in ragione della irriferevolezza del preliminare ad un tipo contrattuale).

Le disposizioni originariamente dettate in tema di contratto preliminare attengono infatti l’una, e nonostante la rubrica, a quello che potrebbe essere definito come mero requisito strutturale, alla forma (art. 1351); l’altra ad uno dei rimedi esperibili (art. 2932). Soltanto successivamente sono state previste la trascrivibilità anche del contratto preliminare e la natura privilegiata del credito del promissario acquirente sul

bene immobile oggetto del preliminare trascritto nel caso di mancata esecuzione dello stesso (artt. 2645 *bis* e 2775 *bis*, entrambi introdotti con il d.l. 31 dicembre 196, n. 669, convertito in l. 28 febbraio 1997, n. 30), così soddisfacendo le esigenze di protezione del promissario acquirente esposto ai pericoli di inadempimento e di insolvenza del promissario alienante<sup>6</sup>.

Comprensibile è dunque il ruolo svolto dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, nella pressoché totale assenza di uno statuto organico<sup>7</sup> nella opera di ricostruzione sistematica dell’istituto che si disvela contratto a struttura neutra ed ad esecuzione differita<sup>8</sup> con il quale si determina una sfasatura degli effetti contrattuali<sup>9</sup>. Vengono infatti prodotti in un primo momento gli effetti obbligatori del contratto preliminare medesimo e sol successivamente quelli propri del definitivo, rispetto al quale il primo si presenta come strumentale.

Evocativa della scissione tra *titulus acquirendie modus acquirendi* che, caratteristica

<sup>5</sup> In termini di carenza normativa si esprime B. Cusato, Il contratto preliminare, in P. Cendon (a cura di), Responsabilità civile. Volume secondo, Utet giuridica, 2020, p. 1550.

<sup>6</sup> V. Mariconda, Art. 1351, in G. Alpa, V. Mariconda (a cura di) Codice dei contratti commentato, Ipsoa, 2017, p. 179.

<sup>7</sup> R. Calvo, Contratto preliminare, op. cit., p. 10

<sup>8</sup> C. Trapuzzano, Art. 1351, op. cit., p. 1686

<sup>9</sup> V. Roppo, Il contratto, op. cit., p. 611.

degli ordinamenti germanici, è invece respinta nel nostro ordinamento improntato al diverso principio consensualistico, diverse sono le ragioni che possono indurre le parti a ricorrere a tale partizione dell'attività negoziale.

Mediante il contratto preliminare esse possono infatti, con linguaggio comune, "bloccare l'affare" e, al contempo, disporre del tempo necessario per il disbrigo di attività ulteriori quali la predisposizione di eventuale documentazione necessaria ovvero procurarsi la provvista necessaria per il pagamento del prezzo. Ancora il lasso temporale intercorrente tra la stipula del preliminare e quella del definitivo consente di verificare le qualità del bene oggetto del futuro contratto, garantendo la perdurante titolarità dello stesso, *rectius* del diritto in capo al promissario disponente.

Amplissimo, ancora, è l'ambito applicativo del contratto preliminare.

Così conseguendo una sorta di *revanche* rispetto all'orientamento dottrinario agli inizi del XX secolo ostile alla ammissibilità di tale figura<sup>10</sup>, il contratto preliminare è oggi ritenuto schema contrattuale a struttura neutra suscettibile di combinarsi con i più diversi tipi contrattuali: non soltanto i

contratti traslativi o aventi altri effetti reali, ma anche le varianti obbligatorie di contratti normalmente ad effetti reali immediati e sin anche i contratti con effetti obbligatori e quelli associativi. Conclusivamente, il contratto preliminare può venire in rilievo rispetto a qualsiasi contratto, tipico o atipico, possa essere assunto come definitivo nell'ambito della sequenza alla quale tale accordo dà vita come fonte di obbligo a contrarre, pur rinvenendo nel contratto di compravendita, in specie immobiliare, il proprio termine di riferimento privilegiato.

Discussa la configurabilità del preliminare di contratti reali e della donazione, recente pronuncia delle Sezioni Unite ha ammesso, nella sussistenza di precise condizioni, la ammissibilità del preliminare di preliminare<sup>11</sup>, nel mentre pacificamente sono ormai da lungo tempo riconosciuti il preliminare ad effetti anticipati e il preliminare unilaterale.

Sol sinteticamente merita infine ricordare come si ponga l'esigenza di operare un distinguo tra tale istituto e figure contigue, quali le minute o lettere di intenti e l'opzione.

Le prime, in particolare, documentano

---

<sup>10</sup>G. La Rocca, Un secolo di teorie, op. cit., p. 1797 e ss.

---

<sup>11</sup> Il riferimento è alla sentenza del 6 marzo 2015, n. 4628.



accordi parziali ed hanno la limitata funzione probatoria delle trattative svoltesi positivamente fino a quel momento; nel mentre la seconda, pur afferendo anch'essa all'ambito dei contratti preparatori, non dà luogo ad un obbligo a contrarre, risolvendosi nella previsione della possibilità di una parte di accettare o meno la proposta formulata dalla controparte e soltanto per questa vincolante.

Al contrario, il contratto preliminare comporta l'assunzione dell'obbligo della futura stipulazione di un contratto definitivo, alle condizioni di già raggiunte in sede di preliminare, in seguito soltanto al quale si determineranno gli effetti propri di quest'ultimo.

Quanto poi alla distinzione tra contratto preliminare e definitivo essa è *quaestio facti* la quale deve essere risolta dal giudice del merito indagando la volontà contrattuale e, in particolare, se l'effetto negoziale finale sia immediato o differito alla stipula di altro contratto. Non assumono a tal fine rilievo dirimente elementi fattuali quali la eventuale consegna del bene o il pagamento del prezzo, né le espressioni letterali utilizzate che ben potrebbero iscriversi nell'ambito

di c.d. contratto preliminare improprio<sup>12</sup>: criterio univoco è la volontà o meno di ricollegare al contratto preliminare la produzione degli effetti traslativi o comunque di quelli tipici del contratto definitivo.

In disparte i pur numerosi ed interessanti profili problematici che pone l'istituto in esame – e relativi, a sol titolo esemplificativo, all'individuazione della causa; al rapporto tra preliminare e definitivo ed alle eventuali ripercussioni di profili di invalidità del primo sul secondo – occorre procedere nella più specifica analisi degli strumenti esperibili a fronte dell'inadempimento del contratto preliminare.

### ***3. L'inadempimento del contratto preliminare e la domanda di risoluzione***

Come noto, l'inadempimento si sostanzia

---

<sup>12</sup> Con tale espressione ci si riferisce a quella peculiare figura di contratto preliminare nel quale – a differenza del contratto preliminare proprio che vincola “soltanto” alla conclusione del definitivo – si assiste alla anticipazione di taluni effetti del contratto stipulando, quali la consegna del bene e il pagamento del prezzo. Ciò non di meno, non si verifica di per sé l'anticipazione di tutti gli effetti traslativi del contratto definitivo, laddove – a seguito di valutazione giudiziale che deve apprezzare la comune intenzione delle parti ed il loro comportamento, anche successivo al contratto – si accerti la mancata produzione di effetto traslativo in quanto la disponibilità del bene ha luogo nella piena consapevolezza dell'altruità della cosa. In termini Cass., 9 giugno 2011, n. 12634.

nel mancato adempimento o nel mancato esatto adempimento delle prestazioni da parte del debitore e, quindi, nella mancata soddisfazione delle ragioni creditorie.

Esso produce un duplice effetto: la esposizione del debitore a responsabilità contrattuale secondo quanto prevedono gli artt. 1218 e ss. c.c., quante volte l'inadempimento sia imputabile al debitore stesso, argomentando *ex art.* 1256 c.c.; la esperibilità da parte del creditore insoddisfatto dei rimedi di cui all'art. 1453 c.c.

Il primo comma di tale ultima disposizione prevede, nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, che a fronte dell'inadempimento di una parte, la controparte possa, a sua scelta, richiedere la risoluzione ovvero l'adempimento, in ogni caso fatto salvo il risarcimento del danno.

La disposizione prosegue poi nel disciplinare i rapporti tra l'una e l'altra azione.

Si tratta di previsioni utilmente invocabili nel caso di inadempimento del preliminare.

Occorre a tal proposito preliminarmente evidenziare come ben possono essere invocati anche rispetto al preliminare tali strumenti, definiti dalla dottrina di

annientamento del contratto<sup>13</sup>, apparendo invero non condivisibile l'opposta opzione ermeneutica che, sull'assunto della assenza di effetti attuali, riserva il ricorso a strumenti di reazione solo al definitivo.

Simile tesi appare infatti trascurare indebitamente la circostanza per la quale le prestazioni oggetto del preliminare non si riducono alla sola prestazione del consenso necessario per la conclusione del definitivo, ma involgono anche, e sebbene in via mediata, le stesse prestazioni dedotte nel definitivo. Eventuali vizi o sopravvenienze che intervengano nelle more della stipulazione del definitivo incidono negativamente e direttamente sull'interesse contrattuale della parte del preliminare che, seppure per il tramite del definitivo, attende la prestazione la cui esecuzione risulta oramai pregiudicata.

Di qui, la esperibilità anche avverso il preliminare di tutti gli strumenti di tutela quante volte venga in rilievo un comportamento qualsiasi che pregiudichi o metta a rischio le prestazioni dedotte nel definitivo<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> V. Roppo, *Il contratto*, op. cit., p. 622

<sup>14</sup> Nel senso che le fattispecie della impossibilità sopravvenuta, dell'eccessiva onerosità e per quanto in questa specificamente rileva dell'inadempimento devono essere riferite alla prestazione oggetto del contratto definitivo, R. Sacco, *Il contratto*, Milano, 1975, p. 687.

Più in particolare, il contraente insoddisfatto gode dell'alternativa tra la scelta della domanda di risoluzione e la domanda di attuazione del contratto, in ogni caso con possibilità di pretendere il risarcimento del danno.

Quanto all'inadempimento del contratto preliminare, esso si identifica prevalentemente con l'ipotesi in cui uno dei promittenti ritardi la stipulazione del contratto definitivo o vi si sottragga del tutto, così disattendendo il termine previsto dalle parti o quello che sia fissato dal giudice ai sensi dell'art. 1183 c.c. laddove le parti nulla abbiano disposto al riguardo.

Quanto alla sua natura, il termine rappresenta non termine finale di efficacia del contratto, ma termine di adempimento delle obbligazioni dedotte nel preliminare la cui natura essenziale deve essere accertata dal giudice del merito alla luce del tenore letterale del contratto, ma soprattutto della natura e dell'oggetto del contratto, e deve potersi apprezzare l'inequivoca volontà delle parti di ritenere la utilità economica dell'operazione negoziale solo se perfezionata entro un dato termine. In tal caso peraltro il giudice è dispensato, secondo parte della giurisprudenza, dal procedere alla valutazione dell'importanza

dell'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c., essendo tale valutazione stata di già operata dalle parti con la previsione del termine medesimo.

Quanto poi a tale ultimo requisito, merita evidenziare come, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, esso debba essere apprezzato operando una valutazione comparativa ed unitaria degli inadempimenti: tenuto conto dell'esperibilità del rimedio *ex* art. 2932 c.c., si ritiene anche necessario che l'inadempimento presenti un *quid pluris* di gravità tale da rendere lo scioglimento del vincolo contrattuale più consono all'interesse della parte adempiente, secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con pronuncia del 7 luglio 1997, n. 6224.

Nella sussistenza dei requisiti normativi, per come integrati nel caso specifico dall'elaborazione giurisprudenziale, il contraente deluso può dunque agire per conseguire, mediante la risoluzione, effetto liberatorio *ex nunc* ed effetto recuperatorio *ex tunc* delle prestazioni eventualmente eseguite, così eliminando gli effetti derivanti dal contratto<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, Napoli, 2013, p. 1023.

Occorre peraltro evidenziare come tale risultato possa essere conseguito anche a fronte di fattispecie ulteriori.

L'inadempimento e la conseguente legittimazione all'azione di risoluzione può infatti venire in rilievo quante volte si abbia inettitudine o impossibilità di eseguire la prestazione finale o di eseguirla esattamente e, quindi, non sia stata posta in essere la necessaria attività preparatoria e strumentale.

Ancora, con specifico riferimento al contratto preliminare di compravendita, l'inadempimento può verificarsi nelle ipotesi nelle quali emergano nel lasso di tempo intercorrente tra la stipula del preliminare e quella del definitivo vizi che determinerebbero, a vendita conclusa, l'operatività dei rimedi della garanzia, con particolare riferimento a quelli per i vizi e difformità. In una simile ipotesi – che peraltro costituirebbe concretizzazione di una delle funzioni che abbiamo visto caratterizzare il preliminare – il contraente che non voglia agire per la risoluzione, ben potrà, anche disgiuntamente dall'azione *ex art. 2932 c.c.*, chiedere l'eliminazione del vizio o la riduzione del prezzo.

#### 4. La domanda di esecuzione in forma specifica

Oltre al risarcimento per equivalente, da quantificarsi nei termini di cui si darà conto *infra*, con riferimento al contratto preliminare inadempito il contraente deluso può avvalersi della tutela risarcitoria in forma specifica mediante il ricorso all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto prevista dall'*art. 2932 c.c.*

Come già sopra rilevato, si tratta di uno strumento alternativo rispetto alla domanda di risoluzione e risarcimento del danno il cui riconoscimento ha peraltro concorso, per come rilevato in dottrina, a determinare il successo dell'istituto in esame<sup>16</sup> e rispetto al quale si disvela funzionale la previsione contenuta nell'*art. 1351 c.c.* che, come anticipato, dispone in materia di forma del preliminare.

La richiesta forma scritta *ad substantiam* per il contratto preliminare, laddove questa sia pretesa per il relativo definitivo, rinviene infatti secondo parte della dottrina la propria *ratio* nella circostanza che, per il tramite della sentenza costitutiva, il

---

<sup>16</sup> E tanto quand'anche la disposizione ed il rimedio in essa previsto siano invocabili rispetto ad ogni obbligo di contrarre, anche se non derivante da un contratto preliminare.



preliminare può dar luogo agli effetti del definitivo: proprio nella misura in cui può non aversi necessariamente la stipula del definitivo, è necessario che il preliminare presenti la stessa veste formale di quest'ultimo<sup>17</sup>.

Riconoscendo al creditore la possibilità di ottenere la prestazione promessa – la prestazione del consenso per la stipula del definitivo – in forza di provvedimento giurisdizionale, si è rafforzata la normatività dell'accordo preparatorio ed è stato superato il tradizionale che sosteneva la natura infungibile dell'obbligazione di contrarre<sup>18</sup>.

Merita infatti evidenziare come la sentenza *ex art. 2932 c.c.* non si limiti a condannare il contraente inadempiente alla stipulazione del definitivo (attività di per sé incoercibile), ma produca essa stessa gli effetti del contratto non concluso, così garantendo l'efficiente funzionamento del meccanismo

contrattuale minato dall'intervenuto inadempimento.

Il ricorso all'azione *ex art. 2932 c.c.* – soggetta a trascrizione ai sensi dell'art. 2652, n. 2 c.c. – è peraltro subordinato al ricorrere delle condizioni poste dalla stessa disposizione.

È infatti necessario, ai sensi del primo comma, che vi sia inadempimento all'obbligo di concludere un contratto; che sia possibile ottenere sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso e che tale possibilità non sia stata esclusa in via convenzionale.

Non soltanto dunque occorre che vi sia ritardo o rifiuto, apprezzabile anche per *facta concludentia*, alla stipulazione del definitivo, ma è anche necessario che le parti non abbiano espressamente escluso il meccanismo *ex art. 2932 c.c.*<sup>19</sup> e che la costituzione coattiva degli effetti del definitivo non concluso sia possibile in termini conformi a quelli previsti dal preliminare medesimo. In tal senso, peraltro si ritiene che la possibilità non sia esclusa allorché vi sia una parziale difformità dell'oggetto rispetto a quanto delineato nel preliminare, essendo sufficiente che ricorra

---

<sup>17</sup> Pure non manca chi ravvisa la ratio della previsione di cui all'art. 1351 c.c. nel fatto che, pur essendo il contratto preliminare strumentale al definitivo, esso nondimeno si attegga quale contratto perfetto, dal quale discendono precisi obblighi diretti alla conclusione del definitivo che ne costituisce ragione giustificativa e del quale deve dunque rivestire la medesima forma a pena di invalidità. Ancora in termini differenti, quanto al requisito formale R. Calvo, *Contratto preliminare*, op. cit., p. 21. Secondo tale Autore la previsione di cui all'art. 1351 fonda sulla necessità di assicurare la prova del fatto documentato onde assicurare particolare certezza a specifici mutamenti nei rapporti interprivati.

<sup>18</sup>R. Calvo, op. ult. cit., p. 6.

---

<sup>19</sup> Ipotesi nella quale sarebbe possibile agire solo per ottenere il ristoro del pregiudizio patrimoniale.



una sostanziale coerenza tra i termini del preliminare e gli effetti del definitivo.

Una condizione ulteriore viene ad essere richiesta dal secondo comma allorché si sia in presenza contratti con effetti reali.

In tale ipotesi, infatti, il legislatore codicistico richiede che l'attore *ex art.* 2932 c.c. esegua o quanto meno offra la prestazione su di lui incombente: si tratta tuttavia di requisito che viene ad essere interpretato in maniera ampia dalla giurisprudenza che giunge a ritenere implicita l'offerta nella stessa proposizione della domanda.

Discussa è la natura delle pronunce giurisdizionali rese nell'ambito di azione *ex art.* 2932 c.c.

Esse sono infatti certamente pronunce giurisdizionali e al contempo fonti del rapporto contrattuale: tale duplice natura non sovverte tuttavia il regime dei rimedi esperibili avverso la sentenza, comunque da individuarsi nell'ordinario strumentario processual civilistico dei mezzi impugnatori, nel mentre è con riferimento al rapporto che da tali pronunce scaturisce che possono essere invocati i previsti rimedi contrattualistici, a fronte di sopravvenienze che incidano sul rapporto contrattuale.

Si tratta peraltro di sentenza costitutiva, di

modo che l'effetto traslativo che scaturisce dalla stessa di produce solo al momento del relativo passaggio in giudicato, producendosi i relativi effetti *ex nunc*<sup>20</sup>.

Ultimo interrogativo attiene, infine, al ruolo spendibile dal giudice nella eventuale "integrazione" del regolamento negoziale e la cui soluzione dipende, secondo parte della dottrina, proprio dalla surriferita natura costitutiva della pronuncia giudiziale. Proprio valorizzando tale dato, si ritiene che l'autorità giudiziaria non possa sostituirsi alla volontà delle parti se non limitatamente alla produzione degli effetti del contratto non concluso: l'esecuzione ai sensi dell'art. 2932 c.c. è pertanto ammissibile solo se ed in quanto risultino preventivamente determinati dalla volontà delle parti gli elementi essenziali del contratto<sup>21</sup>, non potendo il giudice sostituirsi a queste ultime nella determinazione del contenuto del rapporto giuridico sostanziale.

### ***5. Il risarcimento del danno nel contratto preliminare***

Tanto che agisca per la risoluzione o per l'esecuzione in forma specifica, la parte

<sup>20</sup> In termini Cass., SS. UU., 22 febbraio 2010, n. 4059.

<sup>21</sup> Elemento che più in generale rileva anche ai fini della possibilità di ritenere sussistente un contratto preliminare.

insoddisfatta può comunque chiedere il risarcimento del danno.

Irrilevante essendo la eventuale erronea qualificazione del pregiudizio non patrimoniale lamentato, ove questo sia apprezzabile dalla situazione fattuale dedotta in lite e ne risultino comunque allegati e provati gli elementi costitutivi<sup>22</sup>, costituisce oggetto di confronto nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza la individuazione del criterio alla luce del quale operare la quantificazione del risarcimento dovuto.

Si confrontano infatti due diversi orientamenti volti a sostenere l'uno il necessario riferimento all'interesse negativo; l'altro, opposto, all'interesse positivo<sup>23</sup>.

Alla stregua del primo orientamento, si deve collocare il contraente deluso nella medesima situazione nella quale si sarebbe venuto a trovare nel caso in cui egli non fosse stato coinvolto in trattative rivelatesi di poi infruttuose e stipulato il contratto preliminare. Tale conclusione rinviene la propria *ratio* nella circostanza per cui, agendo in risoluzione, la parte

manifesterebbe il proprio disinteresse per la conclusione del contratto definitivo ed attuazione dello scambio, tanto più in ragione della possibilità di esperire la tutela di cui all'art. 2932 c.c.: da tanto la preclusione per la determinazione dell'importo risarcitorio assumendo come parametro di riferimento l'interesse positivo.

Posizione radicalmente differente è quella di chi, invece, sostiene il diritto per la parte che chieda la risoluzione di essere collocata nella medesima posizione nella quale si sarebbe trovata allorché il contratto fosse stato esattamente eseguito.

Si evidenzia a tal fine come, accedendo a tale opzione, non soltanto si adotti una soluzione maggiormente idonea a tutelare le aspettative degli agenti negoziali ed a favorire per tale via la contrattazione, ma viepiù coerente con la stessa funzione propria dello strumento risolutorio nel contesto di un'economia di mercato, atteso che il contraente che agisce in risoluzione può liberarsi dal vincolo contrattuale e procurarsi la prestazione attesa in tempi più rapidi rispetto a quelli connessi all'esecuzione in forma specifica<sup>24</sup>.

Il criterio invalso nell'applicazione

---

<sup>22</sup>Cass., 20 marzo 2019, n. 7868 in Giur. It., 4/2020, con nota di G. Salvi.

<sup>23</sup> Come riporta M. Dellacasa, Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il "danno da risoluzione" alla prova, in Nuova giur. Civ. comm., 7-8/2016, p. 1095 e ss.

---

<sup>24</sup> M. Dellacasa, op. ult. cit., p. 1096

giurisprudenziale è proprio l'ultimo ricordato e dunque il riferimento all'interesse positivo, quand'anche diversamente modulato in ragione della circostanza che inadempiente sia il promissario alienante o il promissario acquirente.

Nel primo caso – inadempimento del promissario alienante – il risarcimento del danno si determina nella misura della differenza tra il valore di mercato del bene, per ipotesi superiore, ed il prezzo pattuito al momento della notificazione della domanda di risoluzione; nella seconda ipotesi – inadempimento del promissario acquirente – il risarcimento dovuto si identifica nella differenza tra il prezzo pattuito ed il valore di mercato del bene, per ipotesi inferiore, sempre con riferimento al momento di proposizione della domanda di risoluzione. È infatti la proposizione della domanda di risoluzione a cristallizzare l'inadempimento ed a renderlo definitivo.

Discussa infine è la rilevanza, in tema di determinazione del *quantum debeatur*, della previsione di cui all'art. 1225 c.c. che, come noto, in tema di "Prevedibilità del danno", circoscrive la misura del risarcimento a quanto poteva prevedersi al momento in cui è sorta l'obbligazione, salvo si tratti di

inadempimento o ritardo doloso.

Tale disposizione viene pacificamente applicata dalla giurisprudenza, seppure con un correttivo: il momento a decorrere dal quale occorre apprezzare la prevedibilità viene infatti ad essere individuato non in quello in cui sorge l'obbligazione, ma a quello nel quale si verifica l'inadempimento. In senso critico in dottrina si esprime chi, valorizzando il disposto letterale dell'art. 1225 c.c., sostiene al contrario potersi del tutto escludere la invocabilità di tale disposizione, quanto meno in quelle ipotesi nelle quali non sia possibile ritenere la natura non dolosa dell'inadempimento<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Ancora M. Dellacasa, op. ult. cit., p. 1098 il quale evidenzia come diversamente opinando si addiverrebbe ad uno squilibrio nelle posizioni delle parti, potendo il promittente alienante approfittare di circostanze sopravvenute, quali l'offerta più vantaggiosa di un terzo, e conseguire un lucro non meritevole di tutela alcuna.

## PENALE

### Il reato abituale con particolare riferimento ai reati di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori.

di Serena Palomba.

#### 1. Premessa

1. Inquadramento dottrinale: il reato abituale.

1.1. Ratio ed elementi costitutivi.

Per reato abituale si intende il reato per la cui configurazione la legge richiede la reiterazione di più condotte identiche o omogenee.

La ratio sottesa a tale istituto risiede nell'esigenza di evitare gli incrementi sanzionatori derivanti dal cumulo delle pene previsto per il concorso di più reati, tenendo conto della mancanza nelle condotte singolarmente considerate di un disvalore sufficiente a giustificare la punizione in via autonoma oppure della normale reiterazione di alcune tipologie di condotte di condotte aggressive.

Pertanto, si verifica un'unificazione *quoad poenam*<sup>26</sup>, basata sull'assunto che l'offesa al bene protetto può avvenire anche

attraverso il compimento di più atti cumulativamente considerati sulla scorta dell'*id quod plerumque accidit*.

L'orientamento dottrinario prevalente ritiene che il reato abituale si sostanzia in una condotta che viene scissa in una pluralità di azioni omogenee e reiterate nel tempo, le quali, pur avendo una rilevanza ontologica autonoma, non hanno una rilevanza giuridica autosufficiente.

Tradizionalmente si distingue tra reato abituale proprio, in cui le condotte reiterate non sono autonomamente punibili e reato abituale improprio in cui la reiterazione riguarda condotte ciascuna delle quali costituente reato.

L'individuazione degli elementi strutturali del reato abituale si sostanzia nella reiterazione di una pluralità di fatti omogenei tra loro e nel nesso di abitudine che li lega.

L'omogeneità dei fatti impone che le condotte debbano essere munite della medesima carica offensiva, concorrendo alla lesione o alla messa in pericolo del bene protetto dalla norma incriminatrice.

Quanto al nesso di abitudine occorre che i singoli episodi, uguali o omogenei, siano connessi da un nesso di persistenza e frequenza tale da consentire di individuare

<sup>26</sup>GAROFOLIR, *Manuale di Diritto Penale*, Roma, 2012.

quell'unicità di offesa destinata a giustificare l'attenuazione del trattamento sanzionatorio.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo del reato abituale, si ammette la configurabilità del reato abituale doloso, essendo sufficiente la mera coscienza e volontà delle singole condotte, con la consapevolezza che ognuna di esse va ad aggiungersi alle precedenti, dando vita a una rete di comportamenti offensivi, superando la tesi minoritaria secondo cui la reiterazione sia stata decisa di volta in volta.

Il dolo si sviluppa *in itinere*, quale rappresentazione o rappresentabilità di tutti gli episodi criminosi già realizzati, della loro frequenza e del nesso li collega all'apporto criminoso.

È ammesso, inoltre, il reato abituale colposo, potendo tale elemento soggettivo sorreggere una condotta abituale.

## 1.2. Differenza tra reato abituale e reato permanente.

Il reato abituale e il reato permanente condividono la fase della protrazione del fatto tipico, ancorchè con modalità differenti.

Entrambi vanno distinti dal reato istantaneo, cioè quello in cui la condotta si

esaurisce in un solo istante (es. omicidio), pertanto il momento consumativo coincide con l'ultimo della serie di atti posti in essere al fine di integrare la condotta costitutiva.

Il reato permanente, di cui il codice penale non fornisce alcuna definizione, corrisponde ad una fattispecie astratta nella quale la consumazione, protratta nel tempo, rileva sotto il profilo della tipicità che il legislatore ha concepito come unitaria, sussumendo nella fattispecie la caratteristica fenomenologica del permanere dell'azione e del perdurare dell'offesa che la coscienza sociale già percepisce come una situazione ontologicamente unica.

Il **reato permanente** si caratterizza per la presenza di una fase c.d. di permanenza che segue il momento della perfezione del reato, di durata non preventivamente individuata e che si protrae per un tempo apprezzabile, in cui perdura una condotta volontaria dell'agente, che è in grado di interrompere in qualsiasi momento la situazione antigiuridica.

Quanto alla **natura del reato permanente**, ad oggi è ormai completamente superata la **concezione bifasica**, secondo cui il reato permanente presenterebbe due fasi corrispondenti alla violazione di due diversi precetti: la prima riguardante la

realizzazione del fatto vietato, la seconda, integrante la permanenza, consistente nella mancata rimozione dell'evento posto in essere (c.d. inadempimento del dovere di contro-agire).

Attualmente prevale, infatti, una concezione unitaria del reato permanente, la cui punibilità si fonda su un'unica norma incriminatrice dotata di peculiarità strutturale.

A differenza che nel reato permanente, in cui la protrazione del fatto tipico è continua e ininterrotta, nel reato abituale si verifica la reiterazione di una pluralità di fatti omogenei, pertanto il fatto tipico si caratterizza per la discontinuità, cioè per la persistente frequenza della serie di episodici idonei, laddove fossero commessi ad intervalli meno ravvicinati, ad integrare autonome fattispecie di reato.

## ***2. Classiche ipotesi di reato abituale.***

2.1. Il reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi ex art. 572 c.p.

**Il reato di maltrattamenti in famiglia è punito dall'articolo 572 del codice penale:** si tratta di una norma che è stata **modificata nel 2012**, a seguito della ratifica ed esecuzione della Convenzione del

Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, quando **il reato è stato esteso ai maltrattamenti non solo contro i familiari, ma anche contro i conviventi.**

L'obiettivo è quello di **tutelare la salute e il mantenimento psico-fisico di soggetti che vivono nello stesso contesto familiare**, attraverso la piena equiparazione tra nozione istituzionale di famiglia e le altre forme di convivenza diffuse<sup>27</sup>.

Tale delitto è collocato dal Codice Rocco tra i delitti contro la famiglia, e non come in passato tra quelli contro la persona, poiché la condotta assume come destinatari dei maltrattamenti soggetti legati da particolari vincoli di relazione o di cura con l'autore della condotta.

Il bene giuridico tutelato viene individuato nella salvaguardia del legame giuridico intercorrente tra membri del medesimo

---

<sup>27</sup>Si realizza, pertanto, una conferma indiretta dell'orientamento giurisprudenziale già manifestatosi in precedenza dalla Corte di Cassazione, sez. VI, 15 luglio 2014 n. 31121 secondo cui la fattispecie ex art. 572 c.p. riguarda non solo i nuclei familiari fondati sul matrimonio ma qualsiasi relazione che per la qualità dei rapporti creati all'interno di un gruppo di persone implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili quelli propri di un nucleo familiare.



nucleo familiare.

Il reato di maltrattamenti in famiglia si configura in tutti i casi nei quali viene maltrattata una persona che appartiene alla stessa famiglia; con la quale si convive; che è stata sottoposta alla propria autorità; che è stata data in affidamento per motivi legati all'educazione, alla cura, alla custodia, per l'esercizio di una professione.

**Per persone della famiglia non si intendono soltanto i parenti diretti**, quindi il coniuge, gli affini, i consanguinei, i figli adottivi, **ma anche il convivente *more uxorio*** e tutti coloro che sono legati da un rapporto di parentela con la persona che provoca i maltrattamenti, compresi gli eventuali domestici.

Il reato di maltrattamenti in famiglia può essere commesso da chi si trova in una posizione di superiorità nei confronti della vittima, quindi **si tratta di un reato proprio**, alla quale l'agente è legato da un vincolo familiare o da un rapporto che si basa sull'autorità.

La fattispecie *de qua* prevede un reato abituale, sanzionando al primo comma un'ipotesi di reato abituale proprio, cioè connotato dal fatto di comporsi di una serie di condotte, di per sécite, ma che assumono illiceità in ragione del loro

protrarsi nel tempo.

Non basta un momentaneo venir meno ai propri doveri mediante l'attuazione di fatti episodici, richiedendosi un regime di vita vessatorio, al quale la vittima non riesce a sottrarsi e che costituisce il risultato di una pluralità di prevaricazioni inferte alla vittima del reato.

Il tenore letterale della norma, non a caso, si riferisce a "maltrattamenti", evocando la necessità del ripetersi prolungato nel tempo di una pluralità di atti lesivi dell'integrità fisica, della libertà o del decoro del soggetto passivo esplicantesi in percosse, lesioni, minacce, privazioni di ogni natura<sup>28</sup>.

La condotta si ripete nel tempo ad intervalli anche di varia natura, non essendo necessaria la quotidianità della stessa per aversi reato abituale, purchè il complesso di condotte prodotte sia idoneo a connotare un regime di prevaricazione e sofferenza per la vittima.

2.2. Il reato di atti persecutori art. 612 bis c.p.

Il reato di atti persecutori è disciplinato dall'ordinamento penale italiano con il d.l.11/2009, che ha introdotto nel Codice

---

<sup>28</sup>GAROFOLIR., *Compendio di diritto penale*, Roma, 2014.

Penale l'art. 612-bis. Al riguardo, si parla anche di "stalking", termine di origine inglese che indica una serie di atteggiamenti tenuti da un individuo, detto stalker, che affliggono un'altra persona, perseguitandola, generandole stati di paura e ansia, arrivando fino alla compromissione dello svolgimento della normale vita quotidiana.

Trattasi di una norma a tutela non solo della libertà morale della vittima ma anche della sua libertà fisica, personale, in quanto beni protetti indirettamente nel caso in cui le condotte incriminate sfocino in atti più gravi.

Inquadrato come reato comune, potendo essere commesso da "chiunque". Per quanto concerne la materialità della condotta essa appare incentrata essenzialmente sul necessario ripetersi di una condotta di minaccia o di molestia, quindi come reato abituale, dovendo tale condotta essere idonea a cagionare, in via alternativa, uno degli eventi tipizzati dalla norma quali: la produzione di un grave e perdurante stato di ansia o di paura o di un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da una relazione affettiva o una alterazione, non voluta, delle proprie abitudini di vita.

La fattispecie assume come elemento centrale la reiterazione degli atti, omogenei o eterogenei, connessi dal legame causale con l'evento e destinati a succedersi in un lasso temporale sufficiente al prodursi dell'evento tipico.

Si caratterizza quale reato abituale proprio, contraddistinto da comportamenti di per sé realizzati singolarmente potrebbero anche non costituire reato, rimanendo nell'area della liceità, ovvero potrebbero costituire ontologicamente singole, diverse, fattispecie criminose di differente rilievo penale<sup>29</sup>.

La condotta, cioè, è tipica laddove consti nel compimento di una pluralità reiterata di condotte commissive anche se eterogenee tra loro.

### 2.3. Gli elementi differenziali tra reato di atti persecutori e reato di maltrattamenti.

La Suprema Corte ha di recente riaffermato la relazione sussistente tra il reato di atti persecutori e quello di maltrattamenti familiari, essendo il reato di atti persecutori un delitto che ha una oggettività giuridica diversa rispetto a quello di maltrattamenti in famiglia, essendo quest'ultimo un reato contro l'assistenza familiare ed il primo un reato contro la libertà morale.

---

<sup>29</sup>GAROFOLIR., *Compendio di diritto penale*, Roma, 2014.



Inoltre, sono coinvolti soggetti attivi e passivi diversi, dal momento che il reato di atti persecutori è un reato che può essere commesso da chiunque con atti di minaccia o molestia “reiterati” (reato abituale) e che non presuppone l’esistenza di interrelazioni soggettive specifiche tra l’agente e il soggetto passivo del reato mentre, al di là della lettera della norma incriminatrice (chiunque).

Diversamente, il reato di maltrattamenti familiari è un reato proprio che può essere commesso soltanto da chi ricopra un determinato ruolo nel contesto della famiglia (coniuge, genitore, figlio) e soltanto in pregiudizio di un soggetto che faccia parte dell’aggregazione familiare, *lato sensu* intesa.

In tale contesto la Corte di Cassazione ha chiarito i rapporti tra le due fattispecie incriminatrici, affermando che, salvo il rispetto della clausola di sussidiarietà prevista dall’articolo 612-bis c.p., comma 1, che rende applicabile il più grave reato di maltrattamenti quando la condotta valga ad integrare gli elementi tipici della relativa fattispecie, è invece configurabile l’ipotesi aggravata del reato di atti persecutori, di cui all’articolo 612 bis c.p., comma 2, in presenza di comportamenti che, sorti

nell’ambito di una comunità familiare (o a questa assimilata), ovvero determinati dalla sua esistenza e sviluppo, esulino dalla fattispecie dei maltrattamenti per la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare ed affettivo o comunque della sua attualità temporale.

La permanenza della condotta di maltrattamenti cessa solo se interviene il divorzio o la rottura definitiva del legame cui non segua la ricomposizione di una relazione e consuetudine di vita improntata a rapporti di assistenza e solidarietà reciproche.

Dunque, fermo restando la clausola di sussidiarietà prevista dall’articolo 612 bis c.p., comma 1, le condotte vessatorie poste in essere ai danni del coniuge non più convivente, a seguito di separazione legale o di fatto, continuano ad integrare il reato di maltrattamenti in famiglia e non quello di atti persecutori, in quanto i vincoli nascenti dal coniugio o dalla filiazione permangono integri anche a seguito del venir meno della convivenza; il reato previsto dall’articolo 612-bis c.p. è configurabile solo nel caso di divorzio tra i coniugi, ovvero di cessazione della relazione di fatto (Corte di Cassazione, Sez. VI, n. 3087 del 19/12/2017).

### ***3. Aspetti problematici nell'individuazione nell'individuazione del termine ultimo per la consumazione del reato di stalking: l'equivoco interpretativo.***

La sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione, sezione quinta penale, n. 45376 del 2/10/2019 è così massima “Al delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis cod. pen., che ha natura di reato abituale, e cioè a condotta plurima, non si applica il principio, proprio dei reati permanenti, secondo il quale, nell'ipotesi di contestazione aperta, il giudizio di penale responsabilità dell'imputato può estendersi, senza necessità di modifica dell'imputazione originaria, agli sviluppi della fattispecie emersi dall'istruttoria dibattimentale; ne consegue che le condotte persecutorie diverse e ulteriori rispetto a quelle descritte nell'imputazione devono formare oggetto di specifica contestazione, sia quando servono a perfezionare o ad integrare l'imputazione originaria, sia - e a maggior ragione - quando costituiscono una serie autonoma, unificabile alla precedente con il vincolo della continuazione”.

L'iter argomentativo di tale orientamento giurisprudenziale dà atto della natura di reato abituale della fattispecie di atti persecutori e considera come il momento

consumativo del reato sia scandito dalla produzione di uno degli eventi tipici, per cui gli ulteriori atti persecutori, posti in essere dopo la verifica dell'evento, lo aggravano senza determinare l'insorgere di un nuovo reato.

Tuttavia, in caso di contestazione “aperta” la sentenza *de qua* afferma che solo le condotte espressamente contemplate nell'editto accusatorio rientrano nell'oggetto del giudizio mentre gli atti cronologicamente successivi, pur essendo una reiterazione di condotte riconducibili allo schema degli atti persecutori, devono essere espressamente contestati per poter dar vita a un giudizio di condanna.

Tale conclusione si fonda sull'assunto secondo cui, a differenza che nei giudizi aventi ad oggetto un reato permanente, dove la consumazione prosegue finché la situazione antiggiuridica non cessa o non viene rimossa, nel caso degli atti persecutori la contestazione, anche quando è aperta, riguarda solo le condotte comprese nell'editto accusatorio.

L'orientamento prevalente da parte della giurisprudenza di legittimità ritiene, anche per il reato abituale, che il termine finale di consumazione, in mancanza di una specifica contestazione, coincida con quello della

pronuncia della sentenza di primo grado, che cristallizza l'accertamento processuale. Pertanto non si configura violazione del principio del *ne bis in idem* in caso di nuova condanna per fatti successivi alla data della prima pronuncia, essendo ben possibile estendere il giudizio di penale responsabilità dell'imputato anche a fatti non espressamente indicati nel capo di imputazione e, tuttavia, accertati nel corso del giudizio sino alla sentenza di primo grado.

Tale recente pronuncia, nel discostarsi dall'orientamento maggioritario, si fonda sul richiamo a un precedente in tema di maltrattamenti ex art. 572 c.p., in cui alla luce della natura abituale del reato si era pervenuti ad analogia soluzione, fondata su un fraintendimento, che trova una sola pronuncia conforme successiva.

La sentenza *de qua* non fornisce una dimostrazione sufficiente circa la differenza strutturale tra reato abituale e reato permanente, tale da giustificare una diversificazione nell'applicazione degli istituti processuali.

Anzi, la sentenza in esame sembra "confondere" le caratteristiche che accomunano il reato abituale e il reato permanente, quali reati che a consumazione

protratta in astratto rispetto alle fattispecie incriminatrici di reati istantanei di condotta o di evento<sup>30</sup>.

Inoltre la sentenza sembra tralasciare la dimensione dell'evento del reato ex art. 612 bis c.p., in cui per verificarsi tale reato è sufficiente il materializzarsi di uno degli eventi previsti, quale risultanza della condotta persecutoria complessivamente considerata.

L'evento del reato, cioè, costituisce la risultanza delle condotte abituali nel loro reiterarsi: l'evento tipico si produce per effetto della serialità delle condotte richieste in funzione della logica integratrice del reato.

Ciò che si vuole sottolineare, in sostanza, è la peculiare natura dell'evento descritto alternativamente dalla norma incriminatrice, che partecipa, in un certo senso, della condotta abituale di cui costituisce la risultante: gli eventi tipici del reato, cioè, come si evince dalla stessa descrizione impiegata dal legislatore, appaiono intuitivamente connotati ed accomunati tra

---

<sup>30</sup>CATENA R., *Reati a consumazione prolungata e profili problematici nella contestazione c.d. "aperta". Equivoco interpretativo in una recente sentenza della Cassazione in Giurisprudenza Penale web n. 6/2020.*

loro da una ontologica relazione di durata. Tali rilievi critici appaiono funzionali ad evidenziare un limite invalicabile della pronuncia in tema di contestazione “aperta”: *in primis* il metodo di analisi, procedendo attraverso categorie preconfezionate e non esaustive, non potendo la struttura della condotta incidere sul profilo della contestazione.

La struttura unitaria del reato abituale determina la necessità di distinguere tra il momento in cui la condotta, sola o unitamente alle precedenti, supera quel livello minimo di rilevanza penale (c.d. perfezionamento) e quello in cui le condotte raggiungono la massima carica offensiva.

Tale struttura necessariamente influirà anche sulle modalità di formulazione dell’editto accusatorio, che spesso interviene mentre la condotta è ancora *in itinere*.

Tale sovrapposizione giurisprudenziale incide sugli istituti processuali coinvolti, pertanto l’andamento delle fasi processuali successive risente di tale peculiarità.

La modalità di formulazione dell’impianto accusatorio cristallizza la situazione storico-fattuale esistente al momento dell’esercizio dell’azione penale.

Tuttavia, essa, non può incidere in maniera così profonda sulla condotta umana

sottostante al punto da determinarne l’esclusione dalla vicenda processuale di quelle condotte che ne costituiscono la prosecuzione.

Inoltre, appare evidente come frequentemente, la cessazione della condotta, che si arresta al momento della pronuncia di primo grado, possa non riflettere affatto la realtà fattuale, qualora la condotta delittuosa prosegua.

In tal caso, tuttavia, soccorreranno istituti come la continuazione tra reati e del divieto di un secondo giudizio di cui, rispettivamente, all’art. 81c.p. ed all’art. 649 c.p.p., ma è evidente che qualsiasi scelta venga operata a livello processuale, risulterà un compromesso, una mediazione, non potendo mai il tempo processuale sovrapporsi perfettamente ad una realtà fenomenica in continua evoluzione.

## AMMINISTRATIVO

### Natura e regime della convenzione di lottizzazione, anche con riferimento al reato di lottizzazione abusiva

di Antonio Grieco

#### ***Caratteri generali***

L'analisi della tematica non può prescindere da un rapido passaggio sulla definizione dei caratteri generali. Innanzitutto bisogna distinguere tra urbanistica ed edilizia.

L'urbanistica deriva dal latino "Urbs", "città" e rappresenta quel ramo del diritto amministrativo che si occupa della disciplina e della pianificazione degli spazi urbani ed extraurbani, al fine di assicurare un uso razionale del territorio, affinché vengano soddisfatti i bisogni collettivi ed individuali della società. Oggi tale concetto è stato esteso inglobando anchel'attenzione per i temi ambientali, il recupero e la riqualificazione urbana, fino ad arrivare agli aspetti gestionali, di tutela, programmatici e normativi dell'assetto territoriale ed in particolare delle infrastrutture e dell'attività edificatoria. I soggetti principali nell'ambito dell'urbanistica sono rappresentati dagli Enti Locali (Regioni, Province e Comuni), ma la il concreto assetto territoriale è

determinato dal piano urbanistico che ogni Comune deve adottare e che i privati devono rispettare, in quanto esso indica i luoghi dove è possibile costruire e le modalità di costruzione. Gli scopi dell'urbanistica sono da individuare nella progettazione dello spazio urbanizzato e nella pianificazione organica delle sue modificazioni su tutto il territorio, compreso quello scarsamente urbanizzato. Dal punto di vista legislativo le principali fonti dell'urbanistica sono individuabili nella legge urbanistica 1150/1942, così come modificata dai D.P.R. 327 (T.U. edilizia) e 380 (T.U. espropriazioni) del 2001, nella legge Ponte 765/1967 (recante norme provvisorie che facciano da ponte tra la legge urbanistica ed un futura legge organica di riforma in materia), nella legge Bucalossi 10/1977 e nella legge 47/1985 (recante norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia).

L'edilizia si occupa invece degli aspetti esecutivi dell'attività urbanistica, ossia la costruzione di manufatti stabili destinati a soddisfare bisogni abitativi o produttivi. Per lungo tempo le discipline urbanistiche ed edilizie erano sovrapposte, ma grazie

all'introduzione del T.U. in materia edilizia (D.P.R. 380/2001) e del T.U. in materia di espropriazione (D.P.R. 327/2001), le due materie hanno trovato per la prima volta un'organica ed autonoma disciplina.

### ***Strumenti di pianificazione urbanistica***

Strumento principale della materia urbanistica è la pianificazione. Con essa si intende l'insieme delle disposizioni finalizzate a un razionale sviluppo del territorio attraverso l'organizzazione dei tre sistemi fondamentali che lo compongono: infrastrutture, ambiente e insediamenti. La pianificazione fa parte del "governo del territorio", materia concorrente Stato-Regioni: al primo spetta l'emanazione della legge sui principi fondamentali, alle seconde la specifica responsabilità legislativa.

La pianificazione urbanistica è effettuata mediante due tipologie di atti:

- i piani normativi o programmatici, che dettano norme generali tendenti a definire l'assetto dell'intero territorio;
- i piani attuativi o esecutivi, che attuano le prescrizioni generali contenute nei primi, disciplinando

puntualmente singole frazioni territoriali.

Rientrano nei piani programmatici i piani territoriali di coordinamento (ambito regionale, provinciale o metropolitano), il piano regolatore generale (ambito comunale e si distingue a sua volta in zonizzazioni e localizzazioni), il programma di fabbricazione (ambito comunale e obbligatorio per i comuni che approvano il piano regolatore generale), il piano intercomunale (ambito sovracomunale) e il piano paesaggistico (disciplinato dal D. Lgs. 42/2004 Codice dei beni culturali e del paesaggio).

Al contrario rientrano nei piani esecutivi il piano particolareggiato (ambito subcomunale e rappresenta il principale strumento di attuazione del piano regolatore generale), il piano dell'edilizia economica e popolare (strumento previsto per la costruzione di alloggi economici e popolari) e il piano di lottizzazione.

### ***La procedura di lottizzazione***

Il termine lottizzazione individua la suddivisione di un'area operata al fine di ricavarne delle porzioni individuali tra di loro separate, dette lotti, distinte sia dal

punto di vista giuridico che dal punto di vista amministrativo. L'obiettivo di tale operazione è quello di conferire a una porzione del territorio comunale un nuovo assetto, utilizzando per la prima volta un'area non ancora urbanizzata con la costruzione di uno o più fabbricati per un insediamento edilizio, residenziale o produttivo.

Il procedimento lottizzatorio si realizza in tre fasi:

1. presentazione da parte del proprietario privato di un piano di assetto urbanistico per un determinato territorio;
2. stipula di una convenzione di lottizzazione tra Comune e proprietari dei suoli;
3. approvazione del piano di lottizzazione da parte del consiglio comunale.

Il piano di lottizzazione è uno strumento urbanistico a iniziativa prevalentemente privata, frutto di scelte concordate tra l'autorità urbanistica, i proprietari e gli imprenditori interessati relative alla divisione in lotti di una porzione del territorio comunale destinata all'edificazione. Qualora il Comune non sia dotato di un piano particolareggiato, i

privati che intendono procedere alla lottizzazione di un terreno a scopo edificatorio, possono presentare appositi piani di lottizzazione contenenti prescrizioni di dettaglio e sostitutive di quelle omesse dal Comune, al fine di armonizzare la loro iniziativa con le scelte pianificatorie degli strumenti urbanistici generali.

Esso costituisce una forma di attuazione del piano regolatore generale o del programma di fabbricazione, alternativo al piano particolareggiato e che trova applicazione ogni qualvolta si intenda realizzare un intervento edilizio che comporti nuove opere di urbanizzazione o aggravi la situazione delle opere di urbanizzazione esistenti. Il riferimento normativo è individuabile nell'articolo 28 della legge urbanistica numero 1150/1942.

La lottizzazione è però subordinata al rilascio di un apposito provvedimento autorizzatorio del Comune.

Con la stipula della convenzione i privati si obbligano a cedere gratuitamente aree necessarie per opere di urbanizzazione primarie e si obbligano inoltre alla loro realizzazione insieme a quota parte di quelle secondarie. Il Comune, in cambio, si impegna al rilascio dei permessi di costruire a favore dei lottizzanti, in conformità con le

opzioni di assetto territoriale concordate. Vengono quindi fissati i termini per l'esecuzione delle opere e vengono prestate garanzie degli obblighi assunti.

L'autorizzazione comunale ai piani di lottizzazione viene approvata con deliberazione consiliare. In essa sono previste:

- la cessione delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, in via gratuita ed entro termini prestabiliti e la cessione a titolo gratuito delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria;
- l'assunzione, da parte del proprietario, degli oneri delle opere di urbanizzazione primaria e di una degli oneri delle opere di urbanizzazione secondaria o delle opere necessarie per l'allaccio della zona ai servizi pubblici;
- i termini entro i quali vanno ultimate le predette opere, che non devono eccedere i dieci anni;
- delle congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi che derivano dalla convenzione.

La convenzione va trascritta a cura del proprietario.

In alcuni casi, la presentazione di un piano

di lottizzazione può avvenire anche su iniziativa pubblica. Infatti, i sindaci dei Comuni forniti di programma di fabbricazione e di quelli dotati di piano regolatore generale, a prescindere dalla formazione di un piano particolareggiato di esecuzione, hanno la facoltà di invitare i proprietari delle aree fabbricabili che sussistono nelle singole zone a presentare un progetto per la loro lottizzazione entro un congruo termine.

Nel corso degli anni passati, la lottizzazione è stata spesso oggetto di abusi e speculazioni immobiliari, tanto che oggi la stessa può essere fatta solo seguendo le procedure e le prescrizioni degli strumenti urbanistici, dopo aver presentato un apposito piano di lottizzazione, altrimenti si ha una lottizzazione abusiva.

### ***La convenzione di lottizzazione***

La convenzione di lottizzazione rientra nelle convenzioni urbanistiche, le quali hanno lo scopo di disciplinare il corretto utilizzo del territorio mediante un modello consensuale, che prevede un contenuto obbligatorio, previsto dalla legge e dalle norme urbanistiche attuative, e un contenuto discrezionale, liberamente determinabile



dalle parti. Al riguardo è sufficiente ricordare che le convenzioni di lottizzazione costituiscono strumenti di attuazione del piano regolatore generale, rivestono carattere negoziale e, in particolare, di “accordi sostitutivi del provvedimento”. In particolare nella convenzione vi è l’incontro tra due volontà: da una parte, il privato che realizza l’interesse a definire una propria utilità e, dall’altra parte, l’Ente locale che autorizza la conformazione del territorio con la costruzione di beni e/o infrastrutture a beneficio della collettività.

La categoria delle convenzioni urbanistiche, (il cui prototipo è fornito dalle convenzioni di lottizzazione ex art. 28 l. n. 1150/1942) ha come scopo il governo del territorio e la disciplina dell’attività edilizia. Queste convenzioni consistono, nella sostanza, in accordi che consentono al privato di eseguire opere di urbanizzazione con la possibilità di scomputare i costi degli oneri dovuti al Comune. È stato infatti osservato come queste convenzioni, sotto un profilo causale, consistano in uno scambio di diritti edificatori e di prestazioni d’opera. Dei primi dispone l’amministrazione in base al potere che gli ha attribuito la legge, le seconde sono eseguite dal privato.

Sia la giurisprudenza che la dottrina hanno

ricondotto le convenzioni di lottizzazione all’interno della categoria degli accordi procedurali ex articolo 11 l. 241/1990.

### *Accordi procedurali*

L’accordo è uno strumento generale dell’azione amministrativa volto a regolamentare le modalità di futura esplicazione delle potestà pubbliche e di svolgimento dell’attività privata, in vista del raggiungimento di una finalità ritenuta rilevante per l’interesse pubblico. Esso è disciplinato dalla legge 241/1990, nello specifico dall’articolo 11 che ha ad oggetto gli accordi tra P.A. e privati e dall’articolo 15 che ha ad oggetto gli accordi tra soli soggetti pubblici.

Riguardo ai primi, l’art. 11 comma 1 introduce la possibilità che l’amministrazione concluda “*accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo*”. Nel secondo comma si precisa che a queste due tipologie di accordi si applicano “*ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*”. La legge ha quindi previsto due differenti tipologie di accordo tra pubblica



amministrazione e privati: l'accordo integrativo e l'accordo sostitutivo.

L'accordo integrativo si inserisce nel procedimento senza concluderlo, ma definisce il contenuto del provvedimento finale che l'amministrazione deve adottare per conformarsi con quanto concordato con il privato. L'art. 7, l. 11 febbraio 2005, n. 15 ha modificato il primo comma dell'art. 11 abrogando la riserva di legge per gli accordi sostitutivi, eliminando la frase “*nei casi previsti dalla legge*”. L'accordo sostitutivo, invece, chiude il procedimento definendo l'assetto degli interessi in sostituzione del provvedimento. Secondo alcuni, la distinzione tra le due figure di accordi sarebbe più formale che sostanziale, in quanto in entrambi i casi oggetto dell'accordo sarebbe l'uso del potere discrezionale. La differenza riguarderebbe, quindi, gli effetti in quanto nell'accordo integrativo esso avrebbe efficacia solo tra le parti, essendo solo il provvedimento finale a dargli efficacia esterna. Diversamente, l'accordo sostitutivo avrebbe da subito efficacia esterna in quanto atto finale del procedimento.

L'accordo sostitutivo è idoneo a supplire, in modo alternativo, il provvedimento unilaterale, ferma restando

la possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere al provvedimento qualora non stipuli l'accordo. Prima della legge 15/2005, come si è detto, questi accordi erano obbligatoriamente tipizzati.

Sulla natura giuridica dell'accordo si sono sempre confrontate due soluzioni opposte. Secondo una prima tesi, detta privatistica e minoritaria e che si basa sulle ricostruzioni di Giannini sul contratto ad oggetto pubblico, l'accordo sarebbe un contratto di diritto comune che si differenzia dagli altri contratti privatistici solo per l'oggetto. Gli accordi rappresentano dei contratti di diritto comune, ad oggetto pubblico, caratterizzati dalla presenza di posizioni giuridiche di diritto-obbligo.

L'amministrazione eserciterebbe un'autonomia negoziale con alcuni profili di specialità, ma non vi sarebbe l'esplicazione di alcun potere pubblico.

Da questa impostazione derivano le seguenti conseguenze in punto di disciplina:

- oltre al recesso di cui all'art. 11, non sono ammissibili altre forme di intervento unilaterale sull'accordo da parte della P.A. come ad esempio l'esercizio di poteri di autotutela. Ove l'accordo sia illegittimo, quindi,



la P.A. dovrà rivolgersi al G.A. per dedurre le riscontrate patologie dell'accordo, sempre che essa non decida di annullare in autotutela la determinazione che precede l'accordo (che ha natura pubblicistica), facendone conseguire la caducazione dell'accordo in base al principio dell'invalidità derivata;

- trovano applicazione le regole civilistiche in tema di nullità, annullamento e rescissione in luogo di quelle pubblicistiche di cui all'art. 21-speties e 21-octies. Ne deriva, altresì, l'applicazione dell'istituto (sconosciuto ai provvedimenti unilaterali) della nullità virtuale per violazione di norme imperative ex art. 1418, primo comma, c.c.

L'accordo in questione rientra così nella nozione classica di contratto, data nel nostro ordinamento dall'art. 1321 c.c. con i requisiti elencati all'art. 1325 c.c. A supporto di questa tesi, si rileva che lo stesso art. 11, al secondo comma, rinvia ai principi del codice civile, manifestando una natura contrattualistica dell'accordo.

Le questioni dell'inopponibilità dell'accordo ai terzi (art. 1372 com. 2 cc) e del recesso unilaterale dell'amministrazione per

sopravvenuti motivi di interesse pubblico (art. 1467 cc), andrebbero lette anch'esse in ottica privatistica.

Secondo un'altra tesi, detta pubblicistica e prevalente sia in giurisprudenza che in dottrina (Nigro, secondo il quale “le convenzioni appartengano pienamente al diritto pubblico”), l'accordo sarebbe uno strumento di attività amministrativa alternativo al provvedimento. La natura pubblicistica deriva dalla lettera dell'art. 11 della l. n. 241/1990 (laddove si parla di accordi e non di contratti), dalla circostanza che l'accordo procedimentale mira a determinare il contenuto del provvedimento, mentre quello sostitutivo rappresenta un'alternativa al provvedimento stesso e dalla loro sottoposizione ai controlli previsti per i provvedimenti. Un'ulteriore differenza con i contratti di diritto comune deriverebbe dalla mancanza di parità tra i contraenti. Ne deriva che:

- oltre al recesso di cui all'art. 11 (che in realtà viene intesa come una revoca pubblicistica), va *a fortiori* ammessa l'autotutela data dall'annullamento degli accordi illegittimi, a fronte della quale residua una posizione di interesse legittimo;
- la patologia degli accordi non è retta

dalla disciplina codicistica in tema di nullità-annullamento-rescissione, ma dal regime pubblicistico di cui all'art. 21-octies della legge n. 241/1990, con specifico riferimento alla regola generale secondo cui la violazione di norme imperative produce non nullità virtuale, ma la mera annullabilità propria degli atti lesivi di interessi legittimi.

A supporto di tale tesi vi è il fatto che nell'accordo, pur essendovi un'importante convergenza di poteri e interessi tra pubblico e privato, non esiste mai né il bilanciamento delle forze né la parità contrattuale dei soggetti, la pubblica amministrazione conserva una posizione di supremazia in quanto portatrice dell'interesse pubblico.

### ***Le convenzioni di lottizzazione***

L'accordo, nei termini delineati in precedenza, è lo strumento più utilizzato per realizzare gli interessi pubblici in ambito di sviluppo territoriale urbano, in collaborazione diretta con i privati, in piena aderenza con i principi partecipativi, dando autonomia alla parte privata nei limiti di coincidenza con la potestà pubblica

nell'assolvimento del primario interesse della buona amministrazione (ex art. 97 Cost.), oltre che dei principi comunitari di sussidiarietà (ex artt. 117 – 118 Cost.).

La convenzione di lottizzazione rappresenta un istituto di complessa ricostruzione, in quanto da un lato vi è l'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile, dall'altro vi è la presenza di elementi determinati dalla P.A. e non modificabili dalle parti. Di conseguenza si scontrano sul punto due orientamenti, in quanto vi è chi ne esalta i contenuti contrattuali, seppur qualificandoli come contratti ad oggetto pubblico, e chi parla di accordo procedimentale, fondando le proprie ragioni sui poteri pubblicistici esercitabili dalla P.A. Vi sono poi ulteriori teorie, seppur minoritarie, che propendono in alcuni casi per atti di programmazione ed in altri per atti accessori a provvedimenti amministrativi.

La giurisprudenza, in termini ormai costanti, attribuisce alle convenzioni di lottizzazione ed, in generale, a tutte le convenzioni urbanistiche, la natura di accordi sostitutivi di provvedimento ex articolo 11 l. 241/1990 (Cass. civ. Sez. Unite, n. 15388/2009; Cons. Stato n. 781/2008; Cons. Stato n. 534/2008;

Cons. Stato 4576/2011, Cons. Stato n. 324/2013).

Ebbene, dalla qualificazione della convenzione di lottizzazione in termini di accordo sostitutivo debbono trarsi, come correttamente rilevato dal ricorrente, alcune conseguenze giuridiche:

-sul piano processuale, ne discende la competenza a conoscere dell'odierna vicenda del giudice amministrativo, ex art. 11 della legge sul procedimento;

- sul piano sostanziale, ne deriva l'applicazione dei principi del codice civile in materia di obbligazione e contratti, in quanto compatibili.

Tuttavia, così come accade in relazione alla natura giuridica degli accordi procedurali, la giurisprudenza si divide tra tesi privatistiche e tesi pubblicistiche.

Nel primo senso opera ad esempio la sentenza n. 2040/2011 del Consiglio di Stato, secondo cui all'interno delle convenzioni di urbanizzazione, prevale il profilo della libera negoziazione in quanto, nonostante vi siano profili di stampo giuspubblicistico, si assiste all'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale resta dal codice civile. A supporto di questa tesi si pone anche la sentenza del Tar Firenze n.

1446/2009, secondo la quale si tratta di atti negoziali, che presuppongono la ricerca da parte della pubblica amministrazione del consenso del privato su un certo assetto di interessi ed attribuiscono allo stesso posizioni di diritto-obbligo. Ne consegue, quale immediato corollario, che la loro modifica necessita della manifestazione di volontà di tutti i soggetti che hanno concorso alla loro formazione, ivi compresi, ovviamente, anche i soggetti privati che, pur non essendo proprietari dei lotti incisi dalla variante, hanno proposto il piano ed hanno sottoscritto la relativa convenzione urbanistica.

La convenzione urbanistica si configura così quale atto negoziale, all'interno del quale la volontà delle parti contraenti si manifesta e si cristallizza, secondo le regole sulla formazione dei contratti di cui agli articoli 1326 e seguenti del codice civile (norme applicabili alle convenzioni come quella di cui è causa in virtù del generale richiamo di cui all'art. 11, comma 2, della legge 241/1990). Di conseguenza, la società lottizzante è vincolata alle prescrizioni della convenzione ai sensi dell'art. 1372 del codice civile ("Il contratto ha forza di legge tra le parti").

Tuttavia la giurisprudenza maggioritaria è

orientata verso la natura pubblicistica di tali accordi. In questo senso si pone ad esempio il Consiglio di Stato con la sentenza n. 1794/2020, secondo la quale convenzione di lottizzazione non è un contratto di diritto privato, ma un accordo integrativo di provvedimento, che presuppone pur sempre un formale atto amministrativo con cui il Comune, nell'esercizio della propria potestà di conformazione del territorio, approva il piano attuativo di iniziativa privata. Anche la Corte di Cassazione ha fornito in più occasioni un inquadramento pubblicistico della convenzione di termini di accordo endoprocedimentale, in quanto volto a determinare il contenuto di provvedimenti e quindi finalizzato all'esercizio di una funzione amministrativa. Ad esempio, secondo la sentenza n. 1653/2018 della Corte di Cassazione, con le convenzioni di lottizzazione la P.A. realizza determinate finalità istituzionali, solo strumentalmente alle quali si originano a proprio favore diritti ed obbligazioni a contenuto patrimoniale; per altro verso, ma alle predette finalità asservite, sono precisati gli obblighi che il privato assume, sicché si sostiene che le convenzioni iscritte nella normativa pubblicistica relativa alle opere di urbanizzazione, e, può aggiungersi, più in

generale nell'alveo dell'art. 11 della L. n. 241/1990, si configurano quali accordi endoprocedimentali dal contenuto vincolante, al fine dell'ottenimento di autorizzazioni urbanistico-edilizie (Cass., sent. n. 9314 del 2013). In tal senso si è pertanto sostenuto che tali negozi sono conclusi in condizioni di disparità, laddove gli obblighi per la parte privata configurano atti dovuti, prestazioni patrimoniali aventi natura di obbligazioni *propter rem* (cfr. Cass., sent. 16401 del 2013; sent. n. 11196 del 2007), e di prestazione patrimoniale imposta, seguendo la titolarità del bene, anziché il soggetto originario contraente.

La sommatoria di queste considerazioni porta alla conclusione secondo cui non è ravvisabile un rapporto strettamente sinallagmatico tra i soggetti stipulanti convenzioni urbanistiche, ossia la natura del rapporto, almeno in parte impositivo rinveniente dalla convenzione urbanistica, esclude il piano di parità formale tra i contraenti (cfr. TAR-Lombardia, Sez. Brescia, sent. n. 784 del 2005; TAR Marche, sent. n. 939 del 2003; TAR Sicilia, sez. Catania, sent. n. 934 del 2011).

*Giurisdizione*



Le convenzioni di lottizzazione, rientrando nella categoria degli accordi sostitutivi, sono di competenza esclusiva del giudice amministrativo e sarà pertanto quest'ultimo a decidere relativamente a controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi.

Prima dell'abrogazione a seguito dell'introduzione del c.p.a., l'articolo 11 comma 5 della l. 241-1990 affermava la devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva sulle controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi conclusi, nel pubblico interesse, dalla amministrazione con i soggetti privati.

Peraltro la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, rientrando la convenzione di lottizzazione nella materia urbanistica, si poteva radicare anche su altra norma e, in particolare, sull'art. 34 del D.lgs. 80 del 1998, come modificato dalla L. 205 del 2000, secondo cui: *«sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia»* (la norma precisa, al comma 2, che *«agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio»*).

Oggi la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di convenzioni di lottizzazione è disposta dall'articolo 133 c.p.a., **comma 1, lettera a), numero 2), in tema di accordi sostitutivi e integrativi tra P.A. e privati e tra sole pubbliche amministrazioni, e lettera f), in tema di atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica ed edilizia.**

**Inoltre, tale giurisdizione** non si limita all'accertamento dell'inadempimento delle parti o delle rispettive istanze di adempimento ovvero di risoluzione - materia per la quale è pacifico che sussista detta giurisdizione, in relazione al principio secondo cui la cognizione circa l'adempimento degli obblighi nascenti dalla convenzione non può che spettare allo stesso Giudice competente a conoscere del provvedimento di concessione edilizia (Cass. S.U. n. 1763/2002) - ma si estende anche alla domanda di risarcimento dei danni, trattandosi di questione non attinente all'ambito della giurisdizione, ma solo all'estensione dei poteri del Giudice amministrativo (cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204).

A conferma della giurisdizione esclusiva sulle convenzioni di lottizzazione, è utile



richiamare alcune sentenze della Corte Costituzionale. La sentenza n. 179/2016 ha evidenziato il collegamento funzionale delle convenzioni urbanistiche al procedimento di rilascio dei titoli abilitativi edilizi. In quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, le convenzioni e gli atti d'obbligo stipulati tra pubblica amministrazione e privati costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa pubblica amministrazione. Tali moduli convenzionali di esercizio del potere amministrativo non hanno, quindi, specifica autonomia. In coerenza con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, il fondamento di tali ipotesi di giurisdizione esclusiva viene legittimamente individuato nell'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, del potere pubblico. La sentenza, quindi, non solo ha confermato la piena legittimità dell'art. **133, comma 1, lettera a), numero 2), e lettera f) c.p.a.**, ma ha altresì definitivamente sciolto il nodo della natura giuridica degli ex art. 11 L. n. 241/1990, confermandone la **natura pubblicistica**.

Tale approdo risulta ancora una volta confermato dai principi recati in materia dalla sentenza n. 204/2004 della Corte

Costituzionale, la quale riconosce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni qual volta risulti che la pubblica amministrazione agisca, anche mediatamente, nell'esercizio di un potere autoritativo. Infatti la materia "può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà". Da queste affermazioni della Corte si ha la conferma che gli accordi ex art. 11 L. n. 241/1990 presuppongono la sussistenza di un potere autoritativo e addirittura costituiscono uno strumento per esercitarlo in modo alternativo.

Anche le sentenze del Consiglio di Stato nn. 214/2010 e 5711/2011 si pongono su tale scia, affermando che le suddette convenzioni si inseriscono in un modulo procedimentale di diritto pubblico, per cui le controversie *in subiecta materia* appartengono necessariamente alla giurisdizione amministrativa.

Infine, secondo la sentenza della Corte di Cassazione n. 1615/2015, la permanenza di poteri autoritativi in capo alla P.A. anche

nella fase di esecuzione dell'accordo rende appropriata, con la L. 241 del 1990 (art. 11, comma 5), la devoluzione delle controversie in materia di accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

### *Profili applicativi*

Anche in tema di rimedi assume particolare rilevanza l'adozione della tesi privatistica o pubblicistica. La già ricordata doppia clausola di salvezza contenuta nel secondo comma dell'art.11 L. 241/1990 nella parte in cui recita che gli accordi “*si applicano, ove non diversamente previsto i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*” è stata fortemente dibattuta in dottrina e utilizzata sia per sostenere la tesi pubblicistica, sia quella privatistica, assumendo di volta in volta maggiore o minore elasticità. Stabilire quali siano i principi del Codice Civile applicabili presuppone una valutazione che deve essere fatta caso per caso per ogni accordo. Troveranno in ogni caso applicazione: l'obbligo di comportarsi con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.); le norme di interpretazione del contratto (enunciate nel codice civile negli artt. dal

1362 al 1371) e il principio di buona fede (art 1337 c.c.). Sono ritenute tendenzialmente applicabili anche le disposizioni dell'art. 1326 c.c. relative alla conclusione del contratto.

La giurisprudenza, ha riconosciuto che “in materia di lottizzazioni, in caso di inadempimento da parte del lottizzante (o di un suo avente causa) dell'obbligo di eseguire le prescritte opere di urbanizzazione, l'amministrazione deve poter disporre di tutti i rimedi offerti dall'ordinamento ad un qualsiasi creditore per poter realizzare coattivamente il proprio interesse”, e quindi anche dell'azione di adempimento (T.A.R. Lombardia n. 1157 del 2003). Questa azione, appartenendo all'area della cosiddetta tutela specifica o satisfattoria diretta ad assicurare al creditore il raggiungimento del preciso interesse sottostante al diritto di cui è titolare, consente all'amministrazione di ottenere l'assetto di interessi programmato dal negozio giuridico attraverso il comando giurisdizionale che integra la fonte dell'obbligazione con effetti propri e principalmente con l'effetto di assoggettare il debitore all'esecuzione forzata.

La pubblica amministrazione avrà a disposizione tutti gli strumenti del diritto

civile per ottenere l'adempimento del privato. Inoltre potrà contare sull'autotutela amministrativa, richiamando la disposizione dell'art. 20 l. n. 1150/1942 applicabile in via analogica alle convenzioni di lottizzazione.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 1615/2015, ha riconosciuto la possibilità di esperire l'azione ex art. 2932 c.c., ad esempio, almeno da parte del Comune, ove il privato lottizzante abbia omesso di dare esecuzione all'accordo. Essa è giustificata dalla riconosciuta applicabilità del rimedio non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto (Cass. 30.3.2012, n. 5160), ed è ritenuta non incompatibile con la struttura del processo amministrativo (Cons. Stato, ad. plen, 20.7.2012, n. 28).

In questo discorso risulta chiarificatrice la sentenza del TAR Toscana n. 1446/2009, la quale elenca le azioni esperibili dalla P.A.: escussione della fideiussione, autotutela prevista in convenzione con condanna all'obbligo di dare ed autorizzazione/ordine del giudice all'immissione al possesso delle aree, azione di adempimento con esecuzione forzata degli obblighi di fare ex

art 2931 cc, esecuzione in forma specifica ex 2932 per il trasferimento delle aree oggetto delle opere di urbanizzazione, risoluzione contrattuale con decadenza della convenzione e risarcimento del danno in misura pari alle opere di urbanizzazione non realizzate

Invece il soggetto privato che voglia reagire al mancato compimento di atti materiali o negoziali da parte della pubblica amministrazione, avrà a disposizione gli ordinari strumenti civilistici, compresa l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex. art. 2932 c.c. Se l'inadempimento del soggetto pubblico consiste nella mancata emanazione di provvedimenti amministrativi, il privato potrà fare ricorso al rito speciale contro il silenzio inadempimento e il giudice amministrativo potrà eventualmente nominare un commissario ad acta. Se invece il provvedimento dovesse risultare difforme da quanto previsto nella convenzione, il privato potrà fare ricorso giurisdizionale al TAR deducendo l'illegittimità dell'atto. Anche il TAR Sardegna, con sentenza n. 1011/2015 ha individuato nell'azione avverso il silenzio lo strumento di tutela previsto dall'ordinamento processuale amministrativo per l'accertamento



dell'obbligo di provvedere, e per l'eventuale condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento o l'atto idoneo a soddisfare le pretese dei terzi titolari di situazioni di interesse legittimo.

Aderendo invece totalmente alla tesi privatistica, il TAR Sicilia, con sentenza 2518/2018, sostiene che le convenzioni urbanistiche, in quanto moduli consensuali di esercizio del potere amministrativo sottoposti ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, fanno sì che, per l'ipotesi di inadempimento della parte pubblica o della parte privata, si rendano tendenzialmente praticabili tutti i rimedi offerti dall'ordinamento al creditore, che derivi la sua posizione da un contratto di diritto privato, per poter realizzare coattivamente il proprio interesse.

### *Obbligazioni propter rem*

La giurisprudenza ricostruisce gli obblighi di urbanizzazione come obbligazioni "*propter rem*", alla luce della disciplina dettata dall'art. 28 della Legge 1150/42, modificata dall'art. 8 della legge 765/67, le quali gravano sui soggetti che stipulano la convenzione, su quelli che richiedono il titolo edilizio, su quelli che realizzano l'edificazione e poi sui loro aventi causa. Il rilascio della stessa

concessione è, infatti, subordinato all'impegno di eseguire le opere di urbanizzazione primaria.

Dalle citate norme emerge, quindi, un collegamento immediato e diretto dei suddetti obblighi con la proprietà, giustificato dalla scelta legislativa di far ricadere i costi sociali di tali opere sui soggetti che intervengono con certe modalità sul territorio. Da ciò discende la soggezione a detto vincolo di tutti i soggetti che hanno partecipato alla convenzione e, quindi, anche del soggetto che non è proprietario del lotto sul quale deve essere realizzato il singolo intervento. Gli obblighi vengono determinati con riferimento all'intera area oggetto di lottizzazione e, quindi, gravano su tutti i lotti, indipendentemente dalla circostanza che su di essi insistano le opere di urbanizzazione da eseguire. Nel caso in cui, poi, un'area venga alienata, l'acquirente subentra nella posizione negoziale dei lottizzanti. I primitivi lottizzanti, però, non sono liberati, ma rimangono solidalmente responsabili con l'acquirente per gli obblighi originariamente assunti.

In questi termini si è espresso il TAR Campania con sentenza n. 6793/2007: "in relazione alla obbligazione assunta di

provvedere alla realizzazione delle opere di urbanizzazione essa deve qualificarsi “*propter rem*” nel senso che essa va adempiuta non solo da colui che ha stipulato la convenzione edilizia, ma anche da colui, se soggetto diverso, che richiede la concessione edilizia e da colui che realizza opere di trasformazione edilizia ed urbanistica, valendosi della concessione edilizia rilasciata al suo dante causa”.

Recentemente anche la sentenza n. 6282/2019 Consiglio di Stato ha confermato la medesima tesi secondo cui hanno natura reale “le obbligazioni derivanti dalle convenzioni urbanistiche, relative alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, al cui adempimento sono tenuti non solo i soggetti che stipulano la convenzione, ma anche quelli che richiedono i titoli edilizi nell’ambito della lottizzazione, quelli che realizzano l’edificazione ed i loro aventi causa (Cass. civ., 28 giugno 2013 n. 16401; 15 maggio 2007, n. 11196; id 27 agosto 2002, n. 12571; Cons. Stato Sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 199)”.

### ***Reato di lottizzazione abusiva***

Il d.p.r. 380/2001, così come modificato dal d. lgs. 301/2002, concorre a disciplinare la materia urbanistica anche sotto il profilo

penale. Infatti sia le fattispecie di reato che le sanzioni sono previste dalla Parte I Titolo IV Capo II.

L’articolo 30 stabilisce che “*si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza prescritta autorizzazione*”.

L’art. 44 del d.p.r. del 2001 ha recepito le disposizioni della l. 47/1985 confermando le 4 ipotesi di contravvenzione ivi previste:

- 1) l’inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dallo stesso d.p.r., nonché da regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire (art. 44, lett. a);
- 2) la costruzione in totale difformità o assenza di permesso di costruire, nonché la prosecuzione dei lavori dopo l’ordine di sospensione degli stessi (art. 44, lett. b);
- 3) la lottizzazione abusiva (art. 44, lett. c, I parte);
- 4) gli interventi edilizi nelle zone sottoposte a un determinato tipo di vincolo (art. 44, lett. c, II parte).



Risponde di tali reati il titolare del permesso di costruire, il committente, il costruttore e il direttore dei lavori. Essendo contravvenzioni, ai fini della loro punibilità è sufficiente anche un atteggiamento psicologico colposo. Più in dettaglio, risponde del primo reato chi esegue lavori di costruzione senza osservare le norme, le prescrizioni e le modalità esecutive previste dalle norme del decreto, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire. Condizione essenziale del reato è l'esistenza di un permesso a costruire. La condotta penalmente rilevante può, infatti, consistere nell'inosservanza, durante l'esecuzione dell'opera oggetto del permesso, delle disposizioni previste dalle fonti normative sopra citate.

Si configura il reato di cui alla lettera b) dell'art. 44 quando l'agente esegue dei lavori in totale difformità o in assenza del permesso o di prosecuzione dei lavori dopo la notifica dell'ordine di sospensione dei lavori stessi. L'art. 31 del d.p.r. specifica che 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 e autonomamente utilizzabile.

La terza ipotesi di reato ha luogo, appunto, nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'art. 30. Quest'ultima disposizione stabilisce che si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengano iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali, o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche, quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione e in rapporto a elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo



non equivoco la destinazione a scopo edificatorio.

Infine, l'ultima figura di reato prevede il caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso. Per tutti questi reati si procede d'ufficio e la competenza è del tribunale in composizione monocratica.

Inoltre l'art. 44 c. 2 del d.P.R. n. 380/2001 prevede che il giudice penale, con la sentenza definitiva che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite. Per effetto della confisca i terreni vengono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione.

La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari.

### **Conclusioni**

Le convenzioni di lottizzazione rappresentano un istituto di complessa ricostruzione a causa dei profili pubblicistici che si accompagnano a quelli chiaramente contrattuali.

La qualificazione avvenuta ad opera della

giurisprudenza secondo la quale esse rientrerebbero negli accordi ex articolo 11 l. 241/1990 non riesce a risolvere completamente i dubbi sul regime applicabile, posto che gli stessi accordi sono al centro di numerosi dibattiti.

Ciò che rileva è che vi sono alcuni contenuti dell'accordo che sono proposti dall'Amministrazione in termini non modificabili dal privato. Inoltre si evince che gli accordi ex art. 11 legge n. 241/1990, coerentemente con la loro natura giuridica, non sono affatto disciplinati dall'insieme delle regole proprie del diritto privato (codice civile e leggi speciali), bensì unicamente dai "principi" del codice civile in materia di obbligazioni e contratti (prevedendo il comma 2 dell'art. 11 legge n. 241/1990 due clausole di salvezza: applicabilità di tali principi "ove non diversamente previsto" ed "in quanto compatibili").E comunque,

indipendentemente dalla possibile qualificazione privatistica, le convenzioni in materia urbanistica, lasciano sempre integra la potestà pubblicistica dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 11 comma 4 l. 7 agosto 1990 n. 241, a sciogliersi dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nonché a



regolare unilateralmente ed autoritativamente i rapporti e le attività oggetto di convenzione.

Inoltre, le convenzioni urbanistiche stipulate tra pubblica amministrazione e privati, in quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa pubblica amministrazione. Tali accordi, inserendosi nell'alveo dell'esercizio di un potere, ne mutano le caratteristiche e la natura, essendo in particolare collegati al “vincolo teleologico” del perseguimento dell'interesse pubblico, al pari dell'agire della pubblica amministrazione tramite provvedimenti, salva l'applicazione dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti per aspetti non incompatibili con la generale disciplina pubblicistica.

Ne consegue che, una volta concluso l'accordo, non è neanche precluso all'amministrazione l'esercizio di poteri autoritativi per ragioni di pubblico interesse, come quando si ravvisino le condizioni per il recesso previsto dal comma 4 dell'art. 11. Il recesso unilaterale rientra difatti tra i poteri generali della P.A. quando stipula un accordo sostitutivo o integrativo del contenuto discrezionale del provvedimento

con un privato ex art. 11 legge 241/1990 da cui è, conseguentemente, possibile per l'amministrazione svincolarsi in presenza di un interesse pubblico ritenuto prevalente.

Pertanto, il Comune, stipulando una convenzione contenente obblighi per l'impresa realizzatrice preordinati all'interesse pubblico alla realizzazione di opere di urbanizzazione previste dalla strumentazione urbanistica non perde la potestà di intervenire, sia con strumenti pubblicistici in conseguenza delle mutate condizioni, sia mediante strumenti civilistici, compatibili con la struttura dell'accordo.



## **Schede di Giurisprudenza**



## CIVILE

### Lo status di figlio tra favorveritatis e tutela del minore

*Corte cost. n. 127/2020*

*Di Federica Scariato*

*È legittimo l'art. 263 c.c. nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio in capo a colui che abbia compiuto tale atto nella consapevolezza della sua non veridicità?*

#### **Fatto**

La sezione famiglia della Corte d'Appello di Torino si è confrontata con un caso particolarmente insidioso in cui ha ritenuto essenziale compiere un bilanciamento tra *favorveritatis* e tutela del minore. Va ricordato, infatti, che, nella disciplina della filiazione tali due principi coesistono, sebbene prevalga, soprattutto nella più recente giurisprudenza, una maggiore

predisposizione alla protezione delle esigenze del bambino in nome del suo *best interest*. Si preferisce, quindi, perlopiù, sacrificare il *favorveritatis* qualora il suo perseguimento comporti una lesione dei legami e dello stato emotivo del minore. La questione si è posta perché, precedentemente, il ricorrente aveva riconosciuto come proprio il minore, pur nella consapevolezza che questo non fosse biologicamente suo figlio. Egli aveva, così, accettato tutte le conseguenze giuridiche derivanti da tale dichiarazione. Successivamente, però, nel rivedere i propri interessi, l'attore aveva deciso di ritrattare la propria dichiarazione, sperando l'azione di disconoscimento di cui all'art. 263 c.c.

#### **Normativa**

##### **Art. 263 c.c.**

*Il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dell'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto o da chiunque vi abbia interesse.*



*L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio.*

*L'azione di impugnazione da parte dell'autore del riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Se l'autore del riconoscimento prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza; nello stesso termine, la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre. L'azione non può essere comunque proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento.*

*L'azione di impugnazione da parte degli altri legittimati deve essere proposta nel termine di cinque anni che decorrono dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Si applica l'art. 245.*

### **Art. 9 legge n. 40/2004**

*Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4 comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare*

*l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.*

*La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.*

*Inj caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4 comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.*

### **Art. 3 Cost.**

*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

*E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di*



*tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*

### **Art. 2 Cost.**

*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.*

### **Inquadramento**

Nel corso di un giudizio di impugnazione, la sezione famiglia della Corte d'Appello di Torino, trovatasi a dover applicare l'art. 263 c.c., si era interrogata circa legittimità costituzionale della norma in parola nella parte in cui non esclude che chi abbia falsamente, ma consapevolmente, riconosciuto come proprio figlio un minore, possa poi, in un secondo momento, impugnare tale riconoscimento.

Ad avviso del giudice *a quo*, infatti, permettere siffatta ritrattazione costituirebbe una lesione dei diritti del minore in nome di una mera

riconsiderazione degli interessi del genitore non biologico. In altri termini il rimettente contestava l'ipotesi che un soggetto, dapprima interessato ad instaurare rapporti affettivi con il minore, potesse poi disinteressarsene in seguito ad una rivalutazione delle conseguenze derivanti da quel riconoscimento, travolgendo, in questo modo, la stabilità e l'emozionalità del bambino.

In questo senso, quindi, permettere l'applicazione dell'art. 263 c.c. anche alla fattispecie in esame costituirebbe una violazione dei principi di solidarietà, di responsabilità e di tutela dell'individualità personale del figlio derivanti dall'art. 2 Cost. D'altra parte, ricorda il giudice rimettente, il nome, ma soprattutto il cognome, in quanto effetto più immediato del riconoscimento della paternità, costituiscono segni distintivi del diritto costituzionalmente tutelato all'identità personale del minore.

Nel rilevare ciò, peraltro, i rimettenti hanno richiamato l'art. 9 comma 1 della l. 19 febbraio 2004 n. 40, che, nel disciplinare la procreazione

medicalmente assistita di tipo eterologo, impedisce, a chi vi abbia fatto ricorso, di esperire l'azione di disconoscimento della paternità. Sotto il profilo della *ratio* le due norme, per il giudice *a quo*, sarebbero, infatti, identiche nell'ipotizzare un caso di riconoscimento consapevole e *contra legem*. Per ciò che concerne l'art. 9, infatti, vi sarebbe la violazione del divieto di far ricorso alla procreazione medicalmente assistita; nel caso dell'art. 263 c.c., invece, si verifica evidentemente un'ipotesi di compiacenza penalmente rilevante *ex art.* 567 c.p. Posto, quindi, che in tale materia il legislatore ha piena discrezionalità circa la perimetrazione di ciò che è ammesso e di ciò che, al contrario, è vietato, va in ogni caso rilevato che le due norme sottendono *rationes* pressoché uguali. Il legislatore, infatti, sembra voler evitare che colui che, consapevole della difformità della realtà biologica da ciò che viene dichiarato, voglia ugualmente instaurare un rapporto di affettività con il minore possa poi, in un secondo momento, sacrificarlo in nome di altri interessi di cui avrebbe dovuto tener

conto già all'atto del riconoscimento.

L'art. 9 della legge n. 40/2004, quindi, costituirebbe, per i rimettenti, un valido *tertium comparationis* ai fini della valutazione di omogeneità rispetto alla fattispecie disciplinata dall'art. 263 c.c.

Per converso, l'Avvocatura generale dello Stato, anch'essa costituitasi in giudizio, ha richiesto l'inaammissibilità della questione sollevata dal giudice *a quo*, sulla base di due rilievi. Anzitutto, si osserva, sulla materia in esame il legislatore avrebbe piena discrezionalità, potendo egli scegliere di bilanciare l'interesse del minore con quello del genitore non biologico.

In secondo luogo, ad avviso della difesa statale, non sussisterebbe alcuna disparità di trattamento tra i casi di cui all'art. 9 e quelli di cui all'art. 263 c.c., in quanto la disciplina sulla fecondazione medicalmente assistita sarebbe speciale rispetto a quella generale dettata dal Codice civile.

Le scelte ispiratrici delle due discipline, peraltro, sarebbero differenti: la *ratio* sottesa al consenso alla procreazione assistita di tipo eterologo, infatti,

investirebbe profili di genitorialità che riguardano il nascituro sin da un momento antecedente al concepimento e sarebbe connotata dalla consapevolezza dell'irretrattabilità della decisione (al pari della genitorialità naturale) e della rescissione definitiva di ogni legame con il donatore di gameti, con conseguente impossibilità di individuare in futuro altre figure genitoriali; quella relativa al riconoscimento consapevolmente non veritiero, al contrario, riguarderebbe lo *status* di un soggetto già esistente, la cui genitorialità naturale potrebbe peraltro essere appurata anche successivamente, in virtù dell'esercizio delle opportune azioni di stato da parte di altri legittimati. Questo giustificerebbe, per l'Avvocatura di Stato, le scelte normative diverse compiute dal legislatore, non censurabili sul piano della ragionevolezza.

### **Soluzione**

Interrogata sulla questione, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata dalla Corte d'appello di Torino.

Preliminarmente, però, va precisato che la Consulta ha ritenuto non fondate le eccezioni dell'Avvocatura dello Stato nella parte in cui essa ha sostenuto che la disciplina di tale materia sarebbe riservata alla esclusiva discrezionalità del legislatore. L'intervento richiesto dal giudice *a quo*, infatti, era limitato alla verifica del fondamento costituzionale della legittimazione ad esperire l'azione di cui all'art. 263 c.c., che, ove fosse risultato manifestamente irragionevole e contrario all'art. 2 Cost., sarebbe stato, per ciò solo, estraneo alle scelte discrezionali rimesse al legislatore. Ciò sarebbe confermato dal fatto che, all'interno dell'ordinamento, sono rinvenibili anche altre fattispecie di preclusione dell'azione *ex art.* 263 cod. civ., in considerazione di interessi ritenuti meritevoli di tutela. In questa prospettiva, quindi, non si verificherebbe nessuna manipolazione creativa da parte del giudice costituzionale ma solo un legittimo controllo circa la ragionevolezza del dettato normativo in esame.

Nonostante tale precisazione, però, la



questione sollevata dai rimettenti è stata ritenuta non fondata. E' stato affermato, infatti, che la disciplina dettata in tema di fecondazione medicalmente assistita ha carattere eccezionale in ragione del modo particolare in cui avviene il concepimento. La Corte osserva che in tale ipotesi il divieto di impugnare è volto a sottrarre il destino giuridico del figlio ai mutamenti di una volontà che, in alcuni casi particolari e a certe condizioni, tassativamente previste, rileva ai fini del suo concepimento.

Non possono essere poi equiparate la volontà di generare con materiale biologico altrui e la volontà di riconoscere un figlio altrui in quanto, nel primo caso, la volontà porta alla nascita una persona che altrimenti non sarebbe nata; nel secondo caso, la volontà del dichiarante si esprime rispetto a una persona già nata.

La condizione giuridica del soggetto riconosciuto risulta poi differente in quanto, mentre per la persona nata attraverso procreazione medicalmente assistita eterologa un eventuale accertamento negativo della paternità

non potrebbe essere la premessa di un successivo accertamento positivo della paternità biologica, stante l'anonimato del donatore di gameti e l'esclusione di qualsiasi relazione giuridica parentale con quest'ultimo (art. 9, comma 3, della L. n. 40 del 2004), nel caso del falso riconoscimento, viceversa, esiste un genitore "biologico", la cui responsabilità può venire in gioco.

Per questa ragione, non è desumibile, dall'art. 9, un principio generale che renda la norma un valido *tertium comparationis*.

Peraltro, pur riconoscendo il fatto che, nella giurisprudenza maggioritaria, il *favorveritatis* ha perso la sua preminenza, lasciando sempre più spazio alla tutela del minore, i giudici costituzionali non hanno ritenuto che la disciplina dettata dall'art. 263 c.c. osterebbe al *best interest* del figlio. L'equazione "verità naturale" e "interesse del minore", infatti, è bilanciabile e tale bilanciamento il legislatore lo ha effettuato proprio all'interno dello stesso art. 263 c.c. Se, da un lato, infatti, è stato garantito, senza limiti di tempo, l'interesse primario ed

inviolabile del figlio a ottenere l'accertamento della mancata corrispondenza tra genitorialità legale e genitorialità biologica, dall'altro lato, per converso, sono stati introdotti rigorosi termini per la proposizione dell'azione (1 anno per l'autore del riconoscimento, 5 anni per gli altri legittimati), assicurando, così, tutela al diritto alla stabilità dello status acquisito, in particolare laddove ad impugnare il riconoscimento sia il suo stesso autore.

(Sul tema si veda anche la scheda di Giurisprudenza a cura di Rosa Monopoli, in *Questa Rivista*, n. 7, p. 87)



## PENALE

### Mafia Capitale o Corruzione Capitale? La Corte di cassazione nega la riconducibilità all'art. 416 bis c.p. delle associazioni per delinquere con a capo Salvatore Buzzi e Massimo Carminati

*Cassazione penale, Sezione VI, sentenza n. 18125 del 22/10/2019 (dep. 12/06/2020)*

*di Francesca Giamundo*

#### *Fatto*

Sotto i riflettori della cronaca le vicende che hanno visto coinvolte quarantasei persone, tra le quali spiccano i nomi di Salvatore Buzzi e Massimo Carminati, nella maxi inchiesta “Mondo di mezzo”, poi rinominata “Mafia Capitale” in ragione della contestazione, a numerosi imputati (diciannove), del delitto di associazione di tipo mafioso.

Secondo l'ipotesi accusatoria vi era un'unica associazione mafiosa con al vertice Buzzi e Carminati, dedita al recupero di crediti di natura usuraria e

alla corruzione di pubblici funzionari al fine di ottenere l'aggiudicazione di appalti pubblici in favore delle cooperative riconducibili al Buzzi, nonché il pagamento, in tempi rapidi, dei crediti maturati nei confronti delle pubbliche amministrazioni in ragione dei lavori eseguiti. Agli imputati, quindi, venivano contestati numerosi reati di corruzione, estorsione, turbativa d'asta e intestazioni fittizie, nonché il delitto di cui all'art. 416 bis c.p..

Ma, in primo grado, il Tribunale di Roma non riconosceva l'unicità dell'associazione così come ipotizzata dalla pubblica accusa e, al contrario, ne sdoppiava la sussistenza, escludendo qualsiasi collegamento tra le stesse e ritenendo esistente da un lato un'associazione finalizzata all'usura e all'estorsione e dall'altro una dedita ai reati contro la P.A.. L'unico *trait d'union* tra le due associazioni era dato dalla presenza in entrambe di Massimo Carminati e di Riccardo Bruglia. Oltre a negare l'unicità dell'associazione, il Tribunale di Roma escludeva il carattere mafioso dei due sodalizi. In particolare,

in relazione a quello finalizzato ai reati di usura ed estorsione, la “mafiosità” veniva esclusa poiché si era in presenza di una compagine societaria ristretta, che aveva agito solo in poche occasioni ed in un contesto limitato per il recupero di alcuni crediti, non essendo dotata di quella capacità di intimidazione sul territorio richiesta dall’art. 416 bis c.p..

Per quanto riguarda, invece, la seconda associazione, la “mafiosità” veniva esclusa ritenendo che si trattasse di un gruppo dedito al ricorso sistematico alla corruzione, mediante il coinvolgimento anche delle sfere imprenditoriali e politiche.

In particolare, il giudice di prime cure riteneva che difettassero i requisiti della forza intimidatrice, dell’assoggettamento e dell’omertà, tutti requisiti necessari al fine di riconoscere ad un’associazione criminale il carattere mafioso. Veniva esclusa, quindi, la cosiddetta “mafiosità derivata” tipica delle mafie delocalizzate. Inoltre, la mera presenza di Massimo Carminati, in ragione dei non più attuali collegamenti dello stesso ad associazioni mafiose come la Banda della Magliana o

a gruppi eversivi collegati ai NAR, non poteva essere considerato elemento idoneo ad attribuire il carattere mafioso alle associazioni.

Anche per quanto riguardava il gruppo dedito alla corruzione di pubblici ufficiali veniva esclusa la mafiosità, non potendosi la stessa fondare su quelle forme di intimidazione poste in essere per consentire alle cooperative di Buzzi di aggiudicarsi una serie di appalti pubblici.

Conseguenzialmente alla negazione del carattere mafioso delle associazioni, oltre a venire meno il reato contestato ad una serie di imputati di associazione di tipo mafioso, veniva meno anche la contestata aggravante di cui all’art. 416 bis.1 c.p. (già art. 7 legge n. 203/1991).

Quarantuno le condanne inflitte in primo grado per i reati di corruzione, turbativa d’asta ed estorsioni, cinque le assoluzioni.

Avverso la sentenza di primo grado proponevano appello tanto gli imputati, quanto il P.M. presso il Tribunale di Roma ed il Procuratore generale presso la Corte di appello, questi ultimi, in

particolare, avverso l'esclusione del delitto di cui all'art. 416 bis c.p. e dell'aggravante di cui all'art. 416 bis.1 c.p..

La Corte di appello di Roma, condividendo la ricostruzione dei fatti operata dal giudice di primo grado, confermava la penale responsabilità della maggior parte degli imputati con riferimento ai reati fine, ma, ribaltando la decisione del Tribunale di Roma, riconosceva, così come sostenuto dalla pubblica accusa, l'esistenza di un'unica associazione di tipo mafioso, con il conseguente riconoscimento, altresì, dell'aggravante di cui all'art. 416 bis.1 c.p. per una serie di reati fine.

I giudici di secondo grado ritenevano che Buzzi, Carminati e gli altri associati, dal settembre 2011 al dicembre 2014, avessero agito servendosi del carattere intimidatorio del vincolo associativo, determinando nei loro interlocutori una condizione di assoggettamento ed omertà. Nella sentenza di secondo grado veniva individuato il “manifesto programmatico” di Carminati in cui questi parlava del “mondo di mezzo, del

mondo di sopra e del mondo dei morti”. Questi, infatti, dall'unione con Buzzi, avrebbe ottenuto quale vantaggio la possibilità di usufruire degli utili delle cooperative del secondo, potendo in tal modo servirsi di denaro a lui non riconducibile, mentre Buzzi si sarebbe giovato della forza intimidatrice di Carminati, legato al gruppo di Corso Francia, e dei legami che lo stesso vantava con esponenti della destra politica e con membri di associazioni mafiose, al fine di agevolare gli affari legati alle cooperative, il cui fatturato era, in effetti, cresciuto notevolmente proprio dopo la nascita dell'associazione. Il carattere mafioso, per i giudici della Corte d'appello, veniva confermato dalla situazione di omertà in cui versavano tanto le vittime degli episodi estorsivi, che non avevano mai presentato denuncia, quanto i pubblici funzionari, rimasti in silenzio dinanzi all'iter distorto ed illegale che seguivano le gare d'appalto in cui erano coinvolte le cooperative al cui vertice vi era Buzzi.

Avverso la sentenza della Corte di appello di Roma, trentatré imputati



presentavano ricorso per cassazione, in particolare, contestando violazioni di legge e vizi di motivazione in ordine all'esistenza, riconosciuta dai giudici dell'impugnata sentenza, tanto della fattispecie criminosa dell'associazione mafiosa, quanto dell'aggravante di cui all'art. 416 bis.1 c.p.

### **Normativa**

#### **Art. 416 bis c.p.**

##### **Associazione di tipo mafioso**

*Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni.*

*Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni.*

*L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.*

*Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma.*

*L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.*

*Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.*

*Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.*

*Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo.*

#### **Art. 416 bis.1 c.p.**

##### **Circostanze aggravanti e attenuanti per reati connessi ad attività mafiose**

*Per i delitti punibili con pena diversa*



*dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà.*

*Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.*

*Per i delitti di cui all'articolo 416-bis e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà.*

*Nei casi previsti dal terzo comma non si applicano le disposizioni di cui al primo e*

*secondo comma.*

### ***Inquadramento***

Il problema affrontato dalla Corte di cassazione, a prescindere dalle doglianze mosse con riferimento ai singoli reati fine, riguarda la possibilità di ritenere configurabile, e se del caso a quali condizioni, il reato di associazione di tipo mafioso in realtà territoriali distanti da quelle che hanno indotto il legislatore del 1982 ad introdurre il reato in esame, ovvero, la dibattuta questione dell'applicabilità dell'art. 416 bis c.p. alle cosiddette "mafie atipiche".

I giudici di legittimità ripercorrono, nella parte dedicata ai reati associativi, le interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 416 bis c.p.

In particolare, gli stessi ritengono che la fattispecie criminosa, così come ricavabile dal dato letterale della norma di riferimento, consenta una duplice ricostruzione, da un lato essendovi la descrizione di un modello tipico, quello della mafia siciliana, dall'altro, invece, un modello definito dalla cassazione

“fluido”, cui può essere ricondotto un’associazione criminale che, per le caratteristiche ed il metodo d’azione risulti in grado di “sprigionare qualitativamente una carica offensiva del tipo di quella caratterizzante i contesti già noti”. In particolare, in tal senso, si riproduce il contenuto del terzo comma dell’art. 416 bis c.p., secondo il quale “le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla ‘ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo”. Di conseguenza, per poter utilizzare il modello della “mafia siciliana” in realtà diverse rispetto a quelle nelle quali è nato l’art. 416 bis c.p., è necessario che vengano costantemente interpretati i riportati requisiti strutturali del “metodo mafioso” e dell’assoggettamento omertoso.

Perché un’associazione criminale possa essere qualificata quale associazione mafiosa è necessario che i suoi membri si

avvalgano “della forza d’intimidazione del vincolo associativo”, espressione che, secondo gli ermellini, consiste nella necessità che il gruppo faccia un uso concreto ed effettivo della forza di intimidazione, occorre cioè che “il sodalizio dimostri di possedere della forza e di essersene avvalso”. È quindi necessario che il gruppo delinqua in concreto, utilizzando quale strumento per perseguire gli scopi indicati dalla norma, il metodo mafioso. A sostegno, la Corte cita il condiviso orientamento della giurisprudenza maggioritaria che, in un’ottica coerente con la formulazione letterale della norma che utilizza l’indicativo “si avvalgono”, nonché con i principi costituzionalmente tutelati dall’art. 25 Cost. di materialità e tassatività, ritiene necessario che l’associazione “abbia conseguito in concreto, nell’ambiente in cui opera, un’affettiva capacità di intimidazione che deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione, quale forma di condotta positiva”. Viene, quindi, ancora una volta ribadita l’esigenza che la capacità intimidatrice sia ricondotta



all'associazione e non alla singola personalità, venga esternata e sia percepibile ed attuale. In realtà, la questione relativa all'applicabilità dell'art. 416 bis c.p. ad associazioni per delinquere stabilitesi nei territori dell'Italia settentrionale, ossia in contesti decisamente lontani rispetto a quelli nei quali è nata la figura dell'associazione mafiosa, e quelle ad essa assimilate, in virtù di una potenziale capacità intimidatrice derivante dal collegamento con la cosiddetta "casa madre" (trattasi del fenomeno della "mafia silente" al nord) era stata rimessa due volte alla Sezioni Unite e, in entrambi i casi, il Primo Presidente l'aveva restituita alla sezione remittente, affermando che "il prisma rappresentato dai variegati arresti sul tema può sostanzialmente ricondursi ad unità là dove si consideri il presupposto ermeneutico comune che, anche nel caso della delocalizzazione, richiede, per poter riconoscere la natura mafiosa dell'articolazione territoriale, una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile". A sostegno, inoltre, vi è un'ulteriore

pronuncia della Corte di cassazione, sostanzialmente coeva rispetto a quella di "Mafia Capitale", con la quale i giudici di legittimità hanno ribadito che, con riferimento alle mafie non tradizionali, perché possa dirsi integrata la fattispecie delittuosa di cui all'art. 416 bis c.p., è necessario che il sodalizio abbia conseguito, nel territorio e nell'ambiente in cui agisce, una concreta ed effettiva capacità di intimidazione esteriormente riconoscibile e che discenda dal compimento di atti, non necessariamente minacciosi e violenti, che siano espressione del prestigio criminale dell'associazione.

In conclusione, con la sentenza in commento, i giudici della Suprema Corte hanno aderito all'orientamento citato, ritenendo positivamente risolto il problema relativo all'assimilazione delle mafie non tradizionali o atipiche alle mafie "storiche", per tutte quelle ipotesi in cui il sodalizio criminoso che in un territorio ristretto e/o in un determinato e limitato settore di attività, si avvalgano in concreto del metodo mafioso, esteriorizzando la forza intimidatrice del

vincolo associativo.

Sottolinea la Corte come la necessità che la capacità intimidatrice sia esternata non equivalga a ritenere necessario, sempre, il compimento di atti che si sostanzino in violenze e minacce, sostenendo a contrario che “la forza intimidatrice può essere desunta da circostanze obiettive idonee a dimostrare la capacità attuale dell’associazione di incutere timore ovvero della generale percezione che la collettività, o parte di essa abbia della efficienza del gruppo criminale nell’esercizio della coercizione fisica”. La fattispecie di cui all’art. 416 bis c.p. viene, per tali ragioni, definita, dalla cassazione come una “fattispecie in divenire” che pone la necessità di adeguare gli schemi interpretativi ormai consolidatisi a nuove forme di criminalità organizzata, caratterizzate tanto dalla presenza nella compagine societaria di stranieri, tanto dalla presenza nei territori del Nord Italia.

Ed è proprio attraverso il riferimento alla giurisprudenza consolidata in tema di “mafie straniere” che la Cassazione, nella pronuncia in esame, chiarisce come il

requisito della mafiosità sia stato adeguato ermeneuticamente a nuove realtà, ritenendo che possa considerarsi mafiosa anche quell’associazione strutturalmente modesta che eserciti “la propria forza di intimidazione in modo oggettivamente limitato – cioè in zone territorialmente circoscritte ed in ambiti di quote di attività – ovvero soggettivamente parziale – cioè solo su alcune categorie di soggetti”.

Viene, quindi, rivoluzionato il concetto di “mafia storica”, in quanto ciò che realmente interessa ai fini dell’attribuzione del carattere mafioso è che il gruppo abbia raggiunto una reputazione criminale, propria o anche derivata, che consenta al sodalizio di condizionare, attraverso il metodo mafioso, un indeterminato numero di soggetti. A tal riguardo, la cassazione cita un principio di diritto – tra l’altro richiamato dal giudice della cautela del procedimento penale in esame – secondo il quale “ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo

associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale” (Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 24535 del 10/04/2015, Mogliani, Rv. 264126). Tale operazione è definita come una “riduzione della scala” del reato di cui all’art. 416 bis c.p. ed è finalizzata all’adeguamento dei requisiti “storici” del reato ai nuovi e, come già precedentemente affermato, diversi contesti. Ciononostante, la Corte ribadisce la necessità che si proceda, caso per caso, ad un rigoroso ed effettivo accertamento dei fatti per “scongiurare il rischio di una “bagatellizzazione” del reato di associazione di tipo mafioso e di una non consentita valorizzazione di un “metodo anticipato, ridotto, presunto”. Ripercorsa la disputa giurisprudenziale sulla possibilità di riconoscere ad associazioni che siano diramazioni locali,

ovverosia cellule di derivazione da “mafie storiche”, il carattere della mafiosità, non in virtù del collegamento alla “casa madre” – non è, cioè, sufficiente la prova dell’essere una cellula di un’associazione tradizionale-, ma, come già ribadito, in virtù di quella capacità di intimidazione concretamente acquisita ed esteriormente riconoscibile, i giudici della cassazione estendono tale orientamento anche alle nuove “altre” mafie, tra le quali vi rientrerebbe quella contestata nel procedimento in esame, e per le quali, al pari di qualsiasi sodalizio criminale, è necessario che venga manifestata la capacità di intimidazione, ossia la fama criminale del sodalizio, e non quella del singolo associato, e che tale capacità produca assoggettamento omertoso. Questi sono i requisiti da dover riscontrare e da dover provare, perché possa ritenersi sussistente un’associazione dal carattere mafioso, a prescindere dalle dimensioni della stessa, dall’ambito e dal territorio in cui la stessa opera e dalla presenza o assenza di collegamento con una cd. “mafia storica”.



Così enunciati i principi fondamentali in tema di associazione di tipo mafioso, i giudici della cassazione muovono una serie di censure alla sentenza impugnata. In primo luogo, la decisione della Corte di appello di riformare *in peius* la sentenza del Tribunale di Roma e di conseguenza di ritenere esistente un'unica associazione di tipo mafioso, avrebbe richiesto una motivazione “rafforzata”, sulla scorta di quel consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, perché possa riformarsi la sentenza di primo grado, il giudice di secondo grado ha l'obbligo non soltanto di delineare le linee portanti del proprio ragionamento probatorio, ma anche di confutare in maniera specifica ed adeguata gli argomenti più rilevanti posti a fondamento della sentenza impugnata. In particolare, qualora ad un'assoluzione venga sostituita una sentenza di condanna, occorre dimostrarne criticamente l'incompletezza o l'incoerenza (Cass. pen., Sez. Unite, sent. n. 33748 del 12/07/2005, Rv. 231679). Analogo ragionamento viene applicato

dalla giurisprudenza maggioritaria all'ipotesi, come nel caso di specie, in cui vi sia la *reformatio in peius*, sotto il profilo della qualificazione giuridica, di una sentenza di condanna in relazione alla quale il fatto, in secondo grado, venga riqualificato in un reato più grave rispetto a quello ritenuto dal giudice di prime cure, per i soli casi in cui la riforma si fondi su un diverso apprezzamento delle prove acquisite, non essendovi, al contrario, l'obbligo di una motivazione rafforzata nei casi in cui la riforma in senso peggiorativo della decisione di primo grado sia fondata su una diversa valutazione in diritto sul presupposto dell'erroneità della valutazione formulata dal giudice di primo grado (sebbene vi sia in tal senso un orientamento minoritario estensivo contrario).

In applicazione di tale orientamento giurisprudenziale, sostiene la Suprema Corte che “per poter affermare che vi fossero connessioni tra i due contesti criminali, tali da configurare un'unica associazione, che vi fosse un prestigio criminale “del gruppo”, che vi fosse

L'utilizzazione di metodiche mafiose (negate dal primo giudice per la inesistenza di dati fattuali dimostrativi), con conseguente assoggettamento omertoso nel senso indicato, la Corte di appello ha rivisto e ricostruito strutturalmente i fatti attraverso una diversa valutazione delle prove rispetto a quella compiuta dal Tribunale. Dunque, vi era la necessità da parte della Corte di appelli di una motivazione in termini di assoluta persuasività, che rispettasse la regola della certezza (“oltre ogni ragionevole dubbio”) di responsabilità per il reato in questione”. Ma, per i giudici di legittimità “la Corte di appello, riformando in senso peggiorativo la sentenza di primo grado, non ha osservato, sul piano del metodo, le regole appena indicate, ed ha costruito una diversa “regola” di motivazione, facendo una non corretta applicazione della legge”.

In particolare, alla Corte di appello di Roma viene contestato di aver articolato il ragionamento probatorio prendendo spunto non dalla sentenza di primo grado, ma dal contenuto della sentenza

emessa nella fase cautelare proprio dalla Corte di cassazione che aderiva alla tesi accusatoria. L'errore di fondo sta nel non aver considerato che la Corte, in fase cautelare, era intervenuta in relazione a circostanze di fatto risultanti dalle indagini che, in un momento successivo, nelle more del processo, non erano state dimostrate, conducendo, pertanto, ad una diversa qualificazione dei fatti di causa. Risulta evidente ai giudici di legittimità che i fatti posti alla base della decisione emessa in sede cautelare non fossero gli stessi emersi successivamente durante l'istruttoria dibattimentale ed accertati, in un senso o nell'altro, dal giudice di primo grado prima e dalla Corte di appello poi.

I giudici di secondo grado avrebbero fondato la tesi dell'unicità del gruppo criminale e della mafiosità dello stesso sulla presenza di Carminati in entrambi i contesti criminosi e sui contatti, sebbene meramente occasionali, tra partecipi delle due presunte entità, valorizzandosi la caratura criminale del Carminati cui sarebbe sottesa una generica e non meglio definita “riserva di violenza”.

Ma la Corte d'appello, in virtù dei principi enunciati nel corpo della sentenza in commento, avrebbe dovuto accertare oltre ogni ragionevole dubbio che la “nuova” formazione mafiosa avesse conseguito un proprio prestigio criminale, autonomo e distinto da quello delle persone che la componevano, che l'associazione, seppure in un ambito determinato “con una riduzione di scala”, avesse in concreto manifestato la sua capacità di intimidazione ed infine che detta manifestazione della capacità di intimidazione fosse stata percepita e avesse prodotto assoggettamento omertoso sul “territorio”.

Quindi, era necessario che i giudici di secondo grado fornissero una motivazione “rafforzata” idonea ad individuare gli errori commessi nella decisione di primo grado – si badi che per la cassazione il percorso argomentativo compiuto dal Tribunale di Roma gode di assoluta linearità – offrendo una valutazione alternativa dotata del requisito della certezza dell'iter argomentativo, e che individuassero correttamente gli elementi costitutivi del

delitto di cui all'art. 416 bis c.p..

Per i giudici della Sesta sezione penale della Corte di cassazione, tre sono gli errori commessi: l'aver, come poc'anzi sottolineato, attribuito valenza decisiva alle decisioni della Corte di cassazione adottate in sede cautelare; l'aver utilizzato, ai fini dell'attribuzione del carattere mafioso all'associazione riconducibile a Buzzi e Carminati, concetti estranei rispetto a quelli costituenti la fattispecie tipica del reato di associazione di tipo mafioso, quali la riserva di violenza, la capacità di intimidazione meramente potenziale ed il prestigio criminale del singolo associato, in particolare di Carminati; l'aver omesso una motivazione “rafforzata” che si confrontasse adeguatamente con la ricostruzione probatoria offerta dal giudice di prime cure.

Sotto il profilo dell'unicità dell'associazione, per i giudici di secondo grado la situazione palesatasi nell'ottobre del 2012 era riconducibile ad un'unica associazione con unità di azione, sebbene l'attività fosse divisa in due rami con a capo Buzzi e Carminati, non



ostando tale diversità alla possibilità di ricondurre gli associati ad un unico centro di comando. Ma, per i giudici di legittimità, nella sentenza di secondo grado viene assunto come provato ciò che, al contrario, si sarebbe dovuto dimostrare, ossia il collegamento tra le due attività sul presupposto dell'unicità dell'associazione: non veniva provato che tutti gli associati conoscessero Carminati, che questi fosse dotato di una notoria fama criminale né che vi fosse un rapporto tra l'asserita fama criminale dello stesso e quella del gruppo. L'unico collegamento individuato dai giudici d'appello tra le due associazioni consisteva nella partecipazione ad entrambe del Carminati. L'errore di fondo consiste nell'aver commesso quella che dai giudici di legittimità viene definita come un'inversione logica, in quanto, “senza neanche tenere conto della argomentata ricostruzione del primo giudice, la Corte di appello sembra dare per assunto il presupposto che vi fosse un'unica associazione, limitandosi a cercare elementi di mero riscontro di tale tesi preconcepita o

svalutando aprioristicamente elementi contrari”. Infatti, la Corte di appello, pur confermando la ricostruzione del giudice di primo grado, secondo il quale i componenti non si conoscevano tra loro, ciascuno dei membri non conosceva le attività svolte dagli altri e non vi era comunanza di attività al punto che lo stesso Buzzi non aveva mai partecipato alle attività di Corso Francia, ritiene provata l'esistenza di un'unica associazione sulla base della presenza del Carminati in entrambi i contesti e sugli occasionali contatti tra i membri delle due associazioni, tutti elementi ritenuti dai giudici di legittimità non idonei a provare la presenza di un comune *pactum sceleris*.

Quanto, invece, all'attribuzione di mafiosità all'unica associazione individuata in secondo grado, l'errore principale consiste nell'aver configurato una “nuova” ed autonoma associazione mafiosa, mediante l'errato utilizzo dei principi consolidatesi in materia. Infatti, è stata valorizzata l'attività del Carminati, unico soggetto a cui è stata riconosciuta una fama criminale cui è stata ritenuta

sottesa una “riserva di violenza” e ciò anche nel caso in cui le condotte di intimidazione erano state attribuite al solo Buzzi. Utilizzando il concetto di “riserva di violenza”, mediante il quale si è attribuita una funzione al Carminati nell’organizzazione delle cooperative, si è omesso di provare l’effettivo e concreto utilizzo del metodo mafioso “nella normalità dei rapporti del gruppo delle cooperative”.

Per i giudici di secondo grado, la mafiosità dell’unica associazione sarebbe comparsa con l’arrivo del Carminati, soggetto caratterizzato da notoria capacità di intimidazione e dotato di un ampio ventaglio di contatti con la destra politica, di tal modo, ancora una volta, facendo erroneamente discendere la forza criminale del gruppo dalla fama criminale del singolo. In particolare, la prova evidente del ruolo di Carminati sarebbe consistita nell’improvviso consistente aumento del fatturato delle cooperative riconducibili al Buzzi negli anni 2012-2013. Tuttavia, per la Corte di cassazione, sebbene tale circostanza sia vera, non risulta provato in alcun modo

il ruolo che avrebbe giocato Carminati nelle operazioni che avevano consentito l’incremento del potere economico degli enti riconducibili al Buzzi. È errato, infatti, far derivare il carattere della “mafiosità” dell’associazione dall’aumento del fatturato delle cooperative, ottenuto grazie all’asserito investimento di denaro del Carminati. Difatti, il giudice di secondo grado, pur non essendo quasi mai provato il ruolo dallo stesso ricoperto negli episodi delittuosi contestati alle cooperative del Buzzi, sottolineava come quest’ultimo facesse riferimento e contasse sulla forza intimidatrice del Carminati.

Anche in ordine proprio alla forza di intimidazione del gruppo appare contraddittorio il percorso argomentativo fornito dai giudici di secondo grado. Difatti, se da un lato la mafiosità della nuova associazione è carattere apportato dalla presenza del Carminati, dall’altro, nella ricostruzione dei fatti offerta in secondo grado, quest’ultimo non sarebbe stato mai presente nelle attività intimidatorie e le stesse vittime non avrebbero avuto

alcuna conoscenza del suo ruolo.

Pertanto, a detta dei giudici di legittimità, se è vero, come sostenuto dalla Corte d'appello, che non sia necessaria la conoscenza diretta del Carminati, dall'altro non può condividersi l'asserita affermazione di consapevolezza da parte di "tutti" che se non avessero ceduto alle pretese corruttive di Buzzi, lo stesso avrebbe fatto ricorso alla violenza del Carminati "tenuta in riserva".

Anche l'asserito clima di omertà, ritenuto provato dalla Corte d'appello dalle dichiarazioni rese in dibattimento da "alcuni degli imprenditori concorrenti", diventa bersaglio polemico dei giudici di legittimità che, ancora una volta, sottolineano come la Corte si sia limitata ad affermazioni generiche, non avendo, nel caso di specie, trovato alcun obiettivo collegamento di tale possibile omertà all'intimidazione mafiosa, precisandosi, tra l'altro, l'interesse dei soggetti citati a "tacere sulle questioni relative la gestione degli affari delle cooperative".

In conclusione, la Corte di cassazione sostiene che la motivazione offerta dalla

Corte d'appello a sostegno della diversa ricostruzione dei fatti sia gravemente carente e priva di quella necessaria "forza persuasiva superiore" idonea a conferire alla decisione la maggiore solidità possibile, trattandosi di *reformatio in peius*.

In estrema sintesi, le censure mosse alla sentenza di secondo grado si sostanziano nell'aver la Corte di appello fatto derivare la forza intimidatrice del gruppo dalla fama criminale di uno degli associati; nell'aver costruito la fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p. attraverso il riferimento alle nozioni di riserva di violenza e di capacità potenziale di intimidazione, omettendo di considerare che l'associazione di stampo mafioso in tanto può considerarsi esistente in quanto il sodalizio abbia conseguito nel contesto e nell'ambito di azione una capacità di intimidazione "effettiva, manifestata e obiettivamente riscontrabile", non necessariamente estrinsecata da atti di violenza o minaccia, ma comunque concretizzantesi in atti evocativi del prestigio criminale dell'associazione; nell'aver fatto

discendere, in assenza di un effettivo riscontro probatorio, la capacità di intimidazione dalla figura del Carminati; nell'aver svuotato di "valenza penale" l'ulteriore requisito dell'assoggettamento omertoso che viene fatto dipendere dalla quantità e qualità dei reati fini e dall'ampiezza del sistema corruttivo, senza rendersi conto che il "sistema" fosse sì inquinato, ma non dalla paura e dall'assoggettamento omertoso, quanto piuttosto dal "mercimonio della pubblica funzione", in quanto assente e non provato il *metus*, il timore che deriva dalla violenza, dalla costrizione e dall'intimidazione tipiche delle associazioni mafiose, essendovi, piuttosto, nel caso di specie, un'omertà discendente dalla convenienza reciproca, come tipicamente previsto per tutti i reati corruttivi fondati sull'accordo "illecito e paritario tra due o più persone". Erroneamente, infatti, per i giudici di legittimità, nella sentenza di secondo grado si era ritenuto che i pubblici ufficiali fossero stati collocati nelle pubbliche amministrazioni proprio dalla criminalità mafiosa e che essi

fossero stati costretti a mercificare la funzione per paura di Buzzi, di Carminati e dell'associazione criminale in generale, non accorgendosi, invece, di come l'istruttoria dibattimentale in primo grado avesse fornito una ricostruzione del tutto diversa in cui il mercimonio della funzione risulta legato ad una libera e consapevole scelta dei pubblici funzionari, degli amministratori e dei politici, specchio di un "sistema inquinato e spartitorio nella gestione degli appalti e nella nullificazione del pubblico interesse sacrificato a logiche di indebita locupletazione".

In conclusione, sul territorio romano, pur essendo genericamente e astrattamente possibile affermare che possono esistere fenomeni criminali mafiosi, è dato concludere che nel caso in esame la tipicità del reato di cui all'art. 416 bis c.p. è stata piegata per farvi rientrare fenomeni estranei e allo stesso non riconducibili.

### **Soluzione**

In conclusione del complesso iter logico-giuridico seguito, la Sesta sezione penale

della Corte di cassazione riqualificava i reati di associazione mafiosa in quelli di associazione per delinquere semplice ex art. 416 c.p., ritenendo sussistenti due associazioni, così come individuate dal giudice di primo grado, ed escludeva l'aggravante di cui all'art. 416 bis.1 c.p. con riferimento ai reati di estorsione, nonché quella di cui agli artt. 629 e 628, comma 3, n. 3, c.p... Di conseguenza, la sentenza, per la maggior parte dei ricorrenti, veniva annullata con rinvio

alla Corte di appello per la sola rideterminazione del trattamento sanzionatorio in relazione ai delitti di associazione per delinquere semplice.

La Suprema Corte, quindi, riconosceva l'esistenza di due associazioni a delinquere, riconducibili l'una a Massimo Carminati e l'altra a Salvatore Buzzi, particolarmente radicate nel territorio dell'Urbe, ma prive dei caratteri di mafiosità richiesti dall'art. 416 bis c.p..



## AMMINISTRATIVO

### La bocciatura alle scuole medie è un fatto eccezionale.

*Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 3906/ 2020 del 18 giugno 2020*

*di Elvira Lubrano Lobianco*

#### **Fatto**

I genitori di una minore impugnavano con l'appello la sentenza del Tar per l'Emilia - Romagna che respingeva il ricorso da loro presentato per l'annullamento del documento di valutazione relativo all'anno scolastico 2018-2019 , con il quale il dirigente scolastico , della scuola secondaria di primo grado , aveva comunicato che la minore , frequentante la seconda classe , non era stata ammessa alla classe successiva .

Con ordinanza cautelare, la Sezione aveva sospeso l'esecutività della sentenza ritenendo sussistenti elementi di fondatezza del ricorso.

In precedenza la Sezione accoglieva l'appello cautelare proposto dai ricorrenti e ammetteva con riserva l'alunna alla classe terza .

Gli appellanti deducevano i seguenti motivi di gravame :

1) censura della sentenza nella parte in cui ritiene che la motivazione relativa al non ammissione sia supportata da un solido, argomentato ed adeguato impianto motivazionale ;

2) censura della sentenza nella parte in cui non ritiene necessario che la motivazione in merito alla non ammissione di un alunno di scuola secondaria di primo grado debba considerare un periodo superiore all'anno di riferimento;

3) censura della sentenza nella parte in cui non ha accertato la mancanza di specifiche azioni di recupero da parte dell'istituto e la conseguente violazione e falsa applicazione dell'articolo 6 co 3 del decreto legislativo 62/2017.

#### **Normativa**

**DECRETO LEGISLATIVO 13 aprile 2017, n. 62 Norme in materia di valutazione e certificazione delle competenze nel primo ciclo ed esami di Stato, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera i), della legge 13 luglio 2015, n. 107.**

**Articolo 3 Ammissione alla classe**



### **successiva nella scuola primaria**

*1. Le alunne e gli alunni della scuola primaria sono ammessi alla classe successiva e alla prima classe di scuola secondaria di primo grado anche in presenza di livelli di apprendimento parzialmente raggiunti o in via di prima acquisizione.*

*2. Nel caso in cui le valutazioni periodiche o finali delle alunne e degli alunni indichino livelli di apprendimento parzialmente raggiunti o in via di prima acquisizione, l'istituzione scolastica, nell'ambito dell'autonomia didattica e organizzativa, attiva specifiche strategie per il miglioramento dei livelli di apprendimento.*

*3. I docenti della classe in sede di scrutinio, con decisione assunta all'unanimità, possono non ammettere l'alunna o l'alunno alla classe successiva solo in casi eccezionali e comprovati da specifica motivazione.*

### **Art.6 Ammissione alla classe successiva nella scuola secondaria di primo grado ed all'esame conclusivo del primo ciclo**

*1. Le alunne e gli alunni della scuola secondaria di primo grado sono ammessi alla classe successiva e all'esame conclusivo del primo ciclo, salvo quanto previsto dall'articolo 4, comma 6, del decreto del Presidente della Repubblica 24 giugno 1998, n. 249 e dal comma 2 del presente articolo.*

*2. Nel caso di parziale o mancata*

*acquisizione dei livelli di apprendimento in una o più discipline, il consiglio di classe può deliberare, con adeguata motivazione, la non ammissione alla classe successiva o all'esame conclusivo del primo ciclo.*

*3. Nel caso in cui le valutazioni periodiche o finali delle alunne e degli alunni indichino carenze nell'acquisizione dei livelli di apprendimento in una o più discipline, l'istituzione scolastica, nell'ambito dell'autonomia didattica e organizzativa, attiva specifiche strategie per il miglioramento dei livelli di apprendimento.*

*4. Nella deliberazione di cui al comma 2, il voto dell'insegnante di religione cattolica, per le alunne e gli alunni che si sono avvalsi dell'insegnamento della religione cattolica, e' espresso secondo quanto previsto dal punto 2.7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1985, n. 751; il voto espresso dal docente per le attività alternative, per le alunne e gli alunni che si sono avvalsi di detto insegnamento, se determinante, diviene un giudizio motivato iscritto a verbale.*

*5. Il voto di ammissione all'esame conclusivo del primo ciclo e' espresso dal consiglio di classe in decimi, considerando il percorso scolastico compiuto dall'alunna o dall'alunno.*



***Circolare Miur n.1865 del 10/10/2017  
Indicazioni in merito a valutazione,  
certificazione delle competenze ed  
Esame di Stato nelle scuole del primo  
ciclo di istruzione.***

**L'ammissione alla classe successiva alla  
scuola primaria**

*L'articolo 3 del decreto legislativo n. 62/2017 interviene sulle modalità di ammissione alla classe successiva per le alunne e gli alunni che frequentano la scuola primaria. L'ammissione alla classe successiva e alla prima classe di scuola secondaria di primo grado è disposta anche in presenza di livelli di apprendimento parzialmente raggiunti o in via di prima acquisizione. Pertanto, l'alunno viene ammesso alla classe successiva anche se in sede di scrutinio finale viene attribuita una valutazione con voto inferiore a 6/10 in una o più discipline, da riportare sul documento di valutazione. A seguito della valutazione periodica e finale, la scuola provvede a segnalare tempestivamente ed opportunamente alle famiglie delle alunne e degli alunni eventuali livelli di apprendimento parzialmente raggiunti o in via di prima acquisizione e, nell'ambito della propria autonomia didattica ed organizzativa, attiva specifiche strategie e azioni che consentano il miglioramento dei livelli*

*di apprendimento. Solo in casi eccezionali e comprovati da specifica motivazione, sulla base dei criteri definiti dal collegio dei docenti, i docenti della classe, in sede di scrutinio finale presieduto dal dirigente scolastico o da suo delegato, possono non ammettere l'alunna o l'alunno alla classe successiva. La decisione è assunta all'unanimità.*

**L'ammissione alla classe successiva  
nella scuola secondaria di primo grado**

*L'articolo 6 del decreto legislativo n. 62/2017 interviene sulle modalità di ammissione alla classe successiva per le alunne e gli alunni che frequentano la scuola secondaria di primo grado.*

***L'ammissione alle classi seconda e terza di scuola secondaria di primo grado è disposta, in via generale, anche nel caso di parziale o mancata acquisizione dei livelli di apprendimento in una o più discipline. Pertanto l' alunno viene ammesso alla classe successiva anche se in sede di scrutinio finale viene attribuita una valutazione con voto inferiore a 6/10 in una o più discipline da riportare sul documento di valutazione. A seguito della valutazione periodica e finale, la scuola provvede a segnalare tempestivamente ed opportunamente alle famiglie delle alunne e degli alunni eventuali livelli di***

*apprendimento parzialmente raggiunti o in via di prima acquisizione e nell'ambito della propria autonomia didattica ed organizzativa, attiva specifiche strategie e azioni che consentano il miglioramento dei livelli di apprendimento. In sede di scrutinio finale, presieduto dal dirigente scolastico o da suo delegato, il consiglio di classe, con adeguata motivazione e tenuto conto dei criteri definiti dal collegio dei docenti, può non ammettere l'alunna o l'alunno alla classe successiva nel caso di parziale o mancata acquisizione dei livelli di apprendimento in una o più discipline (voto inferiore a 6/10). La non ammissione viene deliberata a maggioranza; il voto espresso nella deliberazione di non ammissione dall'insegnante di religione cattolica o di attività alternative - per i soli alunni che si avvalgono di detti insegnamenti - se determinante per la decisione assunta dal consiglio di classe diviene un giudizio motivato iscritto a verbale. Si rammenta che è stata abrogata la norma che prevedeva la non ammissione alla classe successiva per gli alunni che conseguivano un voto di comportamento inferiore a 6/10. Come è stato già precisato, infatti, la valutazione del comportamento viene espressa mediante un giudizio sintetico. E stata invece confermata la non*

*ammissione alla classe successiva, in base a quanto previsto dallo Statuto delle studentesse e degli studenti, nei confronti di coloro cui è stata irrogata la sanzione disciplinare di esclusione dallo scrutinio finale (articolo 4. commi 6 e 9 bis del DPR n. 249/1998).*

### *Inquadramento*

La Sezione VI del Consiglio di Stato in diverse occasioni (Cons. Stato, ord. n. 5168 del 2018; Cons. Stato sentenza n. 5917 del 2019) ha avuto modo di chiarire che la non ammissione alla classe successiva nella scuola media inferiore deve essere considerata un'eccezione dato che anche quando si registri un'insufficiente acquisizione dei livelli di apprendimento essa non è automatica.

Giova precisare che l'articolo 6 del decreto legislativo n.62 del 2017, al primo comma, stabilisce che gli alunni della scuola secondaria di primo grado sono ammessi alla classe successiva e all'esame conclusivo del primo ciclo, eccettuati alcuni specifici casi di grave sanzione disciplinare o parziale o mancata acquisizione di livelli di apprendimento in una o più discipline. In quest'ultimo caso è previsto, al comma 2,



che il consiglio di classe può deliberare la non ammissione alla classe successiva o all'esame conclusivo del primo ciclo, con adeguata motivazione.

Inoltre, il comma 3, prevede che nel caso in cui le valutazioni periodiche o finali indichino carenze nell'acquisizione dei livelli di apprendimento, l'istituzione scolastica attivi specifiche strategie per il miglioramento di tali livelli.

Pertanto, le citate disposizioni consentono, secondo il Consiglio di Stato, con adeguata motivazione, di *“ammettere con riserva alla classe successiva anche gli alunni che non abbiano raggiunto i necessari livelli di apprendimento in una o più discipline, rinviandone la valutazione complessiva all'anno successivo”*.

Va evidenziato che nell'ipotesi indicata dalla norma, di parziale o mancata acquisizione dei livelli di apprendimento in una o più discipline, al consiglio di classe compete un'ulteriore valutazione -rispetto a quella che ha condotto ad accertare il mancato raggiungimento di sufficienti livelli di apprendimento- al fine specifico e determinante di decidere se ammettere o meno l'alunno alla classe successiva.

È significativa e dirimente, in tal senso, l'espressione utilizzata dalla norma, secondo cui lo stesso consiglio **può** e non

necessariamente deve deliberare, **con adeguata motivazione**, la non ammissione.

Partendo da tali considerazioni, il Consiglio di Stato è giunto ad affermare che la non ammissione non è un esito obbligato ma rappresenta un risultato a cui può pervenire il consiglio di classe a seguito di un esame complessivo del livello di apprendimento. È necessario compiere una approfondita istruttoria di carattere globale che tenga conto anche dei risultati precedenti a quello *“critico”* ed indichi espressamente le ragioni per le quali si ritiene di adottare tale decisione.

La possibilità di attivare azioni di recupero, espressamente contemplato al comma 3 dell'art. 6 d.lgs n. 62, postula che il consiglio scolastico ritenga che tale recupero non implichi la non ammissione all'anno successivo e che quindi estenda il proprio esame ad un arco temporale più ampio, comprensivo del livello di apprendimento raggiunto anche nei periodi immediatamente precedenti a quello nel quale si sono registrate le carenze eventualmente da recuperare.

Nel caso di specie, afferma il Consiglio di Stato, dalle pagelle dell'allieva relative sia al primo quadrimestre del secondo anno sia al

secondo quadrimestre del primo anno emerge che le valutazioni del consiglio di classe erano state positive.

Inoltre, evidenzia il Consiglio, che a seguito delle decisioni assunte in sede cautelare, l'allieva stava frequentando la classe terza ottenendo nel corso del primo quadrimestre tutte valutazioni sufficienti.

D'altra parte, questa ricostruzione risulta confermata dalla stessa circolare del Ministero n. 1865 del 2017 che precisa che l'ammissione alle classi successive della scuola secondaria di primo grado è disposta, *in via generale, anche nel caso di parziale o mancata acquisizione dei livelli di apprendimento di una o più discipline. L'alunno viene ammesso alla classe successiva anche se in sede di scrutinio finale viene attribuita una valutazione con voto inferiore a 6/10 in una o più discipline da riportare sul documento di valutazione.*

Come specificato, in precedenza dalla VI Sezione (Cons. Stato n. 5917/2020), l'espressione "disposta in via generale" sta a indicare che, nel caso di parziale o mancata acquisizione dei livelli di apprendimento in una o più discipline, la regola è l'ammissione alla classe successiva, mentre l'eccezione è la non ammissione, che può disporsi solo se siano stati adottati

senza successo tutti gli accorgimenti previsti per evitare tale conclusione, quali appunto l'attivazione delle specifiche strategie per il miglioramento dei livelli di apprendimento, come prescritto dall'art. 6 cit..

Il tenore letterale della delibera, coerente con l'interpretazione che il Consiglio di Stato ha dato dell'art 6, D.lgs. n. 62 del 2017, consente di affermare che "la non ammissione è un'eccezione che si realizza solo all'esito negativo dell'esame predittivo e ragionato delle possibilità di recupero in un più ampio contesto scolastico".

### **Soluzione**

Il Consiglio di Stato, con sentenza n.3906/2020, ha ritenuto l'appello fondato affermando che la sentenza di primo grado non è condivisibile nella parte in cui afferma che la disciplina vigente non preveda un esame complessivo del livello di apprendimento non limitato ad un periodo o anche ad un solo anno di riferimento.

Con riguardo ai motivi di appello, il Collegio ritiene che siano meritevoli i primi due motivi mediante i quali veniva contestata la insufficiente motivazione con cui il consiglio di classe ha supportato la decisione di non ammissione alla classe successiva.

Viene rilevata l'assenza di quella valutazione complessiva dell'andamento scolastico dell'allieva che , sulla base di una corretta interpretazione delle norme deve caratterizzare la scuola dell'obbligo.

*I risultati ottenuti nei periodi immediatamente precedenti a quello critico avrebbero dovuto introdurre il consiglio di classe a compiere una istruttoria approfondita di carattere globale ed a indicare espressamente le ragioni per le quali ciò nonostante si ritenesse adottare la decisione eccezionale di non ammissione in luogo di quella di ammissione , che la stessa circolare del Ministero considera debba essere disposta in via generale , anche in presenza di non sufficienti livelli di apprendimento in talune discipline.*



## Temi Svolti

***N.B. il tema svolto, acquisito in sede di accesso agli atti, è stato ritenuto idoneo al concorso del 2018.***

**Delineati i tratti essenziali del giudizio di ottemperanza, si soffermi il candidato sulla penalità di cui all’art. 114 comma 4 lett. ) del d.lgs. n. 104/2010 (“cosiddetta astreinte”) e sull’ammissibilità di una sua revisione nel “giudizio per chiarimenti”.**

*Elaborato consegnato al concorso indetto con d.m.10 ottobre 2018 e giudicato idoneo, con voto 13*

Nel nostro ordinamento il giudizio di ottemperanza serve a dare attuazione alle sentenze pronunciate nei confronti della pubblica amministrazione e rimaste, tuttavia, non adempiute.

Il presupposto del giudizio di ottemperanza è un vizio di legittimità e cioè la violazione o elusione del giudicato. In particolare, come previsto dall’art. 112 comma 2 del d.lgs. 104/2010 (cosiddetto codice del processo amministrativo) il ricorso per l’ottemperanza può essere proposto per conseguire l’attuazione delle sentenze del giudice amministrativo, sia esecutive sia passate in giudicato, nonché di quelle del giudice ordinario passate in giudicato e

degli altri provvedimenti ad esse equiparati, oltre che dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili.

Il giudizio di ottemperanza è un giudizio misto e presenta una doppia anima. Oltre ad essere un giudizio di esecuzione, contiene fisiologici momenti di cognizione, come ad esempio nell’ipotesi prevista dall’art. 112 comma 3 del codice del processo amministrativo in cui dinanzi al giudice dell’ottemperanza sia proposta azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

La natura anche di cognizione del giudizio di ottemperanza è strettamente legata alla particolare caratteristica del giudicato amministrativo e cioè al suo essere un giudicato a formazione progressiva. In altri termini, la regola contenuta nel giudicato amministrativo è elastica, flessibile e inevitabilmente incompleta, specie in presenza di un giudicato di tipo conformativo. La stessa è, pertanto, destinata ad essere meglio specificata e adeguata alle specificità del

caso concreto da parte del giudice dell'ottemperanza, quale riflesso del carattere naturalmente dinamico dell'azione amministrativa.

Il giudicato amministrativo, quale giudicato a formazione progressiva, può produrre varie effetti: oltre all'effetto caducatorio o demolitorio, tipico del giudicato di annullamento, produce poi, in qualche caso, effetti ripristinatori e restitutori, nonché effetti conformativi, laddove la pubblica amministrazione sia tenuta ad una attività successiva di riedizione del potere. Tali caratteristiche valgono, peraltro, a distinguere il giudicato amministrativo da quello civile, definito dall'art. 2909 c.c.

Pur non definito dal codice del processo amministrativo, come il giudicato civile anche il giudicato amministrativo spezza il legame con la legge, atteggiandosi a regola definitiva del caso concreto ed essendo, così, di norma, insensibile rispetto ad eventuali sopravvenienze. Inoltre, anche il giudicato amministrativo è soggetto a limiti oggettivi e soggettivi, producendo i suoi effetti limitatamente alle parti del giudizio, fatte salve

eccezionali ipotesi di giudicato ad effetti inscindibili.

In quanto funzionale a dare esecuzione al giudicato, il giudizio di ottemperanza, così come previsto e disciplinato dalle norme del nostro ordinamento, è considerato tra i più efficaci. Se, infatti, in altri sistemi il giudice può indurre l'amministrazione ad adempiere solo indirettamente, tramite misure di carattere coercitivo, nel nostro, invece, il giudice per assicurare l'attuazione del giudicato può adottare sia misure di tipo sostitutivo sia compulsorie all'adempimento.

Con le prime, in particolare, quando occorre, il giudice dell'ottemperanza può sostituirsi alla pubblica amministrazione finanche emanando, in luogo della stessa, il provvedimento (art. 114 comma 4 c.p.a.). In tal senso il giudizio di ottemperanza rappresenta la principale ipotesi di giurisdizione estesa al merito, con cui, cioè, in deroga al principio di separazione dei poteri, è eccezionalmente permesso al giudice amministrativo di sostituirsi alla pubblica amministrazione, come stabilito dall'art.



134 comma 1 lett. a) del codice. Tale surrogazione del giudice all'amministrazione avviene normalmente mediante la nomina di un commissario ad acta (art. 114 comma 4 lett. d) c.p.a.). Peraltro, risolvendo un contrasto interpretativo sorto in passato sulla natura del commissario ad acta, l'art. 21 del codice lo qualifica espressamente come un ausiliario del giudice.

Insieme al descritto modello surrogatorio convive nel giudizio di ottemperanza un sistema di misure che possono essere adottate dal giudice per vincere la resistenza ad adempiere da parte della pubblica amministrazione. Si tratta delle cosiddette penalità di mora o astreinte introdotte nel nostro ordinamento sul modello di quanto previsto nei sistemi d'oltralpe.

Come disposto dall'art. 114 comma 4 lett. e) del codice, infatti, il giudice fissa una somma di denaro dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato.

L'adozione di tali misure implica una

specificata richiesta di parte e la presenza di presupposti solo in parte sovrapponibili a quelli previsti dall'art. 614 bis del codice di procedura civile per le omologhe misure di coercizione indiretta. Invero, se entrambe possono essere adottate salvo che ciò sia manifestamente iniquo, solo per le astreinte è altresì necessario che non sussistano altre ragioni ostative. D'altro canto, come previsto in seguito alla riforma dell'art. 114 comma 4 lett. e) avvenuta con la legge di stabilità del 2016, la penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando sia stabilita in misura pari agli interessi legali. Risulta evidente che tali misure, avendo la finalità di sollecitare la pubblica amministrazione ad eseguire il giudicato, rappresentano delle vere e proprie sanzioni e svolgono una funzione punitiva.

Sotto questi profili le astreinte mostrano delle affinità rispetto alle misure coercitive indirette che possono essere disposte dal giudice civile ai sensi dell'art. 614 bis del codice di procedura civile. La principale differenza tra le due, come



messo in evidenza anche di recente dalla giurisprudenza amministrativa, consiste nel fatto che le sole astreinte possono essere fissate anche nei giudizi aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro. Viceversa, le misure di coercizione indiretta riguardano l'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro.

In tempi recenti è sorto nella giurisprudenza amministrativa un contrasto in ordine alla possibilità di rideterminare le astreinte in presenza di sopravvenienze, in particolare nella sede del giudizio per chiarimenti.

Come previsto dagli artt. 112 comma 5 e 114 comma 7 del codice, il giudizio per chiarimenti ha la funzione di consentire sia alla pubblica amministrazione sia al commissario ad acta di chiedere al giudice indicazioni e risolvere eventuali dubbi sulle modalità dell'ottemperanza.

Secondo alcuni, l'ottemperanza di chiarimenti ha una natura giuridica in parte diversa da quella dell'ottemperanza vera e propria e tale conclusione viene generalmente argomentata in base all'art. 112 comma 5 del codice che fa, appunto,

riferimento alla possibilità di proporre ricorso anche al fine di chiedere chiarimenti sulle modalità dell'ottemperanza.

Il giudizio per chiarimenti rappresenta, pertanto, la sede privilegiata per risolvere eventuali problemi che dovessero insorgere tra le parti relativamente alle modalità di esecuzione del giudicato amministrativo. A fronte di quanti, per tale motivo, hanno visto con favore la sua introduzione nel nostro ordinamento, altri hanno, viceversa, messo in evidenza il pericolo che tale giudizio si trasformi in uno strumento di cui la pubblica amministrazione possa servirsi per ulteriormente procrastinare l'attuazione del giudicato.

Nel silenzio della legge che nulla espressamente dispone al riguardo, ci si è interrogati sulla possibilità che nella sede del giudizio per chiarimenti si proceda ad una revisione della penalità già disposta che, a causa di sopravvenienze, sia divenuta manifestamente iniqua.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che è, di recente, intervenuta su tale questione ha chiarito che, qualora,

per particolari sopravvenienze, l'ammontare dell'astreinte già fissata dal giudice sia divenuto sproporzionato, la parte nei cui confronti la misura è disposta può chiedere al giudice di procedere ad una sua rideterminazione.

Pertanto, il presupposto di tale revisione è rappresentato da eccezionali e imprevedibili sopravvenienze. Come si specifica nella sentenza, tale sopravvenienza può essere anche rappresentata dalla nomina del commissario ad acta, fino alla quale è possibile fissare queste misure sanzionatorie. A partire dal momento in cui subentra il commissario ad acta, infatti, non è più possibile imputare alla pubblica amministrazione eventuali ritardi nell'attuazione del giudicato.

Nella recente sentenza dell'Adunanza Plenaria si ritiene, dunque, ammissibile, in presenza di particolari condizioni, la rideterminazione dell'astreinte e si chiarisce che la sede in cui ciò può

avvenire è proprio il giudizio per chiarimenti.

In tale pronuncia, inoltre, viene messa in rilievo la necessità che dell'astreinte sia garantita la prevedibilità, essendo la stessa una misura sanzionatoria e di carattere sostanzialmente punitivo. Di conseguenza, laddove non sia stato predeterminato l'ammontare massimo della misura, lo stesso dovrà essere stabilito dal giudice in sede di chiarimenti anche d'ufficio.

L'Adunanza Plenaria, infine, si pronuncia incidentalmente anche sulla possibilità di anticipare alla sede di cognizione l'adozione dell'astreinte. Sul punto, dal momento che, secondo quanto previsto dall'art. 34 comma 1 lett. e) c.p.a., la nomina del commissario ad acta è possibile già in fase di cognizione, si è ritenuto nella sentenza in questione che, in linea di principio, ciò possa valere anche per l'astreinte.



L'Amministrazione Plenaria, infine, si pronuncia in modo del tutto  
e anche sulle possibilità di intervenire alla sede di acquisi-  
zione l'adozione dell'astensione. Sul punto, dal momento  
che, secondo quanto previsto dall'art. 34, comma 1, lett. c),  
le norme del commissario ad avere è possibile che in  
fase di cognizione, la giurisprudenza ritiene che, in linea  
di principio, esso possa valere anche per l'astensione.



Voto assegnato dalla Commissione

diritto amministrativo (12) T.R.E.D.C.I

Il Segretario

Il Presidente

9-10

G. Ferraro



## **Pillole di Diritto**

*a cura di Luca Cestaro*

*(è solo una selezione: per le altre vai sul nostro sito [www.calamusiuris.org](http://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 delle 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'indebito con conseguente applicazione del termine decennale di prescrizione.

Si puntualizza che *“l'indebito 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 obcausamfinitam»)”, 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 indebito 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 indebito 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 lunghi 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 realizzi (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)”*.