



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 1 - NUMERO 10 - NOVEMBRE 2020

Editoriale

- **Amministrativo:** La tutela giurisdizionale in era coronavirus
di Arcangelo Monacilioni

Approfondimenti

- **Civile:** Il nesso di causalità nella responsabilità del medico
di Teresa Manzolino
- **Penale:** I controversi rapporti tra peculato e peculato d'uso
di Anna Vecchione
- **Amministrativo:** Eccesso di potere giurisdizionale e Sindacato della Corte di Cassazione in punto di giurisdizione
di Maria Giovanna Murrone

Schede di Giurisprudenza

- **Civile:** La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto di transazione ad esecuzione differita
di Ester Moccaghe
- **Penale:** Sul concetto di abuso di autorità nel delitto di violenza sessuale
di Maura Alessia Valentina Ciociano
- **Amministrativo:** Giurisdizione e limiti esterni .
di Maria De Prisco

Pillole di Diritto a cura di *Luca Cestaro*



Sommario

SOMMARIO.....	2
Editoriale	6
La tutela giurisdizionale in era CORONAVIRUS.....	7
APPROFONDIMENTI	11
CIVILE	13
Il nesso di causalità nella responsabilità del medico.....	13
PENALE	24
I controversi rapporti tra peculato e peculato d'uso.	24
Evoluzione normativa.....	24
Elementi costitutivi del peculato: due fattispecie a confronto	25
L'oggetto materiale della condotta	27
AMMINISTRATIVO	32
Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Corte di Cassazione in punto di giurisdizione	32
Considerazioni introduttive.....	32
La giurisdizione: nozione e soggetti titolari	32
I rapporti tra l'autorità giudiziaria ordinaria e quella amministrativa e il giudice della giurisdizione.....	34
L'ambito del sindacato della Corte di cassazione quale giudice della giurisdizione	38
L'eccesso di potere	40
La nuova nozione di giurisdizione	43
La recente ordinanza della Corte di Cassazione: punto e a capo? Qualche osservazione critica.....	49
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA	57
CIVILE	58
La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto di transazione ad esecuzione differita..	58
Cass. Civ., Sez. II, 20 febbraio 2020, n. 4451	58
Quesito	58
Fatto.....	58
Normativa	59
Inquadramento.....	59
Soluzione	62

PENALE	63
Sul concetto di abuso di autorità nel delitto di violenza sessuale.....	63
Sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n.27326/2020	63
Quesito	63
Fatto.....	63
Normativa	64
Inquadramento.....	68
Soluzione	73
AMMINISTRATIVO	74
I limiti esterni della giurisdizione nella sede dell’ottemperanza.....	74
Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, ordinanza 15 ottobre del 2020 n. 22374	74
Quesito	74
Fatto.....	74
Normativa	75
Inquadramento.....	81
Soluzione	82
PILLOLE DI DIRITTO	84
Civile	85
La pillola di diritto del 23.11.2020.....	85
La cancellazione della società dal registro delle imprese non determina la rinuncia ai crediti	85
<i>#rinuncia #estinzionesocietà #crediti #registroimprese</i>	85
<i>Corte di Cassazione, sez. VI civile, Ordinanza n. 22432 del 16.10.2020</i>	85
Penale	88
La pillola di diritto del 19.11.2020.....	88
La successione di norme extrapenali per la condotta dell’albergatore che non rende al Comune la cd. “tassa di soggiorno”	88
<i>#tassadisoggiorno #314cp #peculato #successioneleggipenali</i>	88
Corte di Cassazione, sez. VI penale, Sent. n. 30227 del 30.10.2020	88
Amministrativo	90
La pillola di diritto del 16.11.2020.....	90
Il Consiglio di Stato sulla legittimazione a impugnare dell’ANAC.....	90
<i>#ANAC #211cod.appalti #legittimazione #impugnativa</i>	90
Consiglio di Stato, sez. V, Sent. n. 6787 del 3.11.2020	90

Anno 1, n. 10, novembre 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*
Maria Porcelli – *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

indirizzo redazione

Via Santa Lucia 15, Napoli
T. +39 – 3479966161
pennadeldiritto@gmail.com





Editoriale

La tutela giurisdizionale in era CORONAVIRUS

di *Arcangelo Monaciliuni*

Il sempre più frequente accesso alla giustizia amministrativa per impugnare le delicatissime misure di gestione dell'emergenza impone un approfondimento dei rimedi giudiziari esperibili de iure condito, a partire dall'istituto “Misure cautelari monocratiche”, di cui all'art. 56 c.p.a.

Al vaglio della giurisdizione pervengono, in materia di gestione dell'emergenza, decreti/ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro della Salute, delle Regioni, dei Sindaci, che -dai contenuti più disparati, sovrappoventisi, non coincidenti e non rado fra loro configgenti - hanno tuttavia, quale comune caratteristica, quella della loro validità/efficacia per un periodo molto limitato (mediamente dieci giorni), nel mentre le udienze camerali per la tutela cautelare, ovvero quelle demandate, ex art. 55 c.p.a., al vaglio collegiale di tre giudici, si svolgono a cadenza quindicinale.

Orbene:

- il controllo giurisdizionale su tali atti si esaurisce con la tutela cautelare provvisoria assicurata, ex art. 56 c.p.a. cit., da decreti presidenziali monocratici dei Presidenti dei Tribunali Amministrativi Regionali, nel mentre la fase della tutela cautelare collegiale e quella del merito, sono - naturaliter, stante lo spirare degli effetti delle misure- destinate ad esser definite con pronunce in rito di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, fatti salvi, per la fase del merito ex art. 34, comma 3, c.p.a., improbabili casi in cui avesse a potersi ravvisare il perdurare dell'interesse ai fini risarcitori (in questi stessi sensi, già in “lo ius (mal) positum non ricompone le fratture fra Stato e Regioni” in Calamus Iuris, n. 5 del 2020);

- il giudice della cautela è chiamato a verificare la sussistenza del danno grave ed irreparabile (dei singoli ricorrenti) posto in comparazione con quello che conseguirebbe alla sospensione degli effetti di un provvedimento emanato a tutela della salute pubblica (delle collettività). Ne consegue, per una serie di piane ed intuibili ragioni, che vieppiù recede la verifica del fumus boni iuris: id est, della legittimità delle misure emanate.

Ma se così è, e così è, vien da interrogarsi sul deficit di tutela sostanziale che ne deriva. Cittadini, ma anche Istituzioni, son costretti a “subire”, senza vedersi esaminate nel merito le proprie ragioni.

Certo, si obietterà che è il prezzo da pagare alla dura legge della necessità, dell'emergenza, della tutela della salute pubblica, della lotta al comune nemico virus. Al riguardo ho già avuto modo di scrivere che senza legge, senza diritto, regna l'anarchia, vieppiù perigliosa in tempi di pandemia.

La storia insegna che stati di eccezione han forgiato la spada della repressione liberticida; ne deriva il corollario che la capacità di assicurare al diritto la sua massima capacità di espansione proprio nei casi di estrema sua tensione, di vicende estreme (epidemie, terrorismo, etc.) contraddistingue le democrazie compiute e le rafforza.

E dunque, son rinvenibili strumenti atti ad assicurare una più incisiva e più omogenea tutela?

In primo luogo, a monte, l'asse potrebbe essere spostato in favore della produzione di decreti legge, in luogo di [dd.PP.CC.MM.](#), nel contempo evitandosi una ossessiva,

frammentaria, discordante decretazione a valle, nelle più diverse valli: per un verso, facendosi applicazione dei doveri di “leale collaborazione” e, per altro verso, nutrendo maggior fiducia nei cittadini, senza costringerli a districarsi nella selva, sempre più oscura, della congerie normativa, ivi compresi innovativi strumenti, dall'ordinamento non disciplinati, quali le FAQ (Frequently Asked Questiones), volte, in tesi, ad offrire soluzioni a quesiti pratici, ma, in concreto, comportanti un maggior aggrovigliamento del quadro.

Di poi, ad evitarsi frammentarietà di decisioni giurisdizionali -a fronte di una gestione dell'epidemia che non conosce confini, ovvero in presenza di una dichiarazione di uno stato di emergenza “nazionale”, id est di un accentramento ex lege delle potestà nelle mani del dictator romano- potrebbe ipotizzarsi di affidare tutte le “controversie” ad essa afferenti alla competenza funzionale inderogabile del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sede di Roma, in tali sensi modificando la lettera e) dell'art. 135, comma 1, c.p.a. che al Tar del Lazio già affida la competenza relativa ai provvedimenti emanati in subjecta materia

dai Commissari governativi e dal Capo del Dipartimento della Protezione civile.

In una, o in alternativa all'accentramento di cui innanzi si è detto, potrebbe ancora ipotizzarsi (anche su questo ho già scritto in passato) una sospensione ad tempus (durata dello stato di emergenza) della tutela cautelare monocratica, affidata, come già ripetuto, ex art. 56 c.p.a., ai Presidenti dei TT.AA.RR., per far luogo direttamente, da remoto, a quella collegiale ex art. 55 c.p.a. Ciò anche nella considerazione che, sussistendone i presupposti, in tale sede potrebbe pervenirsi immediatamente, ex art. 60 c.p.a., alla “definizione del giudizio”, ovvero alla emanazione, a vista, di una, c. detta, sentenza breve.

La tutela cautelare monocratica già ordinariamente si dispiega per gran parte da remoto, nel senso che redazione, emanazione e pubblicazione dei decreti presidenziali non impongono la presenza in sede, che certo può esservi, ma -in diritto- può mancare ed -in fatto- non di rado manca.

Ma se così è, e se vero è ancora che la giustizia amministrativa ha mostrato in questi mesi di poter funzionare efficacemente da remoto, assicurando anche

il corretto svolgimento delle udienze pubbliche e/o delle camere di consiglio in tale modalità, non si rinvergono ragioni che si frappongano al percorso qui delineato. Certo, vi saranno dettagli tecnico/procedurali di cui tener conto, da aggiornare, ma nulla che appaia non risolvibile.

Va da sé che questo mio contributo non sottende assolutamente una sorta di mancanza di fiducia per il monocratico, ben lungi da me siffatto pensiero, ma coglie i lati positivi della valutazione e della decisione da parte del Collegio. Il che, in una alla possibilità di definizione immediata del giudizio, con quanto se ne giova la certezza del diritto “emergenziale”, è approdo di tutto rilievo e più aderente alla natura collegiale del giudizio amministrativo, rispetto alla quale la introduzione della decisione cautelare monocratica si rese necessitata per assicurare tutela immediata, nelle more del vaglio camerale: di quel vaglio, da parte del Collegio, che oggi la tecnologia ha reso possibile, compiutamente possibile, da remoto immediatamente.



Approfondimenti

CIVILE

Il nesso di causalità nella responsabilità del medico

di Teresa Manzolillo

Con dieci sentenze pubblicate l'11 novembre 2019, la Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione integra il dibattito, mai sopito, in materia di responsabilità medica, fornendo importanti indicazioni nomofilattiche. In particolare, con due pronunce “gemelle”, le nn. 28991 e 28992 (*Presidente Cons. Travaglino e Relatore Cons. Scoditti*), la Corte chiarisce, con argomentazione lineare, le regole dell'accertamento del nesso di causalità e la relativa prova in giudizio.

Le due sentenze Scoditti confermano l'impostazione in tema di causalità adottata dalla giurisprudenza sin dai primi anni 2000: l'esistenza di una doppia dimensione della causalità, strutturale e probatoria¹ e l'utilizzo di diversi criteri di accertamento tra causalità civile e penale²; manifestando un

significativo elemento di novità rispetto alla ricostruzione di un sistema probatorio e causale unitario tra i due tipi di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, elaborato, secondo esplicita affermazione della Corte, nel solco già tracciato da Cass. n. 18392 del 2017.

Secondo autorevole dottrina³, la responsabilità medica può essere individuata come un sottosistema della responsabilità civile in quanto contraddistinta da regole peculiari; le relative fonti normative, infatti, sono rinvenibili, non solo nel codice civile (artt. 1176, comma 2 e 2236 c.c.), ma anche nella disciplina speciale complementare, da ultimo la legge n. 24/2017 (c.d. Legge Gelli-Bianco), sostitutiva del c.d. decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. conmodif. dalla legge 8 novembre 2012, n. 189). La specialità della normativa trova giustificazione nelle caratteristiche ontologiche della prestazione professionale del medico che sarebbe riduttivo ricondurre esclusivamente alla mera attività adempitiva del sanitario; essa, infatti, di norma si trova a concorrere sia con fattori naturali, integranti tanto concause preesistenti

¹Cass. SS.UU. penali 11 settembre 2002, n. 30328.

²Cass. Sez. III 4 marzo 2004, n. 4440; Cassazione, 18 aprile 2005, n. 7997.

³ De Matteis “La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile”, Padova 1995, 21 ss..

quanto concause sopravvenute, sia con fattori umani, quali le condotte sincroniche ovvero diacroniche di altri sanitari, oppure con fattori di carattere organizzativo imputabili alla struttura sanitaria in cui l'attività medico-sanitaria viene svolta.

Il dibattito sulla responsabilità del medico principia, pertanto, dalla verifica della relativa natura giuridica che, come un pendolo, ha negli anni oscillato tra lo schema della responsabilità aquiliana a quello della responsabilità contrattuale.

Per lungo tempo il rapporto medico-paziente è stato informato a un modello paternalistico, con l'effetto di una sostanziale immunità per i medici, cominciando a porsi in termini diversi solo dopo il diffondersi e lo svilupparsi del servizio sanitario nazionale (Legge 23 dicembre 1978, n. 833) e sulla scia di un ripensamento più generale delle categorie del diritto civile alla luce della Costituzione.

In un primo momento, esso è stato inquadrato nello schema giuridico della responsabilità extracontrattuale: dapprima in termini molto ampi, con riferimento tanto alle ipotesi di attività prestata nell'ambito di una struttura sanitaria, alla quale il medico sia legato da un rapporto di

dipendenza, quanto ai casi di medico-curante ovvero sia di sanitario scelto direttamente dal paziente, ritenendo di non poter, in quest'ultimo caso, configurare un rapporto contrattuale a causa del carattere non patrimoniale della prestazione sanitaria. Successivamente, lo schema della responsabilità aquiliana viene mantenuto solo per la prima ipotesi, l'unica a poter trovare giustificazione nel principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., operando tuttavia una distinzione tra responsabilità del medico e quella della struttura sanitaria: la prima ritenuta responsabilità da inadempimento, ipotizzandosi la conclusione di un contratto tra paziente ed ente; la seconda qualificata, appunto, come extracontrattuale, con esclusione della colpa lieve nei casi di negligenza o imprudenza (art. 2236 c.c.).

Gradualmente la giurisprudenza si allontana da tale paradigma, fino a ricondurre l'attività medica, sia essa prestata all'interno di una struttura sanitaria oppure in regime di libera attività professionale, nello schema della responsabilità *ex contractu*. A tal proposito, il punto di svolta è rappresentato da una pronuncia della Corte di legittimità adottata

alla fine degli anni novanta⁴ in cui si afferma il principio in base al quale anche la responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria, pubblica ovvero privata, deve considerarsi da inadempimento, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio sussistente tra le parti, bensì in virtù di un rapporto di fatto originato dal «contatto sociale».

Secondo questo indirizzo, il medico designato dalla struttura sanitaria non può essere considerato come l'autore di un fatto illecito aquiliano, poiché la vicenda non inizia con la violazione del principio *alterum non laedere* e con il cagionare un danno ingiusto, ma si struttura come rapporto in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico che ha il dovere di prestargliele in virtù del servizio pubblico sanitario nazionale e dal consenso informato sulle cure da eseguire.

Tale percorso trova, tuttavia, una prima tappa d'arresto con l'emanazione del c.d. decreto Balduzzi, adottato con l'intento di restituire ai sanitari una posizione processuale meno onerosa nel crescente contenzioso, e disincentivare la c.d. «medicina difensiva», giocoforza posta in

essere dagli stessi medici quale necessario strumento di difesa in giudizio. La nuova normativa, tuttavia, a causa della scarsa chiarezza del testo (art. 3), ha lasciato prevalere un'esegesi conservativa del «diritto vivente» che ha reso l'intervento di riforma inutile.

Dopo pochi anni, il legislatore adotta, infatti, la legge c.d. Gelli-Bianco (legge 8 marzo 2017, n. 24), il cui art. 7 non lascia più adito a dubbi sull'intento di indirizzare il contenzioso verso un c.d. doppio binario: responsabilità contrattuale delle strutture (ex art. 1218 c.c. per l'inadempimento o l'inesatto adempimento del contratto concluso con il paziente al momento del ricovero; ex art. 1228 c.c. per il danno cagionato dal professionista/ausiliario di cui si sia avvalsa per l'adempimento dell'obbligazione); extracontrattuale del sanitario operante al suo interno, dipendente o meno che sia, salva l'ipotesi di attività svolta sulla base di accordo negoziale con il paziente.

La descritta oscillazione attorno alla natura giuridica della responsabilità del medico, si accompagna al fondamentale problema del nesso causale (tra condotta della struttura e del personale sanitario e danno lamentato

⁴Cass. Sez. III 22 gennaio 1999, n.589.

dal paziente) e della relativa prova, con riferimento sia alla distribuzione dei carichi probatori, sia al contenuto degli stessi. Questione che diventa cruciale con riferimento al c.d. “rischio della causa ignota”, cioè l’individuazione della parte processuale che nel giudizio soccombe per non essere riuscita ad assolvere all’onere probatorio cui risulta essere tenuta.

La questione, per evidenti ragioni pratiche, è stata oggetto di costante dibattito in giurisprudenza, sviluppandosi secondo un percorso interpretativo scandito da cinque stagioni ovvero fasi.

Nella prima la giurisprudenza riconduce il rapporto medico-paziente ad una obbligazione di mezzi, nell’ambito della quale il medico si vincola ad un obbligo di diligenza, e non al conseguimento di un risultato (raggiungimento della guarigione). Il paziente, dunque, è onerato della dimostrazione della difettosa esecuzione della prestazione, nonché del nesso eziologico tra condotta colposa (poiché non rispettosa dei criteri di prudenza, perizia e diligenza) e danno ricevuto.

In questa prospettiva, l’onere probatorio non risulta essere molto diverso rispetto a quello previsto per il danneggiato

nell’ambito della responsabilità aquiliana, gravando su di lui “il rischio della causa ignota”.

Nella seconda stagione interpretativa, la giurisprudenza opera una *summa divisio* tra operazioni routinarie, ovvero interventi di facile esecuzione, ed operazioni complesse⁵. Nei casi di intervento di difficile esecuzione il paziente viene onerato di fornire la prova dell’errore del sanitario attraverso la ricostruzione precisa delle modalità di svolgimento dell’operazione.

Nelle ipotesi di operazioni routinarie, invece, al paziente viene chiesta la sola dimostrazione del peggioramento delle proprie condizioni di salute, così ricostruendo, in via presuntiva, la prova dell’inadeguata ovvero negligente prestazione professionale. Di conseguenza, al medico spetta di dimostrare che il peggioramento sia stato provocato da un evento imprevedibile sopraggiunto a lui non imputabile, ovvero dalle pregresse condizioni del malato.

Tale regola, pur avendo avuto il pregio di aver previsto un criterio di ripartizione dell’onere della prova unitario a fronte dei differenti titoli di responsabilità (aquiliana

⁵Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141.

per il medico dipendente e contrattuale per la struttura o il libero professionista), presenta il grande demerito di avere, di fatto, reso configurabile una responsabilità oggettiva del medico, trasformando l'obbligazione di quest'ultimo da una obbligazione di mezzi ad una obbligazione di risultato.

La terza stagione viene avviata dalla nota pronuncia a Sezioni Unite della Corte di legittimità⁶ che sancisce il criterio della omogeneità delle regole di riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale.

La richiamata pronuncia, facendo riferimento ad esigenze di omogeneità, al principio di persistenza del diritto e a quello di vicinanza della prova, stabilisce, in materia di responsabilità contrattuale, un'unica regola probatoria, sia nel caso in cui venga proposta domanda di adempimento, di risoluzione o di risarcimento, sia nel caso in cui si agisca per il mancato o l'inesatto adempimento. In tutte queste ipotesi il creditore è solo tenuto a dimostrare esclusivamente la fonte del suo diritto, spettando al debitore la prova di aver adempiuto.

Recependo tale criterio in materia di

responsabilità medica⁷, i Giudici di legittimità hanno così chiarito la distribuzione dell'onere probatorio: al paziente spetta il solo onere di dimostrare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica ovvero l'insorgenza di una nuova malattia a seguito dell'intervento; mentre il medico, ovvero l'ente nel quale egli agisce, è onerato della prova in ordine alla diligente esecuzione della prestazione professionale e dell'individuazione dell'evento imprevisto ed imprevedibile che abbia dato luogo all'esito infausto ovvero al peggioramento delle condizioni del paziente.

Tale ricostruzione resta, tuttavia, poco chiara rispetto all'individuazione del soggetto processuale gravato della prova del nesso eziologico tra prestazione ed evento dannoso, che comunque, la giurisprudenza, poi consolidata, univocamente pone a carico del danneggiato.

Nell'ambito della quarta fase, le Sezioni Unite⁸ cercano di superare l'ambiguità interpretativa della precedente ricostruzione e, discostandosi apertamente con l'orientamento invero consolidatosi,

⁷Cass.civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n° 10297;

⁸Cass. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577.

⁶Cass. Civ. SS.UU. 30 ottobre 2001, n.13533.

affermano la presunzione della prova del nesso causale.

Con più precisione, l'onere probatorio viene distribuito nel senso che il paziente-attore deve limitarsi a provare il rapporto ed allegare un “inadempimento qualificato”, ovvero un inadempimento astrattamente idoneo a cagionare l'evento pregiudizievole, secondo un criterio di normalità causale (*l' id quod plerumque accidit*) ovvero sulla base di leggi statistiche ovvero probabilistiche di copertura che spiegano il processo eziologico dell'evento dannoso. Il sanitario-convenuto è onerato, invece, di provare l'esattezza dell'adempimento ovvero l'irrilevanza eziologica dell'eventuale inadempimento nella produzione dell'evento di danno.

In altre parole, nella ricostruzione delle Sezioni Unite del 2008 il nesso causale sarebbe presunto sino a prova contraria che deve essere fornita dal medico-debitore, sul quale, pertanto, dovrebbe ricadere il “rischio della causa ignota dell'evento”.

Diverse le critiche rivolte a tale ricostruzione, soprattutto da parte della dottrina.

Ed infatti, poco chiaro risulta essere il contenuto dell'allegazione cui sarebbe

tenuto l'attore in giudizio, in particolare, con riferimento al relativo grado di specificità. Sul punto, è opportuno considerare che l'onere di allegazione assolve alla fondamentale funzione di delimitazione della domanda attorea, dunque, di individuazione dell'oggetto stesso del processo; pertanto, un'allegazione generica e poco puntuale rischierebbe non solo di essere ostativa di una buona difesa da parte del convenuto, ma anche di pregiudicare le esigenze di uguaglianza sostanziale e di “parità delle armi” nel processo. Tale assottigliamento dell'onere di allegazione nemmeno pare rispondere ad esigenze di equità, svelandosi, piuttosto, come mero meccanismo per rendere le regole processuali più severe quando parte convenuta appartenga alla classe medica.

Di conseguenza, non poche incertezze si registrano anche con riferimento al contenuto della prova liberatoria in capo al medico ovvero alla struttura sanitaria.

La quinta stagione recepisce il mutamento del quadro normativo, prima con il Decreto Balduzzi e poi con la Legge Bianco -Gelli.

Uno dei tratti di maggiore novità di questi interventi è il richiamo alle cc.dd. linee guida, ad oggi considerate sia dai giudici di

merito che dal Giudice di legittimità, regole di soft-law ormai codificate, rilevanti ai fini della verifica della sussistenza o meno della colpa del medico (nella sola accezione dell'imperizia), valutata tanto attraverso la verifica della corretta esecuzione del comportamento imposto dalla linea guida, quanto con riferimento alla scelta del medico di discostarsi dalla pratica individuata, poiché non idonea ad essere applicata al caso concreto (art. 5 e 6 Legge n. 24/2017).

In questa prospettiva, tali disposizioni, suggerendo all'interprete il criterio per verificare l'esattezza o meno della prestazione del sanitario, sembrano indirizzare la regola della distribuzione dell'onere probatorio, distinguendo due ipotesi; quella in cui il medico abbia opportunamente applicato la pratica medica indicata dalle linee guida, dandone corretta esecuzione; da quella in cui la scelta di osservare la regola imposta dalle linee guida risulti errata poiché l'indicazione non è adeguata al caso concreto.

Nella prima ipotesi qualora, malgrado la correttezza dell'adempimento della prestazione, si verifichi l'evento di danno, il medico al fine di escludere la propria

responsabilità sarà onerato esclusivamente di provare di aver agito nel rispetto della pratica medica indicata dalle Linee guida, non anche a dimostrare che l'evento sia stato provocato da una causa imprevista ovvero imprevedibile a lui non imputabile, invero da dimostrare solo nel caso in cui il medico non riesca a dimostrare l'esattezza dell'adempimento.

Nel secondo caso, sovrapponibile all'ipotesi in cui al medico viene attribuito un comportamento imprudente ovvero non diligente, l'esattezza della prestazione, evidentemente, non potrà essere provata con la dimostrazione della inadeguatezza della linea guida al caso concreto, concentrandosi, invero, sulla dimostrazione che il danno evento sia stato provocato da un evento imprevedibile, tuttavia, riconducibile ad una condotta imprudente o negligente del medico che lo ha reso inevitabile.

In questo contesto si colloca la pronuncia, a sezioni semplici, del 2017⁹ che dopo l'arresto delle Sezioni Unite del 2008, segna una svolta di rilievo dirimpante nella sistemazione concettuale nella regola di ripartizione dell'onere probatorio in materia

⁹Cass. Sez III, 5 luglio 2017, n. 18392.

di responsabilità medica enunciando il principio di diritto in base *«ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione; l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile sorge solo ove il danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari»*.

Il principio di diritto riportato fonda sui seguenti passaggi argomentativi:

- il nesso causale (tra azione/omissione del medico ed evento di danno) è elemento del fatto costitutivo della pretesa risarcitoria;
- secondo la regola generale (art. 2697 c.c. *“onus probandi incumbit ei qui dicit”*) la sua prova incombe sull'attore/danneggiato;
- il principio affermato da Cass. S.U. n. 577 del 2008 solo apparentemente

enuncia una regola opposta, in quanto si riferisce in realtà non al nesso causale che lega l'evento di danno all'azione od omissione del sanitario (causa costitutiva del diritto al risarcimento), ma al diverso nesso causale che intercorre tra inadempimento e fatto non imputabile al debitore/sanitario (causa estintiva dell'obbligazione).

Occorre dunque distinguere due cicli causali:

- il primo riguarda l'evento di danno; esso è comune ad ogni fattispecie di responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) e caratterizza negli stessi termini gli oneri di allegazione e prova del danneggiato («tronco comune» delle azioni di danno) (c.d. causalità costitutiva);
- il secondo è proprio della responsabilità contrattuale e riguarda l'impossibilità di adempiere (per fatto non imputabile al debitore) come causa di estinzione dell'obbligazione, la cui prova è a carico del debitore (c.d. causalità estintiva);

- la dimostrazione di tale causa estintiva passa attraverso la prova della non imputabilità del fatto che ha reso impossibile la prestazione e, dunque, della diligenza del debitore, che però, a questo fine, non attiene all'adempimento ma alla «conservazione della possibilità di adempiere»;
- essa va quindi valutata secondo il parametro della diligenza ordinaria ex art. 1176, comma primo, c.c., a differenza di quella relativa alla prestazione dedotta in contratto, che va valutata secondo la diligenza professionale (art. 1176, comma secondo, c.c.).

Da tali regole discende che il rischio della causa ignota graverà sul creditore/danneggiato, se riguarda l'evento di danno; mentre incomberà invece sul debitore/danneggiante, se riguarda la causa esterna imprevedibile e inevitabile che ha reso impossibile l'adempimento. Ulteriormente precisando che il “secondo ciclo causale”, quello relativo alla possibilità di adempiere, acquisterà rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento

dannoso e condotta del debitore.

Nel solco tracciato dalla pronuncia del 2017, si muovono le cc.dd. sentenze gemelle di San Martino, le quali propongono una lettura innovativa del sistema probatorio e causale della responsabilità del medico, ricostruito in termini unitari tanto per la responsabilità contrattuale quanto per quella aquiliana.

Le pronunce mettono in luce, ancora una volta, la singolarità della prestazione professionale del medico, che spesso giustifica un'esegesi altrettanto peculiare.

È affermazione comune¹⁰ quella secondo cui, in materia di responsabilità contrattuale, il creditore non ha l'onere di provare il nesso di causalità materiale, potendo limitarsi ad allegare il contratto e l'inadempimento, in ciò differenziandosi dall'azione di responsabilità per fatto illecito in cui il soggetto danneggiato, invece, ha l'onere di provare, tra gli elementi costitutivi dell'azione, il nesso di causalità che lega la condotta del danneggiante all'evento di danno.

Si argomenta che la posizione agevolata di cui gode il creditore nell'azione di responsabilità contrattuale è dovuta al fatto

¹⁰Ex multis Cass. n. 13355 del 2001

che l'interesse delle parti si indentifica con l'interesse alla prestazione; di conseguenza, l'inadempimento si identifica con il danno-evento, ossia con la lesione dell'interesse di una parte. Da tanto si ricava che, in realtà, l'agevolazione di cui gode il creditore non consista in un alleggerimento dell'onere probatorio su di lui gravante, ma sia conseguenza del fatto che l'allegazione dell'inadempimento equivale all'allegazione del danno-evento in cui è assorbita la causalità materiale.

Nelle pronunce in commento la Corte osserva che tale impostazione, corretta nei limiti in cui essa prende a modello l'obbligazione di fare o di dare – cui è improntata la disciplina codicistica –, non può trovare applicazione *«nel diverso territorio del facere professionale [dove] la causalità materiale torna a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta secondo le regole generali»*.

Nelle obbligazioni di diligenza professionali, infatti, il danno-evento non si identifica con la lesione dell'interesse alla prestazione dedotta in contratto poiché oggetto della prestazione non è la guarigione o cura del paziente bensì *«il perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore»*; la

guarigione o cura del paziente, invero, rappresenta l'interesse primario, presupposto al contratto, che, tuttavia, non ricade nell'alveo dei motivi soggettivi irrilevanti poiché strettamente connesso con la prestazione dedotta in contratto, colorandone inevitabilmente la causa.

In sostanza, quando oggetto del contratto è un'obbligazione di fare professionale il nesso di causalità materiale non è assorbito dall'inadempimento perché la lesione della salute potrebbe dipendere da una causa diversa. Se così non fosse si dovrebbe sostenere che oggetto della prestazione è la guarigione o cura del paziente, ma così non è. Infatti come ha modo di osservare la Corte: *«la guarigione o l'impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie dipendono troppo poco dalla volontà del medico e dalla collaborazione del malato perché possano essere dedotte in obbligazione. Lo stato di salute [...] integra la causa del contratto, ma l'obbligazione resta di diligenza professionale»*.

Tanto precisato, l'attenzione si sposta sulla ripartizione dell'onere probatorio e delle conseguenze di un'eventuale incertezza causale.

Sul punto, le sentenze gemelle riaffermano il principio del cd. doppio ciclo causale già

presente nella sentenza n. 18392 del 2017: l'uno relativo all'evento dannoso, a monte; l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle.

L'onere di provare la causalità tra condotta e danno-evento e tra questo e il danno-conseguenza grava sul paziente. Assolto tale onere -- provato che l'intervento del professionista si è inserito nella serie causale che ha condotto al danno – grava sul professionista provare che una causa esterna, a lui non imputabile o da lui non prevedibile utilizzando l'ordinaria diligenza, ha reso impossibile l'adempimento della prestazione.

Le conseguenze dell'incertezza causale seguiranno la ripartizione dell'onere probatorio relativo ai due cicli causali. A termine dell'istruttoria l'incertezza circa le cause dell'evento di danno ridonderà in danno del paziente, mentre l'incertezza circa la possibilità di adempiere la prestazione professionale o la prevedibilità e prevenibilità della causa esterna in grado di incidere sull'adempimento della prestazione si ripercuoterà in danno del professionista.

PENALE

I controversi rapporti tra peculato e peculato d'uso.

di Anna Vecchione

Evoluzione normativa

Il dilagare di fenomeni corruttivi nell'ambito della pubblica amministrazione ha spinto il legislatore ad intervenire in materia di delitti contro la p.a. con successive riforme normative, volte a supplire la crisi di effettività del sistema, da un lato, operando sulla struttura del reato, dall'altro sulla forbice edittale.

L'attuale assetto normativo, infatti, risulta modificato rispetto all'originaria impostazione del codice Rocco del '30.

I mutamenti vanno tutti nel senso di un ampliamento della responsabilità penale unitamente ad un inasprimento della risposta punitiva.

Da questo punto di vista, anche l'art. 314 c.p. è una norma che estende l'area del penalmente rilevante mediante una descrizione precisa ma, tuttavia, generale del delitto di peculato, idonea a ricomprendere i diversi comportamenti delittuosi posti in essere dal soggetto pubblico.

Il peculato, di cui al titolo II, parte speciale dei delitti contro alla p.a., si colloca insieme alla corruzione e alla concussione tra i più

gravi delitti posti in essere dal pubblico ufficiale. La fattispecie criminosa è stata incisa principalmente dalla legge n.86 del 1990 e, successivamente, mutata solo nell'indicazione dei limiti edittali di pena, ad opera rispettivamente delle l. n.190/2012 e l. n. 69/2015.

L'intervento novellistico del '90 ha determinato un ridimensionamento del quadro normativo; segnatamente, la fattispecie di malversazione ai danni del privato (ex art 315 c.p.), vigente sotto la pregressa normativa è assorbita nel dettato normativo dell'art. 314 c.p. In tal senso, il termine "altruità" inserito nella nuova formulazione elimina il binomio appartenenza- non appartenenza del bene alla p.a, su cui si fondava il discrimen tra le due fattispecie.

Contestualmente per esigenze di difficoltà interpretative e applicative è stato, altresì, soppresso il peculato per distrazione, configurabile allorquando l'oggetto è distolto dallo scopo e indirizzato ad una finalità diversa da quella istituzionale.

Attualmente si ritiene che la fattispecie ricada nel reato di cui all'art. 323 c.p., anche se secondo la giurisprudenza condotta distrattiva può rilevare come peculato nel caso in cui le risorse siano sottratte da una destinazione pubblica ed indirizzate al soddisfacimento di interessi privati del soggetto agente o di terzi.

ra le novità più rilevanti vi è poi,

l'introduzione dell'ipotesi criminosa di peculato d'uso, di cui al comma 2 art 314 secondo cui: *“si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”*.

Invero, già prima della riforma dottrina e giurisprudenza ritenevano punibile la condotta del momentaneo utilizzo del bene con immediata restituzione, a condizione che l'uso fosse tale da compromettere l'utilità della cosa per la p.a.¹¹ con un trattamento sanzionatorio, il più delle volte, sproporzionato all'effettivo disvalore della condotta.

Senonché, per esigenze di tassatività ed offensività, la legge, da un lato, ha codificato espressamente il peculato d'uso distinguendolo dalla più grave forma di peculato comune; dall'altro, ha adeguato la risposta sanzionatoria con la previsione di una pena proporzionata al minor disvalore del fatto.

Elementi costitutivi del peculato: due fattispecie a confronto

Come anticipato, l'attuale formulazione dell'art 314 c.p. contempla accanto alla fattispecie delittuosa del peculato ordinario la distinta ipotesi del c.d. peculato d'uso.

Secondo l'orientamento prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, la previsione

è diretta a tutelare un duplice interesse: uno di carattere funzionale, che si identifica nella legalità, probità imparzialità ed efficienza dell'attività della p.a., di cui all'art. 97; l'altro di natura patrimoniale, corrisponde alla salvaguardia del patrimonio ovvero dell'integrità del bene della stessa p.a. o di terzi.

A tale stregua, anche in mancanza di un danno economicamente significativo, si reputano penalmente rilevanti quelle condotte che creano una disfunzione nell'organizzazione amministrativa, attesa la lesione dell'interesse al buon andamento dell'amministrazione.

A norma dell'art. 314, co 1, integra l'ipotesi delittuosa del peculato ordinario *“il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro e di altra cosa mobile altrui se ne appropria”*.

La fattispecie de qua rientra nella categoria di reati c.d. propri, per la cui configurabilità è richiesta la peculiare qualifica soggettiva di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, da intendersi secondo l'accezione oggettiva accolta agli artt. 357 e 358 c.p.

Nell'ambito dei soggetti che svolgono pubbliche funzioni rivestono tale qualifica, altresì, coloro che formano o concorrono a formare la volontà della p.a. o che svolgono tale attività mediante l'esercizio di poteri autoritativi e certificativi.

Si tratta di un delitto istantaneo che si perfeziona nel momento in cui l'agente, in

¹¹ Cass. pen. sez. IV, sent. 10015/91.

possesso di un bene altrui per ragioni di ufficio, ne disponga uti dominus.

La dottrina maggioritaria, infatti, ritiene che la condotta appropriativa, rilevante ai sensi dell'art. 314 c.p., si realizza con l'interversione del possesso da parte del pubblico ufficiale, che si manifesta instaurando sul denaro o sulla cosa mobile altrui una signoria di fatto incompatibile con le ragioni che ne giustificano il possesso.

Ne segue che, ai fini della consumazione del reato è irrilevante l'eventuale produzione di un danno o il conseguimento di un ingiusto profitto.

Sul punto, si precisa che la giurisprudenza esclude il peculato nell'ipotesi in cui la disposizione delle risorse pubbliche avvenga per finalità diverse da quelle specificamente previste ma, pur sempre nell'ambito del ruolo istituzionale svolto dal soggetto pubblico, perché ad ogni modo permane la connessione fra la res ed il dominus e, quindi, la legalità del possesso. I presupposti necessari della condotta appropriativa sono, dunque, costituiti dal possesso o dalla disponibilità del bene. La nozione di possesso è più ampia di quella civilistica, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1140 c.c., in quanto riferita, non solo, alla detenzione materiale della res ma anche alla sua disponibilità giuridica. Cosicché, la condotta appropriativa può dirsi integrata anche con il compimento di un atto dispositivo e non necessariamente di materiale apprensione.

Il soggetto agente, cioè, deve essere in grado

mediante un atto dispositivo, di sua competenza o connesso a prassi e consuetudini invalse nell'ufficio, di inserirsi nella disponibilità del denaro. In altri termini, l'atto dispositivo si sostanzia in un potere connesso all'esercizio della funzione o della prestazione di servizio.

Come si evince del tenore letterale della norma, si ha riguardo ad un possesso qualificato dalla ragione dell'ufficio o del servizio costituito sulla base di un rapporto che si ricolleggi, anche di fatto, alle mansioni esercitate dall'agente. A riguardo, la giurisprudenza ha affermato che commette peculato chi concretamente esercita tale funzione anche a prescindere da una formale investitura, giacché ciò che rileva è la relazione oggettiva fra l'esercizio della funzione e l'attività svolta dal soggetto. Viceversa, non configura peculato la circostanza di una relazione meramente occasionale con il bene che tragga origine da un evento fortuito e non da mansioni connesse all'ufficio di appartenenza.

Oltre il denaro, sono suscettibili di appropriazione le cose mobili che abbiano un valore economico intrinseco ovvero una qualsiasi utilità per il fatto dell'agente.

La fattispecie di peculato d'uso, invece, può dirsi integrata in base al comma secondo dell'art. 314 co 2 c.p. quando l'uso del bene non comporti una sua definitiva acquisizione in favore del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che ne abbia disposto.

Dal punto di vista oggettivo, infatti, la condotta appropriativa nel peculato d'uso, diversamente da quella del peculato comune, non postula la totale estromissione del bene dal patrimonio dell'avente diritto.

Nella previsione normativa rientrano solo le condotte che si rivelino momentanee e non prolungate sia nelle intenzioni che nel comportamento posto in essere dal soggetto agente.

Del resto, ad escluderne un uso prolungato è “*l'immediata restituzione del bene*” che deve conseguire all'uso dello stesso. Di conseguenza, tutte le altre utilizzazioni illecite sono punibili ai sensi del comma primo ex art 314 c.p. .

Per uso momentaneo deve intendersi non un uso istantaneo ma temporaneo, ossia protratto per una durata che non superi il tempo di utilizzo della cosa sottratta, tale da non comportare una sottrazione idonea a compromettere seriamente la funzionalità della p.a. .Non tutte le ipotesi di utilizzo del bene pubblico per finalità non corrispondenti a quelli istituzionali configurano un peculato d'uso. La giurisprudenza di legittima¹², infatti, ha chiarito che servirsi di un bene in modo episodico ed occasionale non idoneo- per consistenza e durata - a recare un concreto e significativo danno economico all'ente pubblico o a pregiudicarne l'ordinaria attività amministrativa, non costituisce

l'ipotesi delittuosa del peculato d'uso.

Sul piano dell'imputazione soggettiva il peculato d'uso, a differenza del peculato comune, non è sorretto dal dolo generico ma postula il dolo specifico, in quanto l'agente deve appropriarsi della cosa con l'intenzione di farne un uso momentaneo.

L'oggetto materiale della condotta

La riforma ad opera della legge n.86 del '90 non è valsa a sopire i dubbi circa l'esatta individuazione dell'oggetto materiale della condotta nel peculato d'uso.

La questione rileva sul piano applicativo, attese le conseguenze sanzionatorie che derivano dall'inquadramento nell'una o nell'altra fattispecie forma di peculato.

L'orientamento prevalente, nel segno della giurisprudenza ante riforma, ritiene che il peculato d'uso possa avere ad oggetto solo cose di specie sicché, in caso di uso di beni fungibili (denaro) il fatto sarebbe sussumibile nella più grave forma di peculato comune, di cui al co 1 art. 314 c.p. L'assunto poggia sul presupposto dell'ontologica incompatibilità della condotta “*di immediata restituzione*” con beni consumabili che, come noto, esauriscono la loro utilità al momento dell'utilizzo da parte del soggetto. D'altro canto, la norma, non solo, riferisce di “cosa” senza ulteriori specificazioni, ma postula la restituzione della medesima da parte del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio.

¹² Cass. pen. sez.VI, sent. n. 7177/2010; recentemente Cass. pen. sez. VI, sent. n. 30178/2019

Anche la recente giurisprudenza di legittimità non ritiene integrato il peculato d'uso quando abbia ad oggetto il denaro, bene consumabile per eccellenza. In tal senso, si osserva che in caso di beni fungibili non è possibile la restituzione dell'*eadem res* ma solo del *tantum* della stessa tipologia¹³. In senso contrario l'orientamento minoritario osserva che la formulazione normativa, nei termini indicati, è dettata, in realtà, da esigenze di economia espositiva. Difatti, l'assenza di ulteriori qualificazioni è dovuta alla tecnica descrittiva per *relationem* adoperata dal legislatore nel delineare il peculato d'uso. Del resto, avallando un'interpretazione costituzionalmente orientata, secondo i parametri costituzionali di ragionevolezza ed equità, di cui all'art 3 Cost., si ritiene che il diverso trattamento sanzionatorio non può dipendere dal labile dell'oggetto materiale di condotte che, di fatto, risultano accomunate tanto sul piano del disvalore oggettivo quanto sulla lesione dell'interesse tutelato. Peculato d'uso: reato autonomo o circostanza attenuante? Stabilire la relazione tra le diverse fattispecie incriminatrici è un dei temi più controversi nel panorama giuridico. Le difficoltà derivano dall'assenza di un'ontologica differenza tra elementi costitutivi del reato e circostanze, ben potendo il legislatore attribuire ad uno stesso elemento l'una o l'altra connotazione,

e dalla mancanza di criteri univoci idonei a risolvere eventuali dubbi.

L'interrogativo circa il rapporto che intercorre tra i rispettivi commi dell'art. 314 c.p. appare risolto in favore della soluzione che qualifica il peculato d'uso, ex art. 314, comma secondo, c.p., in termini di reato autonomo.

La giurisprudenza di legittimità e la dottrina prevalente sono concordi nel ritenere che il peculato d'uso integri un'ipotesi autonoma di reato, per impianto strutturale, rispetto al peculato comune, di cui al primo comma dell'art. 314 c.p.

In tal senso depone la previsione contenuta nel comma secondo dell'art. 314 c.p., connotata dalla finalità dell'agente quale elemento specializzante che delinea una condotta intrinsecamente diversa da quella propria del peculato comune.

Come già ribadito, l'intenzione del soggetto agente di un utilizzo momento della *res*, cui fa seguito l'immediata restituzione, deve caratterizzare fin dal principio la condotta appropriativa, giacché in caso contrario ricorrere la più grave ipotesi di peculato comune.

Sul piano materiale, si ravvisa un'incompatibilità ontologica tra le due condotte: nell'utilizzo momentaneo della cosa, infatti, difetta l'interversione del possesso, quale presupposto necessario della condotta appropriativa del peculato comune. Indici questi di un'autonomia strutturale tra le due fattispecie.

¹³ Cass. pen. sez.VI 27528/2009; v.Cass. pen. sez.VI sent. n. 20043/2014

Non vale come argomento contrario, l'obiezione secondo cui la condotta di peculato d'uso risulterebbe assorbita in quella di cui all'art. 314, comma primo, c.p., poiché descritta per *relationem* nel medesimo articolo.

Il criterio topografico non è dirimente né rilevante ai fini della qualificazione in termini di circostanza, infatti, nulla esclude che in un medesimo articolo siano contemplate una pluralità di fattispecie incriminatrici; ciò, del resto, trova conferma nelle diverse ipotesi delittuose disseminate nel c.p.

Allo stesso modo, può dirsi della tecnica di redazione adoperata dal legislatore, considerata piuttosto frutto di economia espositiva.

Inoltre, sempre nella prospettiva dell'autonomia e della non accessorietà della figura del peculato d'uso, si valorizza l'intenzione del legislatore storico di introdurre una nuova ipotesi criminosa per temperare il trattamento sanzionatorio rispetto a fatti connotati da una minore gravità arginando, allo stesso tempo, arbitrarie dilatazioni interpretative del peculato comune. Utilizzo da parte del pubblico ufficiale del telefono d'ufficio per fini personali

L'esatto inquadramento normativo, nell'alveo dell'art 314 c.p., di condotte di indebita utilizzazione di beni funzionali all'esercizio dell'attività della pubblica amministrazione da parte dell'agente

pubblico, non sempre risulta agevole.

Non sono dirimenti le diverse ricostruzioni offerte in dottrina e in giurisprudenza che, di fatto, contribuiscono ad intensificare i termini del dibattito. Una delle questioni di maggior eco, posta all'attenzione delle SS.UU., ha riguardato l'utilizzo del telefono d'ufficio per fini personali da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio¹⁴. Nella fattispecie in esame, la Cassazione ha disatteso sia l'indirizzo maggioritario, che sussume la condotta nel comma primo dell'art 314 c.p.; sia la soluzione ermeneutica proposta dalla sezione rimettente, che riconduceva il fatto alla truffa aggravata ex art. 640 c.p., nell'ipotesi in cui l'utilizzo del telefono per fini personali derivi da una dichiarata e non veritiera da parte dell'utente. L'orientamento maggioritario, fino all'intervento delle SS.UU., nell'alternativa tra peculato comune e peculato d'uso, ha optato sulla configurabilità del primo ponendo l'attenzione sull'oggetto e sull'effetto della condotta appropriativa, per stabilire se il bene fosse suscettibile o meno di restituzione dopo l'uso. Segnatamente, l'oggetto della condotta veniva identificato nei c.d. scatti telefonici, nell'energia ossia le onde elettromagnetiche che rendono possibile le telefonate. Secondo tale indirizzo, infatti, gli scatti telefonici, possono essere qualificati come beni data

¹⁴ Cass., Sez. Un., sent. n.19054/2013

l'equiparazione che il codice, in materia di furto, pone tra le cose e l'energia avente valore intrinsecamente economico.

Pertanto, se l'oggetto dell'appropriazione corrisponde al costo economico degli scatti telefonici allora la condotta appropriativa non può che ritenersi definitiva, giacché l'energia consumata per il tramite della telefonata non è passibile di restituzione. D'altro canto, non vale a ricondurre la fattispecie nel peculato d'uso, la circostanza che possa rendersi l'equivalente monetario atteso che il comma secondo dell'art. 314 c.p. richiede l'identità tra la cosa utilizzata e la cosa che viene restituita. Le Cassazione, invece, attestandosi su posizioni diametralmente opposte, perviene ad un esito opposto, qualificando la condotta come peculato d'uso. In senso critico, si osserva che l'oggetto della condotta vada individuato nell'apparecchio telefonico in quanto tale. Tale soluzione poggia sulla considerazione che presupposto del peculato è la previa disponibilità materiale della cosa. In tal senso, è l'uso del telefono che genera l'energia e il costo degli scatti che, quindi, rappresentano un posterior rispetto alla condotta di utilizzo del bene stesso. L'onda elettromagnetica, infatti, non può costituire oggetto di un previo possesso da parte del pubblico ufficiale che, invece, ne dispone solo mediante l'uso del telefono. Diversamente argomentando, dovrebbe concludersi per la configurabilità del peculato rispetto ad un bene

precedentemente inesistente. Sul punto si afferma “ *non possono essere tecnicamente oggetto di appropriazione, in quanto non sono oggetto di previo possesso o disponibilità da parte dell'utente del telefono perché non preesistono all'uso dell'apparecchio, ma sono prodotte dalla sua attivazione* ” .

Inoltre, si valorizza il temporaneo abuso del possesso dell'apparecchio telefonico, distratto dalla destinazione del fine istituzionale e piegato a fini personali soltanto per la durata della telefonata.

In questi termini, ai fini della sussistenza del reato non è necessaria la sottrazione fisica della res, ma è sufficiente la deviazione dal fine pubblicitario ed il successivo ripristino della destinazione al termine della telefonata. I due momenti così descritti, infatti, corrispondono alle condotte di “ *uso momentaneo* ” e “ *immediata restituzione* ”, di cui comma secondo art. 314 c.p. . Tale ricostruzione, peraltro, consente di risolvere anche i problemi applicativi sorti rispetto a condotte prive di conseguenze economiche come, ad esempio, le chiamate abusive su utenze regolate da contratti di abbonamento c.d. “ *tutto compreso* ”. In tali casi, le condotte possono ritenersi penalmente rilevanti anche in assenza di un pregiudizio patrimoniale sempre che, tuttavia, siano lesione della funzionalità e quindi del buon andamento della p.a. Su tali premesse, è stato chiarito che la punibilità delle condotte di appropriazione del telefono, sub specie di peculato d'uso, ad ogni modo, è subordinata

in omaggio al principio di offensività.

AMMINISTRATIVO

Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Corte di Cassazione in punto di giurisdizione

di Maria Giovanna Murrone

Considerazioni introduttive

Il riparto di giurisdizione e i limiti del sindacato operato dalla Corte di Cassazione sono da sempre al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale; da ultimo, va segnalata la pronuncia da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dell'ordinanza interlocutoria del 18 settembre 2020, n. 19598 con la quale è stata rimessa questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea proprio in tema di ampiezza del sindacato esercitabile dalla Corte di cassazione sulle sentenze rese dal Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione.

Numerose sono le implicazioni sottese a tale istituto, senza tema di smentite profondamente polemogeno, e che da ultimo involge differenti concezioni del

rapporto tra le giurisdizioni¹⁵, alla cui analisi pare opportuno procedere mediante un approccio anche diacronico che dia conto, quand'anche in maniera sintetica, delle scelte normative intervenute in materia, improntate a *rationes* talvolta radicalmente differenti tra di loro, segno anche della natura relativamente recente delle problematiche poste dalla giurisdizione.

La giurisdizione: nozione e soggetti titolari

La moderna concezione dello Stato di diritto accoglie tra gli altri anche il principio di separazione dei poteri.

Lungi dal cumularsi e per volontà divina in capo ad unico soggetto, il sovrano, che lo esercita arbitrariamente in assenza di qualsivoglia limite – il potere nello Stato di diritto, improntato al principio della rappresentatività democratica, si articola in quello legislativo, amministrativo e giurisdizionale.

A soggetti distinti è, dunque, affidato il potere di porre norme aventi carattere

¹⁵ F. Dinelli, G. Palazzesi, *Sindacato per motivi di giurisdizione. La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, in *Giur. It.*, 2015, 939.

generale ed astratto che, con carattere di innovatività, disciplinino tutti i casi concreti suscumbibili nel relativo ambito applicativo; quello di svolgere l'attività di cura concreta dell'interesse pubblico; infine, e per quanto qui segnatamente rileva, di procedere all'applicazione nel caso concreto delle norme giuridiche.

In ciò si risolve infatti, secondo un'accezione per così dire minima, la giurisdizione della quale pure vengono ad essere fornite numerose altre definizioni, nessuna delle quali in sé è e per sé sufficiente a dar conto del complessivo significato della stessa, anche a causa della difficoltà di ricondurre ad una nozione unitaria le diverse attività di cognizione, di esecuzione e cautela, nonché di volontaria giurisdizione svolte dai giudici.

La stessa è infatti stata definita ora come attuazione della volontà concreta della legge mediante la sostituzione dell'attività di organi pubblici ad una attività altrui; ora come funzione finalizzata all'applicazione delle sanzioni comminate dalle norme giuridiche. Ancora ne è stata posta in evidenza la funzione di composizione delle liti, evitandosi in tal modo ogni ipotesi di giustizia privata; mentre secondo altri autori

ancora il relativo segno distintivo è costituito dalla attitudine a dar luogo ad un accertamento incontrovertibile, ossia alla cosa giudicata sostanziale¹⁶.

Laddove quello legislativo ed amministrativo sono propri, rispettivamente, del legislatore e della pubblica amministrazione, il potere giurisdizionale – significativamente definito in termini di funzione dalla Carta costituzionale all'art. 102 – viene ad essere esercitato, in via esclusiva e nell'ambito del processo, da magistrati istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, secondo quanto recita il primo comma della disposizione costituzionale appena menzionata che prosegue sancendo del pari il divieto di istituzione di giudici speciali.

La considerazione di tale sola disposizione sarebbe tuttavia determinativa di una rappresentazione fallace dell'attuale, effettivo assetto della giurisdizione.

Pur previsto il divieto della istituzione di nuovi giudici speciali – divieto rafforzato dalla previsione di cui alla VI disposizione transitoria e finale a mente della quale si

¹⁶ Rassegna rinvenibile con i relativi riferimenti dottrinali in C. Consolo, S.M. Valletti, sub art. 1, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, Tomo 1, Milano, 2018, 133-134.

sarebbe dovuto procedere, nel termine di cinque anni dalla entrata in vigore della Costituzione, alla revisione degli organi speciali di giurisdizione allora esistenti – il nostro ordinamento contempla infatti organi ulteriori, *rectius* speciali di giurisdizione della cui esistenza di già in sede di dibattito in Assemblea costituente è stata effettuata una valutazione in termini di compatibilità e rilevanza costituzionale.

Il riferimento è alla Corte dei conti, ai tribunali militari e, per quanto in questa sede specificamente rileva, al Consiglio di Stato, non soltanto oggetto di previsione in molteplici disposizioni costituzionali, ma significativamente esclusi, ed in maniera espressa, dalla revisione di cui alla VI disposizione transitoria e finale, peraltro rimasta inattuata.

È stata così riconosciuta la piena legittimità della giurisdizione amministrativa la quale, per come noto, contempla oltre al Consiglio di Stato anche i Tribunali Amministrativi Regionali quali giudici di primo grado¹⁷.

Il nostro ordinamento accoglie, dunque, il cosiddetto sistema dualista, in forza del quale, sinteticamente, le controversie di cui

è parte la pubblica amministrazione (invero, talune di esse) sono attribuite a un giudice specializzato e distinto dal giudice “ordinario”.

Proprio tale circostanza ha storicamente determinato i sopracitati problemi interpretativi attinenti, per un verso, alla preliminare individuazione del criterio discrezionale tra le due giurisdizioni e, per altro verso, alla individuazione di meccanismi di risoluzione dei conflitti che tra le giurisdizioni possano insorgere.

È con riferimento al secondo aspetto che rileva l'analisi di quella peculiare figura costituita dall'eccesso di potere giurisdizionale e del ruolo spendibile dalla Corte di cassazione in quanto giudice della giurisdizione.

I rapporti tra l'autorità giudiziaria ordinaria e quella amministrativa e il giudice della giurisdizione

La scelta di confermare il sistema dualista nell'assetto derivante al combinato disposto degli artt. 24, 103 e 113, Cost., ha determinato innanzitutto la necessità di istituire meccanismi di raccordo tra gli stessi atteso che, pur distinti, essi non sono

¹⁷ La cui istituzione, di già prevista in Costituzione all'art. 125, co. 2, è stata di poi attuata con l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

indifferenti, quasi si trattasse di monadi.

Una prima conferma di tanto si ricava dalla previsione, nel corpo del codice del processo amministrativo, della c.d. *translatio iudicii*, mediante la quale viene ad essere espressamente riconosciuta la comunicabilità tra le giurisdizioni.

Disciplinata dall'art. 11 che interviene in tema di "Decisione sulle questioni di giurisdizione", tale istituto – la cui introduzione era stata propiziata dalla Corte costituzionale con la sentenza 12 marzo 2007, n. 77, dichiarativa della parziale illegittimità costituzionale dell'art. 30 l. TAR – consente nel caso in cui il giudice (amministrativo) adito dichiarare il proprio difetto di giurisdizione di far salvi gli effetti interruttivi della prescrizione e quelli impeditivi della decadenza connessi alla domanda originariamente proposta dinanzi al giudice privo di giurisdizione per l'ipotesi di tempestiva riassunzione del giudizio dinanzi al giudice legittimato a conoscere della controversia¹⁸.

Non solo.

Profili di interferenza si hanno non solo nel

¹⁸ Tanto al dichiarato fine di evitare che la pluralità di giurisdizioni e la erronea individuazione del giudice ridondi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale.

caso in cui il cittadino che assuma di essere leso nella propria sfera soggettiva erri nell'individuazione della giurisdizione, ma anche ove si abbiano conflitti tra gli stessi plessi giudiziari: il che ricorre sia nel caso in cui nessun giudice ritenga di avere giurisdizione su di una determinata materia sia nell'ipotesi inversa, nella quale entrambi i giudici, quello amministrativo e quello ordinario, la affermino¹⁹.

La risoluzione di tali conflitti è affidata dal nostro ordinamento, dagli artt. 111, co. 8, Cost. e 65 ordinamento giudiziario, alla Corte di Cassazione la quale, nella sua più autorevole composizione, svolge la peculiare funzione di giudice della giurisdizione, e tanto sia nella fase antecedente che successiva la pronuncia di sentenza, per come apprezzabile dalle previsioni contenute rispettivamente agli artt. 41 e 362 c.p.c., che intervengono in tema di regolamento di giurisdizione e di

¹⁹ Si tratta rispettivamente dei conflitti positivi e negativi di giurisdizione, che costituiscono soltanto una delle possibili modalità di classificazione. Ben possono infatti aversi anche conflitti reali se gli organi in contrasto hanno emanato pronunce discordanti sul punto della giurisdizione ovvero virtuali quando il contrasto è ancora allo stato potenziale in quanto non esiste alcuna decisione da parte degli organi che potrebbero ritenere di essere deputati a conoscere in via esclusiva della controversia, o, comunque, soltanto uno di essi risulta essersi pronunciato sul punto, come ricorda M. D'Orsogna, sub art. 11, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, op. cit., 272.

assoggettabilità a ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione delle sentenze pronunciate da un giudice speciale. La individuazione nella Corte di Cassazione del giudice della giurisdizione costituisce peraltro un *proprium* dell'ordinamento italiano ove, singolarmente per come ritiene parte della dottrina, si è deciso di attribuire all'organo di vertice dell'ordine giurisdizionale ordinario la funzione di individuare gli esatti confini tra le due giurisdizioni.

Si tratta di una scelta differente rispetto a quella operata in altri ordinamenti – come quello francese, ad esempio, nel quale è stato invece istituito uno specifico tribunale a composizione mista, detto tribunale dei conflitti²⁰ – e frutto delle specificità dell'esperienza interna, caratterizzata dall'esperimento di opzioni differenti²¹.

Prima ancora che intervenisse l'unificazione, nel contesto della legge sarda 20 novembre 1859, n. 3780, la risoluzione dei conflitti di giurisdizione era infatti affidata a un decreto del re, reso su parere del Consiglio di Stato: si trattava di una soluzione elaborata sulla

scorta del modello francese, nell'ambito della quale prevalente era l'esigenza di tutela della amministrazione dalla amministrazione da ingerenze del potere giudiziario.

I possibili conflitti di giurisdizione vennero inoltre ad essere sensibilmente contratti dalla emanazione della L.A.C.: laddove antecedentemente alla emanazione della legge di abolizione del contenzioso, questi potevano venire in rilievo tra G.O. e P.A.; tra G.O. e tribunali del contenzioso amministrativo; tra tribunali del contenzioso amministrativo e P.A.; successivamente alla emanazione della l. 2248 cit., all. E, furono circoscritti a quelli tra giudice ordinario e pubblica amministrazione.

Tali conflitti vennero attribuiti, poi, alla cognizione del Consiglio di Stato (art. 10, l. 2248/1865, all. D), organo all'epoca amministrativo.

La ritenuta carenza delle necessarie garanzie di imparzialità di tale organo determinò la diversa scelta, compiuta, al fine, mediante l. 31 marzo 1877, n. 3761, di attribuire alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione romana, in sede di giurisdizione unica, la risoluzione dei conflitti tra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione.

Questo ruolo continuò ad essere attribuito

²⁰ A. Police, F. Chirico, *I soli motivi inerenti la giurisdizione*, op. cit. *In senso critico rispetto alla istituzione di un tribunale dei conflitti* R. De Nictolis, op. ult. cit.

²¹ Di alterne vicende parlano A. Police, F. Chirico, op. ult. cit.

alla Corte di Cassazione romana anche a seguito della istituzione delle ulteriori due sezioni del Consiglio di Stato e del relativo riconoscimento quali organi giurisdizionali, per come confermato espressamente, ancora una volta, dall'art. 48, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, secondo una scelta destinata a transitare in ulteriori disposizioni di legge ordinaria – il già citato art. 362 c.p.c.; l'art. 36, l. Tar; l'art. 10, co. 2, d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373; gli artt. 91 e 110 del codice del processo amministrativo; nonché, quanto ai rapporti con la giurisdizione contabile, l'art. 177, co. 1, d.lgs. 174 del 2016, codice della giustizia contabile – e da ultimo nel già citato art. 111 Cost. Tale disposizione non soltanto conferma il ruolo della Corte di cassazione quale giudice della giurisdizione, ma costituisce al contempo l'unica disposizione dalla quale prendere le mosse per la delimitazione del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione²².

²² La ricostruzione della surriferita evoluzione normativa è effettuata da R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in www.sipotra.it, 2017, 6-8, la quale sottolinea la necessità del riferimento alle fonti normative nella soluzione dei quesiti interpretativi in tema di giurisdizione, attesa la frammentarietà derivante dal quadro giurisprudenziale (pag. 3). del pari evidenzia come, nonostante talune variazioni linguistiche nella delimitazione della causale legittimante il sindacato della Corte di Cassazione, identico sia il significato delle disposizioni.

La disposizione costituzionale sancisce espressamente, al proprio co. 8, la possibilità di sottoporre le sentenze del Consiglio di Stato – e quelle della Corte dei conti – “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*” al vaglio della Corte di Cassazione.

Proprio la individuazione del significato da tributarsi a tale inciso della disposizione costituzionale costituisce tema “*tra i più tormentati e controversi del diritto processuale amministrativo*”²³, atteso che negli ultimi anni si è assistito all'affermarsi, o quanto meno al relativo tentativo, di una nuova modalità di esercizio del sindacato sulla giurisdizione da parte della Corte di Cassazione, contrassegnato, per come criticamente rilevato in dottrina, sinanche da “*uno straordinario interventismo ... negli ambiti di pertinenza dei giudici speciali*”, ben oltre le questioni che si pongono al confine del riparto di giurisdizione²⁴.

Tanto sulla scorta di un più radicale ripensamento della stessa nozione di giurisdizione e della tradizionale distinzione tra cc.dd. limiti interni e limiti esterni sulla

²³ R. De Nictolis, op. ult. cit., 1.

²⁴ M. Mazzamuto, *Motivi inerenti alla giurisdizione. Il Giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. It.*, 2018, 704.

quale si è lungamente radicata la delimitazione del sindacato giurisdizionale della Corte di cassazione e che ormai involge un dialogo, polemico, tra dottrina, giurisprudenza – ordinaria, amministrativa e costituzionale – e che da ultimo, con la citata ordinanza 19589 del 2020, evoca anche l'intervento del giudice comunitario, per come si andrà esponendo.

L'ambito del sindacato della Corte di cassazione quale giudice della giurisdizione

Si è di già avvertito come il termine giurisdizione assuma diverse connotazioni di significato.

A tanto si aggiunga come esso non soltanto valga ad individuare il potere esercitabile dai giudici, ma configuri anche la preconditione affinché un dato processo possa celebrarsi, nella misura in cui individua la sfera di competenza di un determinato giudice, delimitata rispetto a quella della p.a., di altri giudici nazionali, di giudici stranieri o sovranazionali²⁵.

Nell'ambito di tale ampia nozione, si distingue usualmente tra limiti interni e

limiti esterni.

I primi attengono alle modalità di esercizio concreto del potere giurisdizionale ed involgono la verifica della corretta applicazione delle regole processuali; i secondi, invece, alla c.d. *potestas iudicandi* e delineano la sola spettanza della giurisdizione, i confini tra giudici speciali e autorità giudiziaria ordinaria o tra quest'ultima e giudici speciali e pubblica amministrazione²⁶.

Ebbene, tradizionalmente si è ritenuto che la nozione di giurisdizione rilevante ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost. e idonea a radicare il sindacato della Corte di cassazione si identificasse con i soli limiti esterni, consentendo l'assoggettamento delle sentenze del Consiglio di Stato al ricorso per cassazione al solo e circoscritto fine di verificare il rispetto di quella sola forma speciale di violazione di legge costituita dalla violazione dei confini della giurisdizione, ossia dei limiti esterni²⁷.

Oggetto esclusivo del sindacato della Corte di cassazione è dunque la individuazione dell'ambito demandato ad una giurisdizione

²⁶ A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*, relazione tenuta il 21 settembre 2017, 3.

²⁷ In termini Cass., SS.UU., 5 marzo 2020, n. 6323.

²⁵ R. De Nictolis, op. loc. cit., 16.

piuttosto che all'altra.

Argomenti in favore di tale opzione interpretativa, assolutamente pacifica sino a qualche anno fa, sono stati ravvisati tanto nelle conclusioni alle quali si addivenne a seguito del dibattito maturato in seno alla Costituente, quanto nella stessa formulazione della disposizione costituzionale, anche in relazione alla previsione contenuta nel comma immediatamente precedente²⁸.

Il comma 8, infatti, specie ove letto in necessario collegamento con la previsione di cui al comma precedente, introduce un significativo e non obliterabile distinguo tra i motivi di ricorso per cassazione che involgono le sentenze dei giudici ordinari e degli altri giudici speciali e quelli relativi invece alle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, rispettivamente e significativamente indicati nella violazione di legge e nei soli motivi attinenti alla giurisdizione. Volutamente, dunque, il legislatore costituente – secondo una scelta storicamente tributaria della formulazione e delle scelte di già operate nelle disposizioni

²⁸ Così, condivisibilmente, R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, op. cit., 15, la quale afferma come la disposizione in esame ed in particolare l'aggettivazione "soli" in essa contenuta acquistino valenza esegetica proprio nel rapporto con il co. 7.

legislative precedentemente intervenute in tema di sindacato sulla giurisdizione, tributarie della volontà di assicurare, pur nella unitarietà della funzione giurisdizionale, la autonomia dei diversi giudici che all'interno della stessa convivono, di poi ribadita agli artt. 362 c.p.c. e 110 c.p.a – ha delineato il ruolo della Corte di cassazione quale giudice della giurisdizione sì, ma circoscrivendolo alla sola verifica dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei due diversi ordini nei propri ambiti di competenza, con indifferenza, ai fini del sindacato in esame, dei profili relativi alle modalità di esercizio del potere stesso e, quindi, dei limiti interni della giurisdizione medesima.

Tanto ha determinato la irrilevanza, ai fini del sindacato sulla giurisdizione, degli *errores in iudicando o in procedendo*²⁹ e, per converso, la sindacabilità dei soli limiti esterni della giurisdizione, la cui violazione veniva ravvisata non solo per il caso di carenza assoluta di potere o di violazione delle specifiche attribuzioni dell'uno o dell'altro plesso giurisdizionale³⁰, ma anche in ulteriori ipotesi costituite dai profili del

²⁹ Cass., SS.UU., 13 maggio 2020, n. 8842.

³⁰ Cass., SS.UU., 13 maggio 2020, n. 8846.

riparto; dal rifiuto di giurisdizione, inteso come rifiuto del giudice di fornire tutela all'istante; nonché, ai fini che qui precipuamente vengono in rilievo, dall'eccesso di potere giurisdizionale³¹.

L'eccesso di potere

Tale ultima figura in particolare viene in rilievo quante volte il giudice ecceda i cc.dd. limiti esterni della propria giurisdizione e quindi pronunci in un caso esulante dalle proprie attribuzioni giurisdizionali³², come avviene nell'ipotesi in cui il giudice

³¹ In termini *ex plurimis* Cass., SS.UU., 11 novembre 2019, n. 29082 a mente della quale "Non è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice speciale, censurabile in Cassazione, quando sia contestato un "error in procedendo", per avere il Consiglio di Stato revocato una sentenza in totale assenza dei presupposti, ed un "error in iudicando", per avere il giudice speciale violato il principio del "ne bis in idem", atteso che, come chiarito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 6 del 2018, l'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, deve essere riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, quando il giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento) ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici; ne consegue che il controllo di giurisdizione non può estendersi al sindacato di sentenze cui pur si contesti di essere abnormi o anomale ovvero di essere incorse in uno stravolgimento delle norme di riferimento".

³² F. Patroni Griffi, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di cassazione ex art. 111 della Costituzione*, 2.

amministrativo invada il campo riservato al legislatore ovvero all'autorità amministrativa³³.

La prima ipotesi – sconfinamento nella sfera riservata al legislatore – ricorre in particolare allorché il giudice speciale applichi non la norma esistente, ma una norma da lui creata a seguito dello svolgimento di attività di produzione normativa che non gli compete, in tal modo travalicando il compito interpretativo che gli è proprio, e del quale è esplicazione anche l'attività ermeneutica che abbia dato luogo ad un provvedimento "abnorme o anomalo" ovvero abbia comportato uno "stravolgimento" delle "norme di riferimento", atteso che in questi casi si può profilare, eventualmente, un *error in iudicando*, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione³⁴.

Lo sconfinamento del giudice nella sfera riservata al legislatore è ad ogni modo, secondo voci concordi in dottrina, ipotesi di scuola, di difficile verificabilità empirica³⁵.

³³ G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, Giur. cost., 2018, 122. Per la giurisprudenza cfr. Cass., SS.UU., 13 maggio 2020, n. 8846.

³⁴ Cass., SS.UU., 24 gennaio 2020, n. 1608.

³⁵ Come ricordano F. Dinelli, G. Palazzesi, *Sindacato per*

La seconda ipotesi invece viene in rilievo allorché il giudice amministrativo eserciti un sindacato esteso al merito in casi non previsti³⁶.

Occorre infatti ricordare come il giudice amministrativo, secondo la definizione utilizzata nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si caratterizzi quale giudice naturale della legittimità dell'esercizio del potere pubblico, con conseguente devoluzione allo stesso, ed in termini di generalità, della giurisdizione di legittimità, secondo quanto indicato dall'art. 7 c.p.a.

Oltre a tale forma di giurisdizione, vengono tuttavia in rilievo nell'ambito della più ampia giurisdizione amministrativa, nella

tripartizione riconosciuta anche dalla disposizione appena menzionata, la giurisdizione esclusiva e, in particolare, quella di merito che configurano diversamente il sindacato esercitabile dal giudice amministrativo con riferimento tanto all'oggetto quanto all'ampiezza.

Contemplata la prima di già dall'art. 103 Cost. ed involgente, nelle particolari materie indicate dalla legge ed oggi elencate all'art. 133 c.p.a., la cognizione del giudice amministrativo estesa anche ai diritti soggettivi; la giurisdizione di merito, quale esplicitata all'art. 134 dello stesso c.p.a., per sua parte comporta la attribuzione al giudice amministrativo di maggiori poteri che gli consentono di sostituirsi all'amministrazione, con valutazione estesa al merito.

Il merito, in tale sede, viene peraltro in rilievo non nell'accezione processualistica, di accesso al fatto, ma quale nozione che consente al giudice di esercitare maggiori profili decisorii, potendo lo stesso non solo annullare, ma anche modificare o riformare l'atto impugnato, oppure ancora adottarne uno nuovo.

Al di fuori delle ipotesi legislativamente previste nelle quali possa esercitarsi un

*motivi di giurisdizione. La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma", in Giur. It., 2015, 939 e ss., la stessa Corte di Cassazione ha più volte ribadito che tale ipotesi è una figura di rilievo affatto teorico in quanto detto eccesso sarebbe ravvisabile solo ove si potesse distinguere un'attività di produzione normativa in ammissibilmente esercitata dal giudice da un'attività interpretativa la quale non è contenibile in una funzione meramente euristica, potendo ben risolversi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto. In termini anche R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, op. cit., 30 la quale evidenzia come sia addirittura non rilevabile casistica giurisprudenziale che ravvisi invasioni/sconfinamento nell'ambito proprio del legislatore in ragione degli ampi confini dell'attività di interpretazione giudiziale. In giurisprudenza concordi Cass., SS.UU., 21 novembre 2011, n. 24411; Id., 30 dicembre 2004, n. 24175; Id. 15 luglio 2003, n. 11091.*

³⁶ R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 1125.

potere di tal fatta, il sindacato amministrativo resta circoscritto alla sola conoscenza dei profili di illegittimità dell'agere amministrativo, senza possibilità di sostituzione alcuna alle valutazioni operate dal soggetto pubblico.

In particolare, il non consentito sconfinamento del giudice amministrativo nel merito si ha nel caso in cui l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, oppure quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo ad un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa³⁷.

³⁷ Cass., SS.UU., 13 maggio 2020, n. 8844; Id., 13 maggio 2020, n. 8843; Id., 3 marzo 2020, n. 5904; Id. 14 gennaio 2020, n. 414. Conforme anche Cons. St., sez. III, 4 settembre 2019, n. 6093. Sulla scorta di tale orientamento

Le Sezioni Unite, peraltro, inquadrano nell'ambito dell'eccesso di potere giurisdizionale anche i casi in cui il giudice si "sostituisca" alla P.A. nell'effettuare una valutazione ascrivibile alla discrezionalità tecnica (ad es. in sede di verifica della anomalia di una offerta effettuata in una gara d'appalto), pur non attenendo tale controllo al merito della azione amministrativa, inteso quest'ultimo quale concetto indissolubilmente legato alla discrezionalità amministrativa cd. pura³⁸.

Cons. St., sez. IV, 11 maggio 2020, n. 2953 afferma che *"La verifica dei requisiti di ammissione ad una gara, non presenta alcun profilo di discrezionalità, trattandosi di circostanze oggettivamente riscontrabili; pertanto il sindacato di tali circostanze, da parte del giudice amministrativo, non può mai tradursi in una invasione del merito amministrativo ovvero dare luogo ad eccesso di potere giurisdizionale (così, ancora da ultimo, Cass. civ., sez. un., 3 marzo 2020, n. 5904)"*, atteso che *"I limiti di indagine del G.A. consentono di sindacare solo quelle palesi aberrazioni, in presenza delle quali il vizio di merito della valutazione trasmoda in eccesso di potere per irrazionalità manifesta in relazione alle risultanze dell'istruttoria, oppure in relazione all'evidente diversità dei fatti accertati rispetto alle fattispecie generali normativamente stabilite per l'irrogazione della sanzione concretamente applicata"* (T.A.R., Milano, sez. III, 20 marzo 2020, n. 535).

³⁸ Cass., SS.UU., 29 novembre 2019, n. 31267. Nel senso che la valutazione della sola discrezionalità tecnica interviene quale limite nel caso di sindacato dei giudizi espressi da commissione di concorso; v. anche T.A.R., Roma, sez. I, 12 novembre 2019, n. 12950 a mente del quale *"Il giudizio della Commissione di concorso, comportando una valutazione essenzialmente qualitativa della preparazione scientifica dei candidati, attiene alla sfera della discrezionalità tecnica, censurabile, unicamente sul piano della legittimità, per evidente superficialità, incompletezza, incongruenza, manifesta disparità, laddove tali profili risultino emergenti dalla stessa documentazione e siano tali da configurare un palese eccesso di potere, senza che con ciò il giudice possa o debba entrare nel merito della valutazione. Il giudizio di legittimità non può, infatti, trasmodare in un rifacimento, ad opera dell'adito organo di giustizia, del giudizio espresso dalla Commissione, con conseguente*

Onde apprezzare l'effettivo inveroamento dell'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito amministrativo è ancora necessaria la complessiva valutazione della sentenza impugnata, non potendo estrapolarsi singole espressioni contenute nella decisione, le quali, seppure di per se stesse (nel loro senso letterale) appaiano esprimere singolarmente una qualche ingerenza nel merito amministrativo o nella valutazione tecnica; le diverse espressioni utilizzate nella Sentenza devono comunque essere lette nel contesto complessivo della decisione stessa, non potendo la verifica dell'osservanza dei limiti (esterni) della giurisdizione essere incentrata soltanto su singole espressioni, o addirittura parole, estrapolate dal contesto argomentativo della decisione³⁹.

Tali insegnamenti, che a lungo hanno presieduto alla delimitazione del ruolo della Corte di Cassazione quale giudice della giurisdizione⁴⁰, sono stati oggetto di

sostituzione alla stessa, potendo l'apprezzamento tecnico dell'organo collegiale essere sindacabile soltanto ove risulti macroscopicamente viziato da illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà. Conseguentemente, deve ritenersi inammissibile una censura che miri unicamente a proporre una diversa valutazione dell'elaborato, atteso che in tal modo verrebbe a giustapporsi alla valutazione di legittimità dell'operato della Commissione una preclusa cognizione del merito della questione".

³⁹ Cass., SS.UU., 13 febbraio 2020, n. 3562

⁴⁰ Nel senso della necessità che lo stesso sindacato del

ripensamento, quanto meno da una parte della dottrina e della stessa giurisprudenza che hanno intrapreso un'opera – oggetto di serrato dibattito quanto alla relativa legittimità – di progressivo ampliamento dei margini del sindacato in tema di giurisdizione.

Tanto transitando proprio per una definizione di giurisdizione e dei limiti esterni, inaugurata dalla sentenza delle SS.UU. del 23 dicembre 2008, n. 30254 la quale, statuendo in tema di autonoma proponibilità di azione risarcitoria a prescindere dalla previa impugnativa dell'atto amministrativo, e dunque in tema di pregiudizialità, ha posto affermazioni profondamente innovative in materia.

La nuova nozione di giurisdizione

Non disconoscendo, ed anzi movendo le mosse dal significato tradizionalmente attribuito al termine giurisdizione nel contesto della previsione costituzionale di cui all'art. 111, co. 8, la Suprema Corte con la sentenza sopra indicata ne ha affermato il

giudice della giurisdizione resti rigorosamente circoscritto entro i suoi stessi limiti onde non violare quelle stesse regole di riparto che ne giustificano la previsione, A. Police, F. Chirico, *I soli motivi inerenti alla giurisdizione*, op. loc. cit.

sostanziale superamento.

Lungi dal configurarsi come mero potere in sé di conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma al contrario come quel potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento, la giurisdizione equivale anche a tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi rilevanti per l'ordinamento ed è quindi nozione inclusiva delle molteplici forme di tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento.

Plurimi gli argomenti addotti a sostegno di tale innovativa interpretazione.

Innanzitutto, sostiene la Corte, la necessità di prendere atto dell'evoluzione alla quale è soggetto lo stesso ordinamento in ragione dell'emergere di fattori come “... *il rapporto tra diritto comunitario ed ordinamento interno ed il ruolo della giurisdizione nel rendere effettivo il principio del primato del diritto comunitario; la rimozione del limite alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi, la caduta del limite dei diritti consequenziali in rapporto alla tutela risarcitoria*

dei diritti nell'ambito della giurisdizione esclusiva e l'estensione ai diritti consequenziali d'ogni forma di tutela pertinente alla giurisdizione del giudice amministrativo; la coeva progressiva espansione della giurisdizione esclusiva (rispetto alle nove ipotesi regolate dal R.D. 22 giugno 1924, n. 1054, art. 29 (T.U.)); il rilievo assunto dal canone della effettività della tutela e dal principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina; la riaffermazione del rilievo costituzionale del principio del giusto processo; il nuovo ruolo assunto nell'ordine delle fonti dal diritto pattizio internazionale; l'emersione, come corollario del principio di effettività, della regola di conservazione degli effetti prodotti sul piano processuale e sostanziale dalla domanda di giustizia”.

Ancora, quanto emergente dal combinato disposto di molteplici previsioni costituzionali quali gli artt. 24, 113, co. 1 e 2 e 111, co. 1 Cost., che, nel prevedere e affermare la pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale tanto per i diritti soggettivi quanto per gli interessi legittimi non potrebbero non indurre a ritenere che l'interpretazione ed il sindacato relativi alla norma attributiva della giurisdizione non possa arrestarsi al mero riscontro del rispetto dei confini esterni della stessa – e

dunque dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice nell'ambito delle attribuzioni delineate dal legislatore costituente – dovendo appuntarsi anche sulle concrete modalità di esercizio del potere giurisdizionale in quanto funzionale all'erogazione di tutela.

La S.C. opera in tal modo quella che è stata definita *reductio ad unum* delle diverse nozioni di giurisdizione⁴¹, con sentenza che tuttavia, secondo parte della dottrina, più che individuare il giudice avente giurisdizione nel caso di specie, sarebbe volta ad abilitare il controllo della Suprema corte su alcuni vizi, in realtà esorbitanti dal profilo della giurisdizione, da cui possono essere inficiate le pronunce del giudice amministrativo⁴², con principi che sono stati di poi ribaditi anche in successive pronunce, intervenute sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale nei giudizi in materia di appalti pubblici⁴³.

⁴¹ In tal senso R. Caponi, nota a Cass., SS.UU. 23 dicembre 2008, n. 50254, in Foro it., 2009, parte I, col. 732, che peraltro ritiene la tesi "... difficilmente sostenibile, non solo sul piano delle intenzioni del legislatore costituente, ma anche sul piano del sistema, che vive di questa pluralità di significati".

⁴² A. Palmieri, *Pubblici poteri, responsabilità e tutela innanzi al giudice amministrativo: ancora un passo verso la completa annessione al diritto comune dell'illecito provvedi mentale*, in Foro it., 2009, parte I, col. 733.

⁴³ Il riferimento è a Cass., SS.UU., 6 febbraio 2015, n. 2242, in Giur. It., 2015, 939 con nota di F. Dinelli e G.

In tale contesto anche la nozione di eccesso di potere giurisdizionale, sindacabile dalla Corte di Cassazione, viene ad essere dilatato, ricomprendendo il diniego di giustizia a seguito del radicale stravolgimento delle regole processuali.

A sostegno della opzione interpretativa innovativa, si è affermato che proprio il combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 91, 110 c.p.a., 207 c.g.c., 37, co. 2, l. 87 del 1953 e 65 dell'ordinamento giudiziario, in uno alle indicazioni traibili dai lavori preparatori alla Costituzione – dai quali sarebbe apprezzabile la scelta di subordinare la conservazione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato al sindacato della Corte di cassazione per motivi di giurisdizione – disvelerebbe come il sindacato esercitabile dal giudice della giurisdizione involga non soltanto la verifica della spettanza della *potestas iudicandi* nella materia o nella singola controversia onde accertare se essa appartenga ad altro o ad alcun giudice, ma anche il controllo sulle modalità di esercizio della *potestas iudicandi*, quanto meno ai fini del riscontro di elementi sintomatici dello sconfinamento

Palazzesi. Ricordano come il tema sia complesso A. Police, F. Chirico, *I soli motivi inerenti la giurisdizione*, op. cit.

nella sfera della discrezionalità amministrativa e legislativa o del radicale stravolgimento di regole processualistiche tali da implicare diniego di giustizia. Tanto in ragione della circostanza che eventuali *errores in iudicando o in procedendo*, lungi dall'arrestarsi a elementi sintomatici della sola violazione di limiti interni, potrebbero venire in considerazione quali spie del superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa⁴⁴.

Accantonata o quantomeno superata la nozione statica di giurisdizione, dovrebbe prendersi atto dell'affermarsi di una declinazione dinamica, funzionale della

⁴⁴ In termini A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, che adduce quali esempi i casi oggetto delle sentenze della Cassazione a SS.UU. n. 2312/2012 e n. 23302/2011 in cui rispettivamente veniva ritenuto il superamento dei limiti esterni della giurisdizione, con conseguente cassazione della sentenza amministrativa, in un caso in cui il Consiglio di Stato aveva annullato il provvedimento amministrativo, ritenuto non condivisibile, di mancata esclusione di un partecipante a gara di appalto per deficit di fiducia, con invasione della sfera di attribuzione propria della P.A. e disposta la cassazione di altra sentenza del Consiglio di Stato con la quale, pronunciando su ricorso per ottemperanza di un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più ripetibile, era stato ordinato al CSM di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento ora per allora, al solo fine di determinare le condizioni per l'eventuale accertamento di diritti azionabili dal ricorrente in altra sede e nei confronti di altra amministrazione, avendo le SS.UU. ravvisato un eccesso dai limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l'esercizio della giurisdizione di ottemperanza.

stessa, nella quale assume rilievo, dunque, ai fini della integrazione dell'eccesso di potere giurisdizionale, anche il *quomodo* dell'esercizio della giurisdizione, quanto meno nell'ipotesi delle più gravi violazioni processuali afferenti all'attività del G.A.⁴⁵ che si risolvano in diniego di giustizia.

Nell'ambito di queste ultime, peraltro, un particolare rilievo sarebbe rivestito dalla violazione del diritto eurounitario, oggettivamente riscontrabile, quante volte venga in rilievo la contrarietà rispetto all'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia e quante volte essa ridondi in diniego di tutela⁴⁶.

Si tratta tuttavia di affermazioni e di orientamenti che sono state complessivamente oggetto di serrate critiche e sinanche di censura non soltanto a opera della dottrina, ma anche della giurisprudenza costituzionale.

E così sono state invero numerose le voci che hanno qualificato, e con giudizio spesso tranciante, come discutibile, tanto più alla luce del dato costituzionale, la propensione

⁴⁵ G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 122.

⁴⁶ Così a far data quanto meno da Cass., SS.UU., 6 febbraio 2015, n. 2242.

alla estensione, alla dilatazione del giudizio sulla giurisdizione utilizzata alla stregua di strumento mediante il quale addirittura “*intaccare il cuore del sistema pubblicistico e della sua autonomia*”⁴⁷, del pari censurando come forzata l’estensione del concetto di giurisdizione a questioni che, riguardando l’interpretazione delle norme di diritto sostanziale che disciplinano le condizioni e i presupposti per l’accoglimento delle domande dinanzi al giudice speciale, sembrano attenere essenzialmente alla fondatezza, e nel merito, delle domande proposte allo stesso piuttosto che ai limiti esterni della relativa giurisdizione⁴⁸.

Tali critiche sono state viepiù condivise dal Giudice delle leggi che, chiamato a pronunciarsi sulla nota vicenda dei medici specializzandi⁴⁹, nel dichiarare, con la sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell’art. 69, co. 7, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ha recisamente respinto la sostenibilità della tesi per la quale la causale dei motivi inerenti alla giurisdizione,

idonea ad ancorare il giudizio della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, comprenderebbe anche degli *errores in procedendo o in iudicando*.

Una simile affermazione, ha infatti affermato la Corte costituzionale, è estranea sia alla lettera che allo spirito della norma costituzionale e non può ritenersi frutto di interpretazione evolutiva anche in ragione della sostanziale contestazione della scelta di fondo operata ai costituenti nel senso della pluralità delle giurisdizioni, che in tal modo verrebbe di fatto ad essere smentita.

Né in senso contrario potrebbero rilevare i pur invocati principi della primazia del diritto comunitario, dell’effettività della tutela, del giusto processo e dell’unità funzionale della giurisdizione, alla cui dilatazione neanche può procedersi in ragione della asserita necessità di compensare in tal modo l’allargamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva⁵⁰ o di far fronte alla violazione di norme dell’Unione o della Cedu⁵¹.

⁴⁷ M. Mazzamuto, *Riparto di giurisdizione, rapporti collegati e concentrazione delle tutele*, in *Giur. It.*, 2012, 1423 e ss.

⁴⁸ F. Dinelli, G. Palazzesi, *Sindacato per motivi di giurisdizione*, op. cit., 939 e ss.

⁴⁹ Per una efficace ricostruzione della stessa cfr. G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale*, op. loc. cit., 122.

⁵⁰ A. Police, F. Chirico, *I soli motivi inerenti la giurisdizione*, op. cit.

⁵¹ Esclude che la violazione del diritto comunitario possa integrare questione di giurisdizione ai sensi dell’art. 111, co. 8, Cost., A. Travi, *Eccesso di potere giurisdizionale*, op. cit., il quale evidenzia come così opinando si addiverrebbe ad attribuire un rango superiore a tale tipo di violazione un rango superiore rispetto a quella di una

Coerentemente al dato letterale della norma costituzionale e ai lavori preparatori, l'eccesso di potere giudiziario denunziabile mediante ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non può che (continuare a) essere riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione. Il che ricorre allorché il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermino la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (invasione o sconfinamento) ovvero la neghi assumendo la impossibilità in assoluta per la materia di formare oggetto di tutela giurisdizionale (arretramento) ovvero ancora ricorra difetto relativo di giurisdizione, invadendo il giudice amministrativo o contabile la sfera riservata ad altro giudice o erroneamente ritenga non sussistente quella propria.

E tanto anche nel caso in cui venga adottata, onde richiedere l'intervento della Cassazione quale giudice della giurisdizione, la violazione di norme dell'Unione o della

Cedu, a fronte della quale – anche per l'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali – devono sopperire strumenti da individuarsi all'interno di ciascuna giurisdizione, semmai mediante la introduzione di un nuovo caso di revocazione nel corpo dell'art. 395 c.p.c., per come peraltro di già auspicato con sentenza 123 del 2017 dallo stesso Giudice delle leggi.

Per come rilevato in dottrina, tali affermazioni hanno sconfessato e senza incertezze la stessa configurabilità in termini di interpretazione evolutiva della lettura proposta dalla Corte di cassazione, nei confronti della quale è stata assunta una posizione di netta chiusura⁵².

Riaffermando il significato tradizionale, forse sarebbe meglio dire proprio, della norma costituzionale è stata in tal modo ribadita anche l'autonomia dei giudici speciali nella sfera interna alla propria giurisdizione⁵³, rispetto alla quale, proprio in ragione della previsione in Costituzione di distinti ordini giudiziari, non è consentito

norma costituzionale, per la quale non è mai stata sostenuta la configurabilità di questione di giurisdizione. Analogamente F. Patroni Griffi, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione*, op. cit., 9, pone in rilievo come, pur diversi sul piano delle fonti, il diritto comunitario e quello nazionale non conducono, per l'ipotesi di relativa violazione, a differenti meccanismi processuali di impugnazione.

⁵² A. Police, F. Chirico, "I soli motivi inerenti la giurisdizione" nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il processo*, 2019, 113 e ss.

⁵³ M. Mazzamuto, *Motivi inerenti alla giurisdizione. Il Giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. It.*, 2018, 704 e ss.

alcuna valutazione da parte della Corte di Cassazione che esorbiti da quanto strettamente necessario a verificare il rispetto del criterio di riparto della giurisdizione⁵⁴.

La dottrina non ha mancato di sottolineare come tale conclusione sia tanto più condivisibile in quanto volta a censurare un diversa lettura della disposizione costituzionale non soltanto fondata su meri principi in contrapposizione ad una disposizione tecnica – con il conseguente rischio di sovrapposizione di ragioni ideologiche a considerazioni giuridiche – ma anche ancorata a valutazioni in termini di gravità, e da parte dello stesso giudice della giurisdizione, delle singole ipotesi concrete nelle quali una mera violazione di legge possa ridondare in motivo attinente alla giurisdizione⁵⁵.

La recente ordinanza della Corte di Cassazione: punto e a capo? Qualche osservazione critica

Ad onta del rigoroso giudizio espresso dalla

Corte costituzionale, tale da indurre la dottrina a ritenere la definitiva capitolazione della “teoria evolutiva” del sindacato per motivi di giurisdizione, anche in ragione della successiva conformazione di talune pronunce della Cassazione⁵⁶, l’interrogativo relativo al significato da attribuire alla nozione di giurisdizione e, più in generale, alla locuzione “motivi inerenti alla giurisdizione”, è tornato nuovamente di attualità in ragione di recente ordinanza interlocutoria delle SS.UU. del 18 settembre 2020, n. 19598.

Si tratta di pronuncia che interviene ancora una volta in controversia involgente il rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale, oggetto, come noto, di diverse pronunce sia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che della Corte di Giustizia UE in conseguenza delle quali è stata esclusa l’efficacia paralizzante del ricorso incidentale dapprima nelle sole ipotesi in cui alla gara avessero partecipato due soli concorrenti e di poi, sulla scorta della valorizzazione della nozione di interesse strumentale, anche nel caso di più partecipanti, atteso che anche in tal caso

⁵⁴ A. Police, F. Chirico, “*I soli motivi inerenti alla giurisdizione*”, op. cit.,

⁵⁵ A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione ‘funzionale’ delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in Dir. proc. amm., 2018, 1111.

⁵⁶ A. Police, F. Chirico, “*I soli motivi inerenti alla giurisdizione*”, op. cit.

potrebbe addivenirsi all'annullamento, e quindi alla riedizione, della gara. Erroneo sarebbe stato il mancato esame del ricorso principale, suscettivo di integrare ipotesi di diniego di giurisdizione, idoneo a fondare il ricorso per Cassazione ai sensi degli artt. 111, co. 8, Cost. e 362 c.p.c., per come riconosciuto da quelle pronunce che, inscrivendosi nella tendenza ampliativa della nozione di giurisdizione sopra ricordata, sono intervenute sul punto, inaugurando un orientamento che ha subito una battuta d'arresto proprio in ragione della pronuncia della Corte costituzionale 6/2018.

La pronuncia in commento finisce con il sollecitare l'intervento della Corte di Giustizia sulla compatibilità con le disposizioni comunitarie (e segnatamente con gli artt. 4, par. 3; 19, par. 1 TUE e art. 2, parr. 1 e 2, e 267 TFUE) di prassi interpretative relative agli artt. 111, co. 8, Cost., 360, co. 1 e 362 c.p.c. che escludono il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione rispetto a sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione a loro volta di prassi interpretative aventi carattere nazionale, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea, idonee a consolidare violazioni del diritto

comunitario, così pregiudicando l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria. In tal modo, le Sezioni Unite finiscono con il contestare la posizione del Giudice delle leggi prima descritta, sia pur limitatamente ai casi di contrasto con il diritto dell'Unione europea.

La peculiarità della pronuncia è infatti quella di "limitare", per come apprezzabile nella stessa formulazione della questione pregiudiziale, l'oggetto della possibile censura alle sole ipotesi in cui si verifichi un contrasto tra normativa italiana nella interpretazione datane dai giudici interni e diritto comunitario come "precisato" dalle sentenze della Corte di Giustizia.

In fattispecie siffatte, si avrebbe infatti una ipotesi estrema suscettibile di integrare un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione, censurabile dunque per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione ed a prescindere dalla circostanza che la sentenza della CGUE sia precedente o successiva alla sentenza amministrativa impugnata nel giudizio di cassazione.

La *ratio* di fondo è evitare che si verifichino

e si consolidino violazione del diritto comunitario, non altrimenti ovviabili a causa dell'assenza di altri strumenti di reazione, attesa la mancata inclusione tra i casi di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c. proprio delle violazioni del diritto dell'Unione ad opera degli organi giurisdizionali.

Una simile evenienza disattenderebbe il principio, affermato da tempo risalente dalla Corte di Giustizia, in forza del quale, alla stregua di un *do ut des*, i vantaggi traibili dai singoli Stati membri dalla relativa appartenenza all'ordinamento europeo sono subordinati alla necessaria osservanza delle norme comunitarie, pena l'esposizione a responsabilità dello Stato stesso.

Né potrebbe rilevare in senso contrario il c.d. principio di autonomia procedurale che pure consente agli Stati membri di individuare gli strumenti processuali più opportuni e consoni a ciascun ordinamento per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione.

Il libero dispiegarsi di tale autonomia è infatti subordinato alla duplice condizione che siano assicurati il principio di equivalenza e quello di effettività: dunque, le misure interne previste non devono essere

meno favorevoli di quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno e non devono rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione.

Tali principi, ritiene la Suprema Corte, resterebbero disattesi nel caso di specie.

Il principio di equivalenza sarebbe inattuato nella misura in cui – a differenza di quanto avviene per l'ipotesi di sconfinamento del giudice amministrativo nell'area riservata al legislatore nel caso in cui al primo si imputi di aver posto in essere una indebita attività normativa – non si consente il sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione a fronte del pur configurabile difetto di giurisdizione del giudice amministrativo che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciterebbe di fatto poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, per essere viceversa di spettanza esclusiva del legislatore comunitario in uno al controllo istituzionalmente esercitabile dalla Corte di Giustizia.

Il principio di effettività sarebbe parimenti violato in ragione della sostanziale preclusione dell'esercizio di diritti conferiti

dall'ordinamento giuridico dell'Unione, da apprezzarsi peraltro nel caso concreto, con riferimento al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale.

Non potendosi tralasciare neanche le esigenze di certezza giuridica vanificate dalla impossibilità per i cittadini di poter confidare nella uniformità delle decisioni giudiziali in ragione di *revirements* giurisprudenziali quali quello verificatosi a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 6 del 2018, si determinerebbe dunque una complessiva situazione di contrarietà all'ordinamento comunitario non “sanata” dal principio di autonomia procedurale il quale non è peraltro suscettivo di deroghe in ragione della natura amministrativa della materia, specie ove se ne consideri anche il carattere convenzionale⁵⁷, e pur tuttavia atta a porre ciò nonostante un limite al sindacato della Corte di cassazione per i soli motivi inerenti la giurisdizione. Nozione quest'ultima invece sufficientemente ampia da poter configurare, nel dichiarato indirizzo del

giudice della giurisdizione, estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione.

È prevedibile che siffatta pronuncia non mancherà di suscitare nuovamente il dibattito dottrinale e l'intervento di più autorevoli studiosi; ci sia consentita, tuttavia, una breve notazione critica.

Innanzitutto, fortissima è la sensazione che l'ordinanza in questione costituisca una sorta di estremo tentativo⁵⁸ della Corte di cassazione di addivenire al riconoscimento, ed in sede comunitaria per di più, della apprezzabilità e correttezza della tesi volta a sostenere il mutamento della nozione di giurisdizione e la conseguente estensione del sindacato dalla stessa esercitabile rispetto alle sentenze, per quanto qui rileva, del Consiglio di Stato⁵⁹.

Tanto, ad onta di quelle diverse voci dottrinali che hanno sovente evidenziato la mancanza di adeguata considerazione da parte della Corte di Giustizia UE delle

⁵⁷ “... la materia amministrativa non è “riservata” ai giudici amministrativi, ma è ripartita tra questi ultimi e i giudici ordinari, spesso sulla base di scelte del legislatore ordinario discrezionali e variabili nel tempo, che producono esse l'effetto di fare radicare la giurisdizione amministrativa e limitare il sindacato della Corte di Cassazione ai motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione ...” afferma la S.C. nell'ordinanza di rimessione alla CGUE.

⁵⁸ In termini di “*recrudescenza interventista*” si esprimeva di già M. Mazzamuto, *Motivi inerenti alla giurisdizione*, op. cit.

⁵⁹ Tale atteggiamento è stato censurato di già ove posto in essere nei confronti della Corte costituzionale, “utilizzata” come improprio tribunale dei conflitti da A. Police, F. Chirico, *I soli motivi inerenti la giurisdizione*, op. cit.

specificità degli ordinamenti nazionali⁶⁰, in ragione della quale si è talora addivenuti a pronunce poco coerenti con le caratteristiche degli stessi, come in modo fin troppo evidente dimostrato con la ormai celeberrima vicenda, o forse meglio saga, Taricco⁶¹.

Criticità sono ravvisabili, peraltro, anche rispetto al merito delle affermazioni svolte dalla Corte di Cassazione che appaiono, pertanto, non condivisibili quanto meno con riferimento a tre profili.

Innanzitutto, quanto alla proposta definizione della nozione di giurisdizione, ancora una volta dilatata sino a ricomprendervi la variante di significato che la identifica con la tutela in concreto accordabile al privato.

Non si disconosce, e più volte lo si è ripetuto nel presente scritto, che il termine giurisdizione, per come rilevato pacificamente in dottrina ed in giurisprudenza, ha una valenza polisemantica⁶², la cui “definitiva”

individuazione costituisce *punctum pruriens* rispetto al quale, ovviamente, non si nutre alcuna presunzione o l’ambizione chiarificatrice.

Pure, l’interprete, nell’individuazione del significato delle nozioni giuridiche, gode di uno strumentario che consente – quand’anche con margini di opinabilità – quanto meno di addivenire alla esclusione di talune accezioni e, nel caso di specie – sia consentito evocare la celeberrime parole di uno dei massimi poeti italiani – di poter ragionevolmente affermare, quand’anche con qualche storta sillaba, ciò che la giurisdizione non è, per lo meno ai sensi dell’art. 111, co. 8, Cost.

In tale ottica – pur assumendo il termine “giurisdizione” certamente il duplice significato, e volendo restringere i margini, di tutela giurisdizionale e di ambito entro il quale la funzione giurisdizionale viene ad essere esercitata – non pare invero revocabile in dubbio che la Carta costituzionale, nel confermare il ruolo della Corte di cassazione quale giudice della giurisdizione, abbia inteso delimitare l’oggetto del sindacato agli ambiti di relativa

⁶⁰ A. Travi, *Eccesso di potere giurisdizionale*, op. cit., 6.

⁶¹ v. Faraguna P., *Frodi sull’Iva e il caso Taricco: la Corte di Giustizia fa marcia indietro*, in www.lacostituzione.info, pubbl. il 6 dicembre 2017

⁶² In termini di concetto giuridico indeterminato si esprimono F. Dinelli, G. Palazzesi, *Sindacato per motivi di giurisdizione*, op. cit., 939. “Disarticolata” la definisce ancora F. Patroni Griffi, *Eccesso o rifiuto di*

giurisdizione e sindacato della Corte di Cassazione *ex* articolo 111 della Costituzione, intervento al seminario del 21 settembre 2017, 2.

spettanza di ciascun plesso giurisdizionale. Univoco in tal senso e non suscettibile di forzature interpretative⁶³ è lo stesso dato testuale – “... per i soli motivi inerenti alla giurisdizione” – in uno alla necessaria valorizzazione sistematica della norma medesima. Non avrebbe avuto alcun senso, infatti, la previsione di una specifica disciplina del sindacato in punto di giurisdizione della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, immediatamente dopo un comma nel quale pure si prevede la impugnabilità (anche) delle sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali o speciali, e sempre, mediante ricorso per violazione di legge⁶⁴. Sembra utile richiamare quella dottrina che, in merito alle richiamate Sentenze del 2008 in tema di pregiudiziale amministrativa, ha rilevato come la “*inadeguatezza dell’esercizio del potere risarcitorio da parte del giudice amministrativo ... (ha fatto sì che la Corte di Cassazione fosse) ... costretta a forzare l’art.*

⁶³ A. Travi, *Eccesso di potere giurisdizionale*, op. cit., 3, il quale evidenzia come tale circostanza trovi conferma anche nelle disposizioni di cui agli artt. 353 c.p.c. e 105 c.p.a.

⁶⁴ Nel senso che la contrapposizione e differenziazione tra mere violazioni di legge integrate dalla lesione dei canoni processuali e violazioni di legge che ridondano in motivi attinenti alla giurisdizione sia apprezzabile anche alla stregua della tipizzazione dei motivi di ricorso per cassazione operata dall’art. 360 c.p.c. R. De Nictolis, *L’eccesso di potere giurisdizionale*, op. cit., 17.

*111 Cost., laddove si è attribuita il potere di cassare le sentenze del giudice amministrativo se esso persisterà nel rifiutare l’esercizio della giurisdizione, non esaminando la domanda risarcitoria autonoma in mancanza di impugnazione tempestiva e annullamento dell’atto”*⁶⁵.

Ancora.

Non sembra condivisibile l’affermazione volta a configurare la individuazione dell’ambito riservato alla giurisdizione amministrativa quasi in termini di contingenza storica e di arbitrarietà legislativa o, quanto meno, di estrema e disinvolta discrezionalità, di modo che sarebbe quasi ingiusta *in subiecta materia* la limitazione del sindacato esercitabile dalla Suprema Corte⁶⁶.

Ebbene, tali affermazioni corroborano l’orientamento secondo cui il nuovo corso interpretativo disveli il perdurante, e non giustificato, atteggiamento di diffidenza della giurisdizione ordinaria nei confronti di quella amministrativa in punto di erogazione della tutela⁶⁷.

Peraltro, la giurisdizione del giudice

⁶⁵ A. Lamorgese, *Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite “creano” una nuova giurisdizione esclusiva*, in *Foro it.*, 2007, I, 3187.

⁶⁶ Cfr. nt. 49.

⁶⁷ M. Mazzamuto, *Motivi inerenti alla giurisdizione*, op. cit., 704.

amministrativo è già limitata, nella propria estensione, dai principi affermati proprio dalla Corte costituzionale nelle più volte citate sentenze 204 del 2004 e 191 del 2006, che hanno censurato e posto nel nulla scelte idonee ad ampliare, arbitrariamente e improvvisamente, l'ambito della giurisdizione amministrativa a mero piacimento del legislatore; proprio la limitatezza dell'ambito di giurisdizione del G.A. rende viepiù ingiustificato l'indirizzo della Suprema Corte volto a limitarlo ulteriormente mediante l'ulteriore espansione del proprio sindacato⁶⁸.

Ci si deve inoltre chiedere se il fine dichiaratamente perseguito dalla Corte di cassazione – evitare il verificarsi ed il consolidamento di violazioni del diritto comunitario nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia – possa effettivamente giustificare, in ipotesi, un intervento dello stesso giudice comunitario suscettivo di incidere, ed in maniera significativa, su assetti che – lungi dall'essere riconnessi a meri mutamenti

giurisprudenziali come pure vorrebbe indurre a ritenere la S.C. – sono invece fondati su puntuali disposizioni di legge, anche di rango costituzionale, ed i quali verrebbero in tal modo ad essere innovati e stravolti in nome di una soluzione ancorata ad una mutata concezione dei limiti della giurisdizione non più intesi in senso formale, ma individuati in via interpretativa e su base casistica⁶⁹.

Non potendoci sottrarre alla suggestione evocativa della vicenda Taricco, ci si chiede infine se non possa inaugurarsi un nuovo confronto tra giudici nazionali e CGUE, per l'ipotesi in cui questa dovesse accogliere la questione pregiudiziale sottopostale, difficilmente essendo revocabile in dubbio che la disciplina del riparto di giurisdizione e, quindi, dei rapporti tra i diversi plessi giurisdizionali afferisca al nucleo dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Ma si tratta di domanda per la cui risposta occorre attendere la pronuncia della Corte

⁶⁸ Le già menzionate sentenze sono inoltre evidente testimonianza di come la Corte costituzionale abbia ben svolto il compito di “calmierare l'eventuale inflazione delle materia di giurisdizione esclusiva”, come afferma R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, op. cit., 85.

⁶⁹ G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale*, op. cit., 126. Critico anche A. Travi, *un intervento della Corte costituzionale*, op. cit. il quale di già in sede di commento della sentenza n. 6 del 2018 del Giudice delle leggi aveva espresso perplessità riguardo alla autoattribuitasi possibilità per la Corte di Cassazione di ravvisare un rifiuto di giurisdizione, e dunque di esercitare il proprio sindacato, a fronte di non condivisa statuizione di inammissibilità di una domanda da parte del giudice amministrativo.

di Giustizia.



Schede di Giurisprudenza

CIVILE

La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto di transazione ad esecuzione differita

Cass. Civ., Sez. II, 20 febbraio 2020, n. 4451

di Ester Moccafighe

Quesito

Il contratto di transazione ad esecuzione differita può essere risolto per eccessiva onerosità sopravvenuta?

Fatto

La controversia origina da un contratto stipulato il 29/10/2010, allo scopo di comporre contrasti amministrativi e proprietari insorti tra i soci gestori di un albergo sito sul lago di Garda. Le parti avevano qualificato il negozio come “preliminare di vendita di quote sociali a scopo transattivo”, in forza del quale uno dei soci si era impegnato ad acquistare le quote degli altri ad un prezzo determinato. Il promissario acquirente, però, non adempiva alla sua obbligazione, così le controparti adivano il Tribunale di Trento ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 2932 c.c. Il giudice di prime cure accoglieva la domanda principale, disponeva il

trasferimento delle quote societarie ai sensi dell’art. 2932 c.c. e il pagamento del saldo-prezzo, ma rigettava la domanda riconvenzionale di risoluzione del contratto preliminare per eccessiva onerosità sopravvenuta. Invero, l’allora convenuto sosteneva che il negozio fosse una transazione mista, in cui il preliminare di compravendita delle quote sociali e la transazione dei patti endosocietari avevano due autonome e distinte cause; alla luce di questa considerazione, evidenziava che non vi era alcun divieto normativo alla stregua di quello di cui all’art. 1976 c.c. che precludesse la risoluzione del preliminare di compravendita per eccessiva onerosità sopravvenuta, determinata dall’imprevedibile crollo dei valori immobiliari.

Soccombente pure in appello, il ricorrente adiva la Corte di Cassazione, lamentando l’erronea interpretazione e la conseguente erronea qualificazione del negozio oggetto della lite.

Il giudice di legittimità, però, rigettava il ricorso. A tal proposito, la Suprema Corte rilevava che le doglianze del ricorrente erano focalizzate sulla natura non transattiva del preliminare di cessione delle quote sociali, mentre il profilo qualificatorio era irrilevante ai fini della risolubilità del negozio ai sensi dell’art. 1467 c.c.

Invero, il rigetto della domanda da parte della Corte d’Appello non era stato fondato

sulla qualificazione dell'atto come transazione e sulla conseguente applicazione estensiva della norma di cui all'art. 1976 c.c., bensì sulla corretta valutazione di insussistenza dei presupposti indicati dalla legge per la risoluzione del contratto divenuto eccessivamente oneroso.

Normativa

Art. 1467 c.c. Contratto con prestazioni corrispettive.

“Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

Art. 1965 c.c. Nozione

“La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.

Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti”.

Art. 1970 c.c. Lesione

“La transazione non può essere impugnata per causa di lesione”.

Art. 1976 c.c. Risoluzione della transazione per inadempimento

“La risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato”.

Art. 2932 c.c. Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto

“Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile”.

Inquadramento

La questione sottesa alla sentenza in commento attiene alla risolubilità del contratto di transazione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Come è noto, il codice civile disciplina sia la figura del contratto in generale sia alcuni specifici tipi

contrattuali. Non è infrequente che tra le norme della parte speciale e quelle della parte generale si ingeneri un conflitto. In tal caso, per superare l'antinomia normativa, si applica il criterio di specialità, in forza del quale prevale la norma speciale. Con riferimento al contratto di transazione, la legge stabilisce espressamente che non sono esperibili né il rimedio della rescissione per causa di lesione (art. 1970 c.c.) né la risoluzione per inadempimento, se la transazione ha effetto novativo (art. 1976 c.c.). Una linea dottrinale esclude la risolubilità della transazione per eccessiva onerosità sopravvenuta poiché qualifica tale contratto come aleatorio al quale si applica l'art. 1469 c.c.. Tuttavia, tale posizione non è condivisa dalla giurisprudenza di legittimità sia perché ritiene trattarsi di un contratto commutativo (non aleatorio) in ragione della "reciprocità delle concessioni", sia perché la regola della irresolubilità di cui all'art. 1976 c.c. non sarebbe estensibile alle altre fattispecie di risoluzione (per eccessiva onerosità ed impossibilità sopravvenuta). La Cassazione evidenzia che nel caso sottoposto al suo esame non è determinante la qualificazione del contratto come preliminare di cessione di quote sociali ovvero come transazione, giacché in ogni caso il rimedio di cui all'art. 1467 c.c. è astrattamente applicabile. Al contrario, dirimente è la valutazione della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge. In particolare, l'esperibilità del rimedio postula che il

contratto abbia natura commutativa, che l'esecuzione dello stesso sia continuata, periodica ovvero differita e che la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa a causa di avvenimenti straordinari e imprevedibili. Sull'inquadramento giuridico del contratto di transazione la dottrina si è interrogata a lungo. L'art. 1965 c.c. descrive certamente un modello di negozio bilaterale, a prestazioni corrispettive, che trova ragione nell'esigenza di porre fine ad una lite ovvero di prevenirne l'insorgenza. Sotto questo profilo, occorre distinguere la transazione dal negozio di accertamento: la prima, infatti, per sua natura presuppone concessioni reciproche e una lite in atto; il secondo, invece, è valido anche se la situazione accertata si risolve ad esclusivo vantaggio di uno dei due contraenti e la sua funzione è quella di accertare una situazione incerta⁷⁰.

Allora, è pacifico che la transazione abbia sempre natura commutativa e che, quindi, è soddisfatto quantomeno il primo presupposto indicato all'art. 1467 c.c.

Non è specificato, invece, quale sia la modalità di esecuzione di tale tipo contrattuale. Tuttavia, applicando il principio espresso dal brocardo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", si giunge alla ragionevole conclusione che le modalità di esecuzione sono rimesse alla volontà e all'autonomia negoziale delle parti.

In effetti, nel caso in esame, la transazione

⁷⁰ P. GALLO, *Il contratto e buona fede*, seconda edizione, UTET giuridica, 2014, p.1193.

era ad esecuzione differita, giacché i contraenti avevano qualificato la stessa come negozio preliminare di cessione di quote sociali a scopo transattivo.

In particolare, i soci avevano pattuito che l'effettivo acquisto delle quote sociali sarebbe avvenuto in un momento successivo, sicché l'effetto transattivo non sarebbe stato immediato, bensì differito.

Pertanto, può ritenersi soddisfatto pure il secondo requisito previsto dall'art. 1467 c.c. Senonché, la Cassazione ha ritenuto che il giudice d'appello avesse legittimamente valutato l'insussistenza degli ulteriori presupposti per accogliere la domanda di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Evidentemente, il ricorrente non aveva compiutamente provato la sopravvenienza di eventi straordinari ed imprevedibili. D'altronde, quando si opera in un mercato aperto, quale quello immobiliare, è ragionevole aspettarsi andamenti altalenanti dei valori posseduti; sicché, la perdita di quotazione delle azioni non è configurabile come un evento né imprevedibile né straordinario.

L'insistenza del ricorrente sul profilo qualificatorio del negozio oggetto della controversia anziché sulla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 1467 c.c., a bene vedere, può essere frutto di un equivoco più che di una strategia processuale infruttuosa.

Invero, l'art. 1976 c.c. introduce una deroga al regime generale di risolubilità del contratto

per inadempimento e ciò potrebbe indurre a ritenere che essa si estenda a tutte le ipotesi di risoluzione. Solo che si tratta di un'eccezione circoscritta e, in quanto tale, insuscettibile sia di interpretazione estensiva sia di applicazione analogica (art. 14 disp. prel. c.c.)⁷¹.

Peraltro, la preclusione di cui all'art. 1976 c.c. non esprime l'avversione dell'ordinamento verso l'esperibilità dei rimedi generali previsti per le sopravvenienze contrattuali in ipotesi di negozi transattivi. La norma, invero, fa riferimento alla transazione novativa, ossia a quella situazione in cui emerge un'effettiva incompatibilità oggettiva tra il rapporto preesistente e quello che trova fondamento nell'accordo transattivo. In tale ipotesi, quindi, il precedente rapporto si estingue per novazione oggettiva (art. 1230 c.c.), che costituisce un mezzo al contempo estintivo e conservativo delle obbligazioni: infatti, attraverso l'accordo novativo le parti manifestano la persistenza del reciproco interesse a mantenere il vincolo obbligatorio. Allora, la *ratio* della disposizione di cui all'art. 1976 c.c. appare evidente: se il contratto

⁷¹ Cass. Civ., Sez. II, sent. 28/08/1993 n. 9125: la disposizione dell'art. 1976 c.c., che esclude la possibilità di chiedere la risoluzione della transazione per inadempimento quando il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, a meno che non sia stato diversamente stabilito dalle parti, comportando una eccezione ai principi generali della risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive, nei quali il venir meno del sinallagma funzionale, qualunque ne sia la causa, comporta sempre la caducazione del contratto, non può essere estesa ai casi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, per eccessiva onerosità o per l'accertata inesistenza della condizione presupposta.

transattivo si risolvesse, tornerebbe a rivivere il rapporto originario e ciò vanificherebbe la funzione stessa della transazione, che è quella di evitare che insorga ovvero di comporre una lite riguardante proprio quel rapporto. Il legislatore, d'altronde, ha espressamente chiarito che attraverso questa norma ha voluto superare il dibattito sulla risolubilità della transazione per inadempimento, stabilendo che questa è ammessa solo nel caso in cui il rapporto preesistente non risulti novato o, se vi è stata novazione, quando è stata espressamente stipulata la risoluzione per inadempimento⁷². A tal riguardo, la Cassazione ha precisato che il patto di risolubilità della transazione novativa è da intendersi come un accordo di quiescenza, in quanto opera alla stregua di una condizione sospensiva, in forza della quale il rapporto originario si estingue solo se e quando la transazione novativa è adempiuta⁷³.

Pertanto, da ciò si ricava che nel caso di transazione novativa, salvo che le parti abbiano pattuito diversamente, gli unici rimedi all'inadempimento di una delle parti sono l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), l'azione di esatto adempimento (art. 1453 c.c.) e il risarcimento del danno (art. 1218 c.c.); sicché la deroga, comunque, non determina un vuoto di tutela.

In definitiva, la questione si pone

esclusivamente con riferimento alla risolubilità del contratto di transazione novativa per inadempimento e non con riferimento alla risolubilità del contratto di transazione in generale.

Soluzione

Ciò chiarito, allora nulla osta alla domanda di risoluzione di una transazione, novativa o non novativa, per eccessiva onerosità sopravvenuta, purché sussistano i presupposti previsti dall'art. 1467 c.c.

Infatti, l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, confermato dalla pronuncia in commento, è il seguente: *“la transazione ad esecuzione differita è suscettibile di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, in base al principio generale emergente dall'art. 1467 c.c., in quanto l'irrisolubilità della transazione novativa stabilita in via eccezionale dall'art. 1976 c.c. è limitata alla risoluzione per inadempimento, e l'irrescindibilità della transazione per causa di lesione, sancita dall'art. 1970 c.c., esaurisce la sua ratio sul piano del sinallagma genetico”*.

⁷² Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale, Libro delle Obbligazioni, 1941, par. 637.

⁷³ Cass. Civ., Sez. II, ord. 9/12/2019 n. 32109.



PENALE

Sul concetto di abuso di autorità nel delitto di violenza sessuale

Sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n.27326/2020

di Maura Alessia Valentina Ciociano

Quesito

L'abuso di autorità di cui all'art. 609 bis comma 1 c.p. si riferisce esclusivamente ad una posizione autoritativa di tipo pubblicistico o anche a poteri di natura privata?

Fatto

In via preliminare, conviene accennare alla fattispecie concreta sottostante alla decisione del Supremo Consesso. Un insegnante di lingua inglese che impartiva lezioni private fu condannato in primo grado dal G.u.p del Tribunale di Enna per aver commesso il reato di cui all'art. 609 quater, quarto comma del Codice penale perché nelle sue vesti di tutor privato e, quindi, con abuso di autorità, aveva costretto due alunne minori degli anni quattordici a subire e a compiere su di lui atti sessuali. Successivamente, la Corte di Appello di Caltanissetta aveva riformato la

decisione, riqualificando i fatti come violenza sessuale, ai sensi dell'articolo 609 bis ed aggravata dal disposto normativo di cui al punto 1 dell'articolo 609 ter che, nella formulazione dell'epoca⁷⁴, stabiliva che detti fatti venissero compiuti nei confronti di minore infraquattordicenne. Infine, nel ricorso per Cassazione, la difesa dell'imputato formulava sei motivi di ricorso. Al quarto di questi, dalla lettura della sentenza, emerge il problema spinoso e di difficile soluzione di cui sono state successivamente investite le Sezioni Unite. Difatti, la parte deduceva la violazione degli articoli 609 bis e 609 quater del codice penale per non essersi la Corte d'Appello siciliana conformata all'orientamento interpretativo di legittimità, seguito, invece, dal giudice di prime cure secondo cui l'abuso di autorità di cui all'articolo 609 bis, primo comma, codice penale, presuppone nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico mancante nel caso di specie il quale, diversamente, a parere della difesa andrebbe sussunto nella diversa e meno grave ipotesi di cui all'articolo 609 quater.

⁷⁴ La Legge 19 luglio 2019, n.69 recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere" il cd. Codice Rosso, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 25.7.2019, è intervenuta sugli articoli oggetto della presente scheda di giurisprudenza. Pertanto, al fine di evidenziare le differenze sono stati riportate le formulazioni *ante* e *post* legge del 2019. Tuttavia, sono oggetto di scrutinio da parte del giudice gli artt. 609 *bis*, *ter* e *quater* nella versione vigente *ratione temporis*.



Stante questa diversità di interpretazione, il ricorso assegnato alla Terza sezione penale della Suprema Corte di Cassazione è stato ben presto rimesso al vaglio delle Sezioni Unite della medesima Corte Suprema, le quali, dopo aver attentamente inquadrato la vicenda, ripercorrendo le tappe dell'*overruling* giurisprudenziale avutosi in detta materia, sono giunte ad una soluzione.

Normativa

**Articolo 609 bis codice penale –
Violenza sessuale (articolo ante
L.n.69/2019)**

“Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:

- 1.abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;*
- 2.traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.*

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi”.

**Articolo 609 bis codice penale –
Violenza sessuale**

“Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità,costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:

- 1.abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;*
- 2.traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona*

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi”.

**Articolo 609 ter codice penale –
Circostanze aggravanti (ante
L.n.69/2019)**

“La pena è della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all’articolo 609 bis sono commessi:

- 1. nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici;*
- 2. con l’uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;*
- 3. da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;*
- 4. su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;*
- 5. nei confronti di persona che non ha compiuto gli*

anni diciotto della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore.

5 bis. all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto di istruzione o formazione frequentato dalla persona offesa;

5 ter. nei confronti di donna in stato di gravidanza;

5 quater. nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza.

5 quinquies. se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolarne l'attività;

5 sexies. Se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave;

La pena della reclusione da sette a quattordici anni se il fatto è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci”.

Articolo 609 ter codice penale – Circostanza aggravanti

“La pena stabilita dall'articolo 609 bis è aumentata di un terzo se i fatti ivi previsti sono commessi:

1. nei confronti di persona della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il tutore;

2. con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o

sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;

3. da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;

4. su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;

5. nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni 18;

5 bis. all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto di istruzione o formazione frequentato dalla persona offesa;

5 ter. nei confronti di donna in stato di gravidanza;

5 quater. nei confronti di persona della quale il colpevole sia coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza;

5 quinquies. se il reato è commesso da una persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolarne l'attività;

5 sexies. se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave.

La pena stabilita dall'articolo 609 bis è aumentata dalle metà se i fatti ivi previsti sono commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici. La pena è raddoppiata se i fatti di cui all'articolo 609 bis sono commessi nei confronti di persona che ha compiuto gli anni dieci”.



Articolo 609 quater - Atti sessuali con minorenni (ante L. n.69/2019)

“Soggiace alla pena stabilita dall’articolo 609 bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

- 1. non ha compiuto gli anni quattordici;*
- 2. non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l’ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione di vigilanza, o di custodia il minore è affidato o che abbia, con quest’ultimo, una relazione di convivenza.*

Fuori dei casi previsti dall’articolo 600 bis, l’ascendente, il genitore anche adottivo il di lui convivente, il tutore ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest’ultimo una relazione di convivenza, che, con l’abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni.

Non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell’articolo 609 bis compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni.

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

Si applica la pena di cui all’articolo 600 ter secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci”.

Articolo 609 quater - Atti sessuali con minorenni

“Soggiace alla pena stabilita dall’articolo 609 bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

- 1. non ha compiuto gli anni quattordici;*
- 2. non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l’ascendente il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza, o di custodia il minore è affidato o che abbia, con quest’ultimo, una relazione di convivenza.*

Fuori dei casi previsti dall’articolo 600 bis, l’ascendente, il genitore anche adottivo il di lui convivente, il tutore ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest’ultimo una relazione di convivenza, che, con l’abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con



la reclusione da tre a sei anni.

La pena è aumentata se il compimento degli atti sessuali con il minore che non abbia compiuto gli anni quattordici avviene in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità anche solo promessi.”

Articolo 61 codice penale – Circostanze aggravanti comuni

“Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali le circostanze seguenti:

1. l'aver agito per motivi abietti o futili;
2. l'aver commesso il reato per eseguirne o occultarne un altro ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di un altro reato;
3. l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento;
4. l'aver adoperato sevizie o l'aver agito con crudeltà verso le persone;
5. l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa;
6. l'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato,
7. l'aver nei delitti contro il patrimonio, o che

comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità;

8. l'aver aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso;
9. l'aver commesso il fatto con abusi dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio ovvero alla qualità di un ministro di un culto;
10. l'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, o rivestita della qualità di ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello Stato, ovvero contro un agente diplomatico o consolare di uno Stato estero nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio;
11. l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità,
- 11 bis. l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale;
- 11 ter. l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione,
- 11 quater. l'aver il colpevole commesso un delitto non colposo, durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in

carcere,

11 quinquies. L'aver, nei delitti non colposi contro la vitae l'incolumità individuale e conto la libertà personale commesso il fatto in presenza e in danno di un minore di anni 18 ovvero in danno di persone in stato di gravidanza;

11 sexies. L'aver nei delitti non colposi commesso il fatto in danno di perosne ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative,

11 septies. L'aver commesso il fatto in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante i trasferimenti da o verso i luoghi in cui si svolgono dette manifestazione”.

Articolo 608 codice penale - Abuso di autorità contro arrestati o detenuti

“Il pubblico ufficiale che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia, anche temporanea o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell’Autorità competente è punito con la reclusione fino a 30 mesi”.

La stessa pena si applica se il fatto è commesso da un altro pubblico ufficiale rivestito, per ragione del suo ufficio di una qualsiasi autorità sulla persona custodita.”

Inquadramento

La Suprema Corte di Cassazione, nella sua composizione più autorevole, è stata investita della seguente questione: “*se, in tema di violenza sessuale, l’abuso di autorità di cui all’articolo 609-bis, primo comma codice penale presupponga nell’agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o, invece, possa riferirsi anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l’agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali”.*

Va in primo luogo evidenziato che esistono due diverse opzioni ermeneutiche formatesi in riferimento al rapporto tra cosiddetta violenza sessuale “costrittiva” e il concetto di abuso di autorità.

Il primo indirizzo di pensiero è definito dalla dottrina “pubblicistico” ed è stato avallato anche dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite come ricorda anche la sentenza in commento nella celebre pronuncia delle Sezioni Unite n.13 del 2000: l’abuso di autorità presuppone necessariamente nell’agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico. Così ritenendo la giurisprudenza di inizio millennio escludeva la configurabilità nei confronti di un insegnante privato del delitto di violenza sessuale. A sostegno di

questa tesi, la giurisprudenza utilizzava un argomento di tipo storico, supponendo la presunzione di continuità tra l'art. 609 bis comma 1 e l'abrogato articolo 520 c.p. (in cui si faceva esplicito riferimento al pubblico ufficiale). Ma in quella occasione questa tesi era corroborata, a parere della Corte, dal fatto che l'imputato fosse un ufficiale dell'esercito.

A questo orientamento si uniformarono varie pronunce: la prima (Cass. Sez. Terza, n.32513 del 2002) riguardante un abuso sessuale posto in essere da un insegnante in danno di una minorenni frequentante un corso di formazione professionale. La sentenza in parola operava una interessante distinzione fra abuso di autorità in cui vi è la costrizione al compimento degli atti sessuali e induzione all'atto sessuale di persona in condizioni di inferiorità fisica o psichica e da quella di atti sessuali compiuti con minori degli anni sedici ad opera dell'ascendente o di altri soggetti in rapporto qualificato con la persona offesa in cui, invece, si è in presenza di un consenso viziato dalle condizioni di inferiorità della vittima. Inoltre, sempre in quell'occasione rilevano i giudici della sentenza in commento, il Supremo Consesso ha anche

escluso la possibilità di configurare la potestà genitoriale come istituto di natura pubblicistica.

La Corte, esaminando tutte le pronunce che si sono susseguite, rintraccia anche quelle in cui a parere della Corte Suprema di Cassazione l'abuso di autorità consiste nella strumentalizzazione del potere dell'agente realizzato attraverso una subordinazione psicologica che si risolve in una vera e propria costrizione al compimento dell'atto (Cass. Sez. Terza n. 36595 del 2012; Cass. Sez. Quarta n. 6982 del 2012). Il secondo orientamento dottrinale è maggioritario nonché più recente. Esso fornisce un'esegesi ampia della nozione di autorità e, in taluni casi, non riesce a tracciare una linea di demarcazione tra abuso di autorità e costrizione al compimento degli atti sessuali. Detto orientamento, seguito dalla Suprema Corte di Cassazione dal 2008, può essere, nella lettura che ne offre la giurisprudenza, così sintetizzato: la nozione di abuso di autorità di cui all'articolo 609 *bis* può essere esteso ad ogni potere di supremazia, anche di natura privata, di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali. La recente giurisprudenza, attraverso una

argomentazione composita e raffinata, utilizza vari tipi di argomentazione: l'argomento sistematico, l'argomentazione *a contrario* e, infine, l'argomento psicologico ricorrendo alla volontà del legislatore. Specificamente, mette in relazione l'articolo 609 *bis* con gli articoli 61 n. 11 e 608 codice penale. Da un'analisi dell'articolo **61, n. 11il legislatore** configura, come aggravante comune, la condotta di chi commette un reato con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni d'ufficio, di prestazione di opera, di coabitazione o di ospitalità, ossia **strumentalizzando situazioni coinvolgenti rapporti di diritto privato**. La medesima operazione intellettuale è stata compiuta dal legislatore all'articolo 609 *bis* c.p. ove non si fa menzione di autorità di tipo pubblicistico. Diversamente, secondo i giudici, nell'articolo 608 Codice penale, il legislatore ha tenuto a precisare detta qualifica menzionando il pubblico ufficiale. Sulla scia di questo orientamento, sono state ritenute rilevanti situazioni quali la **convivenza** dell'imputato con la madre del minore persona offesa (Cass. Sez. Terza n. 2119

del 2008); il potere di soggezione dell'imputato sulla **cognata** minore destinataria degli atti sessuali (Cass. Sez. Terza n. 19419 del 2012); la qualità di **istruttore di arti marziali** esercitata dall'imputato nei confronti dei suoi allievi minorenni (Cass. Sez. Terza n. 37135 del 2013); la qualità di **datore di lavoro** (Cass. Sez. Terza n. 36704 del 2014 e Cass. Sez. Terza n. 49990 del 2014); la qualità di **insegnante nei confronti di una ex alunna** (Cass. Sez. Terza n. 33042 del 2016); la posizione di **cappellano del carcere** nei confronti dei detenuti (Cass. Sez. Terza n. 33049 del 2016). Fatte queste premesse, nella sentenza in commento, i giudici, al fine di sgombrare il campo da ulteriori equivoci, chiariscono il significato del sintagma abuso di autorità per poi soffermarsi sull'origine della posizione autoritativa. Per la Corte dall'analisi dei primi due commi dell'articolo 609 *bis* del Codice penale è possibile distinguere: la violenza sessuale "costrittiva" dalla violenza sessuale "induttiva". Nel primo caso, il soggetto passivo pone in essere o subisce un evento non voluto poiché ne viene annullata o limitata la capacità di azione e di reazione coartandone

la capacità di autodeterminazione incidendo sul processo formativo della volontà della vittima fino ad impedire ogni diversa opzione. Nel secondo caso, ossia nel caso di violenza sessuale “induttiva”, l’agente persuade la persona offesa a sottostare ad atti che diversamente non avrebbe compiuto, ovvero a subirla, strumentalizzandone la vulnerabilità e riducendola al rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità: in questo caso la volontà della vittima si conforma alle intenzioni dell’agente. Oltre a ciò, va rimarcato che la condizione in cui versa la persona offesa nei casi di abuso di autorità è una condizione materiale o psicologica, ma non psichica. La Corte mette, altresì, a paragone l’abuso di autorità dalla minaccia funzionale alla costrizione. Mentre la minaccia determina un’efficacia intimidatoria diretta sul soggetto passivo, costretto a compiere o subire l’atto sessuale, la coartazione che consegue all’abuso di autorità trae origine dal particolare contesto relazionale di soggezione tra autore e vittima del reato. Queste argomentazioni conducono la Corte a prediligere l’interpretazione espansiva del

concetto di abuso di autorità e ritenere fallace le argomentazioni poste a fondamento della summenzionata sentenza Sezioni Unite n. 13 del 2000, che a parere del nuovo orientamento utilizza il richiamo agli articoli 519 e 520 del codice penale, oggi abrogati, in modo del tutto scollegati. A sostegno di questa affermazione la Corte si avvale dell’argomentazione sistematica di tipo topografico sottolineando che la collocazione del delitto di violenza sessuale tra quelli contro la libertà personale e la natura di reato comune svincolano l’articolo 609 *bis* del codice penale dal riferimento alla figura del pubblico ufficiale. La giurisprudenza nell’interpretare l’articolo 520 del codice penale sosteneva che la posizione di pubblico ufficiale era sufficiente per la configurazione del reato, essendo bastevole il solo nesso causale tra la posizione di pubblico ufficiale ed il fatto. Molte pronunce della Cassazione, susseguitesi tra la fine degli anni ‘80 del Novecento e gli inizi del 2000, ritenevano penalmente rilevante la condotta posta in essere da soggetto consenziente o indotta dal soggetto passivo e, inoltre, configurabile il reato solo nei casi in cui il soggetto passivo fosse stato una persona arrestata,

detenuta o in affidamento. In merito al rapporto tra l'articolo in esame e l'articolo 609 *quater*, valorizzato dalla Suprema Corte di Cassazione nella sopra citata pronuncia del 2000, è considerata una interpretazione errata poiché l'articolo 609 *quater* contiene una clausola di riserva e si riferisce non all'abuso di autorità, ma all'abuso dei poteri. Gli interpreti, sia la dottrina sia la giurisprudenza, ricorda la Corte, hanno dato una lettura univoca del 609 *quater* sottolineandone due aspetti: in primo luogo, l'incapacità del minore di esprimere un valido consenso e, in secondo luogo, individuando il bene giuridico del reato, il quale dovrebbe essere individuato non nella libertà di autodeterminazione, non essendosi di fatto formata, ma nell'integrità fisico-psichica del minore che è da considerarsi embrionale alla formazione di un corretto sviluppo della sessualità. Questa lettura espansiva consente di far rientrare nel novero delle ipotesi previste dall'articolo 609 *bis* tutte quelle situazioni che altrimenti resterebbero escluse per varie ragioni, come i casi in cui il rapporto è un rapporto di lavoro dipendente e irregolare o tutte quelle situazioni di supremazia che si instaurano in ambienti di tipo associativo o religioso e

non collocabili nell'ambito della minaccia o dell'abuso delle condizioni di inferiorità psichica. Dunque, i giudici delle Sezioni Unite sostengono, dopo aver escluso la natura formale e pubblicistica dell'autorità di cui l'agente abusa nel commettere il reato di cui all'articolo 609 *bis*, che occorre stabilire se l'autorità privata sia solo quella che deriva dalla legge o anche un'autorità di fatto. A parer della Corte, la seconda ipotesi è quella da considerare corretta poiché ciò che rileva è la coartazione della volontà della vittima posta in essere da una posizione di preminenza. Così ragionando non solo la specifica qualità del soggetto agente passa in secondo piano, ma lo stesso riconoscimento della validità dell'interpretazione più ampia del concetto di abuso di diritto non incide negativamente sul Principio di tipicità. La dottrina, ricorda la Corte, ha sempre sostenuto che tra le finalità della legge 15 febbraio 1996 n.66⁷⁵ vi

⁷⁵ La legge 15 febbraio 1996 n. 66 recante "Norme contro la violenza sessuale" fu una legge particolarmente importante sul piano giuridico, politico e sociale. In primo luogo, sul piano giuridico abrogava gli articoli del Codice Rocco che definivano lo stupro delitto contro la moralità pubblica e il buon costume, identificandolo come delitto contro la persona e furono considerati violenza sessuale anche gli atti di libidine e furono inasprite le pene. In secondo luogo, sul piano politico, fu il frutto di un *iter* lunghissimo iniziato nel 1977, che trovava la sua ragion d'essere nell'uguaglianza e nella parità tra uomo e donna così come sanciti in

era quella di assicurare la massima tutela a tutti coloro i quali per caratteristiche personale o in ragione del contesto ambientale o relazionale che li vede coinvolti vengano indotti o costretti a subire atti sessuali, cosicché fornire una nozione ampia del concetto in esame appare coerente con gli scopi prefissati dal legislatore.

Altro punto essenziale da dover dimostrare, in queste ipotesi, ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, è l'arbitraria utilizzazione del potere sottolineando il collegamento tra l'abuso di autorità e le conseguenze sulla capacità di autodeterminazione del soggetto offeso.

Conclusivamente, per la Corte al fine di potersi configurare il reato bisogna dimostrare in primo luogo l'esistenza di un rapporto di autorità tra autore del reato e vittima e, in secondo luogo, che l'agente abbia abusato di tale posizione di supremazia per costringere la vittima a compiere l'atto sessuale.

Soluzione

Costituzione. Dal punto di vista sociale, fu sicuramente una vittoria delle Sessantottine e dei Movimenti femministi.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, dirimendo la questione sorta in merito alla

concetto di abuso di autorità nel delitto di violenza sessuale hanno stabilito il seguente principio di diritto: *“L'abuso di autorità cui si riferisce l'articolo 609 bis, comma primo, codice penale presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali”*



AMMINISTRATIVO

I limiti esterni della giurisdizione nella sede dell'ottemperanza

Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, ordinanza 15 ottobre del 2020 n. 22374

di Maria De Prisco

Quesito

La domanda avente ad oggetto la verifica della correttezza della liquidazione commissariale dell'indennizzo di cui all'art 42bis d.P.R. n. 327 del 2001 è devoluta alla giurisdizione del giudice dell'ottemperanza, nella forma del reclamo ex art 114 comma 6 c.p.a., o alla giurisdizione ordinaria nella peculiare forma dell'opposizione alla stima?

Fatto

Con sentenza n.1190 del 2014 il TAR Catanzaro annullava gli atti di una procedura espropriativa, posta in essere dal Comune di ** per la realizzazione di opere viarie, nella parte riguardante un fondo di proprietà del sig. ** e ordinava al Comune di procedere all'acquisizione sanante ex art 42 bis d.P.R. n. 327/2001, con relativo indennizzo, oppure di restituire in tutto o in parte il terreno.

Con successiva sentenza n.36 del 2016 il

medesimo TAR, vista l'inerzia del Comune, nominava un commissario ad acta che, con determina 5/2016, adottava un provvedimento di acquisizione sanante ex art 42 bis T.U. 327/2001.

Il proprietario presentava, allora, un reclamo al TAR ai sensi dell'art 114 comma 6 del codice del processo amministrativo per contestare, essenzialmente, la congruità dell'indennità stimata dal commissario.

Il TAR con sentenza del 2017 n. 620 escludeva la nullità del provvedimento e dichiarava l'inammissibilità del reclamo per difetto di giurisdizione, essendo le questioni relative all' indennità ex art 42 bis d.P.R. 327/2001 devolute al giudice ordinario e non essendo individuabili nella sentenza di cognizione criteri per la definizione.

La sentenza è stata impugnata con atto di appello dal ricorrente, il quale domandava l'annullamento.

In particolare, l'appellante: da un lato osservava che la sentenza di cognizione, diversamente da quanto sostenuto dal TAR, aveva introdotto i criteri per la stima dell'indennizzo in caso di provvedimento ex art 42 bis d.P.R. 327/2001; dall'altro che, in applicazione dell'art 114 c.p.a., ogni controversia concernente gli atti del commissario ad acta è attratta al giudizio di ottemperanza dinanzi al giudice



amministrativo.

Tale appello è stato respinto dalla sentenza del Consiglio di Stato del 2018 n. 5739.

Il Consiglio di Stato, dopo aver premesso che il reclamo rappresenti l'unico mezzo processuale che l'ordinamento consente per contestare gli atti del commissario ad acta, ha evidenziato come la doglianza formulata in sede di reclamo in ordine alla nullità dell'attività realizzata dal commissario, correttamente sottoposta al giudice dell'ottemperanza, era stata rigettata dal TAR senza che sul punto vi fosse impugnazione.

Peraltro, secondo il Consiglio di Stato doveva rilevarsi come il giudice della cognizione non avesse fornito al commissario ad acta alcun indirizzo circa la liquidazione della indennità correlata al provvedimento di acquisizione sanante.

Pertanto, secondo i giudici, il commissario ad acta ha adottato un atto espropriativo esecutivo nell'an ma svincolato da ogni pregressa indicazione metodologica circa il quantum.

Questo aspetto ha indotto ad escludere la giurisdizione del giudice amministrativo dell'ottemperanza, il quale "nello specialissimo caso in esame" sarebbe chiamato a procedere *ex novo* e dunque in sede di pura e semplice cognizione alla verifica della correttezza della liquidazione commissariale dell'indennizzo, questione che, invece, va proposta al giudice ordinario.

Avverso tale sentenza il ricorrente proponeva ricorso per cassazione denunciando la violazione e/o falsa applicazione dell'art 114 c. 6 c.p.a. che prevede, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo su tutte le questioni relative all'ottemperanza, come su tutte quelle inerenti agli atti del commissario ad acta.

In particolare, il ricorrente contesta che il Consiglio di Stato abbia rinvenuto una deroga alla regola della concentrazione di ogni sindacato sugli atti commissariali in capo al giudice dell'ottemperanza, non prevista dall'ordinamento.

Normativa

Articolo 114 Codice del processo amministrativo- Procedimento

1. *L'azione si propone, anche senza previa diffida, con ricorso notificato alla pubblica amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta; l'azione si prescrive con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza.*

2. *Unitamente al ricorso è depositato in copia autentica il provvedimento di cui si chiede l'ottemperanza, con l'eventuale prova del suo passaggio in giudicato.*

3. *Il giudice decide con sentenza in forma semplificata.*

4. *Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso:*

a) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative

modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione;

b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato;

c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano;

d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta;

e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo. Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali.

5. Se è chiesta l'esecuzione di un'ordinanza il giudice provvede con **ordinanza**.

6. Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni. Gli

atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario.

7. Nel caso di ricorso ai sensi del comma 5 dell'articolo 112, il giudice fornisce chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario.

8. Le disposizioni di cui al presente Titolo si applicano anche alle impugnazioni avverso i provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza.

9. I termini per la proposizione delle impugnazioni sono quelli previsti nel Libro III.

Articolo 21 Codice del processo amministrativo- Commissario ad acta

1. Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20, comma 2.

Art. 133 Codice del processo amministrativo- Materie di giurisdizione esclusiva

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge:

a) le controversie in materia di:

1) risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo;

2) formazione, conclusione ed esecuzione degli



accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni;

3) silenzio di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3, e provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di segnalazione certificata, denuncia e dichiarazione di inizio attività, di cui all'articolo 19, comma 6-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241;

4) determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo;

5) nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato;

6) diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa;

a-bis) le controversie relative all'applicazione dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241;

b) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche;

c) le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità;

d) le controversie concernenti l'esercizio del diritto a chiedere e ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di pubblici servizi statali;

e) le controversie:

1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative;

2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto;

f) le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa;



g) le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa;

h) le controversie aventi ad oggetto i decreti di espropriazione per causa di pubblica utilità delle invenzioni industriali;

i) le controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico;

l) le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dagli Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-duodecies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209;

m) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di comunicazioni elettroniche, compresi

quelli relativi all'imposizione di servitù, nonché i giudizi riguardanti l'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze, la gara e le altre procedure di cui ai commi da 8 a 13 dell'articolo 1 della legge 13 dicembre 2010, n. 220, incluse le procedure di cui all'articolo 4 del decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 maggio 2011, n. 75;

n) le controversie relative alle sanzioni amministrative ed ai provvedimenti adottati dall'organismo di regolazione competente in materia di infrastrutture ferroviarie ai sensi dell'articolo 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188;

o) le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti;

p) le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell'articolo 5, commi 2 e 4 della medesima legge n. 225 del 1992 e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati;

q) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti anche contingibili ed urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di



incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilizia e di polizia locale, d'igiene pubblica e dell'abitato;

r) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alla disciplina o al divieto dell'esercizio d'industrie insalubri o pericolose;

s) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni in materia di danno all'ambiente, nonché avverso il silenzio inadempiuto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale, nonché quelle inerenti le ordinanze ministeriali di ripristino ambientale e di risarcimento del danno ambientale;

t) le controversie relative all'applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari;

u) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di passaporti;

v) le controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti aventi per oggetto i titoli di Stato o le leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico;

z) le controversie aventi ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti i rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti;

z-bis) le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti i rapporti di impiego, adottati dall'Agenzia nazionale di regolamentazione del

settore postale di cui alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 37 della legge 4 giugno 2010, n. 96;

z-ter) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua istituita dall'articolo 10, comma 11, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106;

z-quater) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149;

z-quinquies) le controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

z-sexies) le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 16 del regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso;

z-septies) le controversie relative ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche .

Art 42 bis Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità- Utilizzazione senza titolo di un bene per

scopi di interesse pubblico.

1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene.

2. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira. In tali casi, le somme eventualmente già erogate al proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo.

3. Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale di cui al comma 1 è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma.

4. Il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione; nell'atto è liquidato l'indennizzo di cui al comma 1 e ne è disposto il pagamento entro il termine di trenta giorni. L'atto è notificato al proprietario e comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14; è soggetto a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente ed è trasmesso in copia all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2.

5. Se le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 4 sono applicate quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ovvero quando si tratta di terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati, il provvedimento è di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e la liquidazione forfetaria dell'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale è pari al venti per cento del valore venale del bene.

6. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando è imposta una servitù e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale; in tal caso l'autorità amministrativa, con oneri a carico dei soggetti beneficiari, può



procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio dei soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua o energia.

7. L'autorità che emana il provvedimento di cui al presente articolo né dà comunicazione, entro trenta giorni, alla Corte dei conti mediante trasmissione di copia integrale.

8. Le disposizioni del presente articolo trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione; in tal caso, le somme già erogate al proprietario, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo.

Art. 53 Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità- Disposizioni processuali.

1. La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo.

2. Resta ferma la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

Inquadramento

La pronuncia in esame impone un chiarimento non solo sul riparto di giurisdizione inerente alle controversie in materia di espropriazione per pubblica

utilità ma anche sulla disciplina del commissario ad acta.

Con riguardo al riparto di giurisdizione è noto che in materia di espropriazione per pubblica utilità, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa alla determinazione e corresponsione dell'indennizzo previsto in relazione alla fattispecie di acquisizione sanante ex art 42 bis d.P.R. 327 del 2001; nonché la controversia avente ad oggetto l'interesse del cinque per cento del valore venale del bene, dovuto per il periodo di occupazione senza titolo, ai sensi del comma 3, ultima parte, a titolo di "risarcimento del danno", in quanto costituisce solo una voce del complessivo indennizzo per il pregiudizio patrimoniale.

In relazione alla disciplina del commissario ad acta, con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, non si dubita più della qualifica dello stesso quale ausiliario del giudice.

La scelta del codice, che si desume dall'univoca formulazione dell'art 114 comma 6 c.p.a., è stata, infatti, quella di qualificare il commissario ad acta come ausiliario del giudice e di ricondurre alla giurisdizione "esecutiva" l'impugnazione dei suoi atti, risultando irrilevante la sussistenza più o meno ampia di margini di discrezionalità lasciati dal giudicato, superando così la c.d. teoria mista, secondo la quale il commissario ad acta è organo ausiliario del giudice oppure organo

straordinario dell'amministrazione a seconda dell'ampiezza dello spazio che il giudicato lascia alla sua azione.

La natura di ausiliario del giudice trova, inoltre, conferma anche nell'art. 21 c.p.a. che definisce espressamente in tali termini la figura del commissario ad acta.

Questa conclusione è avvalorata, ulteriormente, anche dalla modifica recata dal primo correttivo al comma 6 primo periodo dell'art. 114 c.p.a. consistente nell'espunzione dell'aggettivo "esatta" riferito all'ottemperanza per effetto della quale il giudice "conosce", oggi, "di tutte le questioni relative all'ottemperanza".

La ratio di tale modifica risiede nell'intenzione del legislatore di chiarire il superamento della teoria mista e di concentrare dinanzi al giudice dell'ottemperanza ogni questione concernente gli atti commissariali.

Ciò chiarito, l'assoluta specificità del caso in esame deriva dal fatto che il giudice della cognizione nel facultizzare il commissario all'adozione di un atto ex art. 42 bis non ha in realtà fornito alcun indirizzo circa la liquidazione della relativa indennità.

Quindi il commissario ha adottato un atto espropriativo esecutivo nell'an ma svincolato da ogni pregressa indicazione metodologica circa il quantum.

Dato che i profili in contestazione attengono a giurisdizione diversa da quella amministrativa si ritiene che non possa valere la regola della concentrazione di ogni

sindacato sugli atti commissariali in capo al giudice dell'ottemperanza, in quanto nel caso in esame il giudice dell'ottemperanza dovrebbe procedere ex novo e dunque in sede di pura e semplice cognizione alla stima della correttezza della liquidazione commissariale, questione che, invece, l'ordinamento riserva al giudice ordinario.

Nel caso di specie, difatti, il reclamo proposto dal ricorrente contro la determina commissariale 5/2016, con cui contesta i criteri di quantificazione dell'indennità ex art. 42bis dpr 327/2001, ha introdotto un *thema decidendum* esterno alla giurisdizione del giudice amministrativo, attribuito al giudice ordinario.

Soluzione

Le Sezioni Unite risolvono la questione di giurisdizione devoluta in conformità all'orientamento già espresso per analoghe fattispecie.

In particolare attribuiscono al giudice ordinario la domanda avente ad oggetto la determinazione dell'indennità ex art. 42 bis del D.P.R. 327/2001 anche qualora tale indennità sia stata determinata, in sede di giudizio di ottemperanza da una sentenza del giudice amministrativo, mediante provvedimento del commissario ad acta, oggetto di reclamo ai sensi dell'art. 114 comma 6 del c.p.a.

Secondo le Sezioni Unite "tale soluzione si giustifica in forza della natura del giudizio di ottemperanza e, in particolare, dei poteri

attribuiti al giudice in questa peculiare fase. Quest'ultimo è chiamato, difatti, non solo ad enucleare e precisare il contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza passata in giudicato, ma – anche quando sorgono problemi interpretativi la cui soluzione costituisce l'indispensabile presupposto della verifica dell'esattezza dell'esecuzione – ad adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, restando, tuttavia, fermo il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo”.

Nel caso di specie, pertanto, la proposizione del reclamo che ha ad oggetto la contestazione dei criteri di determinazione dell'indennità ex art 42bis d.P.R. n. 327/2001, contenuti nel provvedimento di esecuzione del giudicato amministrativo adottato dal commissario ad acta, introduce nel giudizio di ottemperanza un *thema decidendum* esterno alla giurisdizione del

giudice amministrativo, con la conseguenza che la cognizione della questione controversa è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Non rileva, al riguardo, che il provvedimento contestato sia stato adottato dal commissario ad acta, ovvero da un ausiliario del giudice amministrativo, presso il quale il giudizio di ottemperanza è stato radicato, non essendo sufficiente il rapporto funzionale a determinare una *vis attractiva* tale da modificare i criteri attributivi della giurisdizione in relazione alla *causa petendi* ed al *petitum* della *res indicanda* oggetto del reclamo



Pillole di Diritto

a cura di Luca Cestaro

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

Civile

La pillola di diritto del 23.11.2020

La cancellazione della società dal registro delle imprese non determina la rinuncia ai crediti

*#rinuncia #estinziõesocietà #crediti
#registroimprese*

Corte di Cassazione, sez. VI civile, Ordinanza n. 22432 del 16.10.2020

1 - Un istituto bancario, in primo grado, è stato condannato a risarcire delle somme a una società che, poi, è stata cancellata dal registro delle imprese nella fase di appello. L'istituto bancario sostiene che il giudizio non sia validamente proseguito dopo l'estinzione della società e che, comunque, l'estinzione della società abbia comportato la rinuncia tacita alle ragioni attive vantate dalla società medesima.

La fattispecie dà l'occasione alla Corte per rammentare i principi secondo cui taluni rapporti sopravvivono all'estinzione della società.

2 - Dopo la riforma di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, (e l'introduzione del nuovo art. 2495 cod. civ.), la Corte ha ritenuto che le società

di capitali si estinguano immediatamente per effetto della cancellazione dal registro delle imprese, così abbandonando il precedente orientamento che, al fine di razionalizzare la situazione esistente in presenza di sopravvenienze attive o passive, reputava la società sempre in vita, purché esistessero ancora «rapporti pendenti».

In particolare, a partire dalle sentenze delle SS.UU. n. 6070 e 6071 del 12/03/2013, si è precisato che qualora all'estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio. Tale fenomeno determina diverse conseguenze quali:

- “a) l'obbligazione della società non si estingue, ciò che sacrificherebbe ingiustamente il diritto del creditore sociale, ma si trasferisce ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, pendente societate, fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali;*
- b) i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai*



soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo”.

Nel giudizio di cui è parte la società cancellata, quindi, si determina un evento interruttivo che può culminare nella prosecuzione del giudizio da parte o nei confronti dei soci ai sensi degli artt. 299 e ss. e 110 c.p.c. Se, tuttavia, la parte è costituita a mezzo procuratore, opera, altresì, la regola dell'ultrattività del mandato alla lite secondo cui il medesimo procuratore, qualora originariamente munito di procura alla lite valida per gli ulteriori gradi del processo, è legittimato a rappresentare la parte (sebbene questa abbia cessato di esistere o abbia, comunque, perso la capacità di stare in giudizio) come se l'evento stesso non si fosse verificato; risulta così *“stabilizzata la posizione giuridica della parte rappresentata (rispetto alle altre parti ed al giudice) nella fase attiva del rapporto processuale, nonché in quelle successive di sua quiescenza od eventuale*

riattivazione dovuta alla proposizione dell'impugnazione”. Tale situazione, evidentemente, muta qualora, nella fase di impugnazione, si costituiscono gli aventi causa della parte divenuta incapace o l'evento interruttivo emerga formalmente nel processo.

3 - Chiarito che il processo era, quindi, validamente proseguito in mancanza della dichiarazione dell'evento interruttivo, la Corte precisa che la successione dei soci nei rapporti attivi pendenti alla data della cancellazione della società riguarda i diritti già certi in via definitiva e non opera con riferimento ai crediti oggetto di *“mera pretesa, che al momento della cancellazione erano ancora controversi e incerti”*; per essi, opera una presunzione – seppur suscettibile di prova contraria - di rinuncia a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo.

Quando, però, il credito non è una incerta pretesa ma riguarda un bene o un diritto che, se fossero stati conosciuti o comunque non trascurati al tempo della liquidazione, avrebbero dovuto essere inseriti nel bilancio di liquidazione con conseguente ripartizione tra i soci (al netto dei debiti), l'interpretazione abdicativa della

cancellazione *“appare meno giustificata, e dunque non ci si può esimere dall’interrogarsi sul regime di quei residui o di quelle sopravvenienze attive”*.

Rispetto a crediti e posizioni attive che presentino un sufficiente grado di certezza, quindi, *“l’estinzione di una società conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, ove intervenuta nella pendenza di un giudizio dalla stessa originariamente intrapreso, non determina anche l’estinzione della pretesa azionata”*; a tal fine, occorre che il creditore manifesti,

anche attraverso un comportamento concludente, la volontà di rimettere il debito comunicandola al debitore (che, dal canto suo, può pur sempre dichiarare di non volerne profittare).

L’applicazione dei due principi sopra indicati (ultrattività del mandato e assenza di presunzione di estinzione tacita per crediti sufficientemente delineati) ha determinato il rigetto del ricorso dell’istituto bancario.

Penale

La pillola di diritto del 19.11.2020

La successione di norme extrapenali per la condotta dell'albergatore che non rende al Comune la cd. "tassa di soggiorno".

#tassadisoggiorno #314cp #peculato #successioneleggipenali

Corte di Cassazione, sez. VI penale, Sent. n. 30227 del 30.10.2020

1. La legislazione di settore poneva a carico degli albergatori l'obbligo di riscuotere la tassa di soggiorno dai propri ospiti per conto degli enti locali. Nel previgente quadro normativo, la Corte di Cassazione qualificava gli albergatori come ausiliari degli enti locali e, in quanto tali, come incaricati di pubblico servizio (art. 358 c.p.) alla riscossione, appunto, dell'imposta di soggiorno.

Il mancato versamento degli importi così riscossi comportava, quindi, l'integrazione del reato di peculato (art. 314 c.p.) che, peraltro, non era giammai qualificabile come "peculato d'uso"; il peculato d'uso, infatti, "non è mai configurabile rispetto alle somme di denaro, in quanto la sua natura fungibile non consente dopo l'uso la restituzione della stessa cosa,

ma solo del tantundem, irrilevante ai fini dell'integrazione della ipotesi attenuata".

2. È poi intervenuto l'art. 180 del D.L. 19 maggio 2020 n. 34, convertito nella legge n. 77 del 20 luglio 2020, che ha mutato la posizione del gestore della struttura ricettiva. Questi è divenuto "responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno ... con diritto di rivalsa sui soggetti passivi (il fruitore del servizio), della presentazione della dichiarazione, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale". Quale "responsabile d'imposta", l'albergatore è sottoposto alle sanzioni amministrative tributarie. Va rammentato che il responsabile d'imposta è il soggetto che è tenuto, per legge, al pagamento di un tributo insieme ad altri, per fatti e situazioni riferibili a questi ultimi nei cui confronti ha diritto di rivalsa.

La novella normativa, quindi, esclude che la condotta del gestore possa essere ulteriormente inquadrata penalmente come avveniva in passato: "il denaro ancora non versato a titolo d'imposta per definizione non costituisce denaro altrui né, quale soggetto giuridico onerato del tributo, il gestore può essere ritenuto

incaricato di pubblico servizio”.

3. Resta da comprendere se la novella normativa comporti l'abolitio criminis delle fattispecie perfezionatesi nel periodo di vigenza della normativa pregressa.

La Corte rammenta che tale effetto “*si determina solo quando la modifica abbia riguardato norme realmente integratrici della legge penale, come quelle di riempimento di norme penali in bianco o le norme definitorie, ma non anche le norme richiamate da elementi normativi della fattispecie penale*”.

Per determinare se vi sia o meno stata successione di leggi penali nel tempo, occorre procedere al confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, senza (più) far riferimento alla natura dei beni tutelati e alle modalità dell'offesa arrecata ai beni medesimi.

Il confronto strutturale, infatti, permette “*in maniera autonoma di verificare se l'intervento legislativo posteriore assuma carattere demolitorio di un elemento costitutivo del fatto tipico, alterando così radicalmente la figura di reato ovvero, non incidendo sulla struttura della stessa, (ne) consenta la sopravvivenza di un eventuale spazio*” di applicazione. Nel caso di specie, si verifica una mera successione di norme extrapenali

che “*pure collocandosi in rapporto di interferenza applicativa sia con la norma che definisce la qualifica soggettiva dell'agente (art. 358 cod. pen.) sia con quella che stabilisce la struttura del reato (art. 314 cod. pen.), lasciano, però, entrambe inalterate, potendo al più dirsi richiamate in maniera implicita da elementi normativi contenuti sia nella norma definitoria che nella fattispecie penale*”.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte conclude nel senso che colui il quale, nella vigenza della precedente disciplina, abbia omesso di versare agli enti locali le somme riscosse a titolo di “tassa di soggiorno” è tutt'ora passibile di incriminazione per il reato di peculato (art. 314 c.p.).



Amministrativo

La pillola di diritto del 16.11.2020

Il Consiglio di Stato sulla legittimazione a impugnare dell'ANAC

*#ANAC #211cod.appalti
#legittimazione #impugnativa*

Consiglio di Stato, sez. V, Sent. n. 6787 del 3.11.2020

1. La Sezione respinge la tesi secondo cui, per esercitare il potere di impugnativa degli atti di gara di cui all'art. 211 cod. appalti (d.lgs. 50/2016), l'ANAC avrebbe dovuto dar conto anche dell'esistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela ai sensi dell'art. 21 nonies L. 241/1990.

2. Il Collegio rammenta che la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo è attribuita all'ANAC secondo due modalità: la prima è regolata dall'art. 211, comma 1-bis che prevede il potere di «*agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici*

relativi a lavori, servizi e forniture»; la seconda, invece, si fonda sulla previa emissione di un parere motivato da parte dell'ANAC che indichi alla stazione appaltante le «*gravi violazioni*», ossia i vizi di legittimità che inficiano i provvedimenti presi in considerazione dall'Autorità, «*invitando la medesima stazione appaltante a conformarsi*»; solo «*se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, [questa] può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo*» (art. 211, comma 1-ter, cit.).

Le due ipotesi previste dalla legge sono state, poi, precisate dal regolamento ANAC approvato il 13.6.2018.

Ebbene, né la norma primaria né quella regolamentare subordinano il potere in commento alla verifica di un interesse pubblico attuale e concreto la cui sussistenza è condizione per l'esercizio del potere di autotutela.

Il potere di impugnare in questione, infatti, «*sorge in coincidenza con il rilievo delle violazioni delle norme in materia di contratti pubblici (fermi restando gli altri presupposti relativi alla rilevanza del contratto e alle tipologie di atti impugnabili)*» e tanto «*vale anche per il caso*

del ricorso preceduto da parere rimasto senza seguito da parte della stazione appaltante”.

Il parere, in questione è un atto puramente sollecitatorio del potere di autotutela della Stazione appaltante e, come tale, è privo di valore provvedimento (parere C.d.S. n. 1119 del 26.34.2018). Esso, fra l'altro, non ha alcun valore vincolante (diversamente da quanto avveniva per le abrogate “raccomandazioni vincolanti” presenti nella prima stesura del codice) e non obbliga, quindi, la Stazione appaltante a esercitare il potere di autotutela. Il supremo Consesso, quindi, esclude che il *“parere costituisca l'atto di avvio di un procedimento di riesame in autotutela da parte della stazione appaltante, con le conseguenze che – quanto a disciplina della fattispecie e, in specie, necessaria valutazione degli interessi coinvolti - deriverebbero da tale premessa”*.

3. In merito, poi, la Sezione effettua un interessante passaggio sulla legittimazione a ricorrere attribuita per legge all'Anac che “si inserisce nel solco di altre fattispecie di fonte legislativa che in passato hanno riconosciuto alle autorità indipendenti il potere di agire in giudizio”. Essa non è una “legittimazione straordinaria o eccezionale rispetto al criterio con cui si identifica la

condizione dell'azione rappresentata dall'interesse ad agire o a ricorrere, ossia il collegamento dell'interesse a ricorrere con la titolarità (o l'affermazione della titolarità) di un interesse tutelato dall'ordinamento sul piano sostanziale”. Tale collegamento soggettivo, infatti, si instaura tra l'Autorità e gli interessi e funzioni pubbliche che la legge affida alla sua cura; “questi non hanno ad oggetto la mera tutela della concorrenza nel settore [concorrenza per il mercato], ma sono più in generale orientati - per scelta legislativa e configurazione generale di questa Autorità, come ricavabile dalle sue molte funzioni - a prevenire illegittimità nel settore dei contratti pubblici (tanto che la norma primaria dice solo che la ragione dell'azione sta nella violazione de «le norme in materia di contratti pubblici»), anche indipendentemente da iniziative o interessi dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di gara”.

Così come affermato dall'Adunanza Plenaria, n. 4 del 2018, “la disposizione di cui all'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 [non] si muove nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse [...] a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all'Autorità detto interesse, attribuendole il potere

diretto di agire in giudizio nell'interesse della legge”.