



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 1 - NUMERO 11 - DICEMBRE 2020

EDITORIALE:

- › **Amministrativo:** I presupposti del diritto di accesso da Maradona al caso Esposito-Franco di Arcangelo Monaciliumi

APPROFONDIMENTI

- › **Civile:** La responsabilità dell'istituto e del personale scolastico per il danno etero-procurato di *Consuelo Calzolaio*
- › **Penale:** Il concorso colposo nel delitto doloso di *Valentina Pati*
- › **Amministrativo:** Eccesso di potere giurisdizionale con particolare riferimento al caso della decisione che contrasta con una pronuncia della CGUE di *Maria Porcelli*

SCHEDE DI GIURISPRUDENZA

- › **Civile:** Compensatio lucri cum danno ed eventuale duplicazione risarcitoria di *Paolo Vincenzo Rizzardi*
- › **Penale:** La natura soggettiva della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa e i criteri per la sua applicabilità nel reato concorsuale di *Chiara Fasano*
- › **Amministrativo:** In presenza di interdittive antimafia "sopravvenute", la fattispecie derogatoria, secondo cui l'imprenditore può trattenere le somme percepite per gli interventi già realizzati, si applica ai soli rapporti contrattuali con la PA e non anche a quelli che prevedono la concessione di finanziamenti pubblici. di *Adriana Marasco*
- › **Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro**

Sommario

SOMMARIO.....	2
Editoriale	6
I presupposti del diritto di accesso da Maradona al caso Esposito-Franco	7
Note alla sentenza del TAR del Lazio, Roma, Sezione prima, n. 13332 dell'11 dicembre 2020 in tema di diritto d'accesso agli atti.....	7
APPROFONDIMENTI	12
CIVILE	13
La responsabilità dell'istituto e del personale scolastico per il danno etero-procurato.....	13
1. Il caso.....	13
2. La responsabilità dell'istituto scolastico per violazione dell'obbligo di vigilanza: natura giuridica.	15
2.1 (Segue) La responsabilità da contatto sociale dell'istituto scolastico.....	19
2.2. (Segue) La responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte ex art. 2048 c.c.....	21
2.3 (Segue) La responsabilità per il fatto dei preposti.	21
3. La responsabilità dell'istituto scolastico per violazione degli obblighi di organizzazione, controllo e custodia ex art. 2051 c.c.....	23
4. Il regime probatorio delle responsabilità scolastiche.	24
PENALE	27
Il concorso colposo nel delitto doloso.....	27
1. Il concorso di persone nel reato: linee generali	27
2. La configurabilità del concorso cd. misto: la tesi dell'unicità e della pluralità del titolo di responsabilità dei concorrenti.....	30
3. Concorso doloso nel delitto colposo	31
4. Concorso colposo nel delitto doloso	32
AMMINISTRATIVO	37
Eccesso di potere giurisdizionale con particolare riferimento al caso della decisione che contrasta con una pronuncia della CGUE.....	37
1. Eccesso di potere giurisdizionale e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione	37
2. L'eccesso di potere giurisdizionale prima della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.	38
3. L'eccesso di potere giurisdizionale dopo della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.	40
3.1. La posizione delle Sezioni Unite 18 settembre 2020, n. 19598.....	41
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA	44
CIVILE	45
Compensatio lucri cum damno ed eventuale duplicazione risarcitoria	45

Cassazione civile sez. III - 04/11/2020, n. 24473.....	45
Quesiti.....	45
Fatto.....	45
Normativa di riferimento.....	46
Inquadramento.....	48
Soluzione	52
PENALE	54
La natura soggettiva della circostanza aggravante dell’agevolazione mafiosa e i criteri per la sua applicabilità nel reato concorsuale	54
Cassazione penale, Sezioni Unite, Sentenza n. 8545 del 19 dicembre 2019.....	54
Fatto.....	54
Normativa di riferimento.....	55
Inquadramento.....	56
Soluzione	61
AMMINISTRATIVO	63
In presenza di interdittive antimafia “sopravvenute”, la fattispecie derogatoria, secondo cui l’imprenditore può trattenere le somme percepite per gli interventi già realizzati, si applica ai soli rapporti contrattuali con la PA e non anche a quelli che prevedono la concessione di finanziamenti pubblici.	63
Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Sent. n. 23 del 26 ottobre 2020.....	63
Quesito	63
Fatto.....	63
Normativa di riferimento.....	64
Inquadramento.....	66
Soluzione	68
PILLOLE DI DIRITTO	72
Civile	73
La pillola di diritto dell’8.12.2020.....	73
Il risarcimento per il mancato recepimento della direttiva che impone l’obbligo di indennizzo statale nei confronti delle vittime di reati violenti.....	73
Corte di Cassazione, sez. III civile, Sentenza n. 26757 del 24/11/2020	73
L’inadempimento dello Stato italiano	73
L’obbligo è applicabile anche alle fattispecie interne (non transfrontaliere)	73
I presupposti per la configurabilità dell’obbligazione risarcitoria	74
Il rapporto tra l’obbligazione indennitaria e il risarcimento da mancato recepimento della direttiva ...	75

<i>La compensatio lucri cum danno tra indennizzo e risarcimento</i>	77
Penale	78
La pillola di diritto del 10.12.2020	78
Quando lo stato di necessità scrimina l'occupazione abusiva	78
Corte di Cassazione, sez. II, Sent. n. 26225 del 18.09.2020	78
Corte di Cassazione, sez. II, Sent. n. 35024 del 9.12.2002	78
Amministrativo	80
La pillola di diritto del 13.09.2020	80
La Plenaria fa chiarezza sugli obblighi dichiarativi nelle gare.....	80
Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 16 del 28.08.2020	80
La questione.....	80
La nozione di falsità	81
La sovrapposibilità delle nozioni di "informazioni" e "dichiarazioni"	81
La valutazione in ordine alla falsità (e alle omissioni) di cui all'art. 80 co. 5 lett. c bis	82
Il campo di applicazione delle due norme	82
I principi di diritto	83

Anno 1, n. 11, dicembre 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 Carozzo – *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

I presupposti del diritto di accesso da Maradona al caso Esposito-Franco

Note alla sentenza del [TAR del Lazio, Roma, Sezione prima, n. 13332 dell'11 dicembre 2020](#) in tema di diritto d'accesso agli atti.

di Arcangelo Monaciliuni

Mediante la sentenza in commento il TAR del Lazio, sezione prima, ha annullato il diniego opposto dalla Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione alla richiesta del dott. Antonio Esposito, già Presidente titolare della Seconda Sezione Penale presso la stessa Suprema Corte, di essere ammesso ad accedere agli atti del procedimento disciplinare intentato “a carico del dott. Amedeo Franco su esposto dello stesso dott. Esposito”.

La richiesta di accesso era stata avanzata a seguito della “nuova campagna di stampa” avviata nel giugno del 2020 (ve ne era stata una precedente nel 2015) “relativa alla registrazione di alcune dichiarazioni rese dal dott. Amedeo Franco, nelle more deceduto, in un incontro avuto con l'on. Berlusconi, che hanno gettato una grave ombra sull'imparzialità del Collegio giudicante e, in

particolare, del Presidente Esposito”. L'ombra in questione era data dai contenuti delle dichiarazioni del dott. Franco, dalle quali poteva esser dato trarre che Berlusconi fosse stato “ingiustamente condannato nel processo c. detto “Diritti Mediaset” (Presidente Esposito e Relatore Franco) “anche e soprattutto per la prevenzione e la non imparzialità del Presidente del Collegio, dott. Esposito”. In tali sensi, pag. 4 dell'esposizione in fatto della sentenza qui oggi in commento.

Sempre per come leggesi nel corpo della pronuncia, alla richiesta del Presidente Esposito di “notizie in merito all'esito del procedimento attivato nei confronti del dott. Franco” a seguito del suo (risalente) esposto, la Procura dapprima “si limitava a comunicare che il procedimento originato dall'esposto è stato definito” e, di poi, in sede di riscontro all'istanza di accesso ai contenuti del provvedimento (di definizione del procedimento disciplinare), avanzata dal Presidente Esposito con apposito atto del 4 luglio 2020, affermava che “i dati e gli atti richiesti sono sottratti sia all'istituto dell'accesso documentale, sia a quello dell'accesso generalizzato” e, per l'effetto, respingeva la richiesta.

Da qui, riannodando le fila, l'impugnativa giurisdizionale definita dal Tar Lazio con la sentenza di accoglimento.

Di una vicenda recante, *mutatismutandis*, profili per qualche verso analoghi in tema di predicabilità dell'interesse all'accesso, chi scrive ebbe modo di occuparsi anni fa in qualità di relatore/estensore della pronuncia che definì il relativo contenzioso (TAR Campania, sezione sesta, sentenza n. 2118/2014).

Equitalia Sud aveva negato a Maradona l'accesso alla notoria cartella esattoriale e, in sede giudiziaria, aveva negato l'interesse alla sua acquisizione nel sostanziale assunto che, alla stregua dell'avvenuta definizione dei giudizi di merito che avevano interessato la debenza o meno da parte di Maradona delle somme al Fisco, non poteva ritenersi residuare alcun interesse diretto, concreto ed attuale al richiesto accesso.

Sul punto la risposta del Collegio (il ricorso di Maradona venne accolto) fu che "il petitum sostanziale in azioni quali quella qui data non è e non può essere mai costituito dalla verifica della legittimità della pretesa" (li tributaria) "ma da quella solo del diniego a mettere a disposizione dell'istante la documentazione richiesta, ovvero dell'illegittimo fraporsi al diritto

all'accesso, materia questa sola che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ... (omissis) .. La norma non richiede per l'ostensibilità del documento la pendenza di un giudizio, o la dichiarazione di volerlo proporre, né a fortiori autorizza valutazioni in ordine alla concreta utilità del documento rispetto alle ragioni difensive dell'istante, non foss'altro perché spesso è la stessa amministrazione ad essere indicata quale responsabile della lesione della posizione giuridica che l'istante vuol tutelare, sicché lasciare all'amministrazione il sindacato sull'utilità ed efficacia del documento in ordine all'esito della causa, significherebbe dare ad una parte del giudizio il dominio della causa. Ciò non significa che l'amministrazione non debba fare alcuna valutazione: piuttosto la valutazione deve riguardare il "collegamento" della situazione giuridica da tutelare con il documento del quale è richiesta l'ostensione. L'amministrazione deve dunque consentire l'accesso se il documento contiene notizie e dati che, secondo quanto esposto dall'istante, nonché alla luce di un esame oggettivo, attengono alla situazione giuridica tutelata (ad esempio, la fondano, la integrano, la rafforzano o semplicemente la citano) o con essa

interferiscono in quanto la ledono, ne diminuiscono gli effetti, o ancora documentano parametri, criteri e giudizi, rilevanti al fine di individuare il metro di valutazione utilizzato in procedure concorsuali. Accertato il collegamento, ogni altra indagine sull'utilità ed efficacia in chiave difensiva del documento, od ancora, sull'ammissibilità o tempestività della domanda di tutela prospettata, è sicuramente ultronea...”.

In tali sensi, con affermazioni sostanzialmente analoghe, (ma) rapportate alla più specifiche situazioni di volta in volta in concreto date, l'unanime giurisprudenza amministrativa, ovvero il “diritto vivente”.

Orbene, nel caso che qui ora ne occupa, appare del tutto evidente “il collegamento” fra la situazione giuridica da tutelare e gli esiti del procedimento disciplinare. Il dott. Esposito ha precisato e documentato, nell'istanza ed in ricorso, “di dover attivare e, in parte, di aver già attivato, precisi rimedi in sede giurisdizionale, tendenti, nella sostanza, a smentire le affermazioni del defunto collega dott. Franco, divulgate appunto con tali mezzi.”. E tanto basta, come, in adesione al cennato “diritto vivente”, statuito dal Tar del Lazio nella ripetuta pronuncia in commento che si è

fatta carico di negare l'applicabilità/pertinenza al caso di specie di ciascuna delle diverse pronunce giurisprudenziali evocate dalla difesa erariale a sostegno della legittimità dell'opposto diniego.

Ma sia consentito aggiungere che siffatta conclusione era del tutto scontata.

Nell'ordinamento nazionale la “trasparenza”, intesa come presidio normativo dell'art. 97 Cost. e codificata, quale diritto all'accesso ai documenti, dall'art. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 e successive modifiche ed integrazioni, si atteggia a punto di confluenza di principi costituzionali, buon andamento della P.A., legalità sostanziale, partecipazione del cittadino alla vita democratica e, quindi, assurge a fonte di istituti sì diversi, ma tutti tesi ad assicurare concretezza alla “disclosure”, di guisa che la difesa ad oltranza del diritto alla riservatezza va nella direzione opposta a quei modelli di amministrazione condivisa, policentrica, pluralistica e paritaria.

E, nella fattispecie che ne occupa appare, per l'appunto, una “difesa ad oltranza” sia:

- il tentativo, stroncato dal giudice capitolino, di far leva sulle ben diverse previsioni e relativa giurisprudenza afferenti

all'accesso civico generalizzato: del tutto chiara la diversità strutturale degli interessi giuridici presi in considerazione (e tutelati) dalle due diverse tipologie di accesso che non consentono fra loro sovrapposizioni, operando in contesti e per finalità differenti;

- l'aver invocato, per sottrarsi alla disclosure, l'inapplicabilità al caso di specie delle norme concernenti il procedimento amministrativo, ovvero la natura giurisdizionale della fase pre-disciplinare, all'uopo invocando la previsione del D.M. 115/96 (recante il "Regolamento concernente le categorie di documenti formati o stabilmente detenuti dal Ministero di grazia e giustizia e dagli organi periferici sottratti al diritto d'accesso") a tenore della quale è sottratta all'accesso, per l'esigenza di salvaguardare la riservatezza di terzi, la "documentazione attinente a procedimenti penali e disciplinari, ovvero utilizzabile ai fini dell'apertura di procedimenti disciplinari, nonché concernente l'istruzione dei ricorsi amministrativi prodotti dal personale dipendente" (art. 4, comma 1, lett. i).

Ed invero, come ricordato nella sentenza qui annotata con puntuale ed assorbente considerazione, l'art. 24 della "legge" 241/90, che disciplina l'esclusione

dall'accesso "documentale", al comma 7, precisa che "Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici". E siffatta precisazione, a tacere della sua piana prevalenza nella gerarchia delle fonti, deve ritenersi, per implicito, contenuta nello stesso art. 4 del ripetuto decreto ministeriale (recante, l'art. 4, la individuazione delle categorie di documenti inaccessibili per motivi di riservatezza di terzi) il cui incipit recita "Ai sensi dell'art. 24, legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché ai sensi dell'art. 8, comma 5, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352....".

Un'ultima considerazione si impone. Se il procedimento è stato "definito", come è da ritenersi con una pronuncia "declaratoria del non luogo a procedere" ex art. 17, commi 6 ed 8, d.l.vo 23 febbraio 2006, n. 109 (recante la "Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati..."), ossia di archiviazione, come sintetizzato dal Tar, vieppiù non son date intravedere ragioni atte a potersi frapporre all'accesso. Ed invero la normativa, primaria e secondaria, conosce gli istituti del differimento, ove mai

esigenze di riservatezza dei procedimenti
“in fieri” lo esigessero.



Approfondimenti

CIVILE

La responsabilità dell'istituto e del personale scolastico per il danno etero-procurato

di *Consuelo Calzolaio*

Il tema della responsabilità dell'istituto scolastico, in persona del Ministero dell'Istruzione e dell'Università, per i danni occorsi agli allievi durante il tempo in cui sono sorvegliati dal personale scolastico, è stato oggetto di una copiosa produzione giurisprudenziale e dottrina, soprattutto per quanto riguarda il profilo della natura di tale responsabilità e delle conseguenti ricadute sul piano probatorio.

La terza sezione della Corte di Cassazione è tornata di recente ad occuparsi della questione con l'ordinanza n. 8811 del 12 maggio 2020, e, nel ribadire il proprio consolidato orientamento, ha offerto una compiuta e articolata ricostruzione del tema, che vede affiancarsi alla tradizionale responsabilità dell'istituto ex art. 1218 c.c. per il fatto dei suoi preposti, le diverse responsabilità di natura extracontrattuale, nella specie ex art. 2048 c.c., in caso di violazione del dovere di vigilanza sugli

alunni, nonché ex artt. 2043 e 2051 c.c., nell'ipotesi in cui risultino violati gli obblighi di organizzazione, di controllo e custodia gravanti sull'istituto scolastico.

1. Il caso

La pronuncia in esame origina dalla domanda di risarcimento, promossa dai genitori in proprio e nella qualità di esercenti la responsabilità genitoriale sulla figlia minore, per i danni da questa subiti all'esito di un sinistro avvenuto nel cortile dell'istituto scolastico, durante l'attività ricreativa, in cui gli allievi erano affidati alla vigilanza del personale scolastico, nella specie terzi educatori. L'alunna, avvicinatasi ad un cestino in metallo per gettare un oggetto, veniva colpita da altro allievo (anch'esso minore e già segnalato come bambino "difficile") che, chiudendo violentemente il cestino, le cagionava gravi lesioni all'occhio destro.

Avverso il rigetto della domanda risarcitoria pronunciato in primo grado e confermato in appello, i genitori proponevano ricorso per cassazione.

La Suprema Corte ha censurato la decisione dei giudici di merito sotto il duplice profilo della esatta qualificazione della responsabilità dell'istituto scolastico e del

regime probatorio cui tale responsabilità soggiace.

Ed invero, la Corte di merito non solo ha errato nel valutare il fatto alla sola stregua della responsabilità di cui agli articoli 2048 e 2051 c.c., così integrando *error in procedendo* ex art. 112 c.p.c., dal momento che i ricorrenti hanno fondato la propria pretesa preliminarmente sulla responsabilità dell'istituto ai sensi dell'art. 1218 c.c., ma ha altresì mal valutato il regime probatorio, giacché è sull'amministrazione scolastica che incombe la prova di non aver potuto impedire il fatto ex art. 2048, III comma, c.c..

Pertanto, la Corte di Cassazione, nell'accogliere il gravame, ha ribadito il proprio consolidato orientamento, secondo cui l'ammissione dell'allievo a scuola determina l'instaurazione di un vincolo negoziale dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni e, quindi, di predisporre gli accorgimenti necessari affinché non venga arrecato danno agli alunni in relazione alle circostanze del caso concreto.

Tale responsabilità non viene meno, ha

chiarito la Corte, anche quando nell'espletamento della propria attività l'amministrazione scolastica si avvalga dell'opera di terzi, giacché essa ne assume il rischio connesso alla relativa utilizzazione nell'attuazione della propria obbligazione. E la responsabilità dell'amministrazione sussiste anche quando i terzi non sono alle sue dipendenze, essendo sufficiente che l'autore materiale del danno sia legato da un rapporto di preposizione, anche occasionale, col responsabile. Pertanto l'amministrazione scolastica risponde direttamente di tutte le ingerenze dannose, dolose o colpose, che a costoro, sulla base di un nesso di occasionalità necessaria, siano state rese possibili in virtù della posizione conferita nell'adempimento dell'obbligazione medesima rispetto al danneggiato.

Da ciò consegue, sul piano dell'onere probatorio, che incombe sull'allievo l'onere della prova dell'illecito commesso da altro allievo, quale fatto costitutivo della sua pretesa, mentre è a carico della scuola la prova del fatto impeditivo, e cioè dell'inevitabilità del danno nonostante la predisposizione, in relazione al caso concreto, di tutte le cautele idonee a evitare il fatto.

Ulteriore profilo di censura è stato poi ravvisato dal Giudice della nomofilachia in ordine alla responsabilità di cui all'art. 2051 c.c..

Ed invero, la Corte di Cassazione, confermando quanto già consolidato nella giurisprudenza di legittimità, ha ribadito che trattandosi di responsabilità aggravata, con conseguente inversione dell'onere probatorio, spetta al custode provare l'esistenza del caso fortuito interruttivo del nesso causale. Nel caso di specie, ha evidenziato la Suprema Corte, non sono state spiegate le ragioni per le quali la condotta del minore danneggiante sia stata dalla Corte di merito ritenuta imprevedibile, essendo al più la stessa solo concausa dell'evento dannoso.

Pertanto, la Cassazione, cassando l'impugnata sentenza, ha rinviato alla Corte d'Appello che dovrà valutare la sussistenza della responsabilità nonché il relativo onere probatorio facendo applicazione dei principi enunciati dalla Corte stessa.

2. La responsabilità dell'istituto scolastico per violazione dell'obbligo di vigilanza: natura giuridica.

La responsabilità è la soggezione all'obbligo

di risarcire il danno in conseguenza di un illecito civile¹.

L'illecito civile può essere definito come la violazione di un dovere giuridico, generico o specifico.

Il dovere è generico quando trova come destinatari tutti i consociati, risolvendosi nel divieto di non ledere quegli interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione.

Il dovere è specifico quando grava su un soggetto determinato nei confronti di altro soggetto, sostanziandosi nella esecuzione di una prestazione volta a soddisfare l'altrui interesse.

Pertanto, la violazione del dovere giuridico genera responsabilità civile, che può atteggiarsi in responsabilità da inadempimento dell'obbligazione (cd. contrattuale), ex art. 1218 c.c., o in responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 c.c..

Come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione *“la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa*

¹ In questo senso BIANCA C. M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2017, pp. 531 e ss.

nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)"².

"In quest'ottica deve essere letta" prosegue la Cassazione "la disposizione di cui all'articolo 1173 c.c. che classifica le obbligazioni in base alla loro fonte ed espressamente distingue le obbligazioni da contratto da quelle da fatto illecito"³.

Pertanto, dalla tripartizione delle fonti dell'obbligazioni ex art. 1173 c.c. conseguono due regimi di responsabilità. Ed invero, la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue la prestazione dovuta può dirsi contrattuale non solo *"nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte"*⁴.

Il preesistente obbligo rimasto inadempito segna quindi la differenza con la

² Cass., SS. UU., civ., sent. n. 14712 del 26 giugno 2007.

³ Cass., SS. UU., civ., sent. n. 14712 del 26 giugno 2007.

⁴ Cass., SS. UU., civ., sent. n. 14712 del 26 giugno 2007.

responsabilità aquiliana, alla base della quale non vi è alcun obbligo specifico e nella quale la rilevanza giuridica del contatto semplice tra soggetti viene alla luce solo nel momento della lesione, generando l'obbligo del risarcimento, di carattere primario⁵.

Le due forme di responsabilità, pur condividendo la funzione, prevalentemente riparatoria – compensativa⁶, e il rimedio (la sanzione del risarcimento del danno), si distinguono, in particolare, in punto di prescrizione dell'azione, irrisarcibilità dei danni non prevedibili, capacità e ripartizione dell'onere probatorio.

Con riferimento alla prescrizione dell'azione, la responsabilità contrattuale soggiace al termine decennale ex art. 2946 c.c., quella extracontrattuale al termine quinquennale ex art. 2947c.c..

La responsabilità contrattuale è circoscritta, a differenza di quella aquiliana ex art. 2056 c.c., ai danni prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione ex art. 1225 c.c., eccetto

⁵ In questo senso Cass., sez. I civ., sent. n. 14188 del 12 luglio 2016, che evidenzia come tale responsabilità sia caratterizzata dal "non rapporto". Nello stesso senso la dottrina parla di "responsabilità tra estranei".

⁶ Sulla polifunzionalità della responsabilità civile si veda Cass., SS.UU., civ., sent. n. 16601 del 5 luglio 2017.

che non si ravvisi il dolo⁷.

La capacità naturale, ex art. 2046 c.c., è richiesta solo nella responsabilità extracontrattuale⁸.

Sul piano probatorio, mentre nella responsabilità aquiliana grava sul danneggiato l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità, eccetto i casi di responsabilità presunta o oggettiva, nella responsabilità contrattuale il creditore deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte, spettando al debitore la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento⁹.

È possibile che le due responsabilità concorrano. Vi è concorso di responsabilità quando coesistono le fattispecie

⁷ In questo senso si veda CARINGELLA F. – BUFFONI L., *Manuale di diritto civile*, Roma, 2018, pp. 707 e ss..

⁸ Si ricorda infatti che l'adempimento è un atto dovuto, per cui non è richiesta la capacità del debitore. In senso conforme si veda GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, pp. 580 e ss., secondo cui, a mente dell'articolo 1191 c.c., il debitore che ha eseguito la prestazione non può impugnare il pagamento a causa della propria incapacità.

⁹ In questo senso Cass., SS.UU., civ., sent. n. 13533 del 30 ottobre 2001.

dell'inadempimento e dell'illecito civile¹⁰.

In giurisprudenza si ammette la possibilità del concorso quando la mancata o inesatta esecuzione del rapporto obbligatorio comporti allo stesso tempo la lesione dell'interesse creditorio e la lesione di interessi protetti nella vita di relazione¹¹.

In particolare, la dottrina ha evidenziato che il concorso delle due responsabilità risulta dal “*sovrapporsi del fatto illecito all'inadempimento dell'obbligazione*”: tale possibilità viene quindi a configurarsi nei casi in cui “*la prestazione ha come suo terreno di applicazione la persona o un bene del creditore*”¹².

Il cumulo di responsabilità si traduce in un

¹⁰ In questo senso BIANCA C. M., *op. cit.*, pp. 531 e ss.

¹¹ Si veda Cass., sez. III, civ., sent. n. 418 del 19 gennaio 1996 e Cass., sez. I, civ., sent. n. 2773 del 14 maggio 1979, secondo cui “nel vigente ordinamento giuridico è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore, quindi, un evento dannoso unico nella sua genesi soggettiva, appaia di per sé lesivo non solo dei diritti specifici derivanti al contraente dalle clausole contrattuali, ma anche dei diritti assoluti che alla persona offesa spettano, di non subire pregiudizio all'onore, alla propria incolumità personale ed alla proprietà di cui è titolare”

¹² CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, 2004, pp. 80 e ss..

concorso di azioni, nel senso che spetta all'attore scegliere di agire in via contrattuale o extracontrattuale, o farle valere entrambe¹³, restando al giudice l'esclusivo compito di qualificare la responsabilità alla luce dei fatti posti a fondamento della domanda di parte¹⁴.

Fatta questa premessa, si tratta di comprendere quale sia la natura giuridica della responsabilità dell'istituto scolastico.

La giurisprudenza distingue due ipotesi, a seconda che il danno sia auto-procurato o etero-procurato.

Nell'ipotesi in cui il danno all'allievo sia cagionato da altro allievo (danno etero-procurato), la responsabilità dell'istituto scolastico può assumere una duplice veste.

È infatti orientamento pacifico nella giurisprudenza di legittimità che se la domanda è fondata sull'inadempimento dell'obbligo specificatamente assunto dall'autore del danno di vigilare, ovvero di tenere una determinata condotta o di non tenerla, la responsabilità è contrattuale ex art. 1218 c.c.; se invece la domanda è

fondata sulla violazione del generale dovere di non recare danno ad altri la responsabilità è extracontrattuale ex art. 2043 e 2048 c.c.¹⁵. Qualora tale situazione si verifichi, trattandosi di un'ipotesi di concorso di responsabilità, il danneggiato può scegliere sia di far valere una sola tra le due responsabilità sia di farle valere entrambe¹⁶, spettando al giudice, in ragione dei fatti posti a fondamento della domanda e dei presupposti di legge, l'esatta qualificazione della pretesa risarcitoria.

Nel caso di danno auto-procurato, ossia nell'ipotesi in cui il minore arrechi una lesione a sé stesso, la responsabilità ex art. 2048 c.c. non può trovare applicazione, difettando di uno degli elementi costitutivi (il fatto illecito del minore). Dovrebbe quindi configurarsi una normale responsabilità aquiliana, ex art. 2043 c.c..

La giurisprudenza, al fine di alleggerire la posizione del danneggiato sul piano probatorio, ha affermato che tra l'insegnante e l'allievo, nonché tra lo stesso e l'istituto scolastico, si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale

¹³ In tal senso si parla di "concorso alternativo".

¹⁴ In giurisprudenza è stato evidenziato che rientra nel potere dispositivo della parte valersi dell'uno o dell'altro tipo di responsabilità, fruendo così dei vantaggi ed assoggettandosi ai relativi limiti normativamente previsti

¹⁵ Cass., sez. III., civ., sent. n. 3680 del 15 febbraio 2011.

¹⁶ Cass., sez. III, civ., sent. n. 16947 del 11 novembre 2003.

l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Da ciò consegue che la responsabilità è assoggettata al regime di cui all'art. 1218 c.c.¹⁷.

Nella pronuncia in commento, nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte viene in rilievo un'ipotesi di danno etero – procurato.

La Cassazione, premettendo che i ricorrenti avevano correttamente fatto valere entrambi i titoli di responsabilità, mostra di aderire all'indirizzo prevalente, secondo cui anche nell'ipotesi di etero-lesioni *“l'ammissione dell'allievo a scuola determina l'instaurazione di un vincolo negoziale dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni e, quindi, di predisporre gli accorgimenti necessari affinché non venga arrecato danno agli alunni in relazione alle circostanze del caso concreto: da quelle ordinarie, tra le quali l'età degli alunni, che impone una vigilanza crescente con la diminuzione dell'età anagrafica; a quelle eccezionali,*

¹⁷ In questo senso Cass., SS. UU., civ., n. 9346 del 27 giugno 2002.

*che implicano la prevedibilità di pericoli derivanti dalle cose e da persone, anche estranee alla scuola e non conosciute dalla direzione didattica, ma autorizzate a circolare liberamente per il compimento della loro attività”*¹⁸.

È quindi configurabile in capo all'istituto scolastico una responsabilità contrattuale da contatto sociale, alternativa alla diversa responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte ex art. 2048, II comma, c.c., accomunate dal sorgere in capo all'istituto e all'insegnante di obblighi di vigilanza, protezione e controllo dell'allievo minore.

2.1 (Segue) La responsabilità da contatto sociale dell'istituto scolastico.

Il contatto sociale qualificato è inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c.

La responsabilità da contatto sociale è stata elaborata in dottrina e recepita poi in

¹⁸ Così anche Cass., SS. UU., civ., n. 9346 del 27 giugno 2002.

giurisprudenza con riguardo a quelle relazioni socialmente significative che sebbene non formalmente previste dalla legge come fonte dell'obbligazioni generano, tuttavia, una forte aspettativa di protezione e richiedono, pertanto, una tutela qualificata. In tali casi la tutela aquiliana, risolvendosi in un mero dovere di astensione, risulta inadeguata¹⁹.

La tutela di tali relazioni, al fine di assicurare il rispetto di quel dovere di solidarietà costituzionalmente sancito, deve essere quindi affidata al diritto delle obbligazioni, che impone al debitore obblighi positivi di correttezza e protezione²⁰, che possono aggiungersi all'obbligo di prestazione ex art.

¹⁹ In questo senso GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, Torino, 2019, pp. 561 e ss..

²⁰ Si veda Cass., sez. I civ., sent. n. 14188 del 12 luglio 2016 secondo cui *“in virtù di tale relazione qualificata, una persona - al fine di conseguire un obiettivo determinato (stipulare un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio, assicurarsi il corretto esercizio dell'azione amministrativa) - affida i propri beni della vita alla correttezza, all'influenza ed alla professionalità di un'altra persona. Per il che non si verte - com'è del tutto evidente - in un'ipotesi di mero contatto sociale, bensì di un contatto sociale pregnante che diventa fonte di responsabilità - concretando un fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. - in virtù di un affidamento reciproco delle parti e della conseguente insorgenza di specifici, e reciproci, obblighi di buona fede, di protezione e di informazione”*.

1174 c.c.²¹.

Non ogni relazione assurge a rango di contatto sociale fonte di obbligazione. È infatti necessario che il rapporto intercorra con un soggetto che ha uno status soggettivo qualificato, tenuto ad una diligenza qualificata ex art. 1176, II comma, c.c., che prenda in carico la cura di beni di rilevanza costituzionale, in vista di uno scopo perseguito da entrambe le parti, e, in virtù di tale relazione, sorga un affidamento sull'altrui correttezza²².

In tali situazioni, quindi, la responsabilità non può più configurarsi come una responsabilità tra estranei, giacché sussiste un rapporto connotato da obblighi preesistenti alla lesione, che è il *proprium* del diritto delle obbligazioni.

La responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante è stata configurata come responsabilità contrattuale da contatto sociale, sussistendone tutti i presupposti. Ed

²¹ Secondo Cass., sez. I civ., sent. n. 14188 del 12 luglio 2016 *“per effetto del rapporto che si è venuto a creare tra le parti e del conseguente affidamento che ciascuna di esse ripone nella buona fede, nella correttezza e nella professionalità dell'altra, si generano tra le stesse obblighi di protezione che precedono e si aggiungono agli obblighi di prestazione scaturenti dal contratto”*.

²² Così GIOVAGNOLI R., *op. cit.*, pp. 561 e ss..

invero, è ravvisabile uno status qualificato in capo tanto all'istituto quanto all'insegnante, i quali prendono in cura beni primari del minore, tra cui l'integrità psicofisica dello stesso. In virtù di tale relazione, attuata in vista dello scopo di cura e protezione del minore, sorge un affidamento dell'alunno e del genitore sulla correttezza del debitore²³.

2.2. (Segue) La responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte ex art. 2048 c.c.

L'articolo 2048, II comma, del codice civile statuisce che *i precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e*

²³ Si veda in tal senso Cass., sez. III, civ. n. 10516 del 28 aprile 2017, secondo cui in tema di danni subiti da un alunno, la natura contrattuale della responsabilità dell'istituto scolastico e del singolo insegnante, derivanti, rispettivamente, dall'iscrizione scolastica e dal "contatto sociale qualificato", implica l'assunzione dei cd. doveri di protezione, enucleati dagli artt. 1175 e 1375 c.c., i quali devono essere individuati e commisurati all'interesse del creditore del rapporto obbligatorio e che, nel caso di minore affidato alla scuola per la formazione scolastica, impongono il controllo e la vigilanza di detto minore, fino a quando non intervenga un altro soggetto responsabile, chiamato a succedere nell'assunzione dei doveri connessi alla relativa posizione di garanzia.

apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

La norma si applica quindi, considerato il diverso contesto storico rispetto a quello in cui fu elaborata, all'insegnante, intendendosi per tale il soggetto a cui il minore è affidato con carattere di continuità. Presupposto di tale responsabilità è il fatto illecito del minore sottoposto alla vigilanza dell'insegnante. Pertanto, alla responsabilità del precettore si aggiunge quella del minore, qualora capace, ex art. 2043 c.c., e dei genitori, ex artt. 2047 e 2048 c.c..

È una responsabilità per fatto materialmente altrui, la quale, ponendo sull'insegnante l'obbligo di vigilanza e controllo del minore affidato, determina un'inversione dell'onere probatorio.

Tale forma di responsabilità ha oggi scarsa applicazione, perché per un verso viene a configurarsi in capo agli insegnanti solo nell'ipotesi di danno etero – procurato e, per altro verso, il suo ambito applicativo è stato eroso dalla responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato.

2.3 (Segue) La responsabilità per il fatto dei preposti.

La Cassazione, nella pronuncia in

commento, ha chiarito che, allorquando nell'espletamento della propria attività si avvalga dell'opera di terzi, l'istituto scolastico assume il rischio connaturato alla relativa utilizzazione nell'attuazione della propria obbligazione e, pertanto, risponde direttamente di tutte le ingerenze dannose, dolose o colpose, che a costoro, sulla base di un nesso di occasionalità necessaria, siano state rese possibili in virtù della posizione conferita nell'adempimento dell'obbligazione medesima rispetto al danneggiato e che integrano il "rischio specifico" assunto dal debitore, fondando tale responsabilità sul principio *cuiuscommodaeius et incommoda*.

Tale responsabilità del preponente non viene meno neanche qualora i preposti non siano alle sue dipendenze, essendo sufficiente che il fatto illecito sia commesso da un soggetto legato da un rapporto di preposizione con il responsabile, ipotesi che ricorre, non solo in caso di lavoro subordinato, ma anche quando per volontà di un soggetto un altro espliciti un'attività per suo conto²⁴.

²⁴ Così anche Cass., sez. III, civ. 12283 del 15 giugno 2016, secondo cui ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2049 c.c., è sufficiente che il fatto illecito sia commesso da un soggetto legato da un

Ed invero, nel caso esaminato, il fatto dannoso si era verificato alla presenza non degli insegnanti, ma degli educatori, con i quali l'istituto scolastico aveva un rapporto contrattuale.

Pertanto, viene a configurarsi in capo all'istituto scolastico la responsabilità ex art. 2049 o ex art. 1228 c.c., a seconda del titolo di responsabilità che viene fatto valere.

Perché sussista tale responsabilità è necessario che il preposto, legato al preponente da un rapporto di presupposizione, anche temporaneo e/o occasionale, abbia commesso un fatto illecito nell'esercizio delle mansioni cui era adibito (cd. nesso di occasionalità necessario)²⁵. La responsabilità del preponente, per fatto materialmente altrui, si aggiunge a quella del preposto.

rapporto di preposizione con il responsabile, ipotesi che ricorre non solo in caso di lavoro subordinato ma anche quando per volontà di un soggetto (committente) un altro (commesso) espliciti un'attività per suo conto.

²⁵ In questo senso anche Cass., sez. III, civ., n. 22058 del 22 settembre 2017, secondo cui la responsabilità dei padroni e committenti per il fatto del dipendente ex art. 2049 c.c. non richiede che tra le mansioni affidate all'autore dell'illecito e l'evento sussista un nesso di causalità, essendo sufficiente che ricorra un rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che le incombenze assegnate al dipendente abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento produttivo del danno al terzo.

Si discute circa la natura giuridica di tale responsabilità. Minoritario è l'orientamento che la qualifica come una responsabilità per colpa presunta, imponendo sul preponente l'obbligo di scelta e di vigilanza del preposto, con conseguente inversione dell'onere probatorio.

L'orientamento maggioritario la qualifica come responsabilità di natura oggettiva, fondata sul nesso di causalità²⁶. Al fine di attenuare la posizione del preponente, affinché tale responsabilità non si risolva in una responsabilità di posizione, la giurisprudenza ha ritenuto che ad interrompere il nesso causale sia il caso fortuito, ma anche la condotta imprevedibile e abnorme del preposto rispetto le mansioni cui era adibito.

3. La responsabilità dell'istituto scolastico per violazione degli obblighi di organizzazione,

²⁶ In questo senso Cass., sez. III, civ., n. 6325 del 16 marzo 2010, secondo cui i presupposti della responsabilità di cui all'art. 2049 c.c. sono: il rapporto di preposizione, che non richiede necessariamente un vincolo di dipendenza, ma è configurabile anche nel caso di mera collaborazione od ausiliarità del preposto, nel quadro dell'organizzazione e delle finalità dell'impresa gestita dal preponente; l'esercizio di attività d'impresa, ed il fine di lucro. Tale responsabilità prescinde dalla colpa del preponente ed è imputabile anche a titolo oggettivo; cfr. Cass. sez. III, civ., n. 8381 del 20 giugno 2001.

controllo e custodia ex art. 2051 c.c..

Sull'istituto scolastico grava non soltanto il generale dovere di vigilanza e controllo dei minori loro affidati, ma altresì l'obbligo accessorio di proteggere e vigilare sull'incolumità fisica e sulla sicurezza degli allievi, che si sostanzia nel dovere di adottare tutte le precauzioni del caso, idonee a prevenire ed impedire la produzione di danni a terzi, nonché fornendo al personale le relative indicazioni ed impartendo le conseguenti prescrizioni, da adempiere per il tempo in cui gli allievi fruiscono della prestazione scolastica, con la diligenza esigibile dallo status professionale rivestito²⁷.

Può quindi configurarsi in capo all'istituto la responsabilità di cui all'articolo 2051 c.c., come invocata dai ricorrenti nel caso esaminato dalla sentenza in commento.

Si tratta di una responsabilità della quale risponde il soggetto che ha una relazione qualificata con la cosa, giacché il danno deriva direttamente dalla cosa. Il custode, in tal senso, è colui che ha il dominio del bene, che può quindi neutralizzare la fonte di

²⁷ In questo senso Cass., sez. III, civ., sent. n. 11751 del 15 maggio 2013.

pericolo²⁸.

Come ribadito dalla ordinanza in commento, il custode è tenuto, in ragione dei poteri che la particolare relazione con la cosa gli attribuisce, cui fanno riscontro i corrispondenti obblighi di vigilanza, controllo e diligenza, ad adottare tutte le misure idonee a prevenire ed impedire la produzione di danni a terzi, con lo sforzo adeguato alla natura e alla funzione della cosa e alle circostanze del caso concreto.

La responsabilità sussiste, per ormai pacifica giurisprudenza di legittimità, non solo in presenza di cose in sé pericolose, ma anche nel caso in cui il bene, interagendo con fattori esterni, umani o materiali, diventa pericoloso, generando una situazione di insidia, di pericolo occulto²⁹.

Si tratta di una responsabilità oggettiva, fondata sul solo nesso di causalità tra il danno e la cosa. In ossequio al principio di c.d. vicinanza alla prova, ha chiarito la Corte, il custode è tenuto a dimostrare che il danno si è verificato in modo non

²⁸ Cfr. Cass., sez. III, civ., n. 19657 del 18 settembre 2014.

²⁹ In tal senso si veda Cass., sez. III, civ., n. 11695 del 20 maggio 2009 secondo cui non è necessario che la cosa sia di per sé pericolosa, ma ciò che rileva è che la cosa abbia avuto un ruolo attivo nella produzione dell'evento lesivo, e non che sia stata una mera occasione atta a produrre l'evento.

prevedibile, né superabile con lo sforzo diligente adeguato alle concrete circostanze del caso³⁰.

4. Il regime probatorio delle responsabilità scolastiche.

Dall'inquadramento della responsabilità dell'istituto scolastico nell'alveo della responsabilità contrattuale, per come ribadito dalla pronuncia in commento, derivano importanti conseguenze sul piano probatorio.

³⁰ In passato l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità considerava la responsabilità ex art. 2051 c.c. come un'ordinaria ipotesi di colpa presunta a carico del custode, il quale si liberava provando di aver adottato tutte le misure atte ad impedire la produzione di danni a terzi. È invece pacifica oggi, sia in giurisprudenza che in dottrina, la tesi per cui si tratta di una responsabilità oggettiva. Da ciò consegue che grava sul danneggiato l'onere di provare soltanto la sussistenza del nesso causale, spettando invece al danneggiante provare la concreta esistenza di un caso fortuito, che può consistere, oltre che in un evento naturale, anche nel fatto del terzo o nella condotta (autonoma, eccezionale, imprevedibile ed inevitabile, nonché avente efficacia causale esclusiva nella produzione dell'evento – danno) dello stesso danneggiato. In questo senso Cass., sez. III, civ., n. 20619 del 30 settembre 2014; Cass., sez. III, civ., n. 10129 del 18 maggio 2015; Cass., sez. VI, civ., n. 6407 del 1 aprile 2016.

L'alunno danneggiato, in ossequio al regime ex art. 1218 c.c., deve solo allegare l'inadempimento dell'istituto scolastico, provando solo che il fatto dannoso si è verificato quando era sottoposto alla vigilanza del personale scolastico. Spetta invece al Ministero dell'Istruzione dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né agli insegnanti. Pertanto, l'istituto, per andare esente da responsabilità, dovrà fornire la prova che gli obblighi di vigilanza e controllo sono stati correttamente adempiuti e che, pur avendo predisposto tutte le misure idonee a evitare il danno, questo si è verificato per un evento non prevedibile né superabile con la diligenza dovuta.

Come più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, è onere della scuola dimostrare in concreto, benché anche solo per presunzioni, che le lesioni sono state conseguenza di una sequenza causale ad essa non imputabile, se non anche quella di avere adottato, in via preventiva, le misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare prevedibili situazioni di pericolo favorevoli all'insorgere della serie causale sfociante nella

produzione del danno³¹.

Nel caso in cui venga fatta valere la diversa responsabilità di cui all'articolo 2048 c.c., l'onere della prova è invertito rispetto alla regola generale di cui all'art. 2043 c.c..

Trattandosi di una responsabilità per colpa presunta, sarà onere dell'istituto, ex art. 2048, III comma, c.c., dimostrare di aver esercitato la vigilanza dovuta.

La Corte di Cassazione sul punto ha chiarito la norma in questione ponea carico di quest'ultimo una presunzione di omesso rispetto dell'obbligo di vigilanza. Nel giudizio risarcitorio, pertanto, il danneggiato non ha l'onere di provare la causa del danno, mentre è onere dell'insegnante — o dell'amministrazione dalla quale questi dipenda — per andare esente da responsabilità, provare di avere adempiuto l'obbligo di sorveglianza con una diligenza idonea a impedire il fatto. A tal fine non è sufficiente la sola dimostrazione di non essere stato in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, ma è necessario anche dimostrare di aver adottato, in via

³¹ Si veda in tal senso ex multis Cass., sez. III, civ., n. 5067 del 3 marzo 2010, Cass., sez. III, civ., n. 9352 del 26 aprile 2011.

preventiva, tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di detta serie causale, commisurate all'età ed al grado di maturazione raggiunto dagli allievi in relazione alle circostanze del caso concreto, dovendo la sorveglianza dei minori essere tanto più efficace e continuativa in quanto si tratti di fanciulli in tenera età³².

In particolare, l'amministrazione scolastica si libera dalla presunzione di responsabilità in quanto provi di essere stata impossibilitata ad impedire il compimento dell'atto illecito causativo di danno per la sua repentinità e imprevedibilità, che non ha consentito un tempestivo ed efficace intervento³³.

³²In tal senso Cass., I sez., civ., sent. n. 9337 del 9 maggio 2016.

³³ Cass., sez. I, civ., n. 894 del 4 marzo 1977.

PENALE

Il concorso colposo nel delitto doloso

di *Valentina Pati*

1. Il concorso di persone nel reato: linee generali

Prima di affrontare le problematiche inerenti la fattispecie del concorso colposo nel delitto doloso, occorre delineare brevemente l'istituto del concorso di persone nel reato, o partecipazione criminosa.

Il concorso di persone nel reato disciplina i casi in cui più persone concorrono alla realizzazione del medesimo fatto costituente reato e viene indicato come concorso cd. eventuale per distinguerlo dalla figura del concorso cd. necessario, dove il primo si sostanzia nella manifestazione plurisoggettiva di un reato astrattamente monosoggettivo, e come tale realizzabile anche da un solo soggetto attivo, mentre il secondo è caratterizzato dalla circostanza secondo la quale la pluralità dei soggetti attivi viene imposta dal legislatore e rappresenta uno degli elementi costitutivi del reato.

All'interno del codice penale non è

rinvenibile una nozione di concorso di persone nel reato, tuttavia essa si ricava dall'art. 110 c.p. a tenore del quale “*quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita*”, invero tale norma svolge una funzione estensiva e consente di punire, oltre ai concorrenti che pongono in essere una condotta tipica prevista dalla norma incriminatrice, anche i concorrenti che pongono in essere condotte atipiche che, in relazione alla sola norma incriminatrice, non sarebbero punibili.

Specificamente, nell'intento di spiegare il meccanismo che consente di passare dalla fattispecie incriminatrice monosoggettiva alla punibilità del contributo di concorso, in dottrina sono state elaborate varie teorie.

Segnatamente, secondo la teoria *dell'accessorietà* la condotta concorsuale atipica assume rilevanza penale solo in quanto acceda alla condotta principale dell'autore del reato, prevista dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale. Tuttavia, tale teoria porta con sé due limiti: è inapplicabile in ipotesi di esecuzione frazionata del reato, ove i segmenti della fattispecie tipica sono realizzati da più soggetti e, dunque, non è possibile rinvenire una condotta tipica principale attorno alla

quale posizionare le condotte cd. accessorie; non spiega la punibilità dell'*extraneus* nel reato proprio, qualora la condotta descritta dalla norma incriminatrice e ritagliata sulla figura dell'*intranus* sia posta in essere dal soggetto sfornito della qualifica richiesta dalla norma stessa.

Secondo, invece, la teoria della *fattispecie plurisoggettiva eventuale*, prevalente in dottrina, il fondamento della punibilità del concorso non risiede nel rapporto tra fatto principale dell'autore e i contributi accessori dei compartecipi, bensì esso risiede nella combinazione tra la clausola di parte generale di cui all'art. 110 c.p. e le singole norme di parte speciale a loro volta integrate dagli artt. 42 e 43 c.p. E' da tale ultima combinazione che nasce l'autonoma fattispecie incriminatrice, rispetto alla quale va valutata la tipicità e la rilevanza penale della condotta posta in essere da ciascun partecipe, con la possibilità di estendere l'area del penalmente rilevante anche in ipotesi di esecuzione frazionata del reato – limite della teoria dell'accessorietà – e di concorso dell'*extraneus* nel reato proprio dell'*intranus* qualora la condotta materiale prevista dalla fattispecie monosoggettiva sia posta in essere dal primo e non dal secondo. Infine vi è la teoria della *fattispecie*

plurisoggettiva differenziata la quale costituisce un'accezione della teoria poc'anzi esposta e prevede che la combinazione tra clausola di parte generale – art. 110 c.p. – e singole norme di parte speciale non diano luogo ad una nuova e autonoma fattispecie criminosa, bensì diano luogo a tante fattispecie plurisoggettive differenziate per quanti siano i concorrenti; secondo tale teoria, le fattispecie sarebbero accomunate da un unico nucleo materiale e si differenzierebbero tra loro in ordine agli atteggiamenti psicologici di ciascun concorrente.

Per quanto concerne, poi, il modello di disciplina dell'istituto del concorso di persone nel reato, nel sistema delineato agli artt. 110 e ss. cp., il legislatore ha adottato il modello unitario o della pari responsabilità, in opposizione al modello differenziato o della responsabilità differenziata.

Specificamente, mentre il modello cd. differenziato implica una responsabilità e una punibilità dei concorrenti diverse in base ai singoli tipi di concorso e in funzione dei ruoli rivestiti dai concorrenti, il modello cd. unitario riconduce alla fattispecie concorsuale tutte le condotte eziologicamente legate all'evento lesivo.

Nel dettaglio, l'art. 110 c.p., prevedendo

l'applicazione della medesima pena a tutti i concorrenti e prescindendo dall'entità della partecipazione di ognuno di essi alla commissione del reato, considera il reato quale fattispecie unitaria all'interno della quale confluiscono tutte le condotte eziologicamente legate all'evento lesivo, parimenti considerate; dell'effettivo contributo causale di ciascuno potrà e dovrà tenersi conto, eventualmente, in sede di quantificazione concreta della pena, prevista sempre da un'unica cornice edittale.

L'istituto del concorso di persone nel reato nasce, dunque, dall'interazione tra la norma generale di cui all'art. 110 c.p. e le singole norme incriminatrici di parte speciale e gli elementi costitutivi della fattispecie – fattispecie che origina da tale interazione – si dividono in oggettivi e soggettivi.

Gli elementi oggettivi sono costituiti dalla pluralità di agenti, dalla realizzazione di fatto costituente reato e dal contributo di ciascun concorrente.

Segnatamente, la pluralità di agenti è il primo requisito richiesto e rilevabile dall'art. 110 c.p., in quanto elemento connaturato al concorso; occorre, tuttavia, specificare che la pluralità di agenti (concorrenti) non implica necessariamente la punibilità di ciascuno di essi, invero l'area del concorso e

della punibilità non sempre coincidono, ben potendosi verificare il caso di un concorrente nel reato che però non possa essere chiamato a rispondere in quanto non imputabile o non punibile per qualsivoglia ragione.

Ancora, il secondo elemento oggettivo è rappresentato dalla realizzazione di un fatto costituente reato ovvero, perché si abbia concorso nel reato, è necessario che siano realizzati i requisiti necessari per la sussistenza di una fattispecie penalmente rilevante, consumata o tentata; logica conseguenza di tale requisito è la non punibilità del mero accordo finalizzato a commettere un reato e della mera istigazione, qualora il reato non sia commesso, così come risultante dal dato testuale di cui all'art. 115 c.p.

Infine, affinché un soggetto possa essere chiamato a rispondere della commissione di un reato a titolo di concorso è richiesto che egli abbia apportato un contributo personale alla realizzazione dello stesso e tale contributo deve concretizzarsi in una condotta materiale esteriore sulla scorta del principio di materialità, in virtù del quale non può attribuirsi alcun rilievo alla mera adesione psicologica al fatto illecito.

Il contributo *de quo* può assumere la forma

del concorso cd. materiale, qualora il soggetto contribuisca personalmente al compimento di uno o più atti che costituiscono l'elemento materiale del reato, e del concorso cd. morale, qualora la condotta dell'agente si manifesti sotto forma di impulso psicologico – quale è un ordine, un consiglio o un mandato – ad un fatto materialmente commesso da altri.

L'elemento soggettivo, invece, è rappresentato dal dolo della partecipazione, il quale postula la rappresentazione e la volizione del fatto criminoso e la consapevolezza di concorrere con altri alla realizzazione del reato, ove la volontà e la consapevolezza di concorrere con altri nella realizzazione del reato non presuppone – come si riteneva, invece, in passato – un previo accordo tra i concorrenti, bensì è sufficiente un accordo improvviso, raggiunto anche durante l'esecuzione del reato ed è sufficiente anche una consapevolezza unilaterale del contributo fornito dall'altrui condotta.

2. La configurabilità del concorso cd. misto: la tesi dell'unicità e della pluralità del titolo di responsabilità dei concorrenti

Questione peculiare e problematica,

inerente l'elemento soggettivo nel reato realizzato da più persone, concerne la possibilità di configurare il concorso di persone nel reato qualora in capo ai concorrenti sia ravvisabile un diverso atteggiamento psicologico; in tal caso di discorre di concorso cd. misto, le cui due ipotesi sono rappresentate dal concorso doloso nel delitto colposo e dal concorso colposo nel delitto doloso.

In dottrina si sono susseguite due diverse tesi.

La prima tesi è quella dell'*unicità* del titolo di responsabilità dei concorrenti, secondo la quale l'art. 110 c.p., prevedendo che il concorso di persone nel reato si ha quando più persone concorrono nel 'medesimo reato', affermerebbe l'unitarietà della partecipazione criminosa, in virtù della quale ogni condotta del singolo concorrente diviene comune anche a tutti gli altri. Segnatamente, tale tesi ritiene inammissibile una diversificazione dell'elemento soggettivo in capo ai concorrenti nella realizzazione del medesimo reato in concorso, con la conseguenza che qualora ci si trovi dinanzi a ipotesi di concorso doloso nel delitto colposo e concorso colposo nel delitto doloso, non vi sarebbe concorso di persone nel reato (nello stesso reato), bensì

ciascuno dei singoli soggetti sarà chiamato a rispondere del proprio reato, commesso a titolo di dolo o colpa, indipendentemente da qualsiasi considerazione inerente l'altro soggetto attivo.

La seconda tesi, prevalente in dottrina, è quella della *pluralità* del titolo di responsabilità dei concorrenti la quale ammette, invece, la configurabilità del concorso di persone nel reato anche qualora in capo ai concorrenti sussistano differenti atteggiamenti psicologici; secondo tale tesi ciò che rileva, ed è necessario, è solo che tutti i concorrenti partecipino alla stessa offesa tipica, senza che rilevino considerazioni in ordine alla punibilità, al titolo di reato e all'elemento soggettivo di ciascuno di essi, i quali ben potrebbero essere differenti.

Segnatamente, si ritiene che la configurabilità della pluralità di differenti atteggiamenti psicologici in capo ai concorrenti sarebbe desumibile da diversi riferimenti codicistici: invero, gli artt. 111 e 112 co.4 c.p. ammettono la configurabilità del concorso *'anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile'*; l'art.116 c.p., disciplinante il concorso cd. anomalo, prevede e disciplina una fattispecie concorsuale in cui uno dei partecipanti

(l'esecutore del reato effettivamente commesso) agisce con dolo, mentre gli altri concorrenti – coloro che volevano un reato diverso – rispondono a titolo di responsabilità; ancora, l'art. 48 c.p., che sancisce l'applicazione dell'art. 47 c.p. anche qualora l'errore sul fatto che costituisce reato sia determinato dall'altrui inganno, disciplina un'ipotesi in cui coesistono sia la responsabilità a titolo di dolo dell'ingannatore sia la responsabilità a titolo di colpa del soggetto ingannato, qualora il fatto sia previsto dalla legge come delitto colposo.

Dunque, da quanto esposto, e sulla scorta della prevalente dottrina, si ritiene astrattamente configurabile il concorso di persone nel reato anche qualora in capo ai singoli concorrenti sussistano differenti atteggiamenti psicologici– concorso cd. misto – e le ipotesi cui ci si riferisce sono, specificamente, quelle del concorso doloso nel delitto colposo e concorso colposo nel delitto doloso.

3. Concorso doloso nel delitto colposo

Il concorso doloso nel delitto colposo si verifica quando un soggetto, assecondando e sostenendo l'altrui condotta colposa, si

rappresenta e accetta il possibile verificarsi – come conseguenza di essa – dell’evento tipico del delitto che non deve, invece, essere previsto dall’autore diretto della condotta colposa.

Tale ipotesi ricorre, pertanto, nel caso in cui un soggetto concorre nell’altrui fatto colposo strumentalizzando con dolo l’altrui condotta colposa e, segnatamente, l’esempio di scuola è rappresentato dal soggetto che sostituisce con un veleno la fiala che l’infermiera deve iniettare e quest’ultima trascura colposamente di rilevare la diversità di confezione o somministra la sostanza letale da cui deriva la morte del paziente.

Dottrina prevalente ritiene che ammettere la configurabilità del concorso doloso nel delitto colposo consente di incriminare condotte atipiche – in quanto non rientranti nella fattispecie tipica – che altrimenti rimarrebbero ingiustificatamente impuniti.

Specificamente, l’ammissibilità del concorso di cui si discorre si fonda sulla circostanza in virtù della quale il criterio generale di imputazione è rappresentato dal dolo, dunque non è necessaria una specifica norma che punisca quella condotta a titolo di dolo; è sufficiente l’art. 110 c.p. che rende tipico il fatto atipico.

Tuttavia, se la configurabilità di un

concorso doloso nel delitto colposo non suscita particolari problematiche, maggiori questioni sorgono in ordine alla configurabilità di un concorso colposo nel delitto doloso.

4. Concorso colposo nel delitto doloso

L’ipotesi problematica del concorso colposo nel delitto doloso ricomprende le ipotesi in cui un soggetto, pur potendo prevedere l’evento criminoso, pone in essere una condotta colposa che fornisce un contributo alla realizzazione di propositi delittuosi deliberati e concretizzati da parte dell’autore diretto il quale agisce con dolo; si pensi al caso di scuola in cui un soggetto, pur essendo a conoscenza del proposito omicida di una donna, sua conoscente, nei confronti del marito, le consegna un veleno topicida nella erronea convinzione che serva ad uccidere i ratti mentre la donna lo utilizza proprio per uccidere il marito.

Giova sin da ora premettere che, anche superando la tesi dell’unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti, la dottrina maggioritaria ne esclude la configurabilità sulla scorta di tre diverse argomentazioni inscindibilmente collegate all’analisi del dato normativo.

Segnatamente, si ritiene che le disposizioni di riferimento per scongiurare l'ammissibilità di tale tipologia di concorso siano quelle di cui agli artt. 42 co.2 e 113 c.p.

Invero, l'art. 42 co. 2 c.p. prevede che, a differenza del dolo considerato quale generale criterio di imputazione, i casi di delitto colposo debbano essere espressamente previsti dalla legge e, di conseguenza, si ritiene che anche nella fattispecie concorsuale sia necessaria un'apposita disposizione in tal senso per rendere punibili condotte di concorso colposo nel delitto doloso.

Ma vi è di più. L'art. 113 c.p., rubricato '*cooperazione nel delitto colposo*', limita la cooperazione colposa al solo delitto colposo non permettendo, quindi, di intendere che la condotta tipica possa essere dolosa; conseguenza di quanto esposto è che la norma in discorso costituisce norma di sbarramento, impedendo l'ingresso nel sistema del concorso colposo nel delitto doloso.

Ancora, all'interno del *corpus* normativo sono rinvenibili espresse ipotesi di agevolazione colposa di un altrui fatto doloso, ragion per cui si ritiene che il legislatore, quando ha voluto, ha

espressamente previsto tali ipotesi, come ha fatto agli artt. 254, 259 e 350 c.p.; pertanto, non ci sarebbe la necessità di prevedere una norma *ad hoc* qualora fosse configurabile il concorso colposo nel delitto doloso.

Tali argomentazioni sono state condivise dalla Corte di Cassazione, la quale, con sentenza del 14 febbraio 2019 n. 7032, ha aggiunto un'ulteriore argomentazione alla tesi che nega la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso, ovvero la controvertibilità della disciplina.

Invero, la Suprema Corte ritiene inammissibile il concorso colposo nel delitto doloso sulla considerazione del fatto che in assenza di un'esplicita previsione legale, quand'anche si ritenesse rinvenibile nel sistema una disciplina 'implicita', essa dovrebbe risultare incontrovertibile, a maggior rigore qualora dalla stessa ne potrebbe derivare un'espansione in *malam partem* del penalmente rilevante.

In altre termini, qualora si ritenga sussistente una disciplina implicita rinvenibile nel sistema, e qualora la stessa non determini una restrizione/contrazione bensì un'espansione dell'area del penalmente rilevante, essa deve risultare in maniera incontrovertibile, altrimenti si rischierebbe l'operatività dell'analogia in

malam partem, vietata in materia penale.

Tuttavia, nonostante le argomentazioni esposte per ritenere l'inammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso, un'altra tesi opposta ritiene ammissibile il concorso di cui si discorre facendo leva sulle stesse norme utilizzate dalla dottrina maggioritaria.

Invero, tale tesi ritiene che l'art. 42 c.p. non costituisce un limite all'operatività degli artt. 110 e 113 c.p. in quanto dal dato letterale della norma ben si comprende come essa faccia esclusivo riferimento alle norme incriminatrici e, quindi, alla parte speciale del codice penale.

Ancora, viene posto in evidenza che vero è che l'art. 113 c.p. prevede e disciplina solo il concorso colposo nel delitto colposo, tuttavia nel sistema non è rinvenibile alcuna norma che espressamente escluda la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso e lo stesso art. 113 c.p. non riferisce alcunché.

In ordine, poi, alle disposizioni che prevedono e puniscono l'agevolazione colposa nell'altrui reato doloso (artt. 254, 259 e 350 c.p.), tale tesi evidenzia che vero è che esse costituiscono disposizioni *ad hoc*, tuttavia non può affermarsi che la sola sussistenza di esse valga ad escludere, in

generale, la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso; si ritiene, piuttosto, che in determinati casi il legislatore abbia avvertito l'esigenza di punire una specifica tipologia di concorso colposo nel delitto doloso.

Tale ultima posizione è stata condivisa in alcune pronunce dalla Corte di Cassazione; invero, la Suprema Corte, con sentenza 14 novembre 2007 n. 10795, ha sancito la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso, subordinando la stessa alla condizione che il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa – altrimenti sarebbe violato il disposto di cui all'art. 42 co.2 c.p. – e alla condizione che nella condotta di quest'ultimo siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa; specificamente, la Corte ha ritenuto che la regola cautelare violata dal partecipe deve essere diretta ad evitare anche il rischio della condotta dolosa del terzo, risultando tale rischio prevedibile per l'agente.

Invero, il disposto di cui agli artt. 42 e 113 c.p. consente di sostenere che la compartecipazione è stata prevista espressamente solo nel caso del delitto colposo perché nel caso del delitto doloso ci si trova dinanzi a una costruzione che

comprende, oltre agli elementi previsti per il fatto colposo, anche un elemento ulteriore, ovvero l'aver previsto e voluto l'evento (non c'è dolo senza colpa).

In altri termini, la Corte ritiene che la ragione per la quale non vi sia una norma espressa disciplinante il concorso colposo nel delitto doloso vada rinvenuta nella circostanza per cui non è necessario prevedere espressamente una norma sulla scorta del fatto che se è prevista la compartecipazione nell'ipotesi restrittiva non può essere esclusa la compartecipazione nell'ipotesi più ampia che comprende la prima.

La tesi dell'ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso è stata, da ultimo, condivisa nella recente sentenza della Corte di Assise di Roma sul caso di cronaca Vannini-Ciontoli, all'interno della quale è stata ritenuta sussistente l'ipotesi del concorso colposo (ravvisata in capo ai familiari del Ciontoli) nel delitto doloso altrui (il Ciontoli).

Tuttavia, tale tesi è stata presto sconfessata dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 9049/2020 la quale, pronunciandosi sul ricorso proposto dal Procuratore Generale della Corte di Appello di Roma, ha negato la configurabilità del concorso colposo in

un delitto doloso.

Invero, nel *corpus* della sentenza, in linea con l'orientamento prevalente, si legge “*com'è noto, il concorso colposo nel delitto doloso ha riguardo al caso in cui un soggetto, pur potendo prevedere l'evento, tenga una condotta colposa di contributo alla realizzazione dei propositi deliberati e concretizzati da parte dell'autore diretto, il quale agisce in dolo. La figura concorsuale dovrebbe conferire [...] la possibilità di attrarre nell'area della tipicità condotte che invero, autonomamente considerate, appaiono atipiche. Trattandosi però di condotte che si assumono colpose, pur a voler ritenere superato il principio dell'unicità del titolo soggettivo di responsabilità concorsuale e quindi ammettere che possa aversi concorso con una diversificazione di elemento soggettivo tra i partecipi, occorre pur sempre individuare, ai fini della punibilità di quei contributi, una previsione incriminatrice a titolo di colpa. E infatti, a norma dell'art. 42 co.2 c.p. la previsione generale di punibilità dei delitti attiene alla loro forma dolosa, occorrendo per la punibilità a titolo di colpa, una espressa previsione di legge e la disposizione di cui all'art. 113 c.p. limita l'incriminazione della cooperazione al delitto colposo e non ammette forme di cooperazione a delitto doloso*”.

Ebbene, nonostante dottrina e giurisprudenza maggioritaria protendano per l'inconfigurabilità nel sistema penale del

concorso colposo nel delitto doloso, non mancano sporadici tentativi di ritenere ammissibile lo stesso.

AMMINISTRATIVO

Eccesso di potere giurisdizionale con particolare riferimento al caso della decisione che contrasta con una pronuncia della CGUE

di *Porcelli Maria*

1. Eccesso di potere giurisdizionale e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione

Con sentenza depositata il 18 settembre 2020 le Sezioni Unite della Cassazione hanno rimesso alla Corte di Giustizia la questione relativa ai limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato quando questi abbia deciso in contrasto con il diritto dell'Unione europea, aggiungendo un nuovo tassello all'intenso dibattito relativo all'esatta interpretazione dell'art. 111 Cost., ottavo comma, nella parte in cui afferma che “contro le decisioni del Consiglio di Stato [...] il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

L'occasione, ancora una volta, è rappresentata da una vicenda relativa al settore dei contratti pubblici e, più

precisamente, alla posizione processuale dell'impresa legittimamente esclusa da una gara.

Oggetto di ricorso è, infatti, la sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 7 agosto 2019, n. 5617 con cui i Giudici di Palazzo Spada, nel pronunciare la legittimità dell'esclusione di un'impresa da una procedura di affidamento, qualificavano quest'ultima come portatrice «di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara» e, in quanto tale, priva di legittimazione a impugnare e ad ottenere una pronuncia di merito sugli atti di gara, in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara.

Avverso tale pronuncia, la soccombente impresa proponeva ricorso per cassazione richiamandosi alle sentenze 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi; 5 aprile 2016, C-689/13, Puligenica; e 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb che ripetutamente hanno escluso la possibilità che l'eccezione e il ricorso incidentale dell'aggiudicatario di una

gara di appalto, volti ad ottenere l'esclusione o la conferma dell'esclusione dalla gara di un altro partecipante, siano esaminati prioritariamente con effetti paralizzanti del ricorso principale privando il concorrente escluso dell'interesse e della legittimazione a contestare l'esito della gara per qualsiasi ragione, qualunque sia il numero dei concorrenti, anche al fine di ottenere il travolgimento e la ripetizione della gara stessa.

2. L'eccesso di potere giurisdizionale prima della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.

Il tema dei rapporti tra "eccesso di potere giurisdizionale" e "motivi inerenti alla giurisdizione" è stato interessato da un importante cambiamento negli ultimi anni coincidente con l'adozione, ad opera della Consulta, della sentenza n. 6 del 18 gennaio 2018.

Prima di allora, nella giurisprudenza delle Sezioni Unite era da tempo acquisito e applicato il principio secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost. comprendessero tanto le ipotesi in cui il giudice amministrativo si fosse pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione ordinaria

o ad altra giurisdizione speciale (*difetto relativo di giurisdizione*) oppure avesse negato di esercitare la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenesse ad altri giudici o ad altri poteri dello Stato (*arretramento di giurisdizione*), quanto le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione che si verificavano quando il giudice amministrativo, pur avendo la giurisdizione su una determinata controversia, avesse emesso una decisione finale invasiva delle attribuzioni di altri organi giurisdizionali o di altri poteri dello Stato (*sconfinamento*) (ex multis, Cass., Sez. Un., 19 settembre 2019, n. 22784; 12 dicembre 2012, n. 22784; 29 aprile 2005, n. 8882; 15 marzo 1999, n. 137; 18 maggio 1965, n. 964; 17 aprile 1963, n. 948; 14 marzo 1959, n. 760; 22 gennaio 1924, Sessi c. Malvezzi; 23 febbraio 1924, Mutua Marittima Naz. C. Ministero della Marina). Ad essi vi si aggiungevano, inoltre, i più gravi casi di irregolare costituzione dell'organo giudicante (Cass., Sez. Un., 26 luglio 2011, n. 16246; Cass., Sez. Un., 11 ottobre 1952, n. 3008).

Il punto attorno al quale ruotava tale orientamento era la considerazione che "norma sulla giurisdizione" fosse non solo quella che individuava i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale

bensì anche quella che dava contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinsecava.

Per quel che atteneva, poi, alla violazione del diritto dell'Unione europea, le Sezioni Unite avevano ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, fondandosi sulla decisiva considerazione che il giudice nazionale che avesse fatto applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte di giustizia, sarebbe incorso in un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione.

Nelle controversie disciplinate dal diritto dell'Unione, infatti, lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità la quale è, al contrario, esercitata dall'Unione a mezzo dei giudici nazionali, il cui potere esiste e si giustifica in tale esclusiva ottica.

Su questa scia, ad esempio, con la sentenza n. 2242 del 2015, le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza del Consiglio di Stato che, avendo esaminato prioritariamente il ricorso incidentale dell'aggiudicatario deducendo la presenza di cause ostative alla

partecipazione alla gara del concorrente escluso (ricorrente principale), aveva omesso di esaminare le censure di quest'ultimo dirette a contestare la propria esclusione e l'aggiudicazione all'impresa concorrente, in contrasto con i principi enunciati dalla Corte di giustizia 4 luglio, C-100/12, *Fastweb*. Analogamente, con la sentenza n. 31226 del 2017, le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza del Consiglio di Stato che, in accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, aveva dichiarato improcedibili i motivi aggiunti al ricorso principale con cui il concorrente escluso contestava l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario, in contrasto con i principi affermati dalla Corte di Giustizia 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*, alla luce dei quali basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione.

Tale nozione estensiva di "norma sulla giurisdizione", in ogni caso, incontrava un limite nell'incensurabilità, mediante ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, delle sentenze del Consiglio di Stato nella peculiare ipotesi rappresentata dall'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale in materie disciplinate dal diritto dell'Unione (Cass., Sez. Un., n. 29391

del 15 novembre 2018; n. 30301 del 17 dicembre 2017; n. 32622 del 18 dicembre 2018; n. 25629 del 14 dicembre 2016; n. 2403 del 4 febbraio 2014), peraltro, non sanabile attraverso un eventuale rinvio “sostitutivo” da parte della Suprema Corte stessa (Cass., Sez. Un., n. 6460 del 6 marzo 2020; n. 14042 dell’8 luglio 2016).

3. L’eccesso di potere giurisdizionale dopo della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.

Ferma restando quest’ultima ipotesi, in senso contrario all’orientamento estensivo fino ad allora seguito, la Corte costituzionale n. 6 del 2018, ha ritenuto che *“l’intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell’Unione o della CEDU[...]. [...]ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata) [...]”*.

Con questa pronuncia, in altri termini, l’eccesso di potere giurisdizionale viene circoscritto alle sole ipotesi di sconfinamento, arretramento o difetto relativo di giurisdizione tradizionalmente intese, lasciando fuori le ipotesi di contrasto

con decisioni (sopravvenute o preesistenti) delle Corti sovranazionali la cui intrinseca problematicità, peraltro, è comunque incidentalmente riconosciuta dalla Corte stessa.

Per la Consulta, infatti *“il problema indubbiamente esiste”* ma *“deve trovare la sua soluzione all’interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all’articolo 395 cod. proc. civ.”*

Proprio in virtù di tale interpretazione, recepita nella giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite, è stata ritenuta non censurabile innanzi alla S.C. una sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva confermato la decisione di primo grado che aveva prioritariamente esaminato e accolto il ricorso incidentale (cosiddetto «escludente») con cui l’aggiudicatario aveva dedotto profili di illegittimità dell’ammissione alla gara del ricorrente principale (Cass., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13243). Il vizio denunciato nella decisione del Consiglio di Stato, infatti, non è stato ritenuto riconducibile ad un’ipotesi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione, con conseguente inammissibilità del ricorso.

3.1. La posizione delle Sezioni Unite 18 settembre 2020, n. 19598

Con tale recentissima pronuncia del settembre 2020, le Sezioni Unite affermano apertamente di non condividere l'orientamento da ultimo esaminato, ravvisando in esso un'intrinseca incompatibilità con il diritto dell'Unione europea giacché, di fatto, finisce col determinare il consolidamento della violazione di tale diritto, esponendo lo Stato (e gli organi giurisdizionali) a responsabilità.

Col **primo dei tre quesiti** sollevati con questa pronuncia, in particolare, la Suprema Corte sottopone al vaglio della CGUE mediante rinvio pregiudiziale la compatibilità tra la summenzionata prassi interpretativa inaugurata dalla Corte costituzionale nel 2018 e gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

A sostegno del quesito, la Corte rileva che il riferimento al principio di «autonomia procedurale» degli Stati membri, in base al quale è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, vale alla duplice condizione che

siano comunque preservati i principi di equivalenza ed effettività.

Il primo, in particolare, richiede che tanto i ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione quanto quelli fondati sulla violazione del diritto interno, siano assoggettati ad una disciplina omogenea mentre, nel caso in esame, ciò non accade giacché si ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato cui si imputi di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore nazionale e lo si esclude avverso quelle sentenze in cui, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia.

Quanto poi al secondo, esso impone agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (Corte di giustizia, 4 giugno 2013, C-300/11, ZZ) mentre, al contrario, la prassi giurisprudenziale che ritiene inammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, in una fattispecie come

quella in esame renderebbe la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi irrimediabile nell'ordinamento nazionale, se non in via indiretta e succedanea, mediante il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato.

Né, secondo la S.C., a ciò osterebbe la natura costituzionale della disposizione coinvolta in quanto anche le norme costituzionali partecipano alla garanzia di unità ed efficacia del diritto dell'Unione (Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft; 8 settembre 2010, C-409/06, Winner Wetten GmbH; 17 dicembre 1980, C-149/79, Commissione c. Belgio; 17 ottobre 1989, C-97/87, 98/87 e 99/87, Dow Chemical Ibérica SA).

Col **secondo dei tre quesiti**, la Cassazione coglie l'occasione di rivedere e sottoporre all'attenzione della Corte di Giustizia altresì la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della prassi giurisprudenziale – come visto, antecedente alla sentenza della Corte costituzionale n.6 del 2018 – relativa all'incensurabilità a mezzo ricorso per «motivi inerenti alla giurisdizione» dell'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizionida essa

tassativamente indicate a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81.

Anche in questo caso, i dubbi di compatibilità sono parametrati al disposto degli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nel caso di specie, ad esempio, secondo la ricorrente la questione avrebbe dovuto essere risolta facendo applicazione dell'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nei tre precedenti Lombardi, Puligienica e Fastweb ma, secondo la S.C., vi è incertezza sulla possibilità di adattare alla fattispecie una soluzione analoga a quella espressa nei precedenti richiamati, in considerazione del fatto che, a differenza delle fattispecie che avevano originato le suddette pronunce, in quella in esame non è messa in discussione la legittimità dell'ammissione alla gara del concorrente escluso né dell'aggiudicatario ma i criteri di valutazione delle offerte, la nomina e composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti, circostanza che avrebbe reso opportuno un rinvio pregiudiziale relativo alle norme applicabili per la risoluzione del merito.

Anche in questo caso, ad avviso della Corte,

il giudice nazionale che illegittimamente e immotivatamente ometta il rinvio pregiudiziale decidendo una controversia sulla base dell'interpretazione di norme non chiare del diritto dell'Unione, starebbe invadendo le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia in violazione dei principi di cui sopra.

Il terzo quesito sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia– di cui si dà atto per completezza pur esulando dal tema specifico dell'eccesso di potere giurisdizionale –, infine, concerne proprio l'esatta interpretazione dei principi dichiarati dalla Corte di Giustizia con le sentenze Lombardi, Puligienica e Fastweb e la loro adattabilità alla fattispecie oggetto del procedimento principale.

Sebbene in tale fattispecie, come si è detto, non sia messo in discussione il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara del concorrente escluso né dell'aggiudicatario ma l'esito della gara per altre ragioni, ad avviso della S.C., non si può escludere che, anche in tale ipotesi, l'amministrazione aggiudicatrice possa essere indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e di procedere ad un rinnovo della gara e chela sola eventualità di tale esito sia sufficiente, di per sé, a radicare

l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione (Cass., Sez. Un., n. 31226 del 2017).



Schede di Giurisprudenza

CIVILE

Compensatio lucri cum danno ed eventuale duplicazione risarcitoria

*Cassazione civile sez. III -
04/11/2020, n. 24473*

di Paolo Vincenzo Rizzardi

Quesiti

- 1. La compensatio lucri cumdamno costituisce un'eccezione in senso lato, la cui ricorrenza può essere desunta da prove e dichiarazioni raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti?*
- 2. Costituisce duplicazione risarcitoria l'autonoma valutazione compiuta in ordine alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute?*

Fatto

La vicenda principia da un infortunio occorso nell'esecuzione di lavori di installazione di pannelli solari. Il signor G.P. (danneggiato) conveniva innanzi al

Tribunale di Verona i signori R.C. e P.U. (danneggiati), al fine di ottenere il risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale, derivante dall'infortunio subito.

Il giudice di prime cure condannava i convenuti al pagamento della somma di € 306.116,00 per danno biologico da invalidità permanente, incrementato del 15% per l'invalidità accertata in base alle tabelle di Milano, previa decurtazione per il fatto colposo del danneggiato e del valore delle rendite Inail già ottenute dal danneggiato.

I convenuti soccombenti, non condividendo la sentenza, impugnavano la decisione innanzi alla Corte d'Appello di Venezia, la quale, tuttavia, confermava integralmente la pronuncia di primo grado. I motivi di impugnazione vertevano, essenzialmente, su due motivi: il primo afferente la personalizzazione del danno e il secondo relativo al calcolo dell'importo della rendita Inail portato in detrazione.

La Corte di Cassazione, sez. III, è stata, pertanto, chiamata a decidere, da un lato, se l'eccezione della *compensatio lucri cumdamno* potesse essere sorretta da prove o dichiarazioni raccolte in altro giudizio tra le stesse parti o tra parti diverse e, dall'altro

lato, se l'apprezzamento del danno morale (identificato nella "necessaria personalizzazione") frutto dell'aumento del 15% della somma corrispondente al danno biologico, derivante dall'applicazione delle tabelle di Milano, potesse configurare una duplicazione risarcitoria.

Normativa di riferimento

Articolo 1223 c.c. Risarcimento del danno:

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

Articolo 1916 c.c. Diritto di surrogazione dell'assicuratore:

L'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili. Salvo il caso di dolo, la surrogazione non ha luogo se il danno è causato dai figli, (...) dagli ascendenti, da altri parenti o da affini dell'assicurato stabilmente con lui conviventi o da domestici. L'assicurato è

responsabile verso l'assicuratore del pregiudizio arrecato al diritto di surrogazione. Le disposizioni di questo articolo si applicano anche alle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e contro le disgrazie accidentali.

Articolo 2059 c.c. Danni non patrimoniali:

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

Articolo 138 D.lgs. n° 209/2005 (Codice delle assicurazioni private) Danno non patrimoniale per lesioni di non lieve entità:

Al fine di garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori, con decreto del Presidente della Repubblica, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute, con il Ministro del lavoro e delle

politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica: a) delle menomazioni all'integrità psico-fisica comprese tra dieci e cento punti; b) del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso. 2. La tabella unica nazionale è redatta, tenuto conto dei criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo i seguenti principi e criteri: a) agli effetti della tabella, per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito; b) la tabella dei valori economici si fonda sul sistema a punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità; c) il valore economico del punto è funzione crescente della percentuale di invalidità e l'incidenza della menomazione sugli aspetti

dinamico-relazionali della vita del danneggiato cresce in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi; d) il valore economico del punto è funzione decrescente dell'età del soggetto, sulla base delle tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, al tasso di rivalutazione pari all'interesse legale; e) al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione;) il danno biologico temporaneo inferiore al 100 per cento è determinato in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno. 3. Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico relazionali personali documentati e obiettivamente accertati, l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale di cui al comma 2, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle

condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30 per cento. 4. L'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche. 5. Gli importi stabiliti nella tabella unica nazionale sono aggiornati annualmente, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati accertata dall'ISTAT.

Inquadramento

Nel corso del giudizio di legittimità, la sez. III della Corte di Cassazione è stata chiamata a dirimere due interrogativi: il primo relativo alla tipologia di eccezione afferente la *compensatio lucri cumdamno* e il secondo circa il perimetro applicativo del risarcimento del danno non patrimoniale, il quale, per altro, è oggetto di una costante evoluzione.

Preliminarmente appare opportuno chiarire il concetto di *compensatio lucri cumdamno*.

L'istituto, secondo l'orientamento maggioritario della dottrina, trova fondamento nell'articolo 1223 c.c., nella parte in cui si limita il risarcimento del

danno, coerentemente con la sua funzione riparatoria, alle “*conseguenze immediate e dirette*”. In altri termini, il risarcimento del danno ha la funzione di riallocare le conseguenze lesive derivanti dal pregiudizio, riportando il danneggiato sulla stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se il danneggiante non avesse compiuto l'illecito. Da ciò consegue che il risarcimento del danno non dovrà costituire una fonte di arricchimento per il soggetto passivo.

Ciò premesso, il fatto illecito può contestualmente produrre diseconomie esterne ed esternalità positive. In tale contesto gli interpreti si interrogano circa la corretta applicazione dell'istituto della *compensatio lucri cumdamno*, il quale postula che i vantaggi siano scomputati dalla somma oggetto di risarcimento del danno.

Senza pretesa di completezza, anteriormente alla soluzione accolta dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite e dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, è possibile distinguere due orientamenti.

Secondo una prima ricostruzione l'istituto della *compensatio lucri cumdamno* troverebbe applicazione solo nei casi in cui “lo stesso fatto” sia produttivo sia dei danni che dei vantaggi. Pertanto, qualora i vantaggi derivino da un diverso titolo (come

l'indennizzo erogato da istituti previdenziali), il fatto illecito costituirebbe una mera condizione di efficacia dell'attribuzione e, quindi, non passibile di essere compensata attraverso l'istituto della *compensatio lucri cumdamno*.

Questa ricostruzione, tuttavia, è stata criticata da coloro i quali sostengono che, avallando tale opzione ermeneutica, l'ambito applicativo dell'istituto verrebbe fortemente ridimensionato. Dunque, un altro orientamento ha ritenuto di principiare dal concetto di causalità, così come è inteso dalla teoria condizionalistica, e di stabilire che la *compensatio lucri cumdamno* trovi applicazione qualora il fatto illecito costituisca la causa dell'attribuzione del vantaggio, al fine, anche, di evitare una sovratutela del danneggiato.

Tuttavia, nessuna delle due ricostruzioni è stata avallata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (n. 12564, n. 12565, n. 12566, n. 12567 del 2018) la quale ha chiarito che, ai fini dell'operatività dell'istituto, occorre verificare la bilateralità o trilateralità del rapporto. Nel primo caso, ossia qualora il risarcimento e l'indennizzo siano resi dallo stesso soggetto, la *compensatio lucri cumdamno* opererebbe sempre. Diversamente, se l'indennizzo è attribuito da un soggetto

diverso da colui che è chiamato a risarcire il danno (rapporto trilaterale), l'istituto troverebbe applicazione se: a) il fatto illecito è causa sia del danno sia del vantaggio; b) l'attribuzione patrimoniale a titolo di risarcimento del danno e l'indennizzo assolvono alla medesima funzione; c) ricorrono tecniche di rivalsa per cui colui che indennizza si surroga nei diritti che il danneggiato vanta nei confronti del danneggiante.

Ciò premesso, nel caso posto all'attenzione, l'Inail, con atto di citazione, conveniva in un diverso giudizio il danneggiante contro il quale vantava il diritto di surroga, circa le somme preventivamente attribuite al danneggiato.

Ebbene, nel primo motivo di ricorso si censurava la decisione di merito nella parte in cui aveva quantificato la rendita erogata dall'Inail, scomputata dal danno liquidato, nella somma di Euro 253.280,34, anziché in quella di Euro 331.542; tale ultima somma, infatti, era stata quella richiesta a titolo di rivalsa dall'Inail di Verona.

Al riguardo, sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Verona si esprimevano, tuttavia, nel senso della inutilizzabilità delle "risultanze di un atto giudiziale afferente ad altro e diverso giudizio".

Diversamente, la Corte di Cassazione ha ritenuto che nell'ordinamento vigente, caratterizzato dall'assenza di una norma di chiusura sulla tassatività dei mezzi di prova, il giudice possa porre a fondamento della decisione anche prove atipiche della cui utilizzazione fornisca adeguata motivazione.

Tra tali prove rientrano certamente anche le prove e le dichiarazioni raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti.

Altresì, la Corte di Cassazione ha chiarito che l'eccezione di *compensatio lucri cumdamno* è un'eccezione in senso lato, con la quale non si adduce un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto azionato, ma una mera difesa in ordine all'esatta entità globale del pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato. Ciò conduce a sostenere che tale profilo potrà essere, per un verso, rilevato d'ufficio e, per altro verso, proponibile per la prima volta in appello.

Diversamente, con il secondo motivo di ricorso, il ricorrente lamentava la duplicazione del danno non patrimoniale, nella parte cui i giudici di merito avevano personalizzato automaticamente il danno biologico, *sub specie* di danno morale, aumentando del 15% l'importo risultante dall'applicazione delle "tabelle di Milano".

Appare opportuno chiarire che tale voce di

danno ricomprende eventuali conseguenze pregiudizievoli non patrimoniali che incidono sulla sfera personale del danneggiato. Pertanto, il binomio danno non patrimoniale – danno patrimoniale attiene al danno conseguenza piuttosto che al danno evento.

Sinteticamente, l'articolo 2059 c.c., in una prospettiva costituzionalmente orientata, è stato interpretato nel senso di sussumere nel concetto di "legge", non più inteso in senso strettamente formale, anche la Costituzione. Pertanto, le conseguenze non patrimoniali occorse in seguito ad una lesione di un interesse costituzionalmente rilevante trovano tutela ai sensi dell'articolo 2059 c.c. Sul punto, si è ritenuto che il risarcimento debba essere integrale e debba evitare duplicazioni risarcitorie che si paleserebbero nel caso in cui si risarcisse due volte lo stesso danno. Al riguardo, la Corte di Cassazione ha chiarito che il danno non patrimoniale è una categoria unitaria e omnicomprensiva. Non hanno, quindi, autonomia giuridica le categorie del danno esistenziale, del danno morale e del danno biologico.

Ai fini del calcolo del danno non patrimoniale possono essere prese in considerazione le c.d. "tabelle milanesi", la

cui mancata utilizzazione ad opera dell'autorità giudiziaria, senza una previa motivazione, dà luogo ad un vizio stigmatizzabile in appello o con ricorso per Cassazione.

Le “tabelle milanesi” si basano sul c.d. punto variabile di invalidità; ad ogni punto di invalidità viene attribuito un valore economico che varia in ragione dell'età del danneggiato e dell'entità della lesione subita. Pertanto, si è ritenuto che la somma ritratta dalle “tabelle milanesi” ricomprenda l'intero danno non patrimoniale, ossia il danno biologico, il danno morale e il danno esistenziale. Tuttavia, la Corte di Cassazione non esclude che possano ricorrere le c.d. “personalizzazioni”, ossia un aumento della somma ottenuta attraverso l'utilizzo delle “tabelle di Milano”, in forza delle peculiarità e delle caratteristiche personali del soggetto leso. In altri termini, non è possibile sommare, automaticamente e forfettariamente al danno biologico, liquidato in via tabellare, un'ulteriore percentuale relativa al danno esistenziale e al danno morale soggettivo, qualora le conseguenze dannose siano conformi all' *id quod plerumque accidit*, in quanto tale pratica determinerebbe una duplicazione risarcitoria.

Ciò premesso, l'orientamento attuale della terza sezione della Corte di Cassazione, al quale la pronuncia in parola aderisce, seppur formalmente avalla la ricostruzione patrocinata dalle sentenze “San Martino”, se ne discosta sensibilmente, in quanto ritiene che il danno morale soggettivo possa rappresentare un automatico aumento, espresso in termini percentuali, della somma liquidata in via tabellare a titolo di danno biologico.

Al riguardo, tale ricostruzione tende a distinguere il danno alla vita di relazione dal danno morale soggettivo, sostenendo che il primo riguarda i rapporti che il danneggiato ha con gli altri e il secondo è quello che riguarda i rapporti con sé stesso.

Tale opzione ermeneutica ritiene che il calcolo tabellare sia comprensivo tanto del danno biologico quanto del danno esistenziale, ma non anche del danno morale soggettivo, poiché quest'ultimo non ha un fondamento medico-legale, ciò rende inutilizzabili le “tabelle milanesi”. Ciò conduce a sostenere che non rappresenterebbe una duplicazione risarcitoria l'aumento automatico della somma a titolo di danno morale soggettivo ottenuta in via tabellare per la liquidazione del danno biologico. Diversamente, per

quanto attiene al danno biologico e al danno esistenziale, tale orientamento chiarisce che l'eventuale aumento o "personalizzazione" debba corrispondere alle peculiarità del caso concreto, in quanto le conseguenze conformi all' "*id quod plerumque accidit*" sono già prese in considerazione dalle "tabelle milanesi"

In ultimo, questa ricostruzione trova conferma nel novellato l'articolo 138, lettera e), del Codice delle assicurazioni private nella parte in cui stabilisce che "*al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione*".

Ciò premesso, la decisione in commento avalla questo orientamento ritenendo, da un lato, che "*in presenza di un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può essere aumentata, nella sua componente dinamico-relazionale, solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale, eccezionali ed affatto peculiari: le conseguenze dannose da ritenersi normali e*

indefettibili secondo l'id quod plerumque accidit (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento", e, dall'altro lato, che "*non costituisce duplicazione risarcitoria, di converso, la differente ed autonoma valutazione compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute*".

Soluzione

Relativamente al quesito se la *compensatio lucri cumdamno* costituisce un'eccezione in senso lato, la cui ricorrenza può essere desunta da prove e dichiarazioni raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti, la Corte di Cassazione risponde in senso affermativo.

Infatti, chiarisce, per un verso, che "*l'eccezione di compensatio lucri cumdamno è una eccezione in senso lato*" e, per altro verso, che "*nel vigente ordinamento processuale, improntato al principio del libero convincimento del giudice e in assenza di una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, questi può porre a fondamento della decisione anche prove atipiche, non espressamente previste dal codice di rito, della cui utilizzazione fornisca adeguata motivazione e che siano idonee ad offrire elementi di giudizio sufficienti*".

Pertanto, *“tra tali prove rientrano certamente anche le prove e le dichiarazioni raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti”*.

Diversamente, relativamente al quesito se costituisce duplicazione risarcitoria l'autonoma valutazione compiuta in ordine alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute, la Corte di Cassazione ritiene che *“non costituisce duplicazione risarcitoria [...] la differente ed autonoma valutazione compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute, come stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 235 del 2014, punto 10.1 e ss. e come oggi normativamente confermato dalla nuova formulazione dell'art. 138, lett. e), cod. ass., introdotta dalla legge di stabilità del 2016”*.

In conclusione è possibile sostenere, a parere di chi scrive, che circa il concetto della *compensatio lucri cumdamno* e della sua prova attraverso le dichiarazioni rese in un altro giudizio, il principio di effettività della tutela funge da “stella polare”, tale da caratterizzare le pronunce della giurisprudenza.

Relativamente al concetto di danno non patrimoniale, si attende (con impazienza) un'ulteriore pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale

attraverso la sua funzione nomofilattica, potrà chiarire l'effettivo ambito applicativo del danno non patrimoniale circa le potenziali duplicazioni risarcitorie derivanti dalla congiunta ed automatica attribuzione del danno biologico e di un'ulteriore somma a titolo di danno morale soggettivo.

PENALE

La natura soggettiva della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa e i criteri per la sua applicabilità nel reato concorsuale

Cassazione penale, Sezioni Unite, Sentenza n. 8545 del 19 dicembre 2019

di Chiara Fasano

Nella pronuncia oggetto di attenzione alle Sezioni Unite nell'ordinanza di rimessione n. 40846 del 10 settembre 2019 era così articolato: “se l'aggravante speciale già prevista dal D.L. n. 152 del 1991, art. 7, ed oggi inserita nell'art. 416bis 1 c.p., comma 1, che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata al fine di agevolare le associazioni mafiose, abbia natura oggettiva concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura soggettiva concernendo la direzione della volontà”.

Fatto

In entrambi i gradi di giudizio di merito si riconosceva la responsabilità del ricorrente, condannandolo alla pena di anni tre e mesi

dieci di reclusione ed euro 2.400,00 di multa per i reati di usura, tentata estorsione ed abusiva attività finanziaria, aggravati dalla finalità di agevolazione mafiosa prevista dall'art. 7 del D.L. n. 152 del 1991, oggi trasfusa nell'art. 416 bis 1, co. 1 c.p. Si accertava, infatti, che questi agiva quale intermediario tra coloro che ricercavano dei finanziatori ed i coimputati, soggetti non facenti parte del sodalizio criminale, ma collocati in una posizione di contiguità con esso. Si precisava che, mentre quest'ultimi si occupavano di elargire tali finanziamenti applicando tassi usurari, l'imputato svolgeva l'attività consequenziale di recupero crediti anche mediante ricorso a violenze o minacce.

Il ricorrente, dunque, proponeva ricorso dinnanzi alla Corte di Cassazione invocando l'annullamento della sentenza impugnata, deducendo che le due sentenze di merito, se pur convergenti nell'esito finale, esprimevano valutazioni antitetiche in relazione alla natura della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa. In particolare il giudice di primo grado riteneva che avesse natura “oggettiva”, e pertanto estendibile a tutti i concorrenti, mentre, il secondo “soggettiva”, pur pervenendo, tuttavia, alle stesse conclusioni in punto di

applicabilità al caso concreto. Con precipuo riferimento alla pronuncia della Corte di Appello, il ricorrente contestava, altresì, che la prova della consapevolezza della funzione agevolatrice fosse stata riconosciuta sulla base dell'assunto, indimostrato, che lo stesso fosse a conoscenza del sodalizio, riproponendo così una configurazione oggettiva dell'aggravante a fronte di una dichiarata qualificazione soggettiva della stessa. La Seconda Sezione penale della Corte di Cassazione, alla quale era stato assegnato il ricorso, preso atto del contrasto interpretativo sussistente in ordine alla natura dell'aggravante, rimetteva il procedimento alle Sezioni Unite.

Normativa di riferimento

Codice Penale, art. 416-bis 1 – Circostanze aggravanti ed attenuanti per reati connessi ad attività mafiose.

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

Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma non possono essere ritenute

equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante. Per i delitti di cui all'articolo 416 bis e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà. Nei casi previsti dal terzo comma non si applicano le disposizioni di cui al primo e secondo comma.

Codice Penale, art. 118 – Valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti

Le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono. Codice Penale, art. 70 – Circostanze oggettive e soggettive
Agli effetti della legge penale: 1) sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i

mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso; 2) sono circostanze soggettive quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole. Le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità e la recidiva.

Codice Penale, art. 59 – Circostanze non conosciute o erroneamente supposte.

Le circostanze che che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti. Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui. Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

Inquadramento

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ritengono l'aggravante prevista dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152, art. 7, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 1991, n. 203, il cui contenuto è oggi trasfuso nell'art. 416bis 1 c.p., comma 1, una garanzia di una maggiore efficacia della funzione preventivo-repressiva del fenomeno mafioso.

La novità normativa è intervenuta a seguito della constatazione che le associazioni di stampo mafioso di quel periodo storico si connotavano di una maggiore pervasività mostrando altresì interesse anche a finalità eversive. Ciò, impose un tempestivo intervento finalizzato al tentativo di isolare l'attività illecita con la previsione di una circostanza di carattere generale.

La disposizione, dunque, contempla due distinte circostanze aggravanti ad effetto speciale: l'avvalersi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p., ossia il metodo mafioso; l'agevolazione delle associazioni previste dal medesimo articolo, ossia l'agevolazione mafiosa.

Mentre minori problemi interpretativi si sono posti per la prima ipotesi, comunemente considerata di natura oggettiva, la quale si caratterizza e si esaurisce per le modalità dell'azione, lo stesso non può

dirsi per la seconda in merito alla quale si sono sviluppati tre orientamenti.

Secondo il primo orientamento, la circostanza ha natura soggettiva poiché è integrata da un atteggiamento di tipo psicologico dell'agente, ricostruito in termini di dolo specifico e, dunque, riferibile ai motivi a delinquere ovvero all'intensità del dolo. Ne consegue la riconducibilità alle circostanze indicate nell'art. 118 c.p. e, pertanto, la non estendibilità ai concorrenti nel reato. Si ritiene, inoltre, necessaria, per far fronte alle mai sopite tensioni tra dolo specifico e principio di offensività, la sussistenza di una caratterizzazione oggettiva, che si estrinseca nella direzione o nella idoneità dell'azione ad agevolare l'associazione mafiosa.

Secondo il contrapposto orientamento, l'aggravante ha natura oggettiva in quanto attiene alle modalità dell'azione di cui all'art. 70 c.p. e, pertanto, non essendo queste ricomprese nell'art. 118 c.p., è comunicabile ai concorrenti nel rispetto dell'art. 59 co. 2 c.p., ossia qualora conosciuta o conoscibile.

Infine, secondo una terza tesi, la natura dell'aggravante e la disciplina in caso di concorso di persone nel reato dipendono da come la stessa si atteggia in concreto e dal reato cui essa acceda.

Orbene, è utile precisare che all'interno della teoria soggettiva non è pacifico come debba individuarsi l'elemento soggettivo necessario, ossia se occorra che l'agente prosegua esclusivamente come scopo finale quello di agevolare l'associazione oppure se costui, pur nella consapevolezza di avvantaggiare l'associazione, possa perseguire un diverso scopo. In maniera analoga non è ben chiaro in caso di concorso di persone nel reato ai sensi dell'art. 118 c.p., se sia necessario individuare la presenza del dolo specifico richiesto dalla norma in capo a tutti i contraenti, ovvero sia sufficiente che il concorrente abbia agito nella consapevolezza della finalità agevolatrice perseguita dall'agente, in linea con quanto ritenuto dalla stessa Corte con riferimento ad altre aggravanti di natura soggettiva, quali quelle del nesso teleologico, dei motivi abietti o futili e della premeditazione.

Come sopra indicato, il contrapposto orientamento è nel senso di ritenere che la circostanza in esame sia integrata da oggettività, soffermandosi sulle modalità dell'azione di cui all'art. 70, co. 1 c.p.

Gli argomenti a sostegno della tesi sono: in primo luogo l'esclusione della possibilità di ricondurre la stessa nell'ambito dell'art. 118 c.p., in secondo luogo si ritiene necessaria la

sussistenza del dolo specifico almeno in capo ad uno dei concorrenti ovvero che vi sia consapevolezza della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso; in terzo luogo, secondo i giudici di legittimità, l'ignoranza incolpevole può essere sufficiente solo ai fini dell'estensione della circostanza ai concorrenti, ma non per integrare l'aggravante. Si deduce, pertanto, che anche per un'eventuale classificazione della circostanza come oggettiva, non viene meno la necessità di verificare l'elemento psicologico.

L'orientamento intermedio ritiene, infine, che spetterà all'interprete decidere in concreto come la stessa aggravante si atteggi e dal reato cui accede. Pertanto quando si configura in concreto come un dato oggettivo che travalica la condotta del singolo agente, deve ritenersi estensibile ai concorrenti in base al principio *ubi commoda ibi incommoda*, finendo per agevolare la commissione del reato o, nei casi dubbi, valutando come oggettive le aggravanti che abbiano facilitato la commissione del reato.

Ricostruiti i vari orientamenti sul tema, le Sezioni Unite osservano che l'ordinanza di rimessione ridurrebbe il contrasto ad una copertura volitiva dell'elemento materiale: la

concreta funzionalizzazione dell'attività criminosa contestata all'agevolazione di un'associazione mafiosa. Si configurerebbe quindi il contrasto tra la tesi soggettiva, che reputa necessaria la volizione piena e specifica, ossia la piena consapevolezza dell'oggettiva finalità agevolatrice della condotta, e la tesi oggettiva per la quale sarebbe sufficiente che il nesso funzionale tra reato contestato e associazione mafiosa sia sorretto da una volizione attenuata, quale l'ignoranza colpevole.

Le Sezioni Unite, avendo evidenziato l'erroneità della premessa, riconduce la questione su altri due profili interpretativi, ossia chiedendosi quale sia l'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante: dolo specifico o mera consapevolezza nella direzione della condotta ad agevolare l'attività dell'organizzazione criminale e, altresì, se il requisito per estendere ai concorrenti nel reato sia da rintracciarsi nel dolo specifico, nella consapevolezza ovvero nella mera ignoranza.

Inoltre, secondo i giudici di legittimità, nell'ambito della concezione soggettiva alcuni considerano l'elemento psicologico come dolo specifico; altri, invece, ritengono che si esaurisca nella consapevolezza che la

condotta sia funzionale ad agevolare l'organizzazione criminale; nella concezione oggettiva, parimenti, ai fini della configurabilità dell'aggravante, oltre all'elemento oggettivo, è necessario che vi sia il dolo specifico ovvero la mera consapevolezza della oggettiva finalizzazione dell'azione all'agevolazione dell'attività dell'associazione di tipo mafioso.

La Corte sostiene la natura soggettiva della circostanza poiché inerente al “motivo a delinquere” ai sensi dell'art. 70, co. 1, n. 2 c.p., ed individua l'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante nel dolo specifico o nel dolo intenzionale. A sostegno della natura soggettiva, inoltre, richiama anche l'argomento sostanziale, rilevando come, se si optasse per la natura oggettiva dell'aggravante, la fattispecie presenterebbe un deficit in punto di tipicità e determinatezza, con le conseguenti inevitabili censure di illegittimità costituzionale. Si potrebbe, infatti, verificare il paradosso che il delitto possa di fatto agevolare l'associazione mafiosa senza che lo stesso autore abbia effettivamente voluto tale risultato. Nello specifico, la rappresentazione del reato, nel rispetto del principio di offensività, deve basarsi su elementi concreti realmente collegabili ad una associazione di tipo

mafioso e l'agire del soggetto agente deve essere utile alla realizzazione degli scopi associativi, anche senza un accordo tra i componenti del gruppo dell'associazione medesima. Per la Corte, dunque, il fine agevolativo deve essere classificato tra i motivi a delinquere, poiché il sistema penale italiano considera il motivo non solo quale elemento caratterizzante della fattispecie, ma anche nella sua forma circostanziale.

Inoltre, il Supremo Organo si è occupato di tracciare la sottile linea d'autonomia tra la fattispecie aggravata dalla finalità agevolatrice ed il concorso esterno in associazione mafiosa.

A parere della Corte, solo il concorrente esterno ha un rapporto effettivo con il gruppo che gli consente di capire la portata del suo intervento ai fini dell'esistenza del clan. Da un lato, l'attività di concorso esterno si caratterizza per la sua infungibilità e, nella realtà sociale, si verifica nei casi di potenziale crisi della struttura del clan. Il potenziale dissesto dell'associazione è risolvibile, a giudizio della Corte, esclusivamente attraverso l'intervento esterno. Dall'altro, l'aggravante dell'agevolazione è caratterizzata da fungibilità e da estemporaneità; essa può essere valutata anche a carico di uno solo degli agenti, senza la comunicazione al

gruppo. In sintesi, per la Corte, le due figure giuridiche posseggono in comune esclusivamente la necessità dell'esistenza dell'associazione mafiosa. A sostegno di detta interpretazione, gli interpreti adducono due argomentazioni: in primo luogo, l'associato può consumare condotte aggravate dalla finalità agevolatrice, ma non può essere concorrente esterno poiché il partecipante non potrà evidentemente concorrere al reato associativo secondo l'ordinario meccanismo dell'art. 110 c.p.; in secondo luogo, per i giudici di legittimità, l'art. 416-bis c.p. non opera alcun riferimento ad una finalità specifica.

Da ultimo la Corte affronta la questione del requisito necessario per applicare l'aggravante ai concorrenti di reato, analizzando il rapporto tra gli artt. 59 e 118 c.p. rispetto all'aggravante dell'agevolazione mafiosa. Entrambe le disposizioni sono stante ridisegnate dalla novella contenuta nella L. 7 febbraio 1990, n.19, al fine di soddisfare l'esigenza di garantire l'eliminazione di qualsiasi riflesso di responsabilità oggettiva, anche su elementi non costitutivi del reato, per l'esigenza di ricollegare qualsiasi componente dell'illecito, costitutivo o circostanziale, alla volontà del soggetto agente, imposta dall'attuazione del

criterio costituzionale della responsabilità personale. In tal senso l'art. 59 c.p. consente l'applicazione delle aggravanti solo se conosciute dall'agente ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Invece per quanto attiene all'art. 118 c.p. ha eliminato ogni riferimento alle circostanze oggettive e soggettive, prevedendo una limitazione per particolari circostanze: quelle riguardanti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e quelle riguardanti la persona del colpevole. L'art. 118 c.p., in particolare, prevede che le circostanze indicate si applichino solo alle persone a cui si riferiscono e, pertanto, la Corte si occupa di definire le condizione di riferibilità al correo della circostanza in questione che, appunto, si riferisce ai motivi a delinquere. A tale scopo la Suprema Corte rinviene il discrimine nella possibilità di estrinsecazione della circostanza all'esterno, cosicché rimane esclusa dall'attribuzione al compartecipe qualsiasi elemento, di aggravamento o di attenuazione della fattispecie, confinato all'interno dell'agente il quale, proprio in quanto tale, non può subire estensione ai concorrenti, perché da questi non necessariamente conoscibili. Per queste motivazioni, la Corte sostiene che, qualora

non si rinvengano elementi di fatto suscettibili di dimostrare che l'intento dell'agente sia stato riconosciuto dal concorrente, e tale consapevolezza non lo abbia dissuaso dalla collaborazione, non è vi ragione per escludere l'estensione della sua applicazione, posto che lo specifico motivo a delinquere viene in tal modo reso oggettivo sulla base degli elementi specifici rilevatori. Dunque, per il coautore del reato, non coinvolto nella finalità agevolatrice, è sufficiente il dolo diretto, che comprende anche le forme di dolo eventuale.

Soluzione

Le Sezioni Unite, poste le predette coordinate ermeneutiche, formulano il principio di diritto, secondo cui: “ *L'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa prevista dall'art. 416bis 1 c.p., comma 1, ha natura soggettiva ed è caratterizzata dal dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità* ”, e, ritenuto corretto l'accertamento svolto dalle corti di merito, rigettano il ricorso.

Il Supremo Consesso ha, altresì, precisato che l'art. 118 c.p. opera un'indicazione autonoma circa l'estensibilità delle

circostanze soggettive, limitatamente alle circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole, le quali debbono essere valutate dal giudice soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono; di tal guisa, si escludono le condizioni e le qualità personali del colpevole ed i rapporti tra il colpevole e l'offeso.

Il percorso argomentativo, che ha condotto alla soluzione menzionata, muove dalla considerazione che per estendere le circostanze, il *discrimine* non riguarda la natura oggettiva e soggettiva della circostanza, ma il modo attraverso cui la circostanza si atteggia all'esterno. In altri termini, allorquando l'elemento di aggravamento o di attenuazione rimanga nell'intento dell'agente, non sarà estendibile ai concorrenti. Nelle altre ipotesi, cioè tutte le volte in cui, elementi di fatto dimostrano che l'intento dell'agente di voler agevolare l'associazione mafiosa sia conosciuto dal concorrente, e nonostante ciò questi abbia collaborato con lui, non c'è alcun motivo per non applicarlo anche a costui nel rispetto del principio di offensività.



AMMINISTRATIVO

In presenza di interdittive antimafia “sopravvenute”, la fattispecie derogatoria, secondo cui l'imprenditore può trattenere le somme percepite per gli interventi già realizzati, si applica ai soli rapporti contrattuali con la PA e non anche a quelli che prevedono la concessione di finanziamenti pubblici.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Sent. n. 23 del 26 ottobre 2020

di Adriana Marasco

Quesito

Il limite normativo delle “utilità conseguite”, di cui all'inciso finale contenuto sia nell'art. 92 comma terzo, sia nell'art. 94 secondo comma del D. Lgs. n.159/2011, è da ritenersi applicabile ai soli contratti di appalto pubblico, ovvero anche ai finanziamenti e ai contributi pubblici erogati per finalità di interesse collettivo?

Fatto

La vicenda trae origine da una delibera della Giunta regionale della Regione Basilicata del 2012, con cui veniva ritenuta finanziabile la domanda di aiuto presentata da una azienda agricola, finalizzata all'acquisto di attrezzature e macchinari per la costruzione e l'ampliamento di una cantina vinicola aziendale, per una somma pari ad oltre 250 mila euro. A seguito dell'esito positivo dell'istruttoria, l'AGEA (Agenzia per le erogazioni in agricoltura) liquidava la predetta somma. Successivamente, nel 2017, la predetta AGEA apprendeva che l'azienda finanziata era stata attinta da una informativa antimafia positiva, emessa dalla Prefettura di Potenza in data 10 febbraio 2016 e, pertanto, revocava il finanziamento già erogato.

Tale provvedimento di revoca veniva contestato dinanzi al Tar Basilicata che, con sentenza n. 707 del 2018 accoglieva il ricorso, sulla base del fatto che il programma per cui era stato elargito il beneficio era già stato realizzato e che dunque vi sarebbe stata una qualche “utilità pubblicistica” tale da far scattare la disposizione derogatrice di cui all'art. 92 del

d.lgs. n. 159 del 2011 secondo la quale, in caso di interdittiva sopravvenuta, è comunque fatto salvo il pagamento delle opere già eseguite.

L'AGEA ha proposto appello avverso la sentenza citata, contestando l'interpretazione degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. 159/2011 e la conseguente statuizione di illegittimità dei provvedimenti di revoca dei finanziamenti.

La Terza Sezione del Consiglio di Stato, rilevato il contrasto giurisprudenziale sul punto, con sentenza non definitiva del 23 dicembre 2019 n. 8672 ha deferito alla Adunanza Plenaria il seguente quesito: “se il limite normativo delle “utilità conseguite”, di cui all'inciso finale contenuto sia nell'art. 92 comma terzo, sia nell'art. 94 secondo comma del D. Lgs. n.159/2011, è da ritenersi applicabile ai soli contratti di appalto pubblico, ovvero anche ai finanziamenti e ai contributi pubblici erogati per finalità di interesse collettivo”.

Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136

Art. 92 - Termini per il rilascio delle informazioni

1. Il rilascio dell'informazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4. In tali casi l'informazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica.

Normativa di riferimento

Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159

2. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, quando dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, il prefetto dispone le necessarie verifiche e rilascia l'informazione antimafia interdittiva entro trenta giorni dalla data della consultazione. Quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata, e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni. Il prefetto procede con le stesse modalità quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito.

2-bis. L'informazione antimafia interdittiva è comunicata dal prefetto, entro cinque giorni dalla sua adozione, all'impresa, società o associazione interessata, secondo le modalità previste dall'articolo 79, comma 5-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (ora art. 76, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 20016). Il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione.

3. Decorso il termine di cui al comma 2, primo periodo, ovvero, nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia. I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

4. La revoca e il recesso di cui al comma 3 si applicano anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all'autorizzazione del subcontratto.

5. Il versamento delle erogazioni di cui all'articolo 67, comma 1, lettera g), può essere in ogni caso sospeso fino alla ricezione da parte dei soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, dell'informazione antimafia liberatoria.

Art. 94. Effetti delle informazioni del prefetto

1. Quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni.

2. Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

3. I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

4. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 si applicano anche nel caso in cui emergano elementi relativi a tentativi di infiltrazione.

Inquadramento

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è chiamata a pronunciarsi sulla questione inerente alla esatta interpretazione degli artt.

92, comma 3, e 94, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, i quali prevedono, in modo sostanzialmente simile, che in caso di informazione antimafia interdittiva, i soggetti di cui all'art. 83 del medesimo codice, "revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite".

In particolare, è dibattuta l'ammissibilità di una interpretazione estensiva delle citate disposizioni, che consenta di applicare lo "*ius retentionis*" (in base al quale il destinatario della informativa antimafia può trattenere le somme già corrisposte per gli interventi ormai eseguiti e nei limiti dell'utilità conseguita dalla p.a.), previsto per il settore dei contratti pubblici, anche a quello delle agevolazioni finanziarie.

Nello specifico, la Sezione rimettente evidenzia che "*si tratta di definire l'ambito delle conseguenze connesse all'adozione di una informativa interdittiva in relazione alla pregressa percezione di benefici economici di fonte pubblica, che hanno incentivato un'iniziativa imprenditoriale ormai interamente realizzata*".

L'informativa interdittiva è infatti intervenuta soltanto dopo il completamento

dell'opera finanziata, trattandosi dell'ipotesi di c.d. informativa sopravvenuta.

La sentenza non definitiva che rimette la questione alla Adunanza Plenaria sottolinea la sussistenza di due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento, cd. estensivo, lo *ius retentionis* da parte dell'operatore destinatario di informativa antimafia troverebbe applicazione non solo per i contratti pubblici ma anche in materia di finanziamenti pubblici. Ciò in quanto, secondo una nozione ampia e onnicomprensiva del concetto di "*utilità conseguite*", se il programma è stato compiutamente realizzato secondo gli obiettivi che il finanziamento stesso si poneva, anche se in via indiretta, l'interesse generale sotteso alla erogazione medesima sarebbe in qualche misura comunque soddisfatto.

In base ad un secondo orientamento, cd. restrittivo, la nozione di '*utilità conseguite*' non sarebbe dilatabile sino al punto da ricomprendervi anche l'ipotesi del finanziamento andato a buon fine attraverso l'integrale realizzazione del programma finanziato, e ciò in quanto in tale evenienza l'interesse pubblico risulterebbe essere soltanto "*indiretto*". Il termine

‘utilità’ indicherebbe solo gli interventi che accrescono il patrimonio dell’amministrazione, così rappresentando ‘un valore economicamente valutabile’. Tale caratteristica se, da un lato, è ben evidente nei rapporti contrattuali, come quelli derivanti dalla stipula di contratti di appalto, in cui sussiste un nesso di corrispettività fra le reciproche prestazioni, dall’altro lato risulta meno evidente nei rapporti concessori di finanziamenti pubblici, laddove la reciprocità degli impegni risulta più attenuata. La Sezione rimettente ritiene di preferire questo secondo indirizzo ermeneutico, sulla base di molteplici argomenti, sia di carattere semantico-testuale, sia di tipo logico-sistematico. Viene in rilievo, in particolare, l’interpretazione letterale degli artt. 92 comma terzo e 94 comma secondo del d.lgs. 159/2011, i quali sembrano rinviare al settore dei contratti, connotato dalla condizione di reciprocità delle prestazioni corrispettive. Inoltre, i contributi sono concessi in via provvisoria, pertanto alcun affidamento può maturare in capo al privato e alcun potere di autotutela viene esercitato dalla p.a., la quale si limita ad applicare una condizione risolutiva legata al venir meno di taluni requisiti soggettivi. Infine, la sopravvenuta interdittiva

comporta uno stato di parziale incapacità giuridica e, di conseguenza, ogni eccezione a tale regola generale deve essere oggetto di stretta interpretazione.

Soluzione

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha condiviso l’orientamento espresso dalla Sezione rimettente, ritenendo che la salvezza del “pagamento delle opere già eseguite e il rimborso del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”, di cui agli articoli 92, co. 3, e 94, co. 2, del D.Lgs. n.159/2011, vada riferita solo al recesso dai contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, con esclusione, dunque, delle ipotesi riconnesse alla concessione di finanziamenti pubblici o simili.

Il massimo Consesso di Giustizia Amministrativa precisa, preliminarmente, che il limite normativo che si pone come eccezione agli effetti della revoca e del recesso dai contratti è costituito dalla ‘salvezza del pagamento’ per gli interventi già eseguiti, laddove il ‘limite delle utilità conseguite’ rappresenta solo la misura, ossia il *quantum*, del suddetto pagamento da fare salvo. Pertanto, la questione dell’ambito di applicazione della norma di eccezione riguarda la salvezza del pagamento, e non

già, almeno in prima battuta, il significato e la misura delle utilità conseguite dall'amministrazione con riguardo all'interesse pubblico. In linea generale, l'Adunanza Plenaria ha già evidenziato in passato, con sentenza n.3 del 2018, che il provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità giuridica in ambito pubblico, che ha carattere "parziale" ed è tendenzialmente temporanea. Il legislatore ha adottato, dunque, un sistema di estremo rigore, al fine di evitare che le pubbliche amministrazioni possano entrare in contatto con soggetti colpiti da cause di decadenza, di sospensione o di divieto, di cui all'art. 67 del d.lgs. 159/2011, ovvero che siano destinatarie di un tentativo di infiltrazione mafiosa. Pertanto, a fronte dell'estremo rigore risultante dal complessivo sistema normativo disciplinante l'informazione antimafia e le sue conseguenze, posto a tutela di essenziali valori costituzionali, costituiscono norme di eccezione, e come tali di stretta interpretazione, quelle che, pur in presenza di una riconosciuta situazione di incapacità, consentono la conservazione da parte di un soggetto destinatario di informazione interdittiva di attribuzioni patrimoniali medio tempore eventualmente acquisite ovvero la

possibilità di procedere alla loro dazione da parte delle pubbliche amministrazioni.

In tale prospettiva, l'esame ermeneutico delle citate disposizioni di cui agli artt. degli articoli 92, co. 3 e 94, co. 2 del d.lgs. n. 159/2011, dovendo rispondere alla regola di stretta interpretazione propria delle norme di eccezione, non consente di estendere la disciplina derogatoria in esse previste anche al settore delle pubbliche sovvenzioni.

L'Adunanza Plenaria evidenzia che l'atto c.d. di revoca non rappresenta affatto un nuovo provvedimento adottato in autotutela dall'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale, ma un mero atto ricognitivo che constata l'avvenuta verifica della condizione risolutiva afferente al contributo ancora precario. Inoltre, *"l'accertamento dell'intervenuta "condizione risolutiva" altro non è che l'accertamento successivo, consentito dalla legge, dell'incapacità giuridica del soggetto ad essere destinatario di provvedimenti amministrativi ovvero ad essere parte del contratto ad evidenza pubblica"*.

Di conseguenza, non è possibile ipotizzare, *"in presenza di un chiaro riferimento normativo alla "precarietà" dei provvedimenti adottati o del provvedimento stipulato, l'insorgere di un "affidamento" in capo al soggetto privato"*.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

precisa, poi, in questa sede, che è il dato letterale delle disposizioni di cui agli artt. 92, comma terzo, e 94, comma secondo, del d.lgs. 159/2011, ad opporsi all'applicazione estensiva al settore dei finanziamenti pubblici.

L'espressione "*o recedono dai contratti?*" contenuta in entrambe le disposizioni in esame rende l'inciso finale dei due commi verosimilmente riferibile ai soli contratti. Inoltre, anche il riferimento alle "*opere già eseguite?*" depone ulteriormente a favore della tesi per cui ai contratti di appalto non possano essere equiparati i finanziamenti pubblici. Tale soluzione, peraltro, è in linea con i criteri di stretta interpretazione delle norme eccezionali, dal momento che estendere, per il tramite della presenza nel testo del riferimento alle "*concessioni?*", la salvezza del pagamento di quanto realizzato anche ai finanziamenti, comporterebbe sul piano ermeneutico un duplice passaggio estensivo dell'interpretazione. In primo luogo, quello di estendere la salvezza del pagamento dal caso di recesso dal contratto, in aderenza al quale è prevista nel testo la salvezza dei pagamenti, anche alle "*concessioni?*" precedentemente citate e non collocate nel testo con immediata aderenza alla "*salvezza?*"; in secondo luogo, quello di

operare una interpretazione "*selettiva?*" del termine "*concessioni?*", ritagliando nel più ampio ambito proprio di tale genus solo quelle che hanno per oggetto attribuzioni patrimoniali dalle quali dipende la "*esecuzione di opere?*".

Infine, sempre dal punto di vista letterale, anche l'espressione "*utilità conseguite?*" sembra riferirsi ad una condizione di reciprocità delle prestazioni corrispettive, scarsamente compatibile con l'ipotesi di una erogazione o di un finanziamento.

Dal punto di vista logico, poi, nel caso del finanziamento, non può parlarsi di una "*utilità?*" per l'amministrazione, soggettivamente intesa, ma più esattamente di un interesse pubblico che trascende la mera, sia pur completa e corretta, realizzazione del programma. Si tratta di un interesse pubblico per il perseguimento del quale il programma realizzato, che molto spesso consiste in opere che restano in proprietà del privato, costituisce un mezzo e non un fine. Infine, occorre considerare che i positivi impatti sul medesimo interesse pubblico generalmente si rivelano, per la natura dei singoli interventi, di non sempre "*agevole misurazione?*".

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, l'Adunanza Plenaria ha formulato il seguente

principio di diritto: “*la salvezza del pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, previsti dagli articoli 92, comma 3, e 94, comma 2, del d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, si applicano solo con riferimento ai contratti di appalto di lavori, di servizi e di forniture*”.



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 dell'8.12.2020

Il risarcimento per il mancato recepimento della direttiva che impone l'obbligo di indennizzo statale nei confronti delle vittime di reati violenti

Corte di Cassazione, sez. III civile, Sentenza n. 26757 del 24/11/2020

L'inadempimento dello Stato italiano

1 - Il caso di una cittadina italiana vittima di violenza sessuale a opera di due cittadini extracomunitari, dà luogo a questa interessante pronuncia della Corte di Cassazione.

La prima questione riguarda la necessità che lo Stato italiano si dotasse tempestivamente di un adeguato sistema di indennizzi alle vittime di reati violenti ai sensi della Direttiva 29 aprile 2004, n. 2004/80/CE.

La risposta fornita è affermativa. La Corte rammenta che la C.G.U.E. - con Sentenza del 1 ottobre 2016, "Commissione europea c. Repubblica italiana", in C-601/14 - ha riconosciuto che la "Repubblica italiana, non avendo adottato tutte le misure necessarie al fine di

garantire l'esistenza, nelle situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti commessi sul proprio territorio, è venuta meno all'obbligo ad essa incombente in forza dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato".

Tale obbligo, in particolare, è stato ritenuto non adempiuto mediante l'introduzione di un sistema indennitario per le vittime di taluni reati violenti (es. vittime del terrorismo), dovendo, invece, un'applicazione generalizzata a tutti i reati di tal fatta.

In tal senso, l'art. 12, par. 2 della menzionata direttiva deve essere interpretato "nel senso che esso mira a garantire al cittadino dell'Unione il diritto di ottenere un indennizzo equo ed adeguato per le lesioni subite nel territorio di uno Stato membro nel quale si trova, nell'ambito dell'esercizio del proprio diritto alla libera circolazione, imponendo a ciascuno Stato membro di dotarsi di un sistema di indennizzo delle vittime per **ogni** reato intenzionale violento commesso sul proprio territorio".

L'obbligo è applicabile anche alle fattispecie interne (non transfrontaliere)

2 - Inoltre, l'obbligo imposto dalla direttiva non richiede che la fattispecie abbia un carattere transfrontaliero.

In merito, la stessa Corte di Cassazione ha effettuato il rinvio pregiudiziale della questione alla C.G.U.E. che, con Sentenza del 16 luglio 2020 in C129/2019, ha statuito che *“(i)l diritto dell'Unione dev'essere interpretato nel senso che il regime della responsabilità extracontrattuale di uno Stato membro per danno causato dalla violazione di tale diritto è applicabile nel caso in cui lo Stato membro non abbia “trasposto in tempo utile l'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, **nei confronti di vittime residenti in detto Stato membro, nel cui territorio il reato intenzionale violento è stato commesso**”.*

A tal fine, la Corte di Giustizia ha evidenziato che, nei “considerando” della direttiva, si ponessero in risalto: a) le conclusioni del Consiglio europeo nella riunione di Tampere dell'ottobre 1999, sollecitanti *“l'elaborazione di norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità, in particolare sull'accesso delle vittime alla giustizia e sui loro diritti al risarcimento dei danni”*; b) la necessità che l'indennizzo fosse riconosciuto *“indipendentemente dal luogo dell'Unione in cui il*

reato è stato commesso”; c) la necessaria estensione del meccanismo indennitario a tutti gli Stati membri; d) la volontà di porre rimedio alle *“difficoltà spesso incontrate dalle vittime di reati intenzionali violenti per farsi risarcire dall'autore del reato, in quanto questi può non possedere le risorse necessarie per ottemperare a una condanna al risarcimento dei danni alla vittima, oppure può non essere individuato o perseguito”*.

Conseguentemente si è affermato che *“l'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80 impone a ogni Stato membro di dotarsi di un sistema di indennizzo che ricomprenda tutte le vittime di reati intenzionali violenti commessi nei loro territori e **non soltanto le vittime che si trovano in una situazione transfrontaliera**”*; il diritto di ottenere un indennizzo equo e adeguato va riconosciuto *“non solo alle vittime di reati intenzionali violenti commessi nel territorio di uno Stato membro che si trovano in una situazione transfrontaliera, ai sensi dell'articolo 1 di tale direttiva, ma anche alle vittime che risiedono abitualmente nel territorio di tale Stato membro”*.

I presupposti per la configurabilità dell'obbligazione risarcitoria

3 – A questo punto, la Corte esamina i presupposti per la risarcibilità dei danni

derivanti dal mancato recepimento di una direttiva comunitaria.

La prima condizione è costituita dalla violazione della violazione di un obbligo derivante da una direttiva che sia sufficientemente chiara nel porre un obbligo di recepimento in capo allo Stato membro; quanto detto al paragrafo che precede dimostra, appunto, la sussistenza di tale condizione.

La seconda condizione è che la violazione sia sufficientemente qualificata ossia “manifesta e grave”, da parte di uno Stato membro o di un’istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale; nel caso di specie, si afferma che l’interpretazione della direttiva fosse tanto piana da rendere l’errore dello Stato italiano nel mancato recepimento sufficientemente “qualificato”.

La terza condizione, ossia l’esistenza del nesso di causalità tra la violazione del diritto comunitario e il danno lamentato, è parimenti sussistente in quanto non occorre, ai sensi della direttiva, che il risarcimento da parte dei diretti responsabili sia obiettivamente impossibile, ma è sufficiente che siano riscontrate obiettive difficoltà nel conseguirlo, difficoltà ritenute sussistenti nel caso di specie (gli imputati si

sono resi latitanti in sede penale vanificando, sul piano risarcitorio, la costituzione di parte civile della vittima).

Il rapporto tra l’obbligazione indennitaria e il risarcimento da mancato recepimento della direttiva

4 – La Corte passa, quindi, a esaminare il rapporto tra l’obbligazione risarcitoria azionata (per inadempimento della direttiva) e quella indennitaria prevista dallo *jus superveniens* (L. n. 122/2016).

L’indennizzo ex L. 122/2016 è una prestazione stabilita dalla legge, come effetto dell’attuazione di obblighi derivanti dalla partecipazione dello Stato all’Unione europea; ***“dunque, una obbligazione ex lege, da assolversi nei confronti degli aventi diritto, individuati dalla stessa disciplina di fonte legale e che prescinde dalla ricorrenza degli elementi costitutivi dell’illecito il quale, nel sistema della responsabilità civile, sia di fonte contrattuale, che aquiliana, si pone come indefettibile presupposto per la liquidazione del danno, ossia delle conseguenze pregiudizievoli da esso scaturenti (cfr. anche Cass., 4 novembre 2020, n. 24474)”***.

L’obbligazione risarcitoria per mancato

recepimento di una direttiva, invece, intende ristorare i danni per omessa o tardiva trasposizione di direttiva non autoesecutiva da parte del legislatore italiano nel termine prescritto dalla direttiva stessa; tale obbligazione rientra nello schema della **responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato** (quest'ultima di natura indennitaria, nel senso che la direttiva imponeva un obbligo di introdurre l'indennizzo). Si tratta, quindi, di un'obbligazione derivante da un illecito costituito dal comportamento omissivo dello Stato anche sul piano dell'ordinamento interno, che va inquadrata nella figura della responsabilità "contrattuale", in quanto nascente non dal fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì da un illecito *ex contractu* e cioè dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente.

L'indennizzo, poi, riconosciuto a opera della L. n. 122/2016, quindi, non si identifica né con il risarcimento, sebbene costituisca un importante parametro per la quantificazione del medesimo, né con il risarcimento spettante astrattamente alla vittima del reato da parte dei suoi esecutori. La stessa Corte di Giustizia, infatti, ha riconosciuto che l'indennizzo possa essere

minore del risarcimento, ma anche che, come stabilito dal sesto considerando della direttiva in esame, esso debba essere equo e adeguato alle lesioni subite.

Dunque, la discrezionalità legislativa, pur significativa, deve comunque essere necessariamente orientata dai criteri di "equità" e "adeguatezza". La Corte ha interpellato la C.G.U.E anche sull'adeguatezza dell'indennizzo forfettario stabilito dalla menzionata legge e la Corte, con la menzionata Sentenza del 16.7.2020, ha stabilito che l'indennizzo può ben essere calcolato forfettariamente ma anche che esso non può essere 'puramente simbolico o manifestamente insufficiente alla luce della gravità delle conseguenze del reato' intenzionale violento, dovendo rappresentare un valido contributo al ristoro del danno materiale e morale subito dalle vittime. Lo Stato membro che opti per il regime forfettario di indennizzo, perciò, *“deve provvedere affinché la misura degli indennizzi sia sufficientemente dettagliata, così da evitare che l'indennizzo forfettario previsto per un determinato tipo di violenza possa rivelarsi, alla luce delle circostanze di un caso particolare, manifestamente insufficiente”*. La C.G.U.E. ha concluso che *“fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio, un importo forfettario -determinato in un*

primo momento in euro 4.800,00 - per l'indennizzo della vittima di violenza sessuale non sembra corrispondere, prima facie, a un "indennizzo equo e adeguato" come richiesto dalla direttiva.

La compensatio lucri cum danno tra indennizzo e risarcimento

Dopo aver liquidato equitativamente il danno rapportandosi al doveroso (per lo Stato) indennizzo "equo e adeguato", la Corte apre alla operatività della "compensatio lucri cum danno" in quanto l'indennizzo ottenuto dalla vittima del reato è stato, all'esito della riparametrazione operata con successivo D.M., erogato nella somma di 25.000,00 euro.

Dal risarcimento del danno (quantificato in 50.000,00 euro) viene, quindi, detratta la

somma ricevuta a titolo di indennizzo e ciò in quanto, da un lato, viene accertato il nesso causale tra fatto illecito e beneficio, e dall'altro, si ritiene positivamente riscontrata la condizione per cui vi sarebbe coincidenza tra le ragioni giustificatrici dell'indennizzo e del risarcimento: i due rimedi concorrono a un'analoga funzione ripristinatoria.

In particolare, la Corte richiama il proprio indirizzo per cui "nell'ipotesi in cui, pur in presenza di titoli differenti (indennizzo e risarcimento), vi sia unicità del soggetto responsabile del fatto illecito fonte di danni ed al contempo obbligato a corrispondere al danneggiato una provvidenza indennitaria (...) vale la regola del *diffalco*, dall'ammontare del risarcimento del danno, della posta indennitaria avente una *cospirante finalità compensativa*".

Penale

La pillola di diritto del 10.12.2020

Quando lo stato di necessità scrimina l'occupazione abusiva

*Corte di Cassazione, sez. II, Sent. n. 26225 del
18.09.2020*

*Corte di Cassazione, sez. II, Sent. n. 35024
del 9.12.2002*

Le due Sentenze in commento si occupano dell'operatività della scriminante dello "stato di necessità" (art. 54 c.p. "*non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo*") con riferimento al reato di occupazione abusiva di alloggi popolari (art. 633 c.p.: "*Chiunque invade arbitrariamente terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a due anni o con la multa da 103 euro a 1.032 euro*") aggravato, ai sensi dell'art. 639 bis c.p. nel caso di occupazione di edifici pubblici).

La Corte chiarisce che nel concetto di

"danno grave alla persona", in armonia con quanto stabilito dall'art. 2 della Costituzione, possano farsi rientrare anche alcune situazioni che minacciano solo indirettamente l'integrità fisica dell'agente, o che, ancor più in generale, attentano alla complessa sfera dei beni attinenti alla personalità morale di esso, tra le quali ben possono rientrare anche quelle connesse all'esigenza di ottenere un'abitazione, inteso quale diritto inviolabile della persona.

Tuttavia, la sfera di azione della causa di giustificazione va circoscritta ai soli casi in cui siano presenti gli altri elementi costitutivi della stessa, quali i requisiti della necessità della condotta antiggiuridica e della inevitabilità del pericolo, tenuto anche conto delle esigenze di tutela dei diritti dei terzi, involontariamente coinvolti, che non possono essere compressi se non in condizioni eccezionali.

Quanto alla fattispecie di cui si discute, la Corte chiarisce che lo stato di necessità non opera con riferimento al bisogno abitativo "permanente" ossia dettato da difficoltà economiche strutturali; in tal caso, non sussiste il requisito dell'attualità del pericolo poiché si tratta di una necessità che si

presenta, anzi, come durevole. “Ove, nelle suddette situazioni, si ritenesse la configurabilità dello stato di necessità, si effettuerebbe una torsione interpretativa del dettato legislativo in quanto si opererebbe una inammissibile sostituzione del requisito dell'attualità del pericolo con quello della permanenza, alterando così il significato e la *ratio* della norma che, essendo di natura eccezionale, necessariamente va interpretata in senso stretto” (Cass. n. 26225/2020).

Peraltro, quand'anche fosse dimostrata la sussistenza di uno stato di necessità “iniziale”, esso dovrebbe permanere “per tutto il tempo dell'illecita occupazione” in quanto, in caso contrario, la causa di giustificazione verrebbe meno nel corso del tempo determinando la consumazione del reato in un momento successivo al primo periodo di occupazione (art. ex Cass. n. 35024/2020).

Va detto, infine, che la Corte (ancora Cass. n. 35024/2020) ritiene sufficiente un onere di allegazione di tale stato di estremo disagio iniziale. Difatti, “*anche per questa causa di giustificazione vale la regola dettata in generale dall'art. 530, comma 3, c.p.p., a norma del quale, se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione, ovvero vi è dubbio sull'esistenza di essa, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione: l'imputato è, pertanto, gravato da un mero onere di allegazione, soddisfatto il quale, l'onere della prova "negativa" quanto alla configurabilità della causa di*

giustificazione (la cui configurabilità sia stata specificamente allegata dall'imputato) incombe, secondo i principi generali, sulla pubblica accusa”.

Amministrativo

La pillola di diritto del 13.09.2020

La Plenaria fa chiarezza sugli obblighi dichiarativi nelle gare

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 16 del 28.08.2020

La questione

1. Con questa pronuncia di fine agosto, la Plenaria opera degli opportuni chiarimenti sul campo di applicazione degli obblighi dichiarativi gravanti sul partecipante alla gara pubblica e previsti all'art. 80 del Codice appalti.

L'art. 80 del d.lgs. 50/2016, infatti, al co. 5 prevede diverse cause di esclusione i cui confini applicativi sembrano sovrapporsi. Da un lato, infatti, si dà rilievo ad alcuni illeciti professionali che devono essere valutati dalla Stazione appaltante (es. le significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente appalto, lett. c ter) e, dall'altro, si introduce un automatismo espulsivo legato alla mera presentazione di dichiarazioni non veritiere (lett. f bis). La giurisprudenza ha sovente interpretato in modo esteso l'obbligo

dichiarativo, comprensivo di ogni circostanza astrattamente idonea a influenzare la decisione dell'Amministrazione. Il risultato, in questo caso, è quello di espellere dalla gara il concorrente che sebbene colpevole di una mancanza di per sé superabile da parte della Stazione appaltante (nell'esempio già fatto, nell'esecuzione di un altro appalto), non abbia effettuato la relativa dichiarazione e tanto in applicazione della menzionata lettera f bis. Altra tesi ha, invece, mirato a limitare l'estensione della causa di esclusione relativa alla violazione degli obblighi dichiarativi richiedendo una valutazione in ordine all'effettiva rilevanza della falsità o distinguendo tra informazioni obiettivamente false, mere omissioni dichiarative e informazioni che, pur inesatte, sono rese in base a una non irragionevole interpretazione delle norme di riferimento (ad es. in merito al computo del fatturato dell'impresa o, ancora, alla gravità dell'inadempimento in una precedente gara d'appalto).

Il quadro è ulteriormente complicato dall'art. 80 co. 5 lett. c bis il quale prevede che debba essere escluso “*l'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di*

ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione". La norma appena richiamata, infatti, sanziona la condotta di chi renda informazioni false o fuorvianti ma a condizioni che esse siano "suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" nonché la condotta di chi ometta informazioni "dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione". L'espulsione, in questo caso, è ricondotta a "informazioni" (non alle dichiarazioni di cui all'art. 80 co. 5 lett. f bis) che devono essere valutate tanto nella loro falsità (o nel loro essere fuorvianti) quanto nell'attitudine a incidere sul percorso decisionale dell'Amministrazione.

La nozione di falsità

2. La Plenaria afferma alcuni importanti principi e risolve la questione in modo che, almeno a un primo sguardo, è idoneo a risolvere i maggiori problemi applicativi per la descritta sovrapposizione di cause di

esclusione.

Innanzitutto, il Supremo Consesso chiarisce che "la falsità di una dichiarazione è predicabile rispetto ad un «dato di realtà», ovvero ad una «situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso», rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore economico". Si richiama "l'insegnamento filosofico secondo cui vero e falso non sono nelle cose ma nel pensiero e nondimeno dipendono dal rapporto di quest'ultimo con la realtà. In tanto una dichiarazione che esprima tale pensiero può dunque essere ritenuta falsa in quanto la realtà cui essa si riferisce sia in rerum natura". Se la dichiarazione è frutto di una, pur sempre opinabile, interpretazione di norme, essa non può essere considerata falsa, il che di per sé esclude l'applicazione dell'automatismo secco di cui alla lettera f bis.

La sovrapponibilità delle nozioni di "informazioni" e "dichiarazioni"

3. Viene, poi, stabilito che le espressioni "dichiarazioni non veritiere" (lett. f bis) e "informazioni false" (c bis) sono, in sostanza, sovrapponibili; si esclude, in particolare, che i diversi termini impiegati rivestano una rilevanza pratica, poiché "documenti e dichiarazioni sono comunque veicolo

di informazioni che l'operatore economico è tenuto a dare alla stazione appaltante e che quest'ultima a sua volta deve discrezionalmente valutare per assumere le proprie determinazioni nella procedura di gara".

La valutazione in ordine alla falsità (e alle omissioni) di cui all'art. 80 co. 5 lett. c bis

4. La Plenaria chiarisce opportunamente come la fattispecie di cui alla norma citata richieda sempre una valutazione tecnico-discrezionale della Stazione appaltante in ordine alla effettiva decettività delle dichiarazioni che, se false o fuorvianti, devono essere idonee a influenzare il proprio processo decisionale e che, se omesse pur essendo dovute, devono essere idonee a impedire il "corretto" svolgimento della procedura.

L'amministrazione, rispetto alle informazioni rese, deve stabilirese:

-) l'informazione sia effettivamente falsa o fuorviante;
-) la stessa sia in grado di sviare le proprie valutazioni;
-) il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità.

Rispetto alle informazioni omesse si dovrà, allo stesso scopo, stabilire se l'operatore

economico abbia "omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità".

Tale valutazione, si afferma non compete al giudice amministrativo e ciò in base al "principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»)".

Qualora la valutazione in argomento sia stata svolta, invece, il giudice potrà sindacarla nei noti limiti di sindacabilità dell'attività tecnico-discrezionale. Va notato che la Plenaria parla semplicemente di discrezionalità, ma richiama la Sentenza della Corte di Cassazione n. 2312/2012 che è stata, dalla dottrina, riferita alla discrezionalità tecnica; in sede applicativa, occorre considerare come la differenza teorica tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa pura stia, a poco a poco, sfumando in un'unica onnicomprensiva nozione di discrezionalità.

Il campo di applicazione delle due norme

5. La soluzione al quesito proposto

dall'ordinanza di rimessione (ord. Sez. V n. 2332 del 9 aprile 2020) è fornita in base al principio di specialità.

Data, infatti, la sovrapposizione tra le due norme (lett. c bis ed f bis), è la prima a trovare applicazione in quanto reca degli elementi di specialità rispetto alla seconda che riguarda, semplicemente, le dichiarazioni “*non veritiere*”.

L'automatismo espulsivo di cui alla lettera f bis, quindi, opererà solo nelle “*ipotesi - di non agevole verificaione - in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c (bis)*”.

I principi di diritto

6. Si riportano testualmente i principi forniti dall'Adunanza plenaria:

1. la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei

provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-*bis*] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

2. in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;
3. alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;

la lettera f-*bis*) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle

previste dalla lettera c) [ora c-*bis*] della medesima disposizione.