



# Calamus iuris

*La penna del diritto*

*La RIVISTA*

**RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 16 - MAGGIO 2021**

## **APPROFONDIMENTI**

**Civile:** L'amministratore di condominio nella normativa codicistica e nella giurisprudenza di legittimità: dalla qualifica del rapporto ai suoi effetti. Breve commento a Cass., ord. n. 7874/2021

*di Mariantonietta Milano*

**Penale:** La Corte Costituzionale sul trattamento sanzionatorio dell'art 341 bis c.p., alla luce dei principi di uguaglianza e di proporzionalità della pena. (Cort. Cost., 4 dicembre 2019, n. 284)

*di Carlo Gabutti*

**Penale:** Il furto nel supermercato fra tentativo e consumazione

*di Federica Crescioli*

**Amministrativo:** L'obbligo di provvedere e l'azione ex art. 31-117 d.lgs. 104/2010

*di Vincenza Sara Castaldo*

## **SCHEDE DI GIURISPRUDENZA**

**Civile:** Responsabilità medica ed esclusione del nesso eziologico in presenza di fattori esterni provati con consulenza tecnica

*di Maria Laura Nardo*

**Penale:** La nozione di minorata difesa in relazione al tempo di notte, tra automatismi ed accertamenti in concreto: in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite

*di Mariacaterina Coiro*

**Amministrativo:** Giurisdizione sul cd. "danno da provvedimento favorevole annullato"

*di Eugenio Moras*

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



## Sommar

SOMMARIO.....	2
APPROFONDIMENTI .....	6
CIVILE .....	7
L'amministratore di condominio nella normativa codicistica e nella giurisprudenza di legittimità: dalla qualifica del rapporto ai suoi effetti.....	7
Breve commento a Cass., ord. n. 7874/2021 .....	7
PENALE .....	11
<b>La Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio dell'art 341 bis c.p., alla luce dei principi di uguaglianza e di proporzionalità della pena. (C. Cost., 4 dicembre 2019, n. 284).....</b>	<b>11</b>
1. <i>La questione di diritto</i> .....	11
Il caso .....	13
2. <i>La focalizzazione</i> .....	14
Analisi del reato di Oltraggio a pubblico ufficiale.....	14
Il reato di oltraggio a pubblico ufficiale.....	14
3. <i>La differente evoluzione storico-normativa dell'art. 342 c.p.</i> .....	18
4. <i>I rapporti tra le due fattispecie</i> .....	18
5. <i>La pronuncia della Consulta (Cort. Cost., 4 dicembre 2019, n. 284). La sentenza e le motivazioni della Corte</i> .....	22
<i>Approfondimenti e letture</i> .....	24
PENALE .....	25
Il furto nel supermercato fra tentativo e consumazione .....	25
1. La quaestio iuris.....	25
2. La fattispecie del delitto di furto ex art. 624 c.p.....	25
3. Lo stato dell'arte prima della pronuncia delle Sezioni Unite.....	27
4. La soluzione delle Sezioni Unite e la più recente giurisprudenza.....	30
5. Conclusioni.....	33
AMMINISTRATIVO .....	34
<b>L'obbligo di provvedere e l'azione ex art. 31-117 Dlgs. 104/2010 .....</b>	<b>34</b>
1. <i>L'obbligo di provvedere e l'attività della P.A.</i> .....	34
1.2 <i>Il procedimento di formazione del silenzio inadempiamento</i> .....	36
2. <i>L'Azione avverso il silenzio</i> .....	38
3. <i>Ricorsi avverso il silenzio, art. 117 C.p.a.</i> .....	41
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA.....	43



<b>CIVILE</b> .....	44
<i>Responsabilità medica ed esclusione del nesso eziologico in presenza di fattori esterni provati con consulenza tecnica</i> .....	44
<i>Tribunale di Bari 26 agosto 2013</i> .....	44
<i>Quesito</i> .....	44
<i>È possibile escludere la responsabilità del professionista o della struttura sanitaria, laddove, mediante consulenza tecnica, si provi l'esistenza di cause esterne in grado di determinare un danno, escludendo il nesso eziologico con la condotta sanitaria?</i> .....	44
<i>Fatto</i> .....	44
<i>Norma</i> .....	44
<i>Inquadramento</i> .....	45
<b>PENALE</b> .....	52
La nozione di minorata difesa in relazione al tempo di notte, tra automatismi ed accertamenti in concreto: in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite. ....	52
Cassazione Penale, quinta sezione, ordinanza n. 10778 del 19 marzo 2021 .....	52
Quesito: il furto commesso in tempo di notte deve ritenersi solo per questo aggravato ai sensi dell'articolo 61 n. 5 cod. pen.?.....	52
<i>Fatto</i> .....	52
<i>Norma</i> .....	53
<i>Inquadramento</i> .....	53
<b>AMMINISTRATIVO</b> .....	58
Giurisdizione sul cd. "danno da provvedimento favorevole annullato" .....	58
Cons. St., sez. IV, ord., 11 maggio 2021, n. 3701 – Pres. Maruotti, Est. Di Carlo .....	58
A chi spetta la giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno da provvedimento favorevole annullato? .....	58
<i>Fatto</i> .....	58
<i>Normativa di riferimento</i> .....	59
<i>Inquadramento</i> .....	60
<i>Soluzione</i> .....	64
<b>PILLOLE DI DIRITTO</b> .....	69
<b>CIVILE</b> .....	70
<i>Il contratto preliminare ad effetti anticipati non comporta (di norma) il possesso ad usucapionem</i> ..	70
#preliminareeffettianticipati #detenzione #possessoadusucapionem .....	70
<i>Corte di Cassazione, sez. II civile, ord. n. 11470 del 30.04.2021</i> .....	70
<b>PENALE</b> .....	72
<i>La pillola di diritto del 17.05.2021</i> .....	72



<i>I presupposti per integrare l'aggravante dell'odio razziale</i> .....	72
#dolodiretto #odiorazziale #lesioni.....	72
Corte di Cassazione, sez. I penale, Sentenza n. 18413 del 12.05.2021.....	72
AMMINISTRATIVO .....	74
La pillola di diritto del 20.5.2021.....	74
L'impugnativa dei titoli edilizi.....	74
#termineperimpugnare #titoliedilizi #condono #41cpa.....	74
T.A.R. Genova, sez. I, Sent. n. 361 del 22.04.2021 .....	74



**Anno 2, n. 16, maggio 2021**

**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  
Federica Scariato  
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*  
Pio Cerase – *Magistrato*  
Carlo Gabutti – *Magistrato*  
Chiara Martello – *Magistrato*  
Giannicola Paladino – *Magistrato*  
Maria Porcelli – *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

**indirizzo redazione**

**Via Santa Lucia 15, Napoli**  
T. +39 – 3479966161  
[pennadeldiritto@gmail.com](mailto:pennadeldiritto@gmail.com)



## **Approfondimenti**



## CIVILE

### *L'amministratore di condominio nella normativa codicistica e nella giurisprudenza di legittimità: dalla qualifica del rapporto ai suoi effetti.*

*Breve commento a Cass., ord. n. 7874/2021*

*di Mariantonietta Milano*

Tra le molteplici peculiarità dell'istituto del condominio fra gli edifici certamente rientra la disciplina dell'incarico all'amministratore, figura per la quale la giurisprudenza si è a lungo interrogata sulla natura del rapporto contrattuale intercorrente tra costui ed i condomini (e non tra costui ed il condominio in quanto tale, atteso che il condominio non rappresenta un ente distinto dai singoli partecipanti, come cristallizzato da Cass., S. U., sent. n. 9148/2008). Ciò a fronte di un dato normativo sul punto in origine piuttosto opaco, eppure oggi più limpido a seguito della modifica di cui alla Legge n. 220/2012, recante riforma della disciplina del condominio.

Non era dato evincere con giuridica certezza, infatti, nell'originaria versione delle norme in tema di amministratore di condominio, se il legislatore intendesse assimilare tale rapporto

al contratto di mandato ovvero al contratto di prestazione di opera intellettuale, ragion per cui si sono formati due differenti orientamenti giurisprudenziali, l'uno – prevalente - a favore della tesi del mandato oneroso con rappresentanza e l'altro, minoritario, a favore invece della prestazione di opera intellettuale. La qualifica nell'uno o nell'altro senso, in tutta evidenza, è tutt'altro che indifferente, atteso che da essa discendono differenti effetti giuridici.

Si dà atto, inoltre, che nell'ambito della tesi del mandato non manca chi riconduce tale rapporto giuridico allo schema del mandato collettivo, riconoscendo che, pur non essendo dotato di una propria personalità giuridica distinta da coloro che ne fanno parte, il condominio rappresenta pur sempre l'esistenza di una peculiare organizzazione di gruppo strutturata secondo le disposizioni di legge.

Cionondimeno, all'atto della modifica normativa, il legislatore ha messo mano in modo significativo anche alle disposizioni riguardanti l'amministratore di condominio ed, in particolare, ha inteso modificare l'art. 1129 c.c. il quale, al vigente comma 15, fa espresso riferimento alla disciplina del mandato, cui si rimanda per quanto non espressamente previsto. Tuttavia, non sono



mancate oscillazioni anche nella giurisprudenza successiva la quale, talvolta, ha continuato a considerare il rapporto intercorrente tra l'amministratore del condominio ed i condomini alla stregua di un rapporto di prestazione d'opera intellettuale. O, con maggiore precisione, ha aggirato l'ostacolo della lettera della norma, inequivocabilmente a favore del mandato, non qualificando espressamente il rapporto come contratto di prestazione di opera intellettuale ma equiparandolo di fatto ad esso ed, in definitiva, applicandone la disciplina.

È proprio da un caso simile che prende le mosse l'ordinanza n. 7874/2021 della Suprema Corte: in essa il Supremo Consesso ribadisce la corretta natura giuridica del contratto intercorrente tra i condomini, nell'interesse comune di ciascuno dei quali l'amministratore espleta la propria attività e compie tutti quegli atti giuridici che costituiscono il precipuo oggetto del contratto di mandato ai sensi degli artt. 1703 e ss. c.c., e l'amministratore stesso, nella veste di mandatario per loro conto nei confronti sia di terzi estranei al condominio sia di singoli condomini che della vita condominiale non ossequino gli obblighi ed il regolamento.

La giurisprudenza di legittimità, nell'ordinanza in commento, va però oltre, facendo scaturire da siffatta qualificazione giuridica tutti i conseguenti effetti: ed in particolare si riconosce, in tema di revoca anticipata dell'incarico all'amministratore da parte dell'assemblea condominiale, che costui abbia diritto non soltanto a riscuotere i compensi e tutti i crediti maturati medio tempore ma a vedersi riconosciuto il risarcimento del danno derivato dall'anticipata cessazione dell'incarico (rispetto ai termini di legge o a quanto previsto nello specifico regolamento condominiale). Ciò ai sensi dell'art. 1725, comma 1 c.c., norma prevista per il contratto di mandato oneroso e a tenore della quale è fatto obbligo al/ai mandante/i di risarcire tutti i danni derivanti dall'anticipata revoca dell'incarico conferito al mandatario ove la stessa sia senza giusta causa.

L'eventuale azione promossa innanzi all'Autorità Giudiziaria da parte dell'amministratore di condominio, nel caso di ingiustificata revoca dell'incarico prima della scadenza, laddove sorretta dall'onere della prova, legittima la liquidazione dei danni nei confronti di costui sebbene la normativa codicistica in materia di condominio non espliciti la sussistenza di



tale potere d'azione. È l'interprete che, analogicamente, applicherà l'art. 1725, comma 1 c.c. anche in materia condominiale, atteso che ciò costituisce naturale effetto dell'assimilazione di tale rapporto giuridico al contratto oneroso di mandato (la giurisprudenza di legittimità precisa altresì che ciò vale solo in caso di amministratore che è fornito di formale atto di nomina allo svolgimento dell'incarico e non anche nel caso di nomina tacita o per *facta concludentia*, laddove ritenuta ammissibile, nel qual caso invece troverà applicazione l'art. 2028 c.c. in materia di gestione di affari altrui).

Non potrà trovare invece applicazione l'art. 2237 c.c. in tema di recesso del cliente dal contratto di prestazione di opera intellettuale, che attribuisce a quest'ultimo non il diritto al risarcimento del danno ma solo il diritto ad ottenere il rimborso delle spese sostenute oltre che il compenso per l'opera svolta, appunto perché di tale rapporto giuridico non si riconoscono le caratteristiche essenziali. Ed, invero, non si tratta di una professione intellettuale ordinistica o che richiede l'iscrizione ad appositi albi o elenchi ex art. 2229 c.c., ma di una attività che non è incompatibile ex se con l'esercizio collaterale da parte di colui che svolga l'incarico di amministratore del

condominio di una delle professioni intellettuali riconosciute dal nostro ordinamento giuridico e tale eventualità non è idonea a snaturare l'intima essenza dell'incarico dell'amministratore di condominio, che è quella di gestione di attività ed esercizio di atti giuridici nell'interesse comune dei condomini e, nello specifico, nell'interesse di ciascun condomino.

Da tale natura, per cui il legislatore ha espressamente previsto la necessaria sussistenza di requisiti di professionalità e onorabilità nonché l'obbligo di formazione periodica (ma, si ribadisce, non di iscrizione ad albi o elenchi), discende ex art. 1710 c.c. l'obbligo di eseguire la propria prestazione con la diligenza del buon padre di famiglia, pena la responsabilità da inadempimento dell'amministratore/mandatario, che può scaturire tanto da azioni positive quanto dal contegno omissivo espressivo del mancato perseguimento dell'interesse comune.

Tutto quanto sin qui precisato è coerente non soltanto con la lettera del citato art. 1129 c.c. ma con l'intero quadro della normativa sull'amministratore di condominio, composta altresì, per quanto non previsto, dagli artt. 1703 e ss. c.c., dagli artt. 64 e 71 bis disp. att. c.c. e dal D.M. n. 140/2014, cd.

“Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità per la formazione degli amministratori di condominio nonché dei corsi di formazione degli amministratori condominiali”. Tale articolato quadro normativo consente nel suo complesso, quindi, di delineare in modo puntuale diritti e doveri dell’amministratore di condominio

nonché le caratteristiche specifiche di tale incarico, onde consentire all’interprete, confortato da una giurisprudenza di legittimità progressivamente consolidatasi, di far discendere dalla corretta qualificazione giuridica del rapporto contrattuale in esame tutti i conseguenti effetti giuridici.



## PENALE

### La Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio dell'art 341 bis c.p., alla luce dei principi di uguaglianza e di proporzionalità della pena. (C. Cost., 4 dicembre 2019, n. 284).

di Carlo Gabutti

La Corte costituzionale con **sent. n. 284/2019** dichiara **non fondate le questioni di legittimità costituzionale inerenti l'art. 341-bis c.p., Oltraggio a pubblico ufficiale, introdotto dall'art. 1, comma 8, della legge 15 luglio 2009, n. 94** (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Torino, con la sentenza n. 341, del 25 luglio 1994, nella parte in cui prevedeva la reclusione di sei mesi come minimo edittale, con riferimento alla pena massima di anni 3 (illegittimità costituzionale, al comma primo, con la pena massima di anni 3).

nello specifico, veniva contestata la contrarietà Costituzionale, con riferimento alla pena massima di anni 3 di reclusione, come priva di proporzionalità rispetto all'entità del fatto (per episodi di minima gravità, i quali, in linea di principio potrebbero essere condannati ugualmente con la detenzione, per 15 gg., secondo le regole generali in materia di punibilità).

#### **1. La questione di diritto.**

Il reato di oltraggio si presenta come il risultato di un articolato *excursus* normativo, in cui si sono alternate nel corso degli anni istanze repressive ad interventi di depenalizzazione.

Originariamente disciplinato dall'art. 341 c.p.

con la rubrica “*Oltraggio a un pubblico ufficiale*”, in base al quale “*Chiunque offende l'onore o il prestigio di un pubblico ufficiale, in presenza di lui e a causa o nell'esercizio delle sue funzioni, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. / La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritto o disegno, diretti al pubblico ufficiale, e a causa delle sue funzioni. / La pena è della reclusione da uno a tre anni, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. / Le pene sono aumentate quando*

*il fatto è commesso con violenza o minaccia, ovvero quando l'offesa è recata in presenza di una o più persone*”, l'oltraggio a pubblico ufficiale è stato oggetto dal Tribunale ordinario di Torino, con la sentenza n. 341, del 25 luglio 1994, nella parte in cui prevedeva la reclusione di sei mesi come minimo edittale.

Nello specifico la Corte aveva osservato che il rigore sanzionatorio del minimo edittale disposto dal legislatore del 1930 si manifestava come il risultato, **del tutto irragionevole al momento della decisione**, di un bilanciamento, tra la tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale, anche nei casi di scarsa offensività, e la libertà personale del reo.

A questo andava aggiunto inoltre, che la



lesione del parametro di ragionevolezza della norma potesse essere dedotta anche dal raffronto con la disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 594 c.p., volto a disciplinare il reato di "Ingiuria", utilizzato quindi come parametro di valutazione per la ragionevolezza della stessa, cd. "*tertium comparationis*", (sul punto occorre ricordare il reato di "Ingiuria" è stato da ultimo abrogato dall'art. 1 del d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7)

In conclusione, quindi, **la Corte costituzionale affermava l'irragionevolezza sanzionatoria del minimo edittale del reato di oltraggio**, ricalibrando lo stesso al parametro previsto dall'art. 23 c.p. per il minimo della reclusione (quindici giorni).

Dopo pochi anni dall'intervento dei giudici costituzionali, il legislatore, con l'art. 18 co.1, della legge 25 giugno 1999, n. 205, recante "*Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*", è intervenuto abrogando l'art. 341 c.p.

Non rilevano ai fini della nostra trattazione le questioni di diritto intertemporale scaturite dalla depenalizzazione in esame, di cui tuttavia occorre dare sinteticamente conto, inerenti il fatto che la fattispecie concreta comunque poteva integrare la qualifica di ingiuria aggravata prevista dall'art. 594 in

correlazione con l'art. 60 n.10 c.p., da cui scaturiva la questione relativa all'applicabilità del comma 2 o del comma 3 (oggi comma 4 ai sensi della legge 24 febbraio 2006, n. 85) dell'art. 2 c.p., oltre alla circostanza in base alla quale il delitto di ingiuria era perseguibile a querela di parte, diversamente da quello di oltraggio, e che per questo motivo è risultato inapplicato per un circa decennio nel nostro ordinamento penale.

Dieci anni dopo l'intervento di depenalizzazione poc'anzi esaminato, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia, tornando sui suoi passi, reintroducendo, con l'art.1 co. 8, della legge 24 luglio 2009, n.94 (recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*), il reato di "*Oltraggio a pubblico ufficiale*" nel codice penale, all'art. 341- bis, scegliendo così di non inserire la nuova disposizione all'interno dell'art. 341 c.p (la norma precedente) oramai vuota, scelta determinata dal fatto che la nuova ipotesi delittuosa si presenta ben diversa da quella oggetto di abrogazione: "*Chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone, offende l'onore ed il prestigio di un pubblico ufficiale mentre compie un atto d'ufficio ed a causa o nell'esercizio delle sue funzioni è punito con la reclusione fino a tre anni. // La pena è aumentata se l'offesa consiste*



*nell'attribuzione di un fatto determinato. Se la verità del fatto è provata o se per esso l'ufficiale a cui il fatto è attribuito è condannato dopo l'attribuzione del fatto medesimo, l'autore dell'offesa non è punibile. // Ove l'imputato, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso sia nei confronti della persona offesa sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima, il reato è estinto”.*

La disciplina prevista in materia è stata poi integrata di recente attraverso un ulteriore intervento normativo, mediante l'art. 7 co.1, lett. b-bis, del d.l. 14 giugno 2019, n.53, il quale è intervenuto aumentando la sanzione prevista dall'art.341-bis co.1, elevandola "da sei mesi a tre anni" (e non più da quindici giorni a tre anni).

Quest'ultimo intervento legislativo, tuttavia, non incide sul quadro normativo di cui all'eccezione di illegittimità costituzionale in esame, in quanto precedente allo stesso.

### *Il caso*

*La vicenda sottesa all'ordinanza di rimessione ha ad oggetto il caso di una donna che nel corso di una manifestazione aveva rivolto ad agenti di polizia frasi ingiuriose, alla presenza di più persone, manifestanti e passanti.*

*Per questo motivo era stata incriminata del reato di*

*“oltraggio a pubblico ufficiale”, disciplinato dall'art. 341-bis c.p.*

*Il Giudice a quo pur non dubitando della colpevolezza dell'imputata, rilevava tuttavia che la pena, anche se il fatto fosse stato ritenuto di minima gravità, avrebbe comportato l'applicazione della sanzione consistente in giorni quindici di reclusione, tenuto conto che la fattispecie in esame prevede, per l'appunto, la reclusione “fino” a tre anni.*

*Senza negare che il fondamento di tale norma penale vada ricercato in una finalità repressiva “squisitamente pubblicistica”, volta a tutelare l'attività del pubblico ufficiale, senza che le offese a lui dirette possano turbarne l'operato, il giudice sollevava questione di legittimità costituzionale dall'art. 341-bis c.p. in rapporto con l'art. 3 Cost., in virtù della presunta “iniqua sproporzione” tra il trattamento sanzionatorio contenuto nella disposizione in esame e quello previsto dall'art. 342 c.p. con cui viene punito “l'oltraggio ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario”, disponendo la sola pena pecuniaria (multa da 1000 a 5000 euro), tenuto conto che, a parere del remittente, gli interessi tutelati dalle due norme risulterebbero tra loro omogenei se non del tutto identici.*

*A questo viene poi aggiunta l'ulteriore eccezione di legittimità costituzionale della norma per contrasto con il principio di rieducazione della pena, previsto dall'art. 27 Cost., in quanto la stessa risulterebbe inadeguata nella specie e nella quantità, al contesto*

*storico-sociale ad oggi vigente.*

*Da ciò, a parere del giudice rimettente, ne conseguirebbe una possibile sfiducia da parte dei destinatari nelle istituzioni e nel sistema giudiziario da questo rappresentate, tenuto conto che il principio di proporzionalità, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, prevede che, per i reati volti ad incriminare forme di manifestazione del pensiero, non debbano trovare applicazione sanzioni di tipo detentivo.*

*In fine, la pena massima edittale di tre anni di reclusione contrasterebbe con la giurisprudenza comunitaria, nello specifico con l'articolo 49, paragrafo 3, della Carta di Nizza in base alla quale "le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".*

1. *Sulla base degli argomenti esposti, il giudice di merito auspicava quindi una dichiarazione d'illegittimità costituzionale dall'art. 341-bis c.p. relativamente alla parte in cui non prevede come pena edittale minima la multa da euro 1.000 a euro 5.000, così come invece disposto dall'art. 342 c.p.*

## **2. La focalizzazione.**

### *Analisi del reato di Oltraggio a pubblico ufficiale*

Prima di proseguire nella nostra trattazione risulta opportuno, per meglio comprendere

la questione sottesa alla decisione dei giudici della Consulta, procedere ad una breve analisi inerente la natura giuridica del reato di "Oltraggio a pubblico ufficiale" così come oggi disciplinato dall'art.341-bis c.p.

### *Il reato di oltraggio a pubblico ufficiale.*

**Nozione.** Il reato di oltraggio a pubblico ufficiale punisce l'offesa rivolta "in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone" **all'onore e al prestigio di un pubblico ufficiale** "mentre compie un atto d'ufficio e a causa o nell'esercizio delle sue funzioni". La pena prevista per tale reato è la reclusione fino a tre anni, passibile di aumento nei casi in cui l'offesa riguardi l'attribuzione di un fatto specifico.

Il *quantum* sanzionatorio, ora riportato è stato modificato a seguito della conversione in legge del del D.L. n. 53/2019 (Decreto Sicurezza Bis) mediante il quale il massimo edittale della pena è rimasto immutato, mentre è stato aumentato il minimo fissato in sei mesi di reclusione. Di conseguenza oggi, per la violazione dell'341-bis c.p., si rischia la pena della reclusione da sei mesi a tre anni.

**Condotta.** L'art. 341-bis c.p., sebbene presenti identica rubrica e mantenga diverse analogie con la precedente normativa,



**prevede un'ipotesi di reato caratterizzata da una sostanziale differenza, dovuta all'inserimento nella norma di presupposti fattuali qualificanti la condotta**, espressione del fatto che ciò che viene punito dall'ordinamento non è la semplice lesione dell'onore e della reputazione del pubblico ufficiale, ma la conoscenza di tale condotta da parte di altri soggetti presenti al momento della violazione, dovendosi compiere la stessa in un determinato ambito spaziale quale, un luogo pubblico o aperto al pubblico, oltre che nel momento del compimento dell'atto d'ufficio e nell'esercizio della funzione pubblica da parte del soggetto passivo (Cass. n. 15367/2014).

**Bene giuridico protetto.** La norma in esame risulta volta a tutelare il bene giuridico del **“regolare svolgimento dei compiti assegnati al pubblico ufficiale”**, idoneo a giustificare la reintroduzione di una fattispecie autonoma più grave, rispetto al reato di cui all'art. 594 c.p., (ingiuria).

Le offese ai pubblici ufficiali nello svolgimento delle loro funzioni, si concretizzano **in offese rivolte alla Pubblica Amministrazione**, da cui ne consegue che, ugualmente a quanto previsto in precedenza nell'art. 341 c.p., oggi

abrogato, il bene giuridico tutelato può essere individuato nella salvaguardia della P.A., mediante la tutela dell'onore e del decoro del soggetto che pone in essere un'attività quale organo dell'amministrazione, in quanto investito di pubbliche funzioni; tali offese all'onore ed al prestigio si presentano ancora più gravi in virtù della loro potenziale estesa diffusione in quanto realizzate alla presenza di più persone in un luogo pubblico o aperto al pubblico.

Diversamente da quanto previsto nella vecchia normativa contenuta nell'art. 341 c.p., il neo introdotto reato di oltraggio a pubblico ufficiale dispone, che al fine della rilevanza penale l'azione delittuosa debba essere volta ad offendere congiuntamente sia l'onore che il prestigio del pubblico ufficiale nello svolgimento delle sue funzioni, pertanto ne deriva che non saranno punibili le sole *lesioni “in sé dell'onore e della reputazione del pubblico ufficiale”* ma soltanto *“la conoscenza di tale violazione da parte di un contesto soggettivo, allargato a più persone presenti al momento dell'azione, da compiersi in un ambito spaziale specificato come luogo pubblico o aperto al pubblico e in contestualità con il compimento dell'atto dell'ufficio ed a causa o nell'esercizio della funzione pubblica”* (Cass. n. 15367/2014).

Possiamo quindi affermare che, il legislatore



*“incrimina comportamenti ritenuti pregiudizievoli del bene protetto, a condizione della diffusione della percezione dell'offesa, del collegamento temporale e finalistico con l'esercizio della potestà pubblica e della possibile interferenza perturbatrice col suo espletamento (Cass. n. 15367/2014).*

Infine, resta inalterata l'esigenza che il valore lesivo della condotta vada stabilito *“alla stregua di canoni di valutazione accolti dalla coscienza collettiva ed accertato in base a criteri etico sociali condivisi (Cass. Pen. n.8949/1984; Cass. Pen. n.1191/1985).*

**Soggetto Attivo e Passivo.** Quanto al soggetto attivo del reato può essere chiunque, trattasi pertanto di un reato comune, potendo essere posto in essere, sia da un comune cittadino che da un pubblico ufficiale nei riguardi di altro pubblico ufficiale, di suo pari grado o superiore.

Il soggetto passivo invece, trattandosi di un reato pluri-offensivo, può essere individuato nel pubblico ufficiale, soggetto portatore dell'interesse pubblico, e nella pubblica amministrazione a cui lo stesso appartiene.

**Condotta.** Trattasi di un reato a forma libera, e che pertanto può essere posto in essere con ogni mezzo idoneo ad arrecare danno alle parti offese.

La condotta materiale è caratterizzata da un'azione che si concretizza nell'offesa

dell'onore e della reputazione del soggetto passivo, con la previsione di ulteriori elementi oggettivi in precedenza non necessari.

Il primo elemento introdotto nella novella normativa deve essere individuato nella presenza di più persone quale elemento costitutivo del reato, diversamente della previgente disciplina, oggi abolita, in base alla quale tale elemento determinava l'integrazione di una circostanza aggravante, anche nei casi in cui si fosse verificata la presenza di un solo soggetto.

Il secondo elemento introdotto, va ravvisato invece nel fatto che l'offesa al Pubblico Ufficiale deve essere posta in essere in luogo pubblico o aperto al pubblico; per questo motivo, non risulta penalmente rilevante l'offesa rivolta in un luogo privato, e neppure quella non percepita o comunque oggettivamente non percepibile da almeno due persone.

Infine il terzo elemento costitutivo ulteriore rispetto alla previgente normativa, va individuato nel nesso funzionale tra l'offesa e la funzione: il reato risulta infatti configurabile nei casi in cui l'offesa venga arrecata al pubblico ufficiale a causa o nell'esercizio delle sue funzioni e mentre compie un atto d'ufficio (Cass. Pen



n.15367/2014), in tal modo delimitando notevolmente l'ambito applicativo della disposizione.

**Elemento soggettivo.** La condotta lesiva sanzionata dall'ipotesi delittuosa in esame deve essere posta in essere con dolo generico; pertanto, il reo dovrà rappresentarsi con coscienza e volontà l'aggressione all'onore e al prestigio del pubblico ufficiale (Cass. n. 798/1995).

Per l'integrazione del dolo non è richiesto un fine particolare o specifico, avuto di mira dal soggetto attivo, volto ad arrecare un preciso danno al Pubblico Ufficiale o alla Pubblica Amministrazione (c.d. *animus iniurandi*), né una specifica volontà di offendere. Basta solo che il reo sia a conoscenza della qualifica di Pubblico Ufficiale del soggetto passivo e della circostanza che questo stia ponendo in essere un'attività del suo ufficio, senza che rilevi una consapevolezza *“giuridica del suo status risultando bastevole che il reo sia consapevole, alla stregua dell'uomo medio, di essere entrato in contatto con un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni* (Cass. n. 12981/1998).

**Cause di esclusione della pena.** La disciplina di nuovo conio prevede poi per il reato di “Oltraggio”, anche una causa di esclusione della punibilità *“se la verità del fatto è provata o se per esso l'ufficiale a cui il fatto è*

*attribuito è condannato dopo l'attribuzione del fatto medesimo, l'autore dell'offesa non è punibile”.*

Occorre riportare poi, la recente modifica intervenuta con la novella del 2009 concernente la causa di estinzione del reato introdotta al comma 3 dell'art. 341-bis c.p., secondo cui *“ove l'imputato, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso sia nei confronti della persona offesa sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima, il reato è estinto.*

In fine sulla materia è intervenuto anche il “Decreto Sicurezza Bis”, convertito con la legge n. 77/2019, il quale, tra le tante misure apportate, ha provveduto anche a ritoccare l'art. 131-bis del codice penale con cui viene prevista la causa di esclusione della punibilità per “particolare tenuità del fatto”.

L'ipotesi contenuta nell'art.131-bis prevede una causa di un'esclusione della punibilità, tenuto conto dei parametri espressamente previsti dalla norma, con cui viene esclusa la punibilità di fatti che, seppur integranti in astratto ipotesi di reato, risultino caratterizzati in concreto da un livello di offensività talmente basso da non essere meritevoli di sanzione anche in virtù della loro non abitualità.

Col Decreto viene espressamente previsto che l'oltraggio non potrà essere ritenuto di



particolare tenuità e che quindi, la causa di esclusione della punibilità contenuta nell'art.131-bis c.p., non potrà mai trovare applicazione relativamente alle ipotesi disciplinate dall'art. 341-bis c.p., nei casi in cui l'illecito è posto in essere nei riguardi di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni.

### **3. La differente evoluzione storico-normativa dell'art. 342 c.p.**

L'art.342 c.p., rubricato *“Oltraggio ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario”*, prevedeva, nel suo dettato normativo originario: *“Chiunque offende l'onore o il prestigio di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o di una rappresentanza di esso, o di una pubblica Autorità costituita in collegio, al cospetto del Corpo, della rappresentanza o del collegio, è punito con la con la reclusione da sei mesi a tre anni. // La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica, o con scritto o disegno diretti al Corpo, alla rappresentanza o al collegio, a causa delle sue funzioni. // La pena è della reclusione da uno a quattro anni se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. // Si applica la disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo precedente”*.

A seguito dell'intervento normativo avvenuto con l'art.18 co.3, della legge 25 giugno 1999, (legge con cui venne anche abrogato l'oltraggio di cui all'art.341 c.p.) è stata modificata la pena prevista dal comma primo dell'art.342 c.p. con cui è stata ridotta la reclusione “da sei mesi a tre anni” con quella “fino a tre anni” (ovvero: da quindici giorni a tre anni).

Successivamente, è stata apportata un'ulteriore rilevante modifica: l'art.11, co.3, della legge 24 febbraio 2006, n.85, volto ad apportare *“Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione”*, è intervenuto sostituendo la sanzione prevista al primo comma dell'art. 342 c.p. con la multa da 1000 e 5000 euro, e quella del comma 4 con la multa da 2000 a 6000 euro; si è quindi passati da un sistema sanzionatorio basato su pene detentive, alla possibile applicazione di pene meramente pecuniarie.

### **4. I rapporti tra le due fattispecie.**

Volendo ora passare all'esame della questione sottesa alla pronuncia dei giudici della Corte costituzionale, ed ovvero il rapporto tra le due fattispecie fin ora esaminate, possiamo fin sa subito affermare come, per quanto possa apparire



comprensibile, sarebbe stato **errato** considerare, anche prima delle modifiche intervenute sulle due norme, l'art.342 c.p. come una ipotesi particolare di **oltraggio plurimo**, rispetto a quello singolo di cui all'art.341 c.p., oggi art.341-bis. Gli stessi giudici della Corte costituzionale d'altro canto hanno dichiarato la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa al trattamento sanzionatorio dell'art.342 c.p. (Cort. Cost., 12 luglio 1995, n.313), proprio in virtù del raffronto con la sanzione prevista per il delitto di oltraggio contenuto nell'art.341 c.p., poco prima modificata a seguito della sopra citata sentenza n.341 del 1994.

Secondo la Corte, in particolare, la lesione dell'onore e del prestigio di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o di una pubblica autorità costituita in collegio non possono essere ricondotti, dal punto di vista dell'offensività, ad una mera ipotesi di oltraggio "plurimo", in quanto nell'ipotesi disciplinata dall'[art. 342 c.p.](#) rileva la particolare qualità dell'organo e delle attribuzioni che esso esercita a determinare il carattere tipico della lesione e, quindi, il bene da proteggere adeguatamente anche sotto il profilo dell'onore e del prestigio, per le naturali conseguenze negative che possono

scaturire dall'offesa al corretto e sereno svolgimento delle funzioni che il corpo o il collegio sono chiamati a svolgere.

Per questi motivi quindi occorre ravvisare, che nel contesto normativo, in cui è intervenuta la decisione della Consulta il disvalore espresso dall'art.342 c.p., era differente, e sotto certi aspetti anche maggiore, rispetto a quello dell'art.341 c.p.

**Con le modifiche normative intervenute sulle due disposizioni, mediante cui è stata riformata la materia in esse contenute, il quadro normativo è risultato completamente mutato.**

Il reintrodotta delitto di oltraggio, ricollocato all'articolo 341-*bis* cod. pen. dalla, la legge n. 94 del 15 luglio 2009, è stato infatti profondamente modificato nei suoi elementi costitutivi rispetto alla abrogata previsione.

In particolare, l'attuale formulazione presenta quale elemento costitutivo del fatto la pubblicità dell'offesa, la quale deve avvenire non solo in presenza di più persone ma anche in luogo pubblico o aperto al pubblico. Rimangono rilevanti sia l'oltraggio subito nell'esercizio delle funzioni (*in officio*) che quello verificatosi a causa delle funzioni (*propter officio*).

Non è tuttavia necessario che l'offensore e l'offeso entrino direttamente in contatto tra



loro al momento in cui viene proferita l'espressione ingiuriosa, essendo solamente necessario che entrambi i soggetti siano presenti nello stesso luogo (o in un luogo fisicamente prossimo) idoneo a permettere la partecipazione del offeso alla condotta delittuosa.

Oltre alla presenza del soggetto attivo e del soggetto passivo del reato è **necessaria l'ulteriore presenza di almeno due persone** rispetto al destinatario dell'oltraggio, all'autore del fatto e ad eventuali soggetti che concorrano nel reato.

Con riferimento alle nozioni di luogo pubblico e aperto al pubblico, rientrano nella prima categoria i luoghi in cui una persona può liberamente transitare, entrare, uscire o sostare senza che occorra un preventivo permesso delle Autorità; diversamente, ricadono nella seconda, i luoghi in cui l'accesso sia subordinato al possesso di un apposito biglietto d'accesso, ovvero sia disciplinato da norme di ingresso e di uscita, destinato ad un numero determinato di persone.

**Così come riformulato, il nuovo reato di oltraggio si presenta come un reato posto a tutela dell'autorità di tipo individuale, di danno, istantaneo ed a forma libera** per la cui punibilità è richiesto il dolo generico

che comprende non solo la rappresentazione del significato oltraggioso, ma anche la conoscenza della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale rivestita dall'offeso.

**L'attuale fattispecie di reato non prevede, diversamente dal previgente art. 341 c.p., la possibilità che l'oltraggio possa essere commesso attraverso mezzi di comunicazione telegrafica o telefonica, o mediante scritto o disegno, diretti al pubblico ufficiale ed a causa delle sue funzioni.**

Questa mancanza determina conseguenze di non poco conto. È possibile affermare, infatti, che il delitto sussista nelle sole ipotesi di *offesa immediata*, ovvero quando l'offesa sia proferita alla presenza materiale del pubblico ufficiale. Diversamente l'offesa *mediata* o ideale non assume rilevanza penale. Ad esempio, quindi, l'oltraggio posto in essere attraverso l'utilizzo di posta elettronica non rientra nell'ipotesi penale in esame.

**Volendo quindi tirare le fila di quanto detto, relativamente alla nuova fattispecie di oltraggio possiamo sinteticamente affermare che lo stesso, preveda oggi, la lesione dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale** (in via cumulativa e non alternativa, come in passato), mentre svolge un atto d'ufficio a



causa o nell'esercizio delle sue funzioni, e non più in sua presenza, ma in luogo pubblico o aperto a pubblico ed al cospetto di più persone, così come previsto dal primo comma dell'art.341-bis c.p.

**A riguardo risulta opportuno evidenziare come la giurisprudenza di merito e di Cassazione, insista sulla necessaria presenza di almeno due persone** (Cass. Pen. Sez. VI n. 35428/2019; Cass. Pen. Sez. VI n.52895/2018), presenza che deve essere provata non potendo essere dedotta da altre circostanze (Cass. Pen. Sez. VI n.29406/2018), sebbene sia ritenuta sufficiente la semplice possibilità che le offese siano state percepite da parte dei soggetti presenti (Cass. Pen. Sez. VI n.47879/2019; Cass. Pen. Sez. VI n.26028/2018; Cass. Pen. Sez. VI n.19010/2017).

**In fine, occorre evidenziare come il legislatore, di recente, sia nuovamente intervenuto per sottolineare la gravità del reato, apportando un aumento al minimo edittale della pena con il sopra citato d.l. 53/2019.**

**Diversamente invece il delitto di oltraggio corporativo prevede un solo presupposto espresso, ovvero che l'oltraggio sia commesso al cospetto del**

**Corpo,** della sua rappresentanza o dell'autorità costituita in collegio, nelle ipotesi di offesa immediata *in officio*, ovvero, nelle ipotesi di offesa mediata *propter officium*, attraverso l'utilizzo di uno strumento di comunicazione telegrafica oppure mediante scritto o disegno.

Si tratta quindi, di un reato a forma libera per il quale è sufficiente la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo generico, consistente nella rappresentazione del significato offensivo della frase oltraggiosa unito alla volontà di proferirla e di rivolgerla verso l'autorità considerata. A differenza dell'articolo 341 *bis* cod. pen. non è consentita la dimostrazione della veridicità del fatto attribuito con conseguente esclusione della punibilità dell'autore dell'offesa.

Originariamente, la pena prevista per la fattispecie base era la reclusione da 6 mesi a tre anni. Sul punto si è pronunciata la Corte Costituzionale, con sentenza n. 313 del 1995, la quale ha rigettato la questione di legittimità che era stata sollevata, la quale aveva ad oggetto il minimo edittale di sei mesi di reclusione, ritenendo la pena prevista congrua rispetto al valore del bene tutelato dalla norma, ovvero l'onore e del prestigio rispetto al corretto e sereno svolgimento

delle funzioni che l'autorità è chiamata a svolgere.

**In ultimo va sottolineato come anche la riforma dell'art.342 c.p. si sia manifestata ugualmente incisiva, determinando l'esclusione delle pene detentive le quali, come detto, sono state sostituite con quelle pecuniarie.** A riguardo va evidenziato come non sia casuale che ciò sia avvenuto mediante la L.85/2006 attraverso cui è stata riformulata la disciplina prevista *in materia di reati di opinione*.

Anche se tale scelta normativa, tuttavia non è risultata del tutto lineare, in quanto l'art. 342 c.p. trova la sua collocazione codicistica, nel titolo relativo ai reati contro la pubblica amministrazione, essendo la *ratio* di tale fattispecie criminosa ravvisabile, come detto, nella lesione del corretto andamento di un pubblico corpo o collegio.

### ***5. La pronuncia della Consulta (Cort. Cost., 4 dicembre 2019, n. 284). La sentenza e le motivazioni della Corte.***

*“La pena da 15 giorni a 3 anni di reclusione prevista per il reato di Oltraggio a pubblico ufficiale (art.341-bis c.p.), nella versione in vigore dal 2009 fino all'entrata in vigore del cosiddetto “decreto sicurezza”, che ha innalzato il minimo a 6*

*mesi, non è contraria ai principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità, anche se in comparazione con il delitto di Oltraggio a un Corpo politico, amministrativo, o giudiziario (art. 342 c.p), che prevede la multa da 1.000 a 5.000 euro, posto il diverso disvalore delle due fattispecie poste in raffronto”.*

I giudici della Corte costituzionale avendo ben chiaro l'articolato quadro normativo sotteso alla questione oggetto della sollevata questione di illegittimità costituzionale, nel pronunciarsi a riguardo hanno provveduto a delineare i punti fondamentali della stessa.

Tra questi, due in particolare risultano meritevoli di attenzione.

In primo luogo, qualunque sia la sua rubrica e **la collocazione codicistica, l'art.342 c.p.**, generalmente questo viene classificato e quindi collocato, tra “i reati d'opinione”, in quanto l'offesa, sebbene sia rivolta ad un soggetto collettivo,

deve essere considerata come un'ingiuria qualificata, volta a ledere l'onore ed il prestigio di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, finanche mediante comunicazione telegrafica, con scritto o disegno, diretti al Corpo, alla rappresentanza o al collegio (secondo quanto previsto dal secondo comma della norma in



esame).

Tali considerazioni non possono invece essere estese al nuovo art.341-bis, in cui **l'oltraggio deve essere posto in essere nel momento in cui il pubblico ufficiale sta svolgendo un atto d'ufficio legittimo** (in caso contrario, troverebbe applicazione l'ipotesi scriminata prevista dall'art.393-bis c.p.). In questo modo il legislatore ha provveduto ad arricchire la portata offensiva del reato, rispetto a quella prevista nell'abrogato art.341 c.p., affiancando alla singola lesione dell'onore del pubblico ufficiale destinatario dell'offesa, anche il prestigio della pubblica amministrazione.

A questo va poi aggiunto che l'ostacolo posto al regolare compimento di un atto legittimo dell'ufficio da parte del pubblico ufficiale, potrebbe determinare il pericolo che questo sia seguito da una condotta aggressiva di violenza o minaccia, da cui conseguirebbe l'integrazione della più grave ipotesi delittuosa di "Resistenza a pubblico ufficiale", prevista e disciplinata dall'art. 337 c.p., con cui viene punita la condotta di chi usi violenza o minaccia a un pubblico ufficiale nel compimento di un atto del suo ufficio.

Ciò premesso, l'unico dubbio che permane sul punto, concerne il quesito relativo alla

possibilità che ci si trovi al cospetto di un'ipotesi di "progressione criminosa", come parrebbe desumibile da un vago riferimento presente nella sentenza *de qua*. Diversamente potrebbe ipotizzarsi l'integrazione di un concorso di reati, come sostenuto recentemente dalla Corte di Cassazione (Cass. Pen. Sez. VI n.39980/2018), tenuto conto che il reato di oltraggio non risulta assorbito in quello di resistenza a pubblico ufficiale, potendo invece concorrere con lo stesso.

In base a quanto detto è quindi possibile desumere come il disvalore espresso dall'art.341-bis c.p. si presenti notevolmente maggiore rispetto a quello di cui all'art.342 c.p.

Premesso quanto esposto fin ora, nel pronunciarsi la Consulta ha sostenuto che la presunta disparità di trattamento, tra l'art. 341-bis e l'art. 342 c.p., non risulti supportata da comprovati argomenti giuridici a sostegno, e che di conseguenza non possa ritenersi integrata la violazione dell'art.3 Cost., a seguito delle modifiche apportate al reintrodotta reato di oltraggio previsto dall'art.341-bis c.p, in relazione a quanto disposto in precedenza per l'abrogato art.341 c.p.

Relativamente alla censura sollevata riguardo



il principio di proporzionalità della pena, i giudici della Corte evidenziano la necessità di individuare uno specifico *tertium comparationis*, da utilizzare come parametro per delineare la cornice edittale con cui sostituire quella oggetto di declaratoria di incostituzionalità, parametro che nell'ordinanza di remissione non viene individuato.

A questo punto la Corte evidenzia che sarebbe invece possibile, ipotizzare una sorta di sproporzionalità “intrinseca” della sanzione, la quale però finirebbe per contrastare con la discrezionalità di cui gode il legislatore nella delimitazione della pena. Per questo motivo ove il giudice ritenga che la pena edittale risulti eccessivamente severa, potrà utilizzare i propri poteri discrezionali, di cui normalmente dispone, secondo quanto previsto dall'art 133 c.p., per comminare una pena inferiore, proporzionata alla gravità del fatto concreto, all'interno della cornice edittale.

Per queste ragioni, **i giudici della Consulta non hanno potuto quindi che dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale al vaglio**, relativa all'art.341-bis c.p. introdotto dell'art.1, co.8, legge 15 luglio 2009, n.94 (*Disposizioni in tema di sicurezza pubblica*) in relazione al rapporto con gli art.3 e 27, co.3, della Costituzione.

In conclusione, occorre evidenziare come la soluzione raggiunta dalla Consulta appare come l'unica percorribile sotto il profilo giuridico costituzionale, sebbene, da un punto di vista di politica criminale, non possano ritenersi del tutto esenti da critica gli interventi innovativi e di modifica intervenuti sulle disposizioni oggetto della questione.

### ***Approfondimenti e letture***

Cassazione penale sez. VI, 16/09/2020, n.27766

Cassazione penale sez. VI, 25/09/2019, n.47879

Cassazione penale sez. VI, 06/03/2019, n.35428

Cassazione penale sez. VI, 17/05/2018, n.39980





## PENALE

### Il furto nel supermercato fra tentativo e consumazione

di Federica Crescioli

#### *1. La quaestio iuris*

Un lungo dibattito giurisprudenziale e dottrinale si è posto circa la qualificazione giuridica quale reato tentato o consumato del furto nel supermercato, stante la circostanza che la condotta furtiva può, nei fatti, essere costantemente monitorata dall'impianto di videosorveglianza e, quindi, in astratto, non uscire dall'area di dominio della persona offesa. Da questa premessa, derivava la difficoltà di comprendere come questo elemento potesse incidere sulla perfezione o meno del delitto e la necessità di capire il ruolo, se vi fosse, dell'uscita dalle casse da parte del soggetto agente.

Il contrasto, che constava di più orientamenti differenti in ordine sia all'eventuale momento consumativo della condotta sottrattiva sia al ruolo del monitoraggio e della sorveglianza, è stato risolto dalle Sezioni Unite n. 52117 del 17.04.2014, le quali hanno statuito il discrimine, nell'ipotesi di specie, fra condotta tentata e consumata, chiarendo ulteriormente anche la singola autonomia degli elementi costitutivi del delitto di furto ex articolo 624 c.p.

Nel solco di tale pronuncia, più recentemente, si è espressa la V sezione della

Corte di Cassazione penale con la pronuncia n. 15481 del 23 aprile 2021 estendendo tali principi di diritto anche all'ipotesi in cui la condotta furtiva sia posta in essere in esercizi commerciali che muniscono la merce esposta di placche antitaccheggio, le quali consentono di rilevare automaticamente il movimento del bene su cui sono apposte, nonché l'eventuale superamento di barriere elettroniche all'uscita.

Il presente contributo, quindi, si propone di analizzare le statuizioni delle pronunce di legittimità dopo aver esaminato, se pur per sommi capi, il delitto di furto ex art. 624 c.p. e lo stato dell'arte prima delle decisioni anzidette.

#### *2. La fattispecie del delitto di furto ex art. 624 c.p.*

L'articolo 624 c.p. disciplina il delitto di furto punendo la condotta di chiunque s'impadronisca della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri.

L'azione criminosa tipica si sostanzia, quindi, nella sottrazione al detentore della cosa mobile altrui e conseguente impossessamento della stessa, al fine di trarne, per sé o altri, profitto<sup>1</sup>.

Per sottrazione deve intendersi la privazione della disponibilità materiale della cosa, in modo che la vittima sia spogliata della possibilità di stabilire, quando vuole, il contatto con la stessa, ovvero, viceversa, ciò

<sup>1</sup>MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2016, pp. 53 ss.

è consentito al soggetto attivo. È necessario, però, che la cosa venga sottratta al detentore, la cui nozione non è da ricondurre alla nozione civilistica di detenzione qualificata, bensì al generico senso di disponibilità materiale della cosa, come pieno ed autonomo potere della stessa; non è, peraltro, rilevante che il soggetto la detenga *nomine alieno*, potendone ben disporre anche *nomine proprio*<sup>2</sup>, e ciò indipendentemente dal titolo o anche quando lo stesso si costituisce in modo clandestino o illecito<sup>3</sup>. Viene, infatti, salvaguardata la mera relazione materiale del soggetto passivo con la cosa, ovvero il semplice potere dispositivo riconosciuto al singolo. Di tal guisa, si comprende che l'oggetto giuridico della fattispecie si sostanzia non solo nella tutela della proprietà o nei diritti reali personali o di godimento, ma anche nel mero possesso in assenza di titolo.

In riferimento all'impossessamento, esso si sostanzia nella acquisizione della piena ed autonoma disponibilità materiale della cosa sottratta, sorretta anche soltanto dall'*animus rem sibi habendi*, cioè di tenere la cosa presso di sé.

Alla luce di ciò, il momento perfezionativo del furto si ha quando vengono invertite

queste duplici relazioni, ovvero sottrazione ed impossessamento<sup>4</sup>. Il più delle volte le due condotte si verificano contestualmente, ma puntualmente parte della dottrina ha scritto che “*la sottrazione, dunque, se guardata dal lato del soggetto passivo, coincide con lo spossessamento, mentre da quello del soggetto attivo è la condizione che consente l'instaurazione di una nuova relazione di godimento con la cosa, ovvero l'impossessamento*”<sup>5</sup>.

L'oggetto materiale del comportamento tipizzato è la cosa mobile altrui; il requisito della altruità postula che la cosa sia in proprietà o in godimento ad altri e non «comune» o «nullius»<sup>6</sup>, ovvero che la stessa sia legata ad un soggetto diverso dall'autore da un vincolo di interesse<sup>7</sup>, mentre il requisito della “mobilità” non è completamente aderente alla nozione ad esso accordata nel diritto civile. In ambito penale, infatti, la connotazione della mobilità viene determinata rapportandola alle concrete modalità di circolazione dell'oggetto, nonché alla sua funzione e alla possibilità concreta di essere sottratta dall'uomo. Vengono così assorbite anche le cose c.d. mobilizzate, definizione che, peraltro, calza nella tutela

<sup>2</sup>Cass. Pen., Sez. Un., sent. n. 40354 dell'8 luglio 2013; tale aspetto rileva anche ai fini processuali della proponibilità della querela. Tale pronuncia, infatti, legittima la presentazione di quest'ultima anche da parte del responsabile di un esercizio commerciale, quando non sia proprietario dello stesso, ma abbia l'autonomo potere di custodire, gestire, alienare la merce.

<sup>3</sup>LEONCINI A., voce *Patrimonio* (delitti contro il), IX, in Enc. giur. Treccani, Vol. X, Milano, 2007, p. 745.

<sup>4</sup> In tal senso, si segnala una consistente e recente giurisprudenza in materia di furto tentato e furto

consumato con riferimento alla casistica del furto “nel supermercato” soggetto a vigilanza, cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 12860 del 25.03.2018.

<sup>5</sup>CARINGELLA F., DE PALMA M., FARINI A., TRINCI S., *Manuale di Diritto Penale - Parte speciale*, 2016, Roma, 2015

<sup>6</sup> Cfr. Cass. Pen., sent. n. 35352 del 20 giugno 2013, Cass. Pen., sent. n. 30321 del 15 maggio 2012.

<sup>7</sup>PECORELLA G., voce *Furto*, in Enciclopedia del diritto, XVIII, 1992, p. 641.

delle acque<sup>8</sup>.

In relazione all'elemento soggettivo, il furto è reato a dolo specifico, richiedendo esso il fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto. In tal senso, lo stesso è integrato solo in caso di accertata finalità in capo all'agente di percepire dal bene asportato un'utilità, anche di carattere non patrimoniale, che sia diretta e non mediata, potendo consistere anche nel soddisfacimento di un bisogno psichico e rispondere a finalità di mero dispetto<sup>9</sup>.

### **3. Lo stato dell'arte prima della pronuncia delle Sezioni Unite**

Ferma la sussumibilità nella fattispecie di furto ex articolo 624 c.p. della condotta distrattiva della merce posta su uno scaffale del supermercato<sup>10</sup>, la questione di diritto poi rimessa al vaglio delle Sezioni Unite concerneva esclusivamente la forma, consumata o tentata, del delitto così integrato. La circostanza che la condotta appropriativa nella specie si fosse svolta sotto una costante sorveglianza, tale da consentire alla persona offesa o ai suoi delegati di fermare il reo all'uscita del supermercato e di recuperare immediatamente la refurtiva, aveva infatti dato adito ad un perdurante contrasto giurisprudenziale. L'oggetto del dibattito

concerneva sia l'individuazione del momento consumativo sia la rilevanza da attribuire alla vigilanza tempestivamente ed efficacemente esercitata, discutendosi se rappresentasse un *post factum* irrilevante ai fini del perfezionamento del reato o se, al contrario, determinasse la valutazione della condotta dell'agente quale tentativo compiuto.

Circa la prima questione, occorre premettere che, fino alla pronuncia delle Sezioni Unite, nonostante la fattispecie tipizzata distingua tra sottrazione ed impossessamento, la giurisprudenza era concorde nel ritenere che il furto si perfezionasse con la mera sottrazione della cosa mobile, ovvero con l'interruzione del rapporto di disponibilità tra detentore e cosa, facendo coincidere la sottrazione con l'impossessamento<sup>11</sup>. Nello specifico, si affermava che «*per la consumazione del reato di furto è sufficiente che la cosa sottratta sia passata sotto il dominio esclusivo dell'agente anche se per breve tempo e senza spostamento dal luogo di sottrazione*»<sup>12</sup>essendo irrilevante ai fini della consumazione «*sia il fatto che la res furtiva rimanga nella sfera di vigilanza della persona offesa, con la possibilità di un pronto recupero della stessa, sia il criterio temporale, relativo alla durata del possesso del responsabile, sia le modalità di custodia e di trasporto della refurtiva*»<sup>13</sup>.

In tal senso, dunque, il momento

<sup>8</sup>MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2016, p. 27.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. Pen., sent. n. 46996 del 12 novembre 2015, Cass. Pen., sent. n. 19882 del 16 febbraio 2012, Cass. Pen., sent. n. 47997 del 18 settembre 2009.

<sup>10</sup> Per una ricostruzione del dibattito circa la qualificazione giuridica della condotta, si veda MANCINI D., *Il furto nei*

*supermercati: la linea di confine fra tentativo e consumazione*, in Cass. Pen., fasc. 3/2000, pp. 607 e ss.

<sup>11</sup> L'orientamento è stato inaugurato da Cass. Pen., 12 ottobre 1977- 16 marzo 1978, in CED, rv. 138278.

<sup>12</sup> Cass. Pen., sent. n. 22588 del 7 aprile 2005.

<sup>13</sup> Cass. Pen., sent. n. 4743 del 1995.



consumativo del delitto di furto costituisce un'anticipazione della tutela penale, stante la sovrapposizione dei due segmenti operativi. In virtù di ciò, secondo un primo orientamento, lo stesso è integrato nell'istante in cui vi sia l'atto di apprensione della merce, non assumendo alcun rilievo la circostanza che il fatto sia avvenuto sotto il costante controllo del personale<sup>14</sup>. A ben vedere, all'interno di questa tesi, si distinguevano due interpretazioni esegetiche che assegnavano una diversa rilevanza al momento dell'occultamento con differente posizionamento del momento consumativo. Secondo la prima era necessario oltrepassare le casse dal momento che il contegno del cliente che preleva la merce senza lasciarla in vista fino al momento del pagamento non pone in essere una condotta di per sé criminosa, essendo ben possibile, all'interno di esercizi commerciali *self-service*, portare con sé gli oggetti anche all'interno di borse sino alle casse. La condotta di sottrazione è invece sicuramente attuata nel momento in cui la cassa sia oltrepassata senza il pagamento del prezzo<sup>15</sup>.

La seconda interpretazione, invece, riteneva opportuno differenziare sulla base della circostanza che il soggetto occultasse o meno la merce. Si sosteneva, infatti, che qualora il soggetto attivo non si limitasse a prelevare dallo scaffale la merce, ma la occultasse o la

nascondesse, fosse già evidente l'intento criminoso, nonché la conseguita disponibilità della cosa, non integrando così il successivo mancato pagamento del corrispettivo un elemento tipico della fattispecie, bensì ulteriore prova del delitto già consumato<sup>16</sup>.

In altri termini, considerando unitariamente tale impostazione, che rinviene le proprie fondamenta nell'assunto della sovrapposizione tra sottrazione ed impossessamento, perché il furto possa dirsi consumato è necessario e sufficiente che la persona offesa venga privata della detenzione della res così versando nella condizione di doverla recuperare con una condotta attiva e ciò si verificherebbe, in ipotesi di occultamento, al momento dell'occultamento, altrimenti al momento del superamento delle casse.

In guisa di ciò, la seconda questione circa il ruolo della sorveglianza veniva risolta nel senso della sua irrilevanza, come a dire che il superamento delle casse determinava comunque la consumazione in quanto condotta idonea a neutralizzare la funzione "correttiva" dell'estensione della sottrazione svolta dalla stessa *«commettendosi il reato di furto in danno di colui che materialmente detiene la cosa, è necessario e sufficiente perché il reato possa dirsi consumato che la persona offesa sia stata illecitamente privata della detenzione e, per ciò stesso, sia stata*

<sup>14</sup>Cass. Pen., sent. n. 41327 del 10 luglio 2013, Cass. Pen., sent. n. 20838 del 7 febbraio 2013, Cass. Pen., n. 37242 del 13 luglio 2010.

<sup>15</sup>Cass. Pen., sent. n. 23020 del 9 maggio 2008, Cass. Pen., sent. n. 4826 del 12 gennaio 2011.

<sup>16</sup>Cass. Pen., sent. n. 7062 del 9 gennaio 2014, Cass. Pen., sent. n. 1701 del 23 ottobre 2013, Cass. Pen., sent. n. 7086 del 19 gennaio 2011.

*posta nella condizione di doversi attivare, se vuole recuperarla, nei confronti del soggetto che l'ha acquisita»<sup>17</sup>. Dunque, il ruolo del costante controllo del personale del supermercato incaricato della sorveglianza costituisce una circostanza attinente alla fase *post delictum* e del tutto estranea all'operato dell'agente, che evidentemente non ha impedito la violazione del precetto contenuto nell'art. 624 c.p.<sup>18</sup>.*

Un secondo orientamento giurisprudenziale, minoritario, invece, muoveva le proprie considerazioni dalla distinzione tra sottrazione ed impossessamento, qualificando il secondo come l'acquisizione di un'autonoma signoria sulla res al di fuori della sfera di controllo e vigilanza dell'offeso. Partendo dall'assunto per il quale il prelevamento della merce dai banchi di vendita di un grande magazzino con sistema *self-service* ed il successivo allontanamento con omissione del pagamento integrino il reato di furto consumato, dal momento che il passaggio attraverso le casse del supermercato con la merce occultata sulla persona dell'agente comporta di regola l'impossessamento della cosa mobile altrui, si precisa che quel delitto non attingerebbe la soglia della consumazione qualora l'avente diritto o la persona da lui incaricata sorvegliino l'azione furtiva, sì da poterla interrompere in ogni momento. In tale ipotesi, l'impossessamento non potrebbe

dirsi realizzato poiché la refurtiva non sarebbe uscita dalla sfera di vigilanza e controllo del soggetto passivo<sup>19</sup>. Si prende così atto che possono verificarsi particolari situazioni concrete in cui l'agente, sebbene abbia già superato le casse del supermercato, ancora non sia riuscito ad acquisire un'autonoma disponibilità del bene con esautorazione della sfera di controllo dell'avente diritto. L'impossessamento andrebbe quindi distinto dal semplice atto sottrattivo e ritenuto integrato solo a fronte di questa circostanza.

In tal senso, la sorveglianza può essere considerata allora un "correttivo" alla portata semantica attribuita all'elemento della sottrazione idoneo ad estendere l'ambito applicativo del tentativo<sup>20</sup>, stabilendo che *«quando l'avente diritto o persona da lui incaricata sorvegli le fasi dell'azione furtiva, sì da poterla interrompere in ogni momento, il delitto non è consumato neanche con l'occultamento della cosa sulla persona del colpevole. Ciò perché la cosa non è uscita ancora dalla sfera di vigilanza e di controllo diretto dell'offeso»<sup>21</sup>.*

Si privilegia così l'oggettività del momento di impossessamento e non quello soggettivo ritenuto dall'agente come tale poiché a niente rileva la circostanza che, una volta superate le casse, il soggetto ritenga di essersi impossessato del bene.

All'interno di tale orientamento, vi sono state

<sup>17</sup>Cass. Pen., sent. n. 20838 del 7 febbraio 2013, conforme anche Cass. Pen., sent. n. 30283 del 30 marzo 2012.

<sup>18</sup>Cass. Pen., sent. n. 8395 del 12 ottobre 2013.

<sup>19</sup>Cass. Pen., sent. n. 21937 del 6 maggio 2010, Cass. Pen., sent. n. 3642 del 21 gennaio 1999, Cass. Pen., sent. n. 11947 del 30 ottobre 1992.

<sup>20</sup>BARTOLI R., *Furto nei supermercati – per la perfezione del furto occorre anche l'impossessamento della cosa*, in Giur. It., fasc. 3/2015, pp. 718 ss.

<sup>21</sup>Cass. Pen., sent. n. 3642 del 21 gennaio 1999.



decisioni che hanno distinto la valutazione sulla base di quale soggetto abbia posto in essere il controllo dell'azione furtive. Qualora la vigilanza sia stata mantenuta dalla persona offesa, direttamente o avvalendosi di un incaricato, il delitto non si perfeziona, atteso che la materiale sottrazione della res, poi seguita dall'efficace reazione difensiva, si rivela evidentemente incapace di eliminare la signoria sulla cosa dell'avente diritto<sup>22</sup>. Qualora, invece, l'azione furtiva sia stata controllata dalle forze dell'ordine con possibilità di interromperla in ogni momento, l'intervento del terzo sarebbe meramente eventuale ed esercitato a titolo puramente volontario ed individuale e quindi, data la sua aleatorietà ed il diverso status del sorvegliante, non sarebbe suscettibile di incidere sulla forma del delitto, rendendo solamente tentata la condotta del reo<sup>23</sup>.

La dottrina in materia evidenzia alcune peculiarità della fattispecie concreta<sup>24</sup>.

In primo luogo, la relazione di tipo prenegoziale che lega l'agente al soggetto passivo e che abilita il primo al prelievo delle cose dai banchi espositivi e che determina difficoltà applicative in ordine alla comprensione del momento perfezionativo e consumativo della disposizione, non potendosi ciò solo ricavare dal presunto foro interno del soggetto agente.

In secondo luogo, l'esigenza di certezza avvertita dai soggetti che pongono in essere la sorveglianza poiché nella decisione di intervenire devono essere sicuri che si possa configurare la fattispecie di furto proprio in virtù del fatto che sino alle casse il soggetto potrebbe provvedere al pagamento del corrispettivo; ecco perché il superamento delle stesse rende inequivoco l'intento criminoso.

In terzo luogo, il ruolo della sorveglianza stessa poiché non può essere l'accortezza e l'attenzione del sorvegliante a determinare il passaggio da furto consumato a furto tentato altrimenti valorizzandosi la funzione operativa come correttivo all'eccessivo rigore ermeneutico in materia di tentativo.

Infine, il trattamento sanzionatorio del reato consumato che, talvolta, in riferimento alle fattispecie concrete, può apparire eccessivo e che privilegia le esigenze repressive a fronte di quelle di proporzionalità.

#### ***4. La soluzione delle Sezioni Unite e la più recente giurisprudenza***

La sezione Quarta della Corte di Cassazione il 30 aprile 2013 ha rimesso alle Sezioni Unite, rilevando il contrasto in materia, il seguente quesito: *«se la condotta di sottrazione di merce all'interno di un supermercato, avvenuta sotto il costante controllo del personale di vigilanza, sia qualificabile come furto consumato o tentato, allorché*

<sup>22</sup>Cass. Pen., sent. n. 398 del 27 ottobre 1992, anche FACCHINI L., *Novità giurisprudenziali – Furto*, in *StudiumIuris*, fasc. 3/2015, p-339.

<sup>23</sup>Cass. Pen., sent. n. 31461 del 3 luglio 2002.

<sup>24</sup>BARTOLI R., *Considerazioni sul tentativo di furto nei supermercati in attesa delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. Proc.*, fasc. 3/2014, pp. 493 ss; UBIALI M. C., *Brevi note sul momento consumativo del furto in supermercato (aspettando le Sezioni Unite)*, in *Sir. Pen. Cont.*, 14 aprile 2014.



*l'autore sia fermato dopo il superamento della barriera delle casse con la merce sottratta».*

Con sentenza n. 52117 del 17 aprile 2014, le Sezioni Unite risolvono il dibattito con il principio di diritto così massimato «*In caso di furto in supermercato, il monitoraggio nella attualità della azione furtiva avviata, esercitato sia mediante la diretta osservazione da parte della persona offesa - o dei dipendenti addetti alla sorveglianza, ovvero delle forze dell'ordine - sia mediante appositi apparati di rilevazione automatica del movimento della merce ed il conseguente intervento difensivo in continenti, impediscono la consumazione del delitto di furto che resta allo stadio del tentativo, non avendo l'agente conseguito, neppure momentaneamente, l'autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva, non ancora uscita dalla sfera di vigilanza e di controllo del soggetto passivo*»<sup>25</sup>.

Il Supremo Consesso si pone, così, nel solco di quell'orientamento minoritario che ritiene di qualificare il reato come tentato stante la circostanza che il bene non esce dalla disponibilità della persona offesa in virtù del costante controllo e della costante videosorveglianza.

In via preliminare, la Corte, richiamando la sentenza delle Sezioni Unite n. 34952 del 19 aprile 2012<sup>26</sup>, ha evidenziato l'autonoma valenza semantica e operativa dell'impossessamento, quale segmento indipendente della condotta furtiva tipizzata dalla norma incriminatrice. Tale assunto è

sostenuto anche, si legge al punto 5.2. della motivazione, dalla *ratio legis* dal momento che l'operazione effettuata nel 1930<sup>27</sup> fu proprio quella di espungere dalla tipizzazione il criterio spaziale e introdurre quello personale ed è a causa di questa innovazione che «*la descrizione della condotta delittuosa risulta scandita dal sintagma impossessamento-sottrazione*».

In relazione al caso di specie, la valutazione circa la forma di manifestazione del reato è complicata dalla sovrapposizione impropria effettuata da alcune pronunce di legittimità e dalla relazione prenegoziale.

Orbene, se da un lato appare difficilmente confutabile che il soggetto che oltrepassi la barriera delle casse senza aver pagato la merce abbia un intento criminoso, dall'altro ciò non è sufficiente per affermarne la penale responsabilità a titolo di reato consumato. Infatti, tale operazione postula l'integrazione dell'elemento dell'impossessamento, quale conseguimento della signoria del bene materialmente appreso, e ciò è da escludersi quando vi sia la concomitante vigilanza, attuale ed immanente, della persona offesa poiché questa circostanza osta all'uscita del bene dalla sfera di controllo di quest'ultima. La conclusione raggiunta, continua il Supremo Consesso, è coerente anche con il principio di offensività stante la considerazione che la compromissione dell'interesse giuridico protetto non si è

<sup>25</sup>PICCONE V., *Ancora sul furto nel supermercato: la distinzione tra consumazione e tentativo*, in Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Penali, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte suprema di cassazione, gennaio 2015, pp. 143 ss.

<sup>26</sup> Tale sentenza ha affermato che finché la cosa non sia uscita dalla sfera di sorveglianza del possessore e questi è ancora in grado di recuperarla, la condotta di apprensione del bene è da degradare in mero tentativo.

<sup>27</sup> Rispetto alla fattispecie 402, primo comma, del Codice Zanardelli del 1889 che recepiva la teoria della *amotio*.



totalmente compiuta. Applicando, infatti, i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità<sup>28</sup>, è evidente come la portata offensiva della condotta *de quo* non sia tale da giustificare, peraltro, in ottica anche di proporzionalità il trattamento sanzionatorio che le sarebbe destinato qualora si propendesse per la qualificazione come delitto consumato<sup>29</sup>.

Nella confutazione degli orientamenti contrapposti, ancorché maggioritari, viene osservato che ciò che è in discussione non è la sussistenza della attività delittuosa, ma la relativa qualificazione giuridica, di talché risulta non pertinente il rilievo che la sorveglianza dell'offeso impedisca la violazione della norma penale.

Ulteriormente, non può dirsi ostativa al riconoscimento della fattispecie tentata la circostanza che la sorveglianza e la correlata possibilità di intervento immediato siano elementi estranei all'operato dell'agente dal momento che il delitto tentato si caratterizza proprio, ai sensi dell'articolo 56, primo comma, c.p., per la mancata verifica dell'evento dovuta a cause indipendenti dalla volontà dello stesso (altrimenti configurandosi gli istituti della desistenza volontaria o del recesso attivo).

Infine, l'affermazione secondo cui il recupero della refurtiva e la sorveglianza siano da porre nella fase *post delictum* è da considerare erronea alla luce del fatto che ciò

di cui si ha riguardo è il controllo *in fieri* dell'azione criminosa che non permette l'uscita dal patrimonio della persona offesa. Tali principi di diritto sono stati riaffermati recentemente da una sentenza della Corte di Cassazione<sup>30</sup> chiamata a pronunciarsi su una fattispecie di furto in esercizio commerciale ove la merce esposta era munita di placche antitaccheggio di rilevazione automatica del movimento.

Indiscutibilmente, infatti, la presenza delle barriere sonore e l'apposizione di tali strumenti elettronici permettono il controllo della merce esposta al pari di un impianto di videosorveglianza.

Trasversalmente, l'occultamento ha posto un problema speculare, ovvero quello del se, in presenza di tale elemento, si trattasse di furto, consumato o tentato, aggravato dal mezzo fraudolento *ex art. 625, comma primo, numero 2, c.p.*

La questione è stata risolta dalla Sezione Unite nel 2013 con la pronuncia n. 40354 nel senso che ai fini del riconoscimento dell'aggravante in esame è necessario che la condotta sia «*caratterizzata da marcata, insidiosa efficienza offensiva, che sorprende la contraria volontà del detentore, vanifica le difese che questi ha apprestato a difesa della cosa ed agevola la spoliazione della vittima*», dovendosi guardare alla fraudolenza del mezzo utilizzato. In tal senso, quindi, l'eventuale contestazione della aggravante *de quo* dovrà essere valutato in

<sup>28</sup>Cass. Pen., S.U., sent. n. 40354 del 18 luglio 2013.

<sup>29</sup>PAOLONI L., *Osservazioni a Cass. Pen., sez. UU, n. 52117, 17 luglio 2014*, in Cass. Pen., fasc. 5/2015, pp. 1812 ss.

<sup>30</sup> Cass. Pen., sent. n. 15481 del 23 aprile 2021.





base alle circostanze del fatto concreto e alla effettiva valenza dell'occultamento. Qualora, comunque, il colpevole si limiti a nascondere la refurtiva, tale aggravante non sembra poter essere riconosciuta stante la circostanza che non vulnera in modo apprezzabile le difese apprestate a tutela del bene salvo che l'occultamento non avvenga tramite accorgimenti particolare<sup>31</sup>.

Recentemente, è stata, a mero titolo esemplificativo, ritenuta integrata tale aggravante in ipotesi di mancata scannerizzazione alle casse automatiche di parte della merce dal momento che tale stratagemma è idoneo a soverchiare l'altrui vigilanza e gli accorgimenti precipuamente adoperati dalla persona offesa per garantire che la cosa custodita non esca dalla propria sfera di dominio<sup>32</sup>.

## 5. Conclusioni

In conclusione, nonostante la coerenza degli assunti logici e dogmatici posti a fondamento della decisione delle Sezioni Unite, criticamente può rilevarsi una notevole dilatazione del tentativo che può avere due risvolti differenti.

L'uno, in punto di ottica deterrente, secondo cui certamente il trattamento sanzionatorio così modellato appare maggiormente proporzionato, ma può rappresentare, al contrario, un elemento rafforzativo dell'intento criminoso di alcuni soggetti che, "male che vada", risponderanno a titolo di

delitto tentato.

L'altro, in punto di legittima difesa, dal momento che, essendo il bene già nelle mani del soggetto sottraente, il recupero può avvenire solo mediante l'esercizio di una attività che può agevolmente sfociare nella violenza, nonché incoraggerebbe all'utilizzo di meccanismo di controllo e sorveglianza privata sempre maggiore.

<sup>31</sup>MAZZANTINI E., *Configurabilità del mezzo fraudolento e individuazione della persona offesa nel furto in locali di vendita a self-service*, in Cass. Pen., fasc. 9/2014, pp. 2927B.

<sup>32</sup>Cass. Pen., sent. n. 52827 dell'8 novembre 2018.

## AMMINISTRATIVO

### L'obbligo di provvedere e l'azione ex art. 31-117 Dlgs. 104/2010

di Vincenza Sara Castaldo

#### ***1. L'obbligo di provvedere e l'attività della P.A.***

L'inerzia della Pubblica Amministrazione è un concetto che affonda le radici nel diritto romano. Già con Paolo, nel “*De regulis iuris*”, veniva attribuito un valore al silenzio, seppur neutro. Questo concetto, però assume un’accezione diversa nel diritto civile. Anche la giurisprudenza di legittimità sostiene che il silenzio circostanziato possa essere fonte di responsabilità precontrattuale o addirittura di responsabilità contrattuale.

L'obbligo dell'Amministrazione di provvedere è disciplinato dalla legge sul procedimento amministrativo, all'art. 2, che prescrive il principio di doverosità dell'azione amministrativa da un lato, e il principio della certezza dei tempi di conclusione del procedimento dall'altro.

Quanto al primo profilo, si vuole intendere che laddove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza di parte ovvero debba essere avviato d'ufficio, lo

stesso deve concludersi con l'adozione di un provvedimento espresso motivato.

L'obbligo di provvedere è inteso in diverse accezioni: conclusione del procedimento, doverosità della soddisfazione delle pretese del cittadino nei riguardi della pubblica amministrazione, se risultano fondate e legittime.

L'amministrazione è obbligata a svolgere il procedimento e a concluderlo con provvedimento espresso e motivato qualora vi sia un'istanza di parte; è obbligata nel medesimo senso laddove la legge preveda che in presenza di determinati presupposti debba avere corso un procedimento espresso e motivato.

L'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione si fonderebbe proprio sulla predeterminazione del termine per la conclusione del procedimento. Sono i commi 2, 3, 4, e 5 che definiscono le modalità attraverso cui avviene la suddetta predeterminazione del procedimento. La regola generale è che a tanto debbono provvedere le stesse amministrazioni in via regolamentare rispettando il termine di novanta giorni; in casi particolari, laddove vi sia una oggettiva complessità del procedimento, i termini previsti in via regolamentare possono estendersi.



Più ampia autonomia è concessa alle autorità di vigilanza e controllo, il cui potere regolamentare non incontra le citate limitazioni, salve specifiche disposizioni derogatorie.

I commi 8 e seguenti dell'art 2 L. 241/90 disciplinano le conseguenze della violazione dei termini di conclusione del procedimento. Il comma 8 si risolve nel richiamo alle norme del codice del processo amministrativo in tema di tutela avverso il silenzio inadempimento.

Il rimedio processuale dell'azione avverso il silenzio non opera nei casi di silenzio significativo quali, in particolare, il silenzio-assenso e il silenzio-diniego.

Dalla lettura dell'art. 2 bis della Legge sul procedimento amministrativo, le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1 citato sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Si prospetta dunque la disciplina delle conseguenze risarcitorie della mancata adozione del provvedimento da parte dell'amministrazione.

Rileva ricordare, preliminarmente, che la

giurisprudenza anteriore all'introduzione dell'art 2 bis aveva riconosciuto la possibilità di chiedere il risarcimento del danno da ritardo, subordinandone l'ottenibilità alla dimostrazione che poteva essere fornita solo in ipotesi di procedimenti vincolati, che il ritardo avesse inciso, vanificandola in tutto o in parte, sulla pretesa fondata di ottenere il bene della vita<sup>1</sup>, rimanendo esclusa la risarcibilità del cosiddetto mero ritardo, mentre la delega legislativa contenuta nell'art 17, comma 1, lett. f) della l. 59 del 1997, rimasta inattuata, prevedeva un meccanismo indennitario per l'ipotesi di mancata o ritardata adozione del provvedimento.

Ciò premesso, è il primo comma dell'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo che detta dunque la norma fondamentale dell'obbligo di provvedere.

L'obbligo di concludere il procedimento la cui violazione comporta la possibilità di adire il giudice ai sensi dell'art. 2 L. 241/90 e degli artt. 31 e 117 c.p.a., per la declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione, postula che il procedimento debba essere necessariamente avviato<sup>2</sup>.

Dal punto di vista processuale il ricorso

<sup>1</sup>Cons. St., Ad.Plen., 15 settembre 2005, n. 7.

<sup>2</sup>T.A.R Lazio, Roma. Sez I, 3 novembre 2015, n. 12400.



avverso il silenzio rifiuto ex art 117 c.p.a., è diretto ad accertare la violazione dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere su un'istanza del privato, volta a sollecitare l'esercizio di un pubblico potere, così che esso risulta esperibile solo in presenza di un obbligo di provvedere nascente da specifiche previsioni di legge ovvero dai principi generali ovvero dalla peculiarità del caso.

## ***1.2 Il procedimento di formazione del silenzio inadempimento***

Giova esaminare la disciplina di formazione del silenzio inadempimento. Ai primordi delle teorie sul fenomeno del silenzio, la dottrina pubblicistica intendeva l'inerzia della pubblica amministrazione come un provvedimento amministrativo tacito<sup>3</sup>.

Per la tesi ormai prevalente, il silenzio corrisponde ad un mero comportamento, integrando un inadempimento dell'obbligo di provvedere gravante sull'amministrazione. Così ragionando, la violazione dell'obbligo di provvedere sarebbe intesa come un fatto avente mero valore di presupposto processuale per adire il giudice amministrativo<sup>4</sup>.

Sembrerebbe dunque superata la tesi

“attizia” del silenzio: ad avallarlo la sentenza dell'Adunanza Plenaria del 3 maggio 1960, n. 8:

*“Il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione di volontà dell'amministrazione: è un comportamento al quale la legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà”.*

Nel diritto amministrativo è sempre stata netta la distinzione tra atto implicito e silenzio. È pacifico ormai parlare di silenzio inadempimento ovvero di silenzio rifiuto.

Le varie forme di silenzio alle quali è attribuito un valore legale tipico sono: silenzio-rigetto equiparato al provvedimento negativo, il silenzio-accoglimento equiparato al provvedimento favorevole, il silenzio-devolutivo o procedimentale che ricorre quando nel corso di un procedimento un organo intermedio non provvede su una richiesta di parere o di perizia, potendo quindi l'organo di amministrazione attiva prescindere dall'atto istruttorio. Dal silenzio va comunque distinto l'atto implicito, configurabile solo in via eccezionale; senza pretesa di completezza, può dirsi che l'atto implicito deriva dall'esternazione di un atto

<sup>3</sup> Si ricorda la storica pronuncia Longo: Cons. St., Sez IV, 22 agosto 1902, n. 429.

<sup>4</sup> SCOCA F., Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale, in Dir. proc.Amm., 2002



amministrativo che lasci senz'altro presumere l'operatività di un atto presupposto che viene, quindi, ritenuto implicitamente esistente.

Ciò posto, quanto alla formazione del silenzio inadempimento, occorre esaminare i presupposti per l'attivazione dello speciale rito avverso il silenzio.

È necessario che venga verificato quando, a fronte dell'inerzia serbata dall'amministrazione sull'istanza del privato, possa dirsi formato un silenzio inadempimento.

A monte, vi è sicuramente l'obbligo dell'Amministrazione di prendere posizione sull'istanza del privato: in mancanza di tale presupposto, l'inerzia non può qualificarsi in termini di silenzio-inadempimento e il ricorso non potrà trovare accoglimento<sup>5</sup>.

La giurisprudenza, dunque, seguendo una impostazione che tende ad ampliare la doverosità dell'azione amministrativa, ha precisato che l'esistenza dell'obbligo di provvedere può essere altresì desunta dai

principi informatori dell'azione amministrativa, in specie quelli di imparzialità, legalità e buon andamento.

Si afferma, in tal modo, l'esistenza dell'obbligo di provvedere, oltre che nei casi espressamente riconosciuti dalla legge, in particolari fattispecie nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento<sup>6</sup>. Come ha affermato il Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, 2318, l'obbligo per l'amministrazione sussiste in primo luogo allorché la legge espressamente riconosca al privato il potere di presentare un'istanza così riconoscendogli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata<sup>7</sup>.

Al riguardo, è da tenere presente la tripartizione di categorie di atti amministrativi alla cui emanazione il cittadino può avere interesse: atti a contenuto favorevole, atti di riesame di atti sfavorevoli precedentemente emanati, atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti dei terzi (repressivi, inibitori,

<sup>5</sup>Cons. St., Sez IV, 21 settembre 2015, n. 4378. La verifica dell'obbligo di provvedere non va compiuta in astratto, ma in relazione alla domanda, perché quella invocata al giudice investito della controversia è una pronuncia di comportamento positivo in relazione ad un preteso provvedimento che possa essere soddisfacente dell'interesse sostanziale fatto valere (Tar Campania, Napoli, Sez. V, 13 aprile 2012, n. 1739). Il più recente dato positivo conferma infatti che a tale fondatezza almeno in via puramente astratta occorre avere riguardo sia per accertare l'esistenza

concreta dell'obbligo di provvedere, sia l'effettiva realizzabilità dell'interesse sostanziale fatto valere in giudizio avverso il silenzio inadempimento (Tar Campania, Napoli, Sez V, 4 aprile 2012 n. 1585).

<sup>6</sup>Cons. St., Sez VI, 27 aprile 2012, n. 2468.

<sup>7</sup>"Di fronte alle istanze dei privati vi è sempre un obbligo di provvedere se l'iniziativa nasce da una situazione soggettiva protetta da norme, se cioè è prevista dalla legge"; Così Cons. St. VI, 11 maggio 2007, n. 2318.



sanzionatori).

È utile ancora interrogarsi in ordine alle interferenze tra l'istituto del preavviso di rigetto di cui all'art 10 bis L. 241/90 e il silenzio inadempimento.

Alla luce della natura e funzione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, può osservarsi che laddove sussista l'obbligo dell'amministrazione procedente di provvedere mediante l'adozione di un provvedimento espresso, da adottare nei termini prescritti ex art. 2, l. 241/90, il silenzio serbato dalla Pubblica Amministrazione, successivamente alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte conserva natura di silenzio inadempimento<sup>8</sup>. Per effetto del contenuto del "preavviso di diniego" in forza del silenzio serbato dall'amministrazione procedente successivamente alla comunicazione dello stesso, il comportamento dell'amministrazione non assume una valenza sostanziale.

C'è da dire che la comunicazione dei motivi ostativi, per quanto inidonea a trasformare la mera inerzia dell'amministrazione

procedente in un provvedimento di diniego, può comunque influire sulle concrete modalità di tutela della posizione soggettiva del privato ricorrente.

Sul punto si è espresso il Consiglio di Stato, alla sezione V, 9 settembre 2013 n. 4473, secondo cui "la semplice adozione di un atto endoprocedimentale, come la comunicazione dei motivi ostativi ex art 10 bis L. 241/90, non estingue l'obbligo e non fa venire meno l'inerzia dell'amministrazione, perché non coincide con l'emanazione del provvedimento finale, oggetto dell'obbligo di provvedere".

## ***2. L'Azione avverso il silenzio***

L'azione avverso il silenzio è disciplinata dal codice del processo amministrativo, D.lgs. 104/2010 dall'art 31 e 117, nei quali articoli è confluita, con modificazioni, la disciplina dettata dal comma 8 dell'art 2, l. 241/90 e dall'art 21 bis l. 1034/1971.

Facendo una distinzione *prima facie* dei due articoli, il primo, il 31 c.p.a. si occupa dei profili statici dell'istituto, mentre l'art 117 c.p.a. si occupa di quelli dinamici, disciplinando il rito speciale attivabile per contrastare il silenzio dell'amministrazione.

Il codice del processo amministrativo all'art

<sup>8</sup> In tal senso, Tar Molise 26 novembre 2010, n. 1514.



7, nel definire l'ambito della giurisdizione amministrativa, vi ha ricompreso i casi in cui avrebbe dovuto esercitare il potere ma ha mancato di farlo<sup>9</sup>.

L'art. 31 disciplina congiuntamente l'azione avverso il silenzio e quella di accertamento della nullità, originariamente previste in due articoli separati, dedicando alla prima i commi 1, 2 e 3 che finiscono così per attrarre la disciplina prima recata dall'art 2, comma 8 L. 241/90.

Passando alla disamina del termine per proporre l'azione avverso il silenzio citata, il ricorso può essere proposto “fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3”: il privato, dunque, non ha l'onere di ricorrere all'autorità giudiziaria nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza del provvedimento come avviene per la classica azione impugnatoria.

Il termine “inadempimento” secondo autorevole dottrina<sup>10</sup>, andrebbe proprio ad essere una conferma del fatto che il legislatore abbia voluto separare la tutela nei confronti del silenzio rifiuto dai canoni propri dell'azione di accertamento

introducendo anche degli elementi propri di un'azione di adempimento<sup>11</sup>.

Sembrerebbe che il termine lungo di anno per esperire l'azione ex art. 31 abbia natura ordinatoria-acceleratoria e non consumerebbe il potere amministrativo, né quando il procedimento è avviato a istanza di parte, né quando l'iniziativa è d'ufficio. Si tratta di un orientamento interpretativo avallato dall'art 117, comma 5 del D.lgs. 104/2010, che statuendo in ordine all'impugnabilità del provvedimento sopravvenuto nel corso del giudizio sul silenzio, conferma che l'ente pubblico può mettere fine alla sua inerzia anche decorsi i termini procedurali.

Ciò detto, il silenzio inadempimento/rifiuto costituisce un mero fatto che, da un lato, lascia inalterata la persistenza del potere-dovere delle Amministrazioni di provvedere, e, dall'altro, impedisce l'applicazione dell'istituto della decadenza il cui fine è consolidare le vicende giuridiche prodotte dal provvedimento in vista della realizzazione dell'interesse pubblico.

Nel caso del silenzio inadempimento, mancando il provvedimento, manca anche la

<sup>9</sup> PAOLANTONIO, Art 7, in GAROFOLI-FERRARI, Il nuovo codice del processo amministrativo.

<sup>10</sup> TRAVI, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2010, 223.

<sup>11</sup> Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 2009, n. 1711.



necessità di accordare immediata definitività agli effetti giuridici da quest'ultimo prodotti, non sussistendo il fine della cristallizzazione della vicenda giuridica realizzatrice dell'interesse pubblico.<sup>12</sup>

Dal lato della tutela per l'amministrazione, il legislatore prevede un termine decadenziale lungo - come si è detto, di un anno - per la proposizione dell'azione affinché la P.A. non sia esposta sine die al rischio dell'azione giurisdizionale.

Il comma 1 dell'art 31 prevede che “chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere”.

C'è da dire che l'obbligo dell'amministrazione di provvedere vale a rafforzare le scelte volte a sancire la risarcibilità del danno da ritardo, secondo quanto stabilito non più soltanto dall'art 2 bis L. 241/90 ma anche dall'art 30 comma 4, c.p.a.

È fatta salva, ex art 31 comma 2 c.p.a., la possibilità di riproporre l'istanza di avvio del procedimento con conseguente apertura di un procedimento del tutto nuovo. Essa, tuttavia, non può consistere in un invito o in una diffida a provvedere sulla originaria

richiesta, e dunque a definire l'originario procedimento; diversamente opinando, si priverebbe di ogni rilevanza il termine di un anno previsto dall'art 31 comma 2 c.p.a. e si consentirebbe all'interessato di procrastinare a suo piacimento la scadenza del termine in contrasto con le esigenze di certezza del diritto e delle situazioni giuridiche<sup>13</sup>.

La domanda di accertamento dell'illegittimità dell'inerzia mantenuta dall'amministrazione sull'istanza non può essere proposta collettivamente nel medesimo giudizio, in quanto non solo non si riscontra l'esistenza di norme recate dal codice del processo amministrativo che autorizzano la proposizione di un ricorso collettivo per proporre la domanda di accertamento e condanna di cui all'art 31 c.p.a., ma anche perché lo scrutinio che esercita il giudice amministrativo nell'ipotesi di azione proposta ai sensi dell'art 31 è riferito al singolo caso e ad un ben definito procedimento avviato dall'interessato, con la conseguenza che nel medesimo giudizio non può essere scrutinata la posizione di altri istanti.

In merito alla giurisdizione, va detto che l'impugnazione davanti al giudice

<sup>12</sup> OCCHIENA, Op. cit, art 31

<sup>13</sup> TAR Lazio, Latina, sez I, 01 agosto 2016, n. 522.



amministrativo del silenzio serbato dall'amministrazione pubblica è inammissibile allorché la posizione giuridica azionata consista in un diritto soggettivo, atteso che il silenzio rifiuto può formarsi esclusivamente in ordine all'inerzia su una domanda intesa ad ottenere l'adozione di un provvedimento che incida su posizioni di interesse legittimo, e non già nell'ipotesi in cui viene chiesto il soddisfacimento di posizioni aventi natura sostanziale di diritti soggettivi, tutelabili in modo pieno e diretto dall'autorità giurisdizionale ordinaria<sup>14</sup>.

### **3. Ricorsi avverso il silenzio, art. 117 C.p.a.**

L'art 117 c.p.a. disciplina con un rito speciale e abbreviato, il giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione.

Come si è detto, il presupposto per l'esperibilità dello speciale rito sul silenzio è che l'istanza si riferisca a materia spettante alla giurisdizione del giudice amministrativo. È necessaria, dunque, una verifica preliminare che tende ad accertare l'esistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla materia nella quale l'amministrazione è rimasta inerte a fronte all'istanza del privato. In passato, l'Adunanza plenaria ha affermato

che l'ambito di cognizione del giudice adito con il rito del silenzio era limitato all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione senza che la sua cognizione potesse spingersi a vagliare la fondatezza dell'istanza<sup>15</sup>.

L'Adunanza evidenziò le peculiarità del rito avverso il silenzio connotato dalla stringatezza dei termini processuali e dalla definizione con sentenza succintamente motivata. Queste connotazioni, si affermò, sono coerenti con il solo giudizio nel quale il giudice si limiti a verificare il mancato rispetto dei termini, e non anche la verifica della fondatezza sostanziale della pretesa.

In seguito, il D.L. 35/2005 ha riscritto l'art 2 della l. 241/90 il cui comma 8 prevedeva che *“il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza”*, e tanto ha determinato il superamento dell'indirizzo giurisprudenziale espresso dall'Adunanza Plenaria.

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza forniva risposte contrastanti in merito all'ambito e alla natura del potere di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa.

<sup>14</sup>Cons. St., Sez IV, 31 luglio 2018, n. 4689.

<sup>15</sup>Cons. St., A.P., 9 gennaio 2002.



Un primo orientamento<sup>16</sup>, valorizzando il principio della effettività della tutela giurisdizionale, riteneva che si fosse inteso introdurre una vera e propria giurisdizione estesa al merito. Questa tesi poneva l'accento sull'art. 2 comma 5, l. 241/90 che non limitava il sindacato giudiziale alle sole ipotesi di attività vincolata.

L'orientamento maggioritario, in senso contrario, rilevava come le ipotesi di giurisdizione di merito possono essere introdotte solo in forza di una norma che espressamente mostri l'intenzione del legislatore di derogare al principio di separazione dei poteri e di riserva alla P.A. della cura dell'interesse pubblico.

La norma fu, quindi, interpretata nel senso che il descritto potere del giudice, di pronunciarsi anche sulla fondatezza della pretesa, fosse esperibile a condizione che non implicasse la sostituzione della discrezionalità del giudice a quella della pubblica amministrazione.

Dunque, la giurisprudenza prevalente riteneva che il giudice amministrativo potesse valutare la fondatezza della pretesa solo a fronte di istanze dirette ad ottenere

provvedimenti vincolati ovvero nei soli casi di manifesta fondatezza o infondatezza della pretesa sostanziale<sup>17</sup>.

Nel solco di questo orientamento il codice del processo amministrativo, all'art. 31 comma 3, ha attribuito al giudice il potere di conoscere della fondatezza della pretesa solo *“quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio alla discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”*.

---

<sup>16</sup> CORSARO, Il sindacato del giudice amministrativo sul silenzio della pa dopo la l. 80/2005 in Foro ammCdS 2005, 11, 3415.

<sup>17</sup>Cons. St., Sez IV, 10 ottobre 2007, n. 5311.



## Schede di Giurisprudenza



## CIVILE

### *Responsabilità medica ed esclusione del nesso eziologico in presenza di fattori esterni provati con consulenza tecnica*

*Tribunale di Bari 26 agosto 2013*

*di Maria Laura Nardo*

#### *Quesito*

*È possibile escludere la responsabilità del professionista o della struttura sanitaria, laddove, mediante consulenza tecnica, si provi l'esistenza di cause esterne in grado di determinare un danno, escludendo il nesso eziologico con la condotta sanitaria?*

#### *Fatto*

Il caso ha ad oggetto la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dai congiunti di un soggetto ricoverato e poi deceduto, presso la struttura sanitaria convenuta, a seguito della contrazione del virus da Epatite B. I congiunti proponevano domanda di risarcimento al Tribunale competente,

poiché il paziente, durante un intervento di ernio-plastica bilaterale, contraeva una forma acuta di Epatite B, e perdeva la vita durante il successivo intervento di trapianto di fegato. Di conseguenza, gli attori ritenevano che l'infezione fosse stata determinata davizi dei presidi terapeutici adottati durante il ricovero; pertanto agivano contro la struttura sanitaria, ritenendola responsabile in toto, la quale, a sua volta, contestava ogni profilo di responsabilità. Il Tribunale adito ha rigettato la richiesta sulla base della relazione del consulente tecnico, che aveva escluso il nesso eziologico tra la condotta dei sanitari della struttura e l'evento verificatosi.

#### *Norma*

##### *Articolo 61 c.p.c. "Consulente tecnico"*

*Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica.*

*La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente codice.*

##### *Art. 62 c.p.c. "Attività del consulente"*

*Il consulente compie le indagini che gli sono commesse dal giudice <sup>(1)</sup> e fornisce, in udienza e in camera di consiglio, i chiarimenti che il giudice gli richiede a norma degli articoli 194 e seguenti, e degli articoli 441 e 463 [disp. att. 90, 91, 92] <sup>(2)</sup> <sup>(3)</sup>.*

### **Art.194 c.p.c. “Attività del consulente”**

*Il consulente tecnico assiste alle udienze alle quali è invitato dal giudice istruttore; compie, anche fuori della circoscrizione giudiziaria indagini di cui all'articolo 62 <sup>(1)</sup>, da sé solo o insieme col giudice secondo che questi dispone. Può essere autorizzato a domandare chiarimenti alle parti, ad assumere informazioni da terzi <sup>(2)</sup> e a eseguire piante, calchi e rilievi <sup>(3)</sup>.*

*Anche quando il giudice dispone che il consulente compia indagini da sé solo, le parti possono intervenire alle operazioni in persona e a mezzo dei propri consulenti tecnici e dei difensori<sup>(4)</sup>, e possono presentare al consulente, per iscritto o a voce, osservazioni e istanze [90, 91, 92 disp. att.].*

### **Art.195 c.p.c. “Processo verbale e relazione”**

*Delle indagini del consulente si forma processo verbale, quando sono compiute con l'intervento del giudice istruttore, ma questi può anche disporre che il consulente rediga relazione scritta <sup>(1)</sup>.*

*Se le indagini sono compiute senza l'intervento del giudice, il consulente deve farne relazione, nella quale inserisce anche le osservazioni e le istanze delle parti. La relazione deve essere trasmessa dal consulente alle parti costituite nel termine stabilito dal giudice con ordinanza resa all'udienza di cui all'articolo 193. Con la medesima ordinanza il giudice fissa il termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente le proprie osservazioni sulla relazione e il termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse <sup>(2)</sup><sup>(3)</sup>.*

### *Inquadramento*

La questione devoluta al Tribunale di Bari ha ad oggetto la richiesta di risarcimento per i danni subiti dai congiunti di un soggetto ricoverato e deceduto presso una struttura sanitaria, a seguito della contrazione del virus da Epatite B, che si era manifestata in forma acuta durante l'intervento di trapianto di fegato. A fronte delle accuse mosse dai congiunti, la struttura sanitaria eccepiva che non sussisteva alcun profilo di responsabilità in capo a se stessa, e ciò era stato confermato anche dagli evidenti risultati posti dalla consulenza tecnica, la quale aveva individuato molteplici fattori causali esterni,

entro cui far operare la regola probatoria della certezza probabilistica.

Il giudice di prime cure, accoglieva la prospettazione difensiva dei professionisti sanitari e della struttura alla luce degli esiti della consulenza tecnica. Infatti, quando i fatti di causa necessitano di essere accertati da soggetti con specifiche competenze, è noto che il giudice può utilizzare lo strumento della consulenza tecnica, affidando all'esperto in materia sia l'incarico di valutare e constatare i fatti accertati, sia il compito di accertare ulteriori fatti oggetto di incertezza. La Suprema Corte, con una recente sentenza (n.31886/2019) ha confermato che nell'ambito della responsabilità medica, il giudice può affidare al consulente determinate indagini. Innanzitutto, occorre interpretare l'art.194 c.p.c. nel senso di ritenere limitate le indagini che il giudice può affidare al c.t.u. a quelle che hanno ad oggetto, la valutazione o l'accertamento dei fatti materiali dedotti dalle parti. Nel primo caso, circa la valutazione dei fatti accertati, si parla di consulenza deducente, nel secondo, invece, consulenza percipiente, ovvero accertare gli ulteriori fatti incerti.

Nella seconda ipotesi, come ha stabilito la Cassazione con una pronuncia nel 2009, la

consulenza costituisce fonte oggettiva di prova.

In tema di responsabilità medica, cioè di responsabilità gravante sul professionista sanitario per sue azioni o omissioni, la consulenza tecnica rientra sempre nella seconda categoria, cioè è di tipo percipiente, poiché, in ragione della circostanza che è necessario acquisire pareri tecnici-specialistici, è fondamentale rivolgersi, quando si ritenga opportuno, ad un consulente in grado di comprendere i fatti ed individuare le singole fattispecie sottese alle vicende, che sarebbe altamente difficile riconoscere se non ci fosse l'impiego di un sapere tecnico qualificato, come quello della c.t.u..

Pertanto, nelle cause di accertamento della responsabilità medica, è fondamentale la consulenza per l'innegabilità delle conoscenze poste alla base della materia, per cui il giudice ritiene più giusto demandare tale compito a degli esperti, in grado di comprendere le fattispecie contestate.

Ciò premesso, in tale caso, la consulenza acquisita perviene all'esclusione della possibilità di ricondurre la contrazione dell'Epatite B del paziente deceduto a colpa del personale o della struttura sanitaria convenuti, in base ad un processo logico sia

in termini scientifici sia in termini di concause.

Infatti, a sostegno di quanto detto, il giudice ha ritenuto chiare le informazioni pervenute dalla relazione del consulente, il quale ha statuito che non c'era coincidenza tra il periodo di incubazione e lo stato della malattia; che il paziente non è stato mai sottoposto a trasfusioni; ancora, non ci sono stati errori di contaminazione con liquidi biologici, a carico dei dipendenti della struttura, infine, è stato provato anche che gli attrezzi utilizzati per l'intervento sono stati sterilizzati. Inoltre, se si fosse voluta avanzare l'ipotesi della polluzione ambientale, il consulente ha precisato che l'infezione, in tal caso, si sarebbe trasmessa a tutti gli individui presenti, ed anche al personale sanitario, fatto mai verificatosi.

Pertanto, pacificamente il giudice non ritiene che l'infezione da virus di Epatite B sia derivata dal cattivo uso dei presidi diagnostici-terapeutici adottati durante il ricovero per colpa dei sanitari presenti.

A livello processuale, il consulente tecnico d'ufficio di norma viene convocato per il giuramento ad un'apposita udienza stabilita dal giudice; nell'esercizio del suo mandato il consulente può compiere le indagini che gli sono affidate dal giudice e può anche essere

autorizzato a chiedere chiarimenti o ad assumere informazioni dalle parti e dai terzi. Come stabilito dall'art.195 c.p.c., il consulente di solito è chiamato a redigere una relazione scritta. La relazione viene trasmessa dal consulente alle parti entro i termini indicati dal giudice nell'ordinanza, resa all'udienza di giuramento del c.t.u., in tal modo le parti possono trasmettere al consulente le proprie osservazioni. Una volta ricevute, il consulente deposita la relazione definitiva con le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse.

Nel caso in esame, il Tribunale di Bari, nella sua pronuncia, richiama l'orientamento giurisprudenziale pacificamente ammesso, che prevede, per accertare il nesso di causalità, l'utilizzo della regola "della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non". Pertanto, il giudice, nell'analisi della controversia, utilizzando i contenuti della relazione del consulente tecnico, deve cogliere la riferibilità causale dell'evento verificatosi in relazione al responsabile, considerando che "il primo sia più probabile (che non) che sia attribuibile al secondo per la presenza di fattori che probabilisticamente ad essi lo riconducono". Nel caso de quo, opera, quindi, la regola probatoria del "più probabile che non". La



Suprema Corte ricorda recentemente che il predetto criterio costituisce la combinazione di due regole, ossia la regola del “più probabile che non” e quella della prevalenza relativa della probabilità.

La regola del “più probabile che non” prevede che per uno stesso fatto non possono essere presenti un’ipotesi negativa ed una positiva. In tal caso, allora, il giudice deve scegliere quella che, sulla base delle prove, è dotata di un grado di conferma logica più alta rispetto all’altra. Mentre, la regola della prevalenza relativa si applica quando sullo stesso fatto sono presenti diverse ipotesi e alcune di queste abbiano avuto conferma dalle prove allegate. In tal senso, il giudice sceglie l’ipotesi che ha ricevuto il grado maggiore di conferme sulla base delle prove disponibili.

Il Tribunale di Bari ha applicato la regola del “più probabile che non”, avendo avuto in considerazione l’esistenza di cause esterne, rilevate soprattutto mediante l’opera del consulente, che riconducevano con certezza probabilistica la contrazione del virus di Epatite B ad altri fattori, cioè con la medesima certezza, il giudice ha escluso pacificamente l’esistenza del nesso eziologico tra la condotta del sanitario nella struttura e il danno procurato con il decesso

della vittima.

Sul punto, il giudice si è chiaramente collegato a quanto disposto dalle SS.UU. della Suprema Corte nel 2008, le quali hanno stabilito che lo standard di certezza probabilistica in materia civile, va verificato riconducendo la fondatezza nell’ambito degli elementi di conferma nel singolo caso. Tale regola, è avallata anche dalla disposizione contenuta nell’art.116 c.p.c. la quale obbliga il giudice a valutare le prove in relazione al suo prudente apprezzamento e al caso di specie su cui verte la questione.

Il consulente, nel presente caso, ha ricondotto la patologia che ha colpito il paziente a dei fattori esterni rispetto alla condotta del sanitario, utilizzando il metodo su citato. A loro volta, gli attori contestavano le conclusioni, poiché il perito aveva escluso la sussistenza di un nesso eziologico tra il danno prodotto e la condotta dei professionisti. Tuttavia, secondo il giudice adito, gli attori hanno errato per il mancato utilizzo, nella lettura della relazione finale della consulenza, della regola probatoria prevista nel processo civile.

In ipotesi analoghe a quella in esame, in cui si discute della responsabilità medica, trova applicazione la disciplina contenuta nell’art.1218 c.c., ovvero la responsabilità





contrattuale, in quanto l'intervento è stato effettuato da un medico strutturato, perché lavorava presso la struttura sanitaria convenuta. Sul punto, la Suprema Corte ha enunciato il principio in base al quale quando l'intervento da cui è derivato il danno non è di difficile esecuzione, la prova data dal paziente del suo aggravamento è sufficiente per dimostrare una presunzione semplice, circa il negligente inadempimento del professionista, al contrario gravando su quest'ultimo l'onere di provare che la prestazione sia stata eseguita in modo diligente e che il mancato o inesatto adempimento è derivato da causa a lui non imputabile, ad esempio perché imprevedibile.

La Suprema Corte con una recente ordinanza (n.13872/2020) ha ribadito ciò: ovvero, nei giudizi di responsabilità medica, il nesso eziologico tra condotta sanitaria ed evento dannoso verificatosi viene a costituire onere della prova a carico del paziente danneggiato, mentre è onere della struttura sanitaria provare che l'evento sia stato determinato da cause imprevedibili e impreviste. La Corte, inoltre, riconferma che in tema di accertamento del nesso di causalità si applica la regola "del più probabile che non".

L'ordinanza, seguendo l'orientamento accolto in sede di legittimità, ripete ulteriormente che nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica ex art. 1218 c.c. si ha un "*duplice ciclo causale*", uno relativo all'evento dannoso che deve essere provato dal danneggiato e l'altro relativo all'impossibilità di adempiere che deve essere provato dal debitore (professionista/struttura sanitaria).

La parte attrice deve, dunque, provare il nesso eziologico sia sotto il profilo della causalità materiale che della causalità giuridica, mentre, il convenuto ha l'onere di fornire la prova dell'avvenuto adempimento, dell'imprevedibilità ovvero dell'impossibilità della causa.

Pertanto, solo dopo che la parte danneggiata (i congiunti della vittima nel caso di specie) abbia provato che l'aggravamento, l'insorgenza di una nuova patologia ovvero la morte del paziente è causalmente riconducibile alla condotta oppure all'omissione dei sanitari, sorge per la struttura sanitaria l'onere di provare che l'evento dannoso sia stato determinato da una causa ad essa non imputabile o imprevedibile.

Il nesso causale, quale elemento costitutivo della responsabilità contrattuale ed



extracontrattuale, rileva sotto un duplice profilo, il primo è quello della causalità materiale, intesa come il collegamento naturalistico tra la condotta attiva od omissiva del soggetto danneggiante e la causazione dell'evento dannoso. Il secondo profilo, invece, attiene alla causalità giuridica intesa come il collegamento giuridico tra il fatto e l'evento, la quale consente la determinazione dell'obbligazione risarcitoria.

La valutazione del nesso causale in sede civile, pur ispirandosi astrattamente ai criteri di cui agli artt. 40 e 41 c.p., in base ai quali un evento è da considerarsi causato da un altro se il primo non può verificarsi in assenza del secondo, presenta molte differenze in relazione al regime probatorio applicabile, stante la diversità dei valori alla base tra responsabilità civile e responsabilità penale. Infatti, nell'accertamento del nesso causale in materia penale vige la regola del "oltre ogni ragionevole dubbio", mentre in sede civile vige il criterio del "più probabile che non".

Nel caso esaminato, il giudice è giunto ad un'esclusione del nesso di causalità tra la condotta dei sanitari e l'evento verificatosi, negando le prospettazioni dei congiunti del deceduto e soffermandosi sulla consulenza

tecnica, che ha determinato l'esclusione del nesso eziologico per le risultanze a cui è pervenuta, per il coinvolgimento di ulteriori cause che con certezza probabilistica e in termini scientificamente plausibili, hanno determinato l'insorgenza della patologia.

### *Soluzione*

Il Tribunale di Bari ha ritenuto che la pretesa degli attori è infondata, quindi ha deciso di rigettarla, in quanto si è soffermato sul ruolo centrale dato dalla consulenza tecnica, soprattutto nei casi di accertamento della responsabilità medica, come quello esaminato, attribuendole portata probatoria. Gli attori ritenevano che dalla consulenza operata ne sarebbe derivato "un'incertezza nell'accertamento" da addebitare al medico, gravando su quest'ultimo l'onere probatorio. Tuttavia, secondo il Tribunale, dalle informazioni emerse, ne è derivata l'esclusione del nesso di causalità tra il danno lamentato dai congiunti ed i trattamenti terapeutici imposti al paziente, in virtù dei riscontri manifestati dal consulente tecnico, il quale ha individuato dei fattori alternativi a cui ricondurre con certezza probabilistica la patologia insorta. Le circostanze menzionate, di conseguenza, sono state



collocate dal giudice in un contesto di certezza degli accertamenti, con cui si è arrivati all'esclusione del nesso eziologico tra condotta medica ed evento. Di conseguenza, il presupposto della tesi degli attori, è errato con riguardo al mancato utilizzo della regola probatoria che governa il nesso di causalità nel processo civile.

Pertanto, secondo il Tribunale, è stato dato un riscontro oggettivo sull'insussistenza della responsabilità dei sanitari e della struttura, nonché del nesso di causalità, considerando anche che nel caso di specie non c'era alcuna incertezza sugli accertamenti diagnostici, oggetto di analisi.

Quindi, il Tribunale ha smentito la censura degli attori, rigettando la loro richiesta di risarcimento dei danni.



## PENALE

### La nozione di minorata difesa in relazione al tempo di notte, tra automatismi ed accertamenti in concreto: in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite.

*Cassazione Penale, quinta sezione,  
ordinanza n. 10778 del 19 marzo 2021*

*di Mariacaterina Coiro*

*Quesito: il furto commesso in tempo di notte deve ritenersi solo per questo aggravato ai sensi dell'articolo 61 n. 5 cod. pen.?*

*Fatto*

Il Tribunale di Macerata, all'esito della celebrazione del giudizio abbreviato, in data 22 novembre 2015 pronunciava nei confronti degli imputati sentenza di condanna per il reato di furto aggravato ai sensi degli articoli 61 comma I n. 5 e 625 n. 5 e 7 cod. pen., in relazione all'episodio che vedeva gli stessi protagonisti della sottrazione, dal piazzale di proprietà della "Dolci Alessandro Costa s.r.l.", di diciassette bancali in legno.

La modalità di azione, ricostruita attraverso

il materiale investigativo presente agli atti, evidenziava che i tre imputati, dapprima, manipolavano l'impianto di videosorveglianza, al fine di sviare la ripresa dal punto di ingresso; poi, s'introducevano furtivamente nello spiazzo di proprietà della ditta, superando la recinzione e caricavano la merce su un furgone, prima di essere colti ed arrestati in flagranza.

Avverso la decisione di prime cure, veniva proposta impugnazione, all'esito della quale la Corte d'Appello di Ancona, il 18 aprile 2016, in parziale riforma, confermava la condanna in punto di accertamento, altresì valutando come prive di fondamento le censure relative alla sussistenza delle circostanze aggravanti contestate e al diniego di concessione delle circostanze attenuanti generiche; tuttavia, rideterminava la pena inflitta in favore di due degli imputati, in adeguamento alla effettiva gravità della condotta e al valore della merce sottratta.

Nemmeno trovava accoglimento il motivo di gravame con cui la difesa degli imputati invocava l'applicazione della circostanza attenuante *ex art. 62 n. 6 cod. pen.*, stante l'irrisoria somma offerta dall'imputato a titolo di riparazione del danno.

La questione approdava al vaglio della Corte di Cassazione, a mezzo dei ricorsi proposti

da due degli imputati, la cui comune doglianza consisteva nella contestata violazione di legge, in relazione alla sussistenza della circostanza aggravante della minorata difesa *ex art. 61 comma I n. 5 cod. pen.*, essendo stato il furto commesso di notte.

Investita del ricorso la quinta sezione penale della Suprema Corte, veniva prospettata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, la cui risoluzione necessitava dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

*Norma*

***Art. 61 n. 5 c.p. “Circostanze aggravanti comuni”***

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

*(..)*

*5) l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa”.*

*Inquadramento*

La *quaestio iuris* sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, dunque, coinvolge l'ambito applicativo della circostanza aggravante disciplinata dal n. 5 dell'art. 61 cod. pen., in relazione alle ipotesi di commissione del reato, nella specie di furto, durante le ore notturne.

La *ratio* di tale circostanza aggravante consiste nella maggior disvalore insito nella condotta del reo che, nella realizzazione del fatto di reato, si avvalga di circostanze di tempo, luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da indebolire gli impulsi e la capacità di pubblica o privata difesa della vittima.

Già la dottrina si è a lungo interrogata sulla natura oggettiva piuttosto che soggettiva dell'aggravante in parola, preferendo in tempi più recenti una soluzione intermedia all'interrogativo: alla stregua di un orientamento soggettivistico, l'aggravante della minorata difesa trarrebbe dal significato del termine “profittare” la necessità che, ai fini della sua configurazione, l'autore del reato intenzionalmente agisca nella consapevolezza che il suo proposito criminoso sia quantomeno agevolato dallo stato di attenuata capacità di difesa. Pertanto, è imprescindibile il passaggio valutativo in tal senso indirizzato, in ordine alla intenzionalità

dell'agente.

Viceversa, diverso orientamento riteneva che l'aggravante in esame andasse esclusivamente apprezzata in relazione alla modalità dell'azione, oggettivamente agevolata dalla condizione di minorata difesa, a prescindere da qualsiasi analisi della conoscibilità da parte dell'autore.

La menzionata tesi intermedia, dal suo canto, in primo luogo fa derivare dal termine "profittare" proprio la necessità che il soggetto sia a conoscenza della situazione favorevole per i suoi fini; ma, ad ogni modo, impone che la circostanza sia valutata sul versante oggettivo, quale modalità dell'atto.

Operata tale premessa, occorre dare conto della circostanza per cui l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, di fronte alla censura articolata dalla difesa degli imputati, da contezza dell'esistenza, all'interno dell'organo di legittimità, di due diversi orientamenti: il quesito sollevato, pertanto, impone di trovare un'affermazione generale relativa alla valenza della situazione notturna, in cui si consuma il reato, ad integrare per ciò solo l'aggravante della minorata difesa, prescindendo da un raffronto concreto con il contesto fattuale di azione.

Tale interrogativo non è di poco conto, dal momento che l'accoglimento dell'una

ovvero dell'altra interpretazione comporta un vaglio diverso e ben più approfondito in sede di applicazione della circostanza, con evidenti ripercussioni in ordine alla determinazione della cornice edittale sanzionatoria.

L'attenzione della quinta sezione, preliminarmente, si sofferma proprio sulla natura giuridica dell'aggravante in esame concludendo che, alla luce delle più recenti pronunce (*ex multis*, sez. VI n. 18485 del 15 gennaio 2020, Cannata; sez. II n. 47186 del 22 ottobre 2019, PMT c/ Bona; sez. II n. 23153 del 19 dicembre 2018), alla stessa deve riconoscersi natura oggettiva, dal momento che sussiste in ragione dell'obiettiva condizione di favore, che abbia facilitato la condotta criminosa dell'autore: in particolare, si valorizza "*lo specifico contesto spazio-temporale*" in cui si inserisce la vicenda storica, imponendo lo svolgimento di una analisi concreta delle condizioni personali e ambientali in cui si è verificata l'azione criminosa, dell'incidenza sulla stessa dell'omesso controllo da parte della vittima e dello stato oggettivo di approfittamento della circostanza notturna – di tempo – idonea ad ostacolare da reazione difensiva.

Tali pronunce hanno principalmente affrontato gli effetti della commissione

criminosa in tempo di notte in relazione a fattispecie di reato come il furto, che esprimono chiaramente l'incidenza dei fattori agevolativi sulla concatenazione della condotta.

In seconda analisi, l'ordinanza di rimessione si sofferma sulla rilevanza della commissione dell'azione criminosa in tempo di notte ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante della minorata difesa, analizzando dapprima la più risalente posizione giurisprudenziale (sez. II n. 2947 del 13 ottobre 1980; sez. V n. 40035 del 18 giugno 2019), alla stregua della quale la circostanza per cui il reato sia stato commesso in ore notturne automaticamente comporta l'integrazione degli estremi dell'aggravante in parola.

Tale soluzione è giustificata dalla considerazione per cui, nelle ore notturne, il titolare del bene giuridico oggetto di aggressione o di lesione attenua i suoi poteri di vigilanza ordinaria o addirittura non li esercita. Inoltre, già la stessa mancanza o attenuata illuminazione che si accompagna fenomenicamente alle ore notturne è sintomatica della minore sorveglianza e di attenuati impulsi di difesa.

Pertanto, il solo compimento dell'azione in tali periodi della giornata integra di per sé gli

estremi dell'aggravante *ex* art. 61 comma I n. 5 cod. pen.

Di contro, l'orientamento maggioritario (sez. IV n. 53570 del 05 ottobre 2017; sez. IV n. 15214 del 06 marzo 2018; sez. V n. 15674 del 04 maggio 2020 ) esclude il riconoscimento automatico della circostanza aggravante in relazione al mero dato temporale della commissione del fatto durante le ore notturne, richiedendo la ricorrenza di ulteriori condizioni idonee ad corroborare la tesi per cui, alla luce di una concreta e complessiva valutazione, la capacità di difesa del proprietario della *res* possa ritenersi attenuata anche dal momento temporale di azione.

A tal fine, è sufficiente che la difesa pubblica o privata sia anche solo ostacolata e non necessariamente resa impossibile.

È necessario, dunque, che l'*iter* argomentativo del giudice accerti e si soffermi sulla incidenza concreta delle condizioni temporali in cui il reato è stato commesso, in ordine alle aspettative di difesa e alla capacità stessa di reazione, annullandola o semplicemente restringendola, anche ricorrendo ad ulteriori elementi e circostanze che hanno accompagnato lo svolgimento del fatto.

Questo indirizzo ritiene necessario che

l'effetto aggravatore dell'aver profittato di una situazione spazio temporale favorevole e agevolatrice, rispetto alla realizzazione criminosa, deve essere dimostrato non aprioristicamente dall'orario di svolgimento dell'azione, ma ulteriormente avvalorato da concreti indici, sintomatici dell'idoneità dell'ora notturna a comportare la vulnerabilità del soggetto passivo e la contestuale derivazione di beneficio per l'autore del reato.

Non sono a tal fine sufficienti valutazioni di astratta idoneità a favorire la consumazione del reato.

Tale profilo ermeneutico trova giustificazione innanzitutto nel principio di offensività, il quale impone, non solo in relazione alle singole fattispecie incriminatrici, ma in particolar modo alle circostanze aggravanti del reato, di applicare le stesse solo a fatti concretamente offensivi in misura apprezzabile.

In particolare, l'aggravante della minorata difesa rinviene il proprio fondamento proprio nel maggior disvalore espresso dalla condotta di chi approfitti di un contesto particolare – anche solo per configurazione spazio – temporale – che agevoli la concreta consumazione del segmento criminoso.

Nell'attesa che la pronuncia risolutiva delle

Sezioni Unite possa delineare una lettura definitiva della circostanza attenuante in esame, deve evidenziarsi che, del resto, le argomentazioni esposte dal secondo orientamento analizzato, a sostegno dell'esigenza di un metodo di verifica concreta delle connotazioni agevolative della condotta criminosa, già sono state genericamente accolte dall'organo di legittimità e, in particolare, spese in relazione al profittare della circostanza dell'età della persona offesa: la sola valutazione generica e numerica dell'età della vittima, senza una verifica dell'incidenza della scarsa lucidità o disorientamento nella verifica del trascorso criminoso fattuale, non è da preferire rispetto all'opzione interpretativa che attualmente domina in giurisprudenza.

In ultimo, non è superfluo considerare che la risoluzione della questione rimessa alle Sezioni Unite non è affatto priva di effetti giuridici, dal momento che la stessa incide sia espressamente sulla determinazione della sanzione, in caso di riconoscimento, sia indirettamente sul giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee, sia in relazione all'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 55 comma II cod. pen., introdotta con la l. 26 aprile 2019 n. 36 che, nella disciplina dell'eccesso colposo, prevede





l'esclusione della punibilità per legittima difesa domiciliare, nelle ipotesi in cui il soggetto abbia agito per salvaguardare la propria o altrui incolumità da un pericolo attuale di offesa ingiusta, posto in essere

profittando delle condizioni rientranti nella disposizione di cui all'art. 61 primo comma n. 5 cod. pen., ovvero in altro stato di turbamento.



## AMMINISTRATIVO

### Giurisdizione sul cd. “danno da provvedimento favorevole annullato”

*Cons. St., sez. IV, ord., 11 maggio 2021, n. 3701 – Pres. Maruotti, Est. Di Carlo*

*di Eugenio Moras*

### *A chi spetta la giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno da provvedimento favorevole annullato?*

*Fatto*

La questione di diritto trae origine da un ricorso proposto al TAR Marche, contro cui l'amministrato chiedeva la condanna del Comune di Numana al risarcimento dei danni subiti per aver confidato, in buona fede, nella legittimità degli atti di pianificazione urbanistica e dei titoli edilizi emanati dal medesimo comune (alcuni dei quali in favore del suo dante causa) e in seguito annullati in sede giurisdizionale.

Il TAR, accogliendo il ricorso, condannava il Comune al risarcimento del danno in favore del ricorrente.

Il Comune, proponendo gravame avverso detta sentenza dinanzi al Consiglio di Stato, adduceva in via preliminare il difetto di

giurisdizione amministrativa sulla pretesa risarcitoria dell'appellata, assertivamente spettante al giudice ordinario.

Preso atto del formarsi di un fronte ermeneutico magmatico sul punto, tanto presso la Suprema Corte di Cassazione quanto all'interno della stessa giurisprudenza amministrativa, la IV sezione del Consiglio di Stato riteneva opportuno invocare un intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria, rimettendo alla stessa la soluzione dei seguenti quesiti di diritto:

*“se: a) sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi siano risultati soccombenti in un giudizio amministrativo, proposto dal vicino, all'esito del quale sia stata annullata per vizi propri la medesima variante e siano stati annullati per illegittimità derivata i conseguenti permessi di costruire – e, più in generale, se sussista sempre la giurisdizione amministrativa quando – su domanda del ricorrente vittorioso o su domanda del controinteressato soccombente (che proponga un ricorso incidentale condizionato o un ricorso autonomo) – si debba verificare se il vizio di un provvedimento autoritativo, oltre a comportare il suo annullamento, abbia conseguenze sul piano risarcitorio); b) qualora sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda sub a) del*

*controinteressato soccombente, quando sia giuridicamente configurabile un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo'; c) qualora sussista la giurisdizione amministrativa e quand'anche si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole' del controinteressato soccombente, quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione'.*

*Normativa di riferimento*

**art. 103, co. 1, Costituzione**

*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.*

**art. 7, c.p.a.**

1. Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni.

Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

2. Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

3. La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito.

4. Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.

5. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

6. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione.

7. Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle



*particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.*

*8. Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.*

**art. 133, co.1, lett f) c.p.a.**

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

*(...)*

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

*Inquadramento*

Il quesito sollevato dall'ordinanza di rimessione si muove lungo la direttrice, non sempre di cristallina nitidezza, del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario.

Com'è noto, lo storico “concordato D'Amelio-Santi Romano” del 1929 incardinò la distribuzione delle controversie tra g.a e g.o sul cd. criterio della “*causa*

*petendi*”, ossia della situazione soggettiva di cui il privato lamenta l'incisione: preso atto che, nella relazione tra amministrazione e amministrato, possono sorgere posizioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo, si ritenne allora opportuno assegnare le liti aventi ad oggetto le prime al giudice civile, le seconde al giudice amministrativo.

Con l'avvento della Carta fondamentale, poi, detta criteriologia conobbe preciso avallo costituzionale all'art. 103, il quale, per l'appunto, stabilisce *per tabulas* la giurisdizione del g.a. “*per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi*”.

Quanto sopra, infine, trova puntuale conferma anche a livello di normazione primaria: l'art. 7 del codice del processo amministrativo, infatti, nel perimetrare i confini della giurisdizione del g.a. richiama proprio le controversie “*nelle quali si faccia questione di interessi legittimi*”; specularmente, l'art. 2 della “LAC” (l. 2248/1865, all. E) rimette al g.o le liti tra p.a e privato che tangono un “*diritto civile o politico*” di quest'ultimo - ossia un suo diritto soggettivo. Tuttavia, il paradigma della *causa petendi* resterebbe un guscio vuoto laddove non accompagnato, a monte, da regole ermeneutiche precise che governino il



discernimento tra diritto soggettivo e interesse legittimo.

In questo senso, è ormai consolidato l'approdo interpretativo che, emancipando l'interesse legittimo dalla mera tensione alla legalità ed elevandolo a posizione individuale, autonoma e sostanziale, avente pari dignità, anche rimediale, rispetto al diritto soggettivo, ne ravvisa l'epicentro nella mediazione del potere amministrativo, indispensabile affinché il privato possa ottenere il bene della vita anelato.

Il tratto qualificante l'interesse legittimo, allora, diventa ciò che lo affranca dal diritto soggettivo e, di riflesso, ciò che consente di individuare il giudice munito di giurisdizione in relazione ad una data controversia: solo qualora si faccia questione, infatti, del corretto esercizio di quel potere autoritativo frapposto tra l'amministrato e il bene giuridico da egli ambito si avrà interesse legittimo e, di conseguenza, cognizione del g.a.; viceversa, laddove l'amministrazione agisca *iure privatorum*, senza spendere alcun potere pubblico, la condotta da essa tenuta intercetterà il diritto soggettivo del privato e sarà pertanto oggetto di devoluzione al g.o.

Invero, la ricognizione dei principi che governano il riparto di *potestas iudicandi* tra giudice ordinario e amministrativo si

completa con la previsione di una dirompente eccezione al binomio diritto soggettivo-interesse legittimo compendiato dal criterio della *causa petendi*.

Il sopra citato art. 113 Cost., a cui fa eco l'art. 7 del c.p.a., prescrive difatti che, “*nelle particolari materie individuate dalla legge*” il g.a. allarga le maglie della propria giurisdizione - definita in tal via “esclusiva” - fino ad includervi questioni involgenti situazioni giuridiche di diritto soggettivo.

In realtà, l'ambiguità della formula adottata dal legislatore costituzionale nel coniare i presupposti operativi della deroga all'ordinario canone di riparto ha richiesto l'intervento della Consulta, la quale, in due note sentenze (nn. 204/04 e 191/06), ha concorso a precisarne il portato applicativo. Nel dettaglio, il giudice delle leggi ha puntualizzato che la “particolarità delle materie” evocata dalla Costituzione suggerisce l'esigenza che queste ultime siano caratterizzate da un certo intreccio con il potere autoritativo: in altre parole, il legislatore potrà rimettere al g.a. in g.e. le sole controversie su diritti soggettivi che presentino un gancio, anche soltanto mediato, con l'esercizio del potere pubblico. Ove detto ancoraggio manchi in astratto, la relativa previsione normativa sarà



costituzionalmente illegittima; qualora, invece, pur presente in astratto, difetti in concreto, la lite tornerà ad essere conosciuta nella sua sede processuale naturale, ossia davanti al g.o.

Se così è, allora, si comprende appieno la *ratio* che anima il conio di un'eccezionale giurisdizione esclusiva del g.a., posto che, in tal guisa, si solleva il privato dall'imbarazzo di indagare la natura incerta - giacché contaminata dal potere - della propria pretesa e, al contempo, si favorisce la concentrazione delle tutele presso un'unica autorità giudiziaria.

Sulla scia dei chiarimenti operati dalla Corte costituzionale, il legislatore ha integrato in modo organico la riserva di legge fissata dall'art. 103 della Cost. con l'inserimento, all'interno del codice del processo, dell'art. 133, rubricato appunto "*materie di giurisdizione esclusiva*".

In particolare, per quanto qui interessa, la lett. f) dell'art. 133 cpa delinea la giurisdizione esclusiva del g.a. sulle "*controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio (...)*".

Orbene, proprio le incertezze sulla corretta definizione dello spettro applicativo di tale

norma hanno occasionato il dibattito interpretativo sfociato nell'ordinanza di rimessione oggetto del presente contributo.

Ci si è chiesti, infatti, se le maglie della giurisdizione esclusiva presentino una latitudine sufficientemente estesa da ricomprendere anche le domande di risarcimento del danno spiccate dal privato che, destinatario di un provvedimento urbanistico o edilizio favorevole ma successivamente annullato in via definitiva dal g.a. o dalla stessa p.a. in autotutela, lamenti la compressione del legittimo affidamento maturato in ordine alla stabilità dell'atto di cui era stato beneficiario e in funzione del quale aveva orientato le proprie scelte economico-negoziali.

Invero, l'esatta comprensione della problematica *de qua* merita un'ulteriore precisazione concettuale sulla giurisdizione esclusiva.

Si è infatti rammentato che essa si caratterizza e trova la sua ragion d'essere nella commistione fra potere pubblico e comportamenti privatistici della p.a., incidenti su di un diritto soggettivo dell'amministrato.

Ebbene, detto intreccio trova sovente la sua sintesi nella forma del cd. comportamento mediatamente amministrativo, che ricorre

allorquando la p.a. ponga in essere una condotta materiale, lesiva di un diritto soggettivo, la quale però rappresenta il riverbero di un atto o un provvedimento autoritativo a monte.

In ciò riposa, dunque, la differenza con il cd. comportamento materiale vero e proprio che, invece, nasce orfano di ogni connessione con il potere pubblico ed è pertanto oggetto di cognizione, anche in presenza di una norma che scolpisca in quella materia la g.e del g.a, da parte del giudice ordinario.

Su queste premesse ci si è allora domandati, in prima battuta, se il comportamento tenuto dalla p.a. che, nel ledere il legittimo affidamento del privato - ossia un suo diritto soggettivo - tramite il rilascio di un provvedimento favorevole rivelatosi poi illegittimo e pertanto definitivamente caducato in via amministrativa o giurisdizionale, debba qualificarsi come amministrativo o meramente materiale: nel primo caso, la domanda risarcitoria andrebbe correttamente incardinata presso il g.a. in g.e.; nel secondo, invece, il danneggiato dovrebbe avanzare le proprie istanze al giudice civile.

Il quesito, pur postosi nel caso specifico in relazione all'annullamento di un

provvedimento urbanistico-edilizio, presenta una valenza sistematica assai più estesa rispetto alla cornice settoriale in cui è sorto, coinvolgendo, in primo luogo, tutte le istanze risarcitorie spiccate dal danneggiato a seguito della caducazione di provvedimenti favorevoli resi dalla p.a. in materie in cui sussiste la g.e del g.a.

Successivamente, peraltro, con l'evolversi del dibattito e la radicalizzazione di tesi contrapposte, l'indagine sulla giurisdizione in materia di danno da "provvedimento di favore" poi demolito, inizialmente circoscritta alle materie di giurisdizione esclusiva e pacificamente vertente sulla qualificazione del tipo di comportamento tenuto dalla p.a, sul presupposto che la *causa petendi* della domanda fosse comunque la compressione di un diritto soggettivo, ha assunto, invero, caratteri più ampi e generali. Alcuni orientamenti pretori espressi dalla giurisprudenza amministrativa, difatti, hanno cominciato a dubitare che la posizione protetta fosse, nel caso di specie, un diritto soggettivo e hanno preso a riqualificare la situazione giuridica azionata dal privato in termini di interesse legittimo pretensivo.

L'ovvia conseguenza che il citato filone ermeneutico reca seco è quella di attrarre alla giurisdizione amministrativa, non solo



esclusiva ma a questo punto anche di legittimità, tutte le controversie risarcitorie in ordine ai danni da provvedimento favorevole annullato.

Orbene, tratteggiato il quesito di diritto sottoposto alla Plenaria e ripercorsane l'evoluzione, può procedersi ad esaminare *funditus* il contenuto dell'ordinanza di rimessione.

### Soluzione

I giudici amministrativi della IV Sezione si premurano di dare contezza dei diversi orientamenti maturati in seno alla giurisprudenza di legittimità e amministrativa, anche di secondo grado, prima di assumere una propria posizione in merito.

Sul punto, pur nella frammentarietà degli impianti ermeneutici di volta in volta proliferati nella prassi pretoria, è possibile abbozzare uno schema di sintesi che riduce a tre le opzioni interpretative confliggenti.

In particolare, secondo un consolidato filone ermeneutico inaugurato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, sussisterebbe sempre la giurisdizione del giudice civile per tutte le controversie aventi ad oggetto la

domanda di risarcimento dei danni da provvedimento favorevole annullato.

Riassumendo, l'iter logico seguito dagli ermellini si appunta sui seguenti cardini argomentativi:

- il criterio di riparto della *causa petendi* impone di indagare la natura della situazione soggettiva protetta;
- nel caso di specie, il privato lamenta la lesione dell'affidamento legittimamente ingeneratogli da un provvedimento di favore rilasciato dalla pubblica amministrazione e poi annullato in via giurisdizionale o in autotutela, in funzione del quale si era indirizzato verso talune scelte economiche anziché altre;
- viene dunque in gioco, secondo la Suprema Corte, un diritto soggettivo: dapprima qualificato come diritto all'integrità patrimoniale, poi, nelle pronunce successive, più correttamente identificato nel diritto di autodeterminazione negoziale dell'amministrato; ciò, pertanto, radica la giurisdizione presso il giudice ordinario;
- la giurisdizione del g.o non viene meno neanche nelle ipotesi in cui legislatore abbia previsto, rispetto alla macro-materia interessata dal provvedimento poi annullato, la giurisdizione esclusiva del g.a.





(come nel caso dell'urbanistica o dell'edilizia): per la Cassazione, infatti, si verserebbe in presenza di un comportamento mero e non già di un comportamento amministrativo. Infatti, essendo l'annullamento dell'atto di favore ormai divenuto definitivo e, pertanto, non essendo più in contestazione il *quomodo* del potere, verrebbe meno quel collegamento mediato tra l'azione autoritativa e la condotta materiale tenuta della p.a. che qualifica il cd. comportamento amministrativo e giustifica la devoluzione delle relative controversie al g.a in g.e.

Su altro fronte, la giurisprudenza amministrativa, ancorché non unanimemente, rigetta la ricostruzione proposta dalle Sezioni Unite.

Dapprima, alcune sentenze (Consiglio di Stato, Sez V, n. 857/15; TAR Abruzzo, Sezione di Pescara, n. 312/12), collocandosi in una posizione mediana, hanno ritenuto opportuno distinguere a seconda che il privato abbia visto o meno il proprio legittimo affidamento inciso dalla caducazione di un provvedimento rientrante in una materia di giurisdizione esclusiva.

Solo nel primo caso, infatti, la giurisdizione si radicherebbe presso il g.a in g.e: il legame con il potere, si osserva, non può dirsi

perduto per il sol fatto che sull'esercizio di esso non vi sia più controversia, essendo comunque un fatto ineliminabile il rapporto di occasionalità necessaria tra l'azione amministrativa e la maturazione di un affidamento poi tradito.

La P.A. avrebbe, in altre parole, tenuto un comportamento cd. amministrativo, tangente un diritto soggettivo ma censurabile davanti al g.a in g.e in virtù della mediata correlazione con il potere esercitato (male) a monte.

Viceversa, al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, la riesplorazione del criterio della *causa petendi* importa la devoluzione della lite alla cognizione naturale del giudice ordinario.

Al contrario, un diverso orientamento, manifestando un approccio ancor più radicale condiviso dalla stessa ordinanza di rimessione, ritiene in ogni caso sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, quale che sia la materia venuta in rilievo.

Detta conclusione poggia sulla considerazione che la posizione sostanziale alla base della domanda risarcitoria spiccata dal privato non sia di diritto soggettivo, bensì di interesse legittimo pretensivo.

Per i fautori della teoria in esame, infatti, ciò di cui si duole il privato è pur sempre uno scorretto esercizio del potere, non potendo

seriamente affermarsi che l'interesse legittimo pretensivo si esaurisca nel soddisfacimento precario della pretesa, a prescindere dalla sua successiva stabilità.

In altre parole, la lesione dell'interesse legittimo pretensivo dell'amministrato perdura anche dopo la concessione di un provvedimento che è favorevole soltanto in apparenza, poiché in realtà illegittimo e destinato a successiva demolizione.

D'altronde, il legame tra l'illecito commesso dalla p.a e il provvedimento amministrativo che lo origina non può declinarsi in senso meramente cronologico, tale per cui il solo fatto che il procedimento si concluda in senso favorevole all'istante rappresenterebbe una soluzione di continuità tra i due termini succitati, dovendosi invece più correttamente appuntare sotto il profilo eziologico, secondo un rapporto di causa-effetto tra l'esercizio del potere e il danno lamentato dal privato.

E, a ben vedere, detta relazione eziologica, indagata secondo la lente della causalità adeguata, ben sussisterebbe tra l'azione autoritativa di favore, ma poi censurata, a monte e il danno a valle, poiché senza i vizi della prima, il secondo, che ne è un predicato normale, non si sarebbe prodotto.

In quest'ottica, allora, l'annullamento

retroattivo del provvedimento assurge, ai fini del riparto di giurisdizione, a mera *factio iuris* incapace di trasfigurare l'iniziale posizione soggettiva di interesse legittimo pretensivo, di cui il privato era stato portatore nel corso del procedimento, in diritto soggettivo alla tutela dell'affidamento.

Invero, argomentare in tal senso significherebbe omettere di considerare che la (auto)tutela demolitoria oblitera il provvedimento da un punto di vista giuridico e non già storico: non può infatti sostenersi che la rimozione retroattiva del provvedimento faccia sì che quest'ultimo smetta di rilevare come tale per integrare un comportamento materiale illecito ex art. 2043 cc., quasi che l'atto iniziale non fosse mai esistito.

È, semmai, vero il contrario: l'annullamento del provvedimento testimonia che esso è esistito e che il potere è stato esercitato, ancorché male; l'esercizio scorretto del potere ha originato al privato un danno, che è causale rispetto al provvedimento sebbene non sia cronologicamente riconducibile al momento del suo rilascio ma a quello della sua caducazione.

Il naturale predicato della teoria appena esposta è l'affermazione della giurisdizione del g.a per ogni lite risarcitoria sui danni

prodotti da provvedimenti favorevoli annullati o autoannullati, a nulla importando che la materia rientri o meno nel novero di quelle di giurisdizione esclusiva.

Infatti, per l'impostazione in esame - che si ricorda essere caldeggiata anche dall'ordinanza di rimessione - la situazione soggettiva di cui si duole il privato è sempre di interesse legittimo pretensivo e mai di diritto soggettivo.

Così esposti i termini del dibattito e in attesa del pronunciamento della Plenaria, pare doveroso concludere con alcune riflessioni.

A ben vedere, entrambe le tesi più estreme scontano alcune criticità.

L'orientamento propugnato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, infatti, si infrange sulla considerazione che, anche nelle materie coperte dalla g.e del g.a, vi sarebbe la giurisdizione del giudice ordinario. Invero, è arduo sostenere che l'annullamento del provvedimento obliteri in sé e per sé ogni connessione con il potere, specie considerando che la stessa cognizione sulla domanda risarcitoria si appunta, per misurare la legittimità dell'affidamento generato nel privato, sulle caratteristiche del provvedimento annullato, sul vizio che lo ha colpito e sulla sua eventuale riconduzione ad

un errore colpevole o incolpevole della p.a., ecc.

Ciò suggerisce la persistenza di un saldo ancoraggio al potere, che rende il comportamento illecito della p.a. "amministrativo" e dunque devoluto al g.a ogni qualvolta il legislatore ne riconosca la giurisdizione esclusiva.

Parimenti poco convincente è l'argomentazione, avallata dall'ordinanza di rimessione, secondo cui si tratterebbe in ogni caso di un danno da lesione di interesse legittimo pretensivo, con monolitica cognizione della relativa domanda dinanzi al g.a.

Il privato, infatti, non si duole più del potere e del suo esercizio, ma solo della compromissione dell'affidamento alla stabilità del provvedimento a causa dell'imperizia della p.a.; ciò che l'amministrato lamenta, allora, non è tanto il danno derivante dall'insoddisfazione di quella pretesa compendiata nell'interesse legittimo pretensivo di cui era portatore, bensì il pregiudizio patito alla propria libertà di autodeterminazione negoziale nell'aver compiuto delle scelte in virtù dell'erronea e incolpevole convinzione che quel bene della vita gli spettasse in via definitiva.

La situazione protetta, allora, è il diritto

soggettivo alla libertà negoziale, non l'interesse legittimo pretensivo.

Ne discende che, probabilmente, ad essere preferibile è proprio la tesi mediana: assumendo che la posizione tutelata è il diritto soggettivo all'autodeterminazione contrattuale, la cui sede naturale di cognizione è dinanzi al giudice civile, diventa allora dirimente, ai fini del riparto, distinguere tra giurisdizione di legittimità e

giurisdizione esclusiva, sicché solo in tale secondo caso, qualificandosi il comportamento della p.a. come amministrativo, la controversia risarcitoria dovrà essere conosciuta dal g.a anziché dal g.o.



## Pillole di Diritto

*a cura di Luca Cestaro*

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



## CIVILE

### *Il contratto preliminare ad effetti anticipati non comporta (di norma) il possesso ad usucapionem*

#preliminareeffettianticipati      #detenzione

#possessoadusucapionem

Corte di Cassazione, sez. II civile, ord. n. 11470  
del 30.04.2021

1- La pronuncia della seconda sezione presenta un peculiare interesse nella misura in cui la Corte prende posizione sulle teorie relative all'efficacia, reale o meno, del contratto preliminare a effetti anticipati.

La parte ricorrente, basandosi su una clausola contrattuale che aveva previsto il trasferimento del possesso “a ogni fine”, sostiene che il preliminare avrebbe comportato l'insorgenza del possesso *ad usucapionem* e non della mera detenzione. Secondo la tesi della parte ricorrente “la relazione con la cosa che si crea in capo al promissario acquirente nel preliminare con consegna anticipata, non può avere valenza assoluta ed indiscriminata, dovendosi sempre considerare il caso concreto e la reale volontà delle parti, e ciò vieppiù alla luce della recente evoluzione normativa e giurisprudenziale della figura del contratto preliminare”. E, in particolare, il preliminare “ad effetti anticipati è da ritenere anticipi non gli effetti del definitivo, quanto le prestazioni tipiche della stessa vendita, ovvero il

pagamento del prezzo e la consegna del bene, quest'ultima perciò produttiva dell'*animus rem sibi habendi* in favore del promissario acquirente”.

2 – La Corte respinge tale ricostruzione confermando la diversa tesi secondo cui quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori.

Conseguentemente, la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è inquadrabile nella detenzione qualificata e non nel possesso utile “*ad usucapionem*”, salvo la dimostrazione di una sopravvenuta “*interversio possessionis*” nei modi previsti dall'art. 1141 c.c.

Viene, poi, espressamente respinta la ricostruzione che vede nel preliminare un negozio attributivo di uno *ius ad rem* e non di un semplice diritto di credito, di talché “la posizione del promissario acquirente si connoterebbe in termini di possesso, non già alienato separatamente dal diritto cui fa riferimento (non potendo aversi trasmissione di un'attività), quanto materialmente consegnato nell'ambito della operazione economica finalizzata alla vendita della proprietà”. Tanto a favore del “più sicuro criterio di qualificazione”



secondo cui, “quale che sia la giustificazione causale della anticipazione della consegna del bene e del pagamento del prezzo, esula inevitabilmente dal preliminare, per confluire sempre nel definitivo, il riscontro della immediata produzione dell'effetto traslativo reale”.

3 – Da ultimo, la Corte mostra di non poter attribuire valore dirimente alla specifica pattuizione negoziale sopra descritta al fine di qualificare il possesso. Quest'ultimo, infatti, non è un diritto, in ordine al quale basti una manifestazione di volontà negoziale per modificarne la titolarità, ma occorre sempre valutare, in fatto, il

complesso delle circostanze nel cui ambito il possesso sarebbe sorto e poi proseguito; nel caso di specie, la Corte sembra ritenere dirimente, nel senso dell'insorgenza originaria della detenzione e non del possesso, la circostanza che il rapporto con la *res* è sorto “non per effetto di un atto originario di materiale di *adprehensio* o comunque di un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà, quanto per derivazione in esecuzione della convenzione (accessoria al preliminare), il che rende altresì superfluo il ricorso alla presunzione di cui all'art.1141 c.c.”



## PENALE

### *La pillola di diritto del 17.05.2021*

#### *I presupposti per integrare l'aggravante dell'odio razziale*

*#dolodiretto #odiorazziale #lesioni*

*Corte di Cassazione, sez. I penale, Sentenza n. 18413 del 12.05.2021*

1 - La Sentenza, in primo luogo, conferma il principio secondo cui in tema di delitti omicidiari, deve qualificarsi come dolo diretto, e non meramente eventuale, quella particolare manifestazione di volontà dolosa definita dolo alternativo, che sussiste quando il soggetto attivo prevede e vuole, con scelta sostanzialmente equipollente, l'uno o l'altro degli eventi causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria, con la conseguenza che esso ha natura di dolo diretto ed è compatibile con il tentativo (v. Corte appello Palermo sez. III, 02/02/2016, n.51).

Netta è, quindi, la differenza con il dolo eventuale -non compatibile con il tentativo- “caratterizzato dal fatto che chi agisce non ha il proposito di cagionare l'evento delittuoso, ma si rappresenta la probabilità, od anche la semplice possibilità, che esso si verifichi e ne accetta il rischio”.

La condotta, costituita da un pestaggio concluso con un violento calcio al volto tale da causare gravi lesioni, è inquadrata, quindi,

nel tentato omicidio con dolo alternativo (lesioni o omicidio).

2 – Il reato è, altresì, ritenuto aggravato dall'odio razziale; l'imputato ha, infatti, dato inizio all'aggressione pronunciando frasi insultanti nei confronti del colore della pelle della vittima e degli immigrati, cittadino extracomunitario che tornava a casa dopo aver finito di lavorare in un ristorante. La tesi difensiva, respinta dalla Sezione, è nel senso della inconfigurabilità dell'aggravante poiché la condotta non si presenta orientata “finalisticamente” a escludere condizioni di parità per ragioni fondate sulla appartenenza della vittima ad una etnia, razza, nazionalità o religione.

La Corte rammenta, in senso contrario, che l'aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso (art. 3 D.L. n. 122 del 1993, conv. in legge n. 205 del 1993) “è configurabile nel caso di ricorso ad espressioni ingiuriose che rivelino l'inequivoca volontà di discriminare la vittima del reato in ragione della sua appartenenza etnica o religiosa”. Essa, in particolare, ricorre “non solo quando l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulta intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio e comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori, ma anche quando essa si





rapporti, nell'accezione corrente, ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza”.



## AMMINISTRATIVO

### *La pillola di diritto del 20.5.2021*

#### *L'impugnativa dei titoli edilizi*

#termineperimpugnare #titoliedilizi #condono  
#41cpa

T.A.R. Genova, sez. I, Sent. n. 361 del  
22.04.2021

1 - Com'è noto, a presidio della certezza delle situazioni di diritto pubblico, gli atti amministrativi devono essere impugnati entro un termine decadenziale.

In particolare, l'art. 41, comma 2, c.p.a. individua il *dies a quo* del termine decadenziale per la proposizione dell'azione di annullamento nel momento della “notificazione, comunicazione o piena conoscenza” dell'atto, ovvero, “per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale”, nel “giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge”.

2 – Nel campo dei titoli edilizi, la difficoltà è data dalla circostanza che i potenziali controinteressati (es. vicini di casa) non hanno, normalmente, contezza del rilascio del provvedimento autorizzatorio. La giurisprudenza ha, quindi, elaborato dei criteri in base ai quali individuare il momento

iniziale di decorrenza del termine. Tali criteri, afferma il T.A.R. Ligure, “costituiscono il punto di equilibrio fra le due contrapposte esigenze di garantire, da un lato, la tutela dei soggetti lesi dall'iniziativa edificatoria, e, dall'altro lato, di evitare abusi da parte di questi ultimi, che potrebbero differire sine die il consolidamento del titolo edificatorio postergando la richiesta di rilascio di copia del medesimo”.

In particolare, si è affermato che la “piena conoscenza” dell'atto si realizza non già quando il controinteressato acquisisca copia dell'atto medesimo, ma quando risultino completati i lavori o “comunque dal momento in cui la costruzione realizzata è tale che non si possano avere dubbi in ordine alla portata dell'intervento” (T.A.R. Napoli, Campania, sez. VII, 05/08/2020, n.3523). È, in questi momenti, infatti, che si consegue la (almeno potenziale) percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività della sfera giuridica del potenziale ricorrente, in modo da rendere percepibile l'attualità dell'interesse ad agire contro di esso (T.A.R. Napoli, Campania, sez. VII, 09/03/2020, n.1069).

3 – Il T.A.R. di Genova, con apprezzabile sforzo ricostruttivo, distingue i diversi criteri

per il computo del termine elaborati con riferimento anche ai titoli edilizi in sanatoria (es. condono).

In particolare:

“-) con riferimento ai titoli “ordinari”, qualora si contesti l’illegittimità del permesso (l’an dell’edificazione) per il solo fatto che esso sia stato rilasciato (ad esempio, per contrasto con l’inedificabilità assoluta dell’area), il termine di impugnazione va computato dall’inizio dei lavori; se, invece, si censura il contenuto specifico del titolo (il quomodo dell’edificazione) (ad esempio, per eccesso di volumetria o per violazione delle distanze minime tra fabbricati), il dies a quo coincide con il completamento delle opere o con il raggiungimento di un grado di sviluppo tale da rendere palese la dimensione, consistenza e finalità dell’erigendo manufatto; (...)

-) per i titoli in sanatoria, invece, il termine decadenziale decorre, di regola, dalla piena conoscenza del provvedimento in forza di comunicazione individuale, posto che, in presenza di opere edilizie abusive, la sopravvenienza di un atto sanante costituisce un evento ipotetico e incerto, in relazione al quale è irragionevole pretendere dall’interessato l’esecuzione di continui accessi presso gli uffici comunali o verifiche

dell’albo pretorio”.

Tale ultima conclusione, peraltro, subisce un temperamento “alla luce del principio di certezza delle situazioni giuridiche, nei casi in cui l’abuso (presupposto della domanda di condono o di sanatoria) riguardi situazioni manifeste che, secondo l’*id quod plerumque accidit*, stimolano un’immediata reazione del soggetto leso, sì che in tali ipotesi riprende vigenza l’onere di presentazione senza indugio di richieste di accesso o, almeno, di controllo dell’albo pretorio”. Il temperamento in commento, si afferma, è necessario al fine di tutelare la stabilità dell’agire amministrativo e l’affidamento del soggetto che ha beneficiato della sanatoria; a ragionare diversamente, infatti, i terzi controinteressati potrebbero procrastinare il momento in cui richiedere alla P.A. l’ostensione degli atti al fine di contestare “anche a distanza di moltissimi anni” il provvedimento di condono.



*Associazione Culturale*

**Calamus iuris**

*La penna del diritto*

# **Corso per la preparazione al CONCORSO in MAGISTRATURA**

**IL CORSO PREVEDE:**

Assegno • Tema • Correzione personalizzata  
effettuata dai docenti • Dispensa di dottrina  
e giurisprudenza • Schema del tema • Lezione

**I docenti del corso sono TRE MAGISTRATI.**

**Il corso è a numero programmato.**

*Per info: [pennadeldiritto@gmail.com](mailto:pennadeldiritto@gmail.com)*

*347 9966161 [www.calamusiuris.org](http://www.calamusiuris.org)*