



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 18 - AGOSTO/SETTEMBRE 2021

APPROFONDIMENTI

Penale: Il “nuovo” abuso d’ufficio ed un’abolitio criminis nata “già vecchia”

di Alfonso Esposito

Amministrativo: Spigolando fra le righe del comunicato e dei precedenti della corte

di Arcangelo Monaciliuni

Temi Svolti:

Civile: Tema svolto: esami il candidato la responsabilità per attività pericolose, il relativo criterio di imputazione e l’oggetto della prova liberatoria; si soffermi, inoltre, sulla responsabilità per illecito trattamento dei dati personali nel caso di illegittima segnalazione di posizioni debitorie alla centrale dei rischi

di Federica Crescioli

Amministrativo: La giurisdizione esclusiva nel caso di inadempimento delle concessioni pubbliche con particolare riferimento all’applicazione di sanzioni e alla revoca

di Federica Scariato

Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro e Paolo Vincenzo Rizzardi



Sommario

| | |
|---|----|
| SOMMARIO..... | 2 |
| APPROFONDIMENTI | 5 |
| PENALE | 6 |
| Il ‘nuovo’ abuso d’ufficio ed un’abolitio criminis nata ‘già vecchia’ | 6 |
| 1. La perenne riforma dell’abuso d’ufficio..... | 6 |
| 2. L’ultimo capitolo: la novella del 2020 | 7 |
| 3. L’abolitio criminis nelle pronunce della Corte di cassazione..... | 9 |
| 4. Quale futuro per l’abuso d’ufficio?..... | 11 |
| AMMINISTRATIVO | 14 |
| Spigolando fra le righe del comunicato e dei precedenti della Corte | 14 |
| TEMI SVOLTI | 19 |
| CIVILE | 20 |
| Tema svolto: esaminare il candidato la responsabilità per attività pericolose, il relativo criterio di imputazione e l’oggetto della prova liberatoria; si soffermi, inoltre, sulla responsabilità per illecito trattamento dei dati personali nel caso di illegittima segnalazione di posizioni debitorie alla centrale dei rischi | 20 |
| AMMINISTRATIVO | 24 |
| La giurisdizione esclusiva nel caso di inadempimento delle concessioni pubbliche, con particolare riferimento all’applicazione di sanzioni e alla revoca | 24 |
| PILLOLE DI DIRITTO..... | 28 |
| CIVILE | 29 |
| La pillola di diritto del 7.9.2021 | 29 |
| Diritto del nato da parto anonimo ad accedere a informazioni sulle proprie origini | 29 |
| Corte di Cassazione, sez I civile, Sentenza n. 22497 del 15/07/2021..... | 29 |
| PENALE | 32 |
| <i>La pillola di diritto del 14.9.2021</i> | 32 |
| <i>Istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia</i> | 32 |
| <i>#istigazionepedofiliapedopornografia#istigazioneadelinquere#414biscp#414cp</i> | 32 |
| Corte di Cassazione, sez. III penale, Sentenza n. 23943 del 18/06/2021. | 32 |
| AMMINISTRATIVO | 35 |
| <i>La pillola di diritto del 20.9.2021</i> | 35 |
| <i>La sospensione dei sanitari che non si vaccinano costituisce un ragionevole bilanciamento dei diritti (fondamentali) in gioco</i> | 35 |

| | |
|---|----|
| <i>#vaccino #Covid19 #sospensione #lavoro #sanitari</i> | 35 |
| <i>T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, Sent. n. 261 del 10.9.2021</i> | 35 |



Anno 2, n. 18, agosto/settembre 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*
Alfonso Esposito – *Avvocato penalista*
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 ordinario, Giudice del Tribunale di Cassino*
Carlo Gabutti – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Palmi*
Chiara Martello – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Cuneo*
Giannicola Paladino – *Magistrato ordinario, giudice del tribunale di Napoli Nord*
Maria Porcelli – *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

indirizzo redazione

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



Approfondimenti

PENALE

Il ‘nuovo’ abuso d’ufficio ed un’abolitio criminis nata ‘già vecchia’

di Alfonso Esposito

1. La perenne riforma dell’abuso d’ufficio.
2. L’ultimo capitolo: la novella del 2020.
3. L’abolitio criminis nelle pronunce della Corte di cassazione.
4. Quale futuro per l’abuso d’ufficio?

1. La perenne riforma dell’abuso d’ufficio

Se mai c’è stata incriminazione dalla vita travagliata, questa è l’abuso d’ufficio. Contemplato dall’art. 323 c.p., tale delitto contro la pubblica amministrazione, nell’originaria impostazione del titolo II del libro II del codice d’epoca fascista, trovava applicazione solo residuale, tanto da essere definito “*abuso innominato*”. Infatti, già la rubrica significativamente ne circoscriveva l’applicazione “*ai casi non preveduti specificamente dalla legge*”, sanzionando con

reclusione fino a due anni o la multa da lire centomila a due milioni “*il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge*”.

Classico reato proprio, realizzabile soltanto dal pubblico ufficiale, l’illecito in questione ben si prestava a garantire le esigenze di tutela ‘a tutto campo’ sottese alla nozione quanto mai ampia di ‘pubblica amministrazione’, comprensiva “*dell’intera attività dello Stato e degli altri enti pubblici*”, per cui ad essere tutelata era ed è ancora “*non solo l’attività amministrativa in senso stretto, tecnico, ma sotto un certo aspetto anche quella legislativa e giudiziaria*”¹. In questo il codice Rocco si rivelava in sostanziale continuità col previgente codice Zanardelli, sebbene quest’ultimo presentasse un’impronta maggiormente liberale².

Tuttavia, con la l. n. 86/1990 il legislatore intraprendeva un complesso ed articolato lavoro di rimodellamento, destinato a

¹ Come si legge nella *Relazione ministeriale al progetto definitivo di codice penale*, in *Lavori preparatori*, Roma, 1930, V, parte II, p. 110.

² Secondo quanto annota TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, p. 121.

protrarsi in pratica fino ad oggi³: il ruolo residuale della fattispecie era in qualche modo ridimensionato, dal momento che essa conosceva una decisa rivalutazione, tanto da presentarsi come ‘norma-simbolo’ nella lotta contro il malaffare pubblico. Infatti, il mero abuso di potere ad opera del pubblico ufficiale era maggiormente dettagliato da parte del legislatore della riforma del ‘90, in modo da restare pur sempre un reato proprio, ma giungendo a sanzionare non solo il pubblico ufficiale, ma anche l’incaricato di servizio, che abusavano del loro potere al fine di procurare, a sé e ad altri, un “*ingiusto*” vantaggio, patrimoniale o non, o per arrecare ad altri un danno “*ingiusto*”.

Dopo altri sette anni, la l. n. 234/1997 apportava nuove modifiche, giustificate dall’insoddisfacente resa della novellata fattispecie, perché l’intento, perseguito dal riformatore, di delimitarne l’ambito applicativo risultava di fatto vanificato da una prassi giudiziaria fin troppo incline a ravvisare gli estremi dell’illecito in commento anche nei meri casi di eccesso o sviamento di potere, con la conseguente commistione dell’illiceità penale con quella

amministrativa. Mediante la riformulazione del 1997 il fine specifico di procurare un vantaggio o un danno ingiusti diventava l’evento necessario per la consumazione del reato, realizzabile secondo le specifiche modalità della “*violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti*”; inoltre, lo stesso elemento soggettivo del dolo era ristretto alla sola forma dell’intenzionalità, così come il vantaggio ingiusto per sé o altri (espressamente menzionato in alternativa al danno ingiusto) veniva circoscritto alla sfera patrimoniale.

2. L’ultimo capitolo: la novella del 2020

Nemmeno questo, però, è bastato per conferire stabilità all’incriminazione, se è vero che il d.l. n. 76/2020, convertito con modifiche nella l. n. 120/2020, ha ritenuto necessario sostituire il generico riferimento alle “*norme di legge o di regolamento*” con l’altro, indubbiamente meglio definito e più ristretto (non solo per l’omessa menzione delle norme regolamentari), relativo a “*specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle*

³ Per un’esauriente ricostruzione del percorso storico conosciuto dalla norma si rinvia a FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2021, pp. 246 ss.



quali non residuino margini di discrezionalità”⁴. Lo stesso trattamento sanzionatorio, che, come precisato, in origine si sostanziava nella reclusione fino a due anni o nella multa da lire centomila a due milioni, si convertiva nel '90 nella sola reclusione fino a due anni o fino a cinque nell'ipotesi d'ingiusto vantaggio patrimoniale, poi nella reclusione da sei mesi a tre anni nel '97, quindi nella reclusione da uno a quattro anni con la l. n. 190/2012.

Le vicissitudini dell'art. 323 c.p. rispecchiano efficacemente la sua incerta vocazione, attestata dalla sempre presente clausola di riserva – *rectius*, di consunzione⁵ – in forza della quale l'abuso d'ufficio risulta punibile “salvo che il fatto non costituisca più grave reato” (originariamente, se il fatto non era “preveduto come reato da una particolare disposizione di legge”), evidente dimostrazione di come una previsione di applicazione residuale possa, invece, col tempo essere interessata da un'inquietante (ma non imprevedibile) metamorfosi, finendo col diventare una sorta di ‘valvola di sicurezza’,

utile per conferire al sistema punitivo un volto marcatamente repressivo.

Ne è attendibile riprova l'orientamento giurisprudenziale che, da più di un ventennio, ha ricollegato all'incriminazione in esame una portata plurioffensiva, per la sua idoneità a ledere non solo l'interesse “del privato a non essere turbato nei suoi diritti costituzionalmente garantiti”, ma pure quello pubblico “al buon andamento e alla trasparenza della pubblica amministrazione”⁶, quando, poi, non si è addirittura giunti a ravvisare una natura, sì, monoffensiva, ma perché l'unico interesse tutelato sarebbe quello coincidente con i principi sanciti dall'art. 97 Cost., mentre il privato controinteressato “può eventualmente assumere la veste di danneggiato”, non quella di persona offesa⁷.

Di questo bisogna tener conto nel momento in cui si esprime un giudizio sull'ultimo ritocco del 2020, che senza dubbio appare in evidente discontinuità col testo precedente, ma che, per chi non s'accontenta di un'impressione superficiale e considera sia il contesto nel quale si colloca,

⁴ Una dettagliata analisi della riscrittura dell'art. 323 è svolta da GAMBARDELLA, *Simulstabuntvelsimulcadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, n. 7/2020, pp. 141 ss.

⁵ La precisazione, invero pertinente, è stata di recente riproposta da ROMANO B., *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *Pen. dir. proc.*, 2021, p. 113.

⁶ Citando testualmente Cass., sez. VI, 14 maggio 1997, n. 1106, *CED* 207933, riproposto anche in seguito. ed in tempi più vicini, nella decisione della sez. VI, 11 febbraio 2016, n. 5746, *ivi*266174.

⁷ Lo si legge in Cass., sez. VI, 13 dicembre 2006, n. 40694, *CED* 235552, riproposto anche in seguito. ed in tempi più vicini, nella decisione della sez. VI, 22 maggio 2013, n. 21989, *ivi* 2256552.



sia la già rimarcata predisposizione primigenia dell'art. 323 ad assecondare esigenze di tutela quanto mai estese, può risultare a ben vedere ridimensionabile, in particolar modo per quel che concerne gli effetti abolitivi riconnessi all'ultima riforma⁸.

Approfondendo questo profilo, l'obiettivo ed il senso dell'ennesima riconfigurazione dell'illecito sono consistiti nel circoscriverne sensibilmente il campo applicativo, in modo che, restando inalterata la seconda delle modalità espressamente elencate nel dettato normativo, ovvero l'omissione di astenersi, fosse perseguibile a titolo di abuso di ufficio non qualsivoglia violazione di legge o di regolamento – com'era prima dell'intervento legislativo del 2020 –, bensì solo quelle connotate dal requisito di contenere “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge” e senza che residuino “margini di discrezionalità” in favore della pubblica amministrazione, in modo da far rientrare nel perimetro punitivo non solo i casi di potere “già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato (nell'an, nel quomodo, nel quid e nel quando), ma anche i casi riguardanti

l'inosseranza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto o del comportamento in cui si sostanzia l'abuso di ufficio”⁹.

3. L'abolitio criminis nelle pronunce della Corte di cassazione

Per quel che attiene più da vicino alla dimensione intertemporale, la modifica normativa del 2020 ha prodotto un'abolitio criminis parziale, poiché, conformemente a quanto osservato recentemente dalla Cassazione, al sindacato del giudice penale sarebbe sottratto “tanto l'apprezzamento dell'inosseranza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione ‘mediata’ di norme di legge interposte), quanto il cattivo uso – la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa”¹⁰, di modo che i fatti commessi prima

⁹ Cfr. Cass., sez. VI, 1 marzo 2021, n. 8057, in *Guida dir.*, n. 12/2021, pp. 82 ss.

¹⁰ Secondo quanto affermato espressamente in Cass., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442, n. 2 del *Considerato in diritto*, in *Guida dir.*, n. 5/2021, pp. 92 ss., con nota di AMATO, *L'irrelevanza penale trova un limite nell'uso distorto del potere pubblico*.

⁸ In tal senso GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sist. pen.*, 2 dicembre 2020, § 1.

dell'entrata in vigore della legge e non più riconducibili alla nuova versione dell'art. 323 c.p. sarebbero interessati dal fenomeno abolitivo.

Il condizionale, però, è d'obbligo, non trattandosi di abolizione *tout court*, poiché, aderendo al principio massimato quasi dieci anni prima dalle sezioni unite nella 'sentenza Rossi'¹¹, la VI sezione della Cassazione ha precisato che permane la rilevanza penale nelle ipotesi di esercizio del potere discrezionale trasmodante in *“una vera e propria distorsione funzionale dei fini pubblici – sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito”*¹²; tale sviamento di potere, per le sezioni unite della 'sentenza Rossi', integrava la violazione di legge, dato che il potere stesso non sarebbe esercitato *“secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione”*¹³. A questo si aggiunga che la V sezione¹⁴, riproponendo molto di recente tale

orientamento, ha ulteriormente precisato che non bisogna trascurare la rilevanza dell'espressa clausola di riserva, o meglio, di consunzione, premessa nel testo dell'articolo in commento, in forza della quale è pur sempre possibile punire il fatto a diverso titolo per *“un più grave reato”*, con la conseguenza che, se la condotta abusiva coincide con quella di altro illecito come il falso ideologico in atto pubblico (art. 479), si verifica l'assorbimento dell'abuso nel falso¹⁵, mentre nel caso in cui il falso rappresenti solo una parte dell'abuso posto in essere si avrà concorso di reati¹⁶.

Alla luce di quanto appena rammentato, è possibile, allora, ridefinire più precisamente la portata effettiva dell'*abolitio criminis* che, *ictu oculi*, parrebbe più estesa di quel che, invece, è realmente. Soprattutto ove si consideri che, con la 'sentenza Rossi' del 2012, le sezioni unite, dirimendo un annoso contrasto interpretativo, hanno avallato il sindacato del giudice sulla discrezionalità amministrativa nelle ipotesi di eccesso o sviamento di potere, ossia quando il fine perseguito sia diverso e confliggente con quello per il quale il potere è attribuito.

¹¹ Si allude a Cass., sez. un., 10 gennaio 2012, n. 155, CED 251498.

¹² In questi termini Cass., n. 442/2021, cit., n. 2 del *Considerato in diritto*.

¹³ Cfr. Cass., sez. un., n. 155/2012, cit., CED 251498.

¹⁴ La pronuncia alla quale ci si riferisce è quella di Cass., sez. V, 8 aprile 2021, n. 13250, n. 7.1 del *Considerato in diritto*, interamente consultabile in www.neldiritto.it.

¹⁵ Riproponendo la conclusione cui era pervenuta Cass., sez. VI, 28 marzo 2017, n. 13849, CED 269482.

¹⁶ In tal senso, ad esempio, Cass., sez. V, 6 ottobre 2017, n. 45992, CED 271073.

È questo, appunto, il potere trasmodante al quale poco sopra si accennava, che si concretizza in una distorsione funzionale dei fini pubblici, che non può essere ignorata dal giudice; in questo modo, però, com'è stato efficacemente rimarcato¹⁷, è la discrezionalità del potere giurisdizionale – con la valutazione di come sia stato adoperato il potere da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio – a condizionare fortemente la discrezionalità amministrativa, determinando due ricadute negative, la riemersione dell'opinabile permeabilità tra illecità amministrativa e quella penale – che, come osservato nel paragrafo iniziale, il legislatore del '97 intendeva in qualche modo fronteggiare¹⁸ – e, conseguentemente, una sensibile limitazione della portata innovativa della riforma.

4. Quale futuro per l'abuso d'ufficio?

In effetti, nella misura in cui si rammenta la prospettiva di partenza del codice Rocco – tutt'altro che restio ad un controllo, in sede penale, della stessa discrezionalità amministrativa – il delitto di abuso d'ufficio

vede legittimata la propria sopravvivenza per il futuro¹⁹. Tuttavia, sarebbe miope e fuorviante credere che la ragione giustificativa dell'incriminazione sia indissolubilmente connessa alla matrice autoritaria della codificazione del periodo fascista, anzi, a ben vedere, è proprio il principio illuministico di separazione dei poteri – finalizzato essenzialmente a garantire i diritti individuali da prevaricazioni provenienti da ogni ambito (legislativo, esecutivo e giudiziario) – ad esigere che l'operato della pubblica amministrazione sia suscettibile di controllo da parte di un giudice indipendente dall'*autoritas* amministrativa, e questo appunto per tutelare i diritti fondamentali dei cittadini²⁰.

Sulla scorta di tale riflessione, parte della dottrina è dell'avviso che, se s'intendesse applicare la riforma del 2020 sottraendo la discrezionalità della P.A. al sindacato del giudice penale, si verrebbe di fatto non solo a ridurre il perimetro applicativo dell'art. 323, ma addirittura a abrogare di fatto quest'ultimo, restringendo il novero delle ipotesi incriminabili a pochi e tutt'altro che

¹⁷ Si veda ROMANO B., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolito criminis parziale*, cit., p. 113.

¹⁸ Intento rammentato, da ultimo, anche nel contributo di GAMBARDELLA, *Simulstabuntvelsimulcadent*, cit., p. 136.

¹⁹ L'acuta e documentata osservazione risale a GAMBARDELLA, *Simulstabuntvelsimulcadent*, cit., p. 158.

²⁰ Ancora GAMBARDELLA, *Simulstabuntvelsimulcadent*, cit., p. 158.

incisivi casi di scuola e vanificando condivisibili esigenze di legalità sostanziale²¹.

Se è questo il fine recondito del legislatore dell'ultima novella, si spaccerebbe per riforma quella che altro non è che una pragmatica depenalizzazione²² ed allora tanto varrebbe eliminare del tutto la norma, evitando superflui lavori “*di cesello*”²³. La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha avallato, come illustrato nel paragrafo che precede, la tesi del “*simulstabuntvelsimulcadent*”²⁴ che teorizza come indissolubile il binomio ‘abuso d’ufficio-sindacato sulla discrezionalità amministrativa’, assicurando alla norma in commento una perdurante vitalità.

Resta solo da chiedersi se questa soluzione ermeneutica, pulsante nel ‘diritto vivente’ e di respiro sicuramente più ampio rispetto a quella strettamente letterale del novellato dettato normativo, sia effettivamente

funzionale a contrastare il malaffare pubblico: in fondo, quando si sostiene che solo in questo modo si può garantire una tutela efficace ed efficiente ai cittadini contro gli abusi della P.A. si corre il rischio, nondimeno, di perpetuare quella concezione meramente repressiva e sanzionatoria che un diritto penale dell’*extrema ratio* e, soprattutto, del finalismo rieducativo consacrato nel comma 3 dell’art. 27 Cost. non dovrebbe limitarsi ad incarnare.

In tal caso la riforma del 2020 sarebbe nata ‘già vecchia’, perché comunque debitrice d’impostazioni politico-criminali quanto mai risalenti e dissonanti rispetto ai principi costituzionalmente sanciti nel ’48: certamente, quella fascista del 1930, ma anche quella liberal-conservatrice del codice Zanardelli, che pure presentava un volto autoritario, se si rammenta la massiccia criminalizzazione del dissenso politico ottenuta grazie alla presenza dei reati d’opinione e la predisposizione di un apparato sanzionatorio che, sebbene non ricorresse alla pena di morte, includeva la misura segregativa del confino, esemplare dimostrazione di come il sistema punitivo del 1889 combinasse profili squisitamente retributivi e generalpreventivi di natura intimidatoria.

²¹ La preoccupata considerazione riportata nel testo è manifestata da GAMBARDELLA, *Simulstabuntvelsimulcadent*, cit., pp. 159 ss.

²² Secondo quanto lascia intendere GAMBARDELLA, *Simulstabuntvelsimulcadent*, cit., p. 161.

²³ Come li definisce ROMANO B., *Il “nuovo” abuso d’ufficio e l’abolito criminis parziale*, cit., p. 114. Alla stessa conclusione perviene pure GAMBARDELLA, *Simulstabuntvelsimulcadent*, cit., p. 162. In generale sull’argomento, e prima dell’ultima riforma, si segnala, altresì, CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, Torino, 2018.

²⁴ Sostenuta, fin dal titolo del suo contributo, da GAMBARDELLA, *Simulstabuntvelsimulcadent*, cit., p. 161.

Tanto basta per capire che l'attuato e condivisibile raffinamento del disposto normativo per soddisfare esigenze garantistiche legate ad una più evoluta declinazione del principio di legalità (sotto il profilo peculiare della sufficiente determinatezza della fattispecie) si rivelerebbe, a conti fatti, una pia illusione, se poi la finalità politico-criminale di fondo resta quella intimidatoria (per non dire 'terrorizzante') della 'mano pesante' e del 'far terra bruciata'. In pratica, non avrebbe nemmeno senso evidenziare che tra gli effetti indotti dall'ultimo *restyling* spiccano quelli abolitivi, se poi essi, pur dovuti all'accurata denotazione da parte del legislatore, sono ampiamente compensati, per non dire fattivamente neutralizzati, dalla connotazione ampia e discrezionale affidata al giudice che esercita il suo controllo (penetrante) sull'attività amministrativa²⁵.

Sarebbe come dire che quanto si è voluto ostentatamente mettere alla porta – ossia una certa genericità del dettato normativo – rientra, però, latentemente dalla finestra spalancata grazie al sindacato discrezionale

del giudice. Senza trascurare l'innegabile contraddizione logica nella quale si cadrebbe accogliendo letture che, da un lato, apprezzano l'incisività dei ritocchi apportati e la rilevanza delle loro ricadute in materia di successione di leggi, dall'altro, però, ritengono le ipotesi così individuate dal legislatore del tutto marginali, se non "inutili"²⁶.

Se ci si doveva comunque arroccare sull'irrinunciabile sindacato del giudice penale, accreditato robustamente ed autorevolmente già prima della riforma a partire dalla 'sentenza Rossi', tanto valeva lasciare le cose così com'erano, senza mettere mano ad una laboriosa riforma che, per effetto di visioni riduzionistiche come quella appena illustrata, risulterebbe 'soffocata nella culla'²⁷. E se il risultato dev'essere questo, allora davvero si potrebbe essere tentati in un futuro prossimo di dire addio all'abuso d'ufficio e di accontentarsi delle altre fattispecie esistenti

²⁵ La distinzione tra 'denotazione' – nel senso di discrezione del fatto riservata esclusivamente al legislatore – e 'connotazione' – come attività spettante al giudice e consistente nella qualificazione in concreto di un fatto alla stregua di quello descritto dalla legge come reato – risale a FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2008, pp. 137 s.

²⁶ Come si legge in GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. rispettivamente alle pp. 141, 145 e 159.

²⁷ Mutuando l'efficace espressione alla quale ricorre ROMANO B., *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, cit., p. 114.

AMMINISTRATIVO

Spigolando fra le righe del comunicato e dei precedenti della Corte

di Arcangelo Monaciliuni

A distanza di quasi due anni dall'inizio della pandemia il giudice delle leggi si è pronunciato sulla legittimità costituzionale del sistema imperniato sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d'ora in avanti ddPCM) per fronteggiare l'emergenza da Covid 19. Lo ha fatto in sede di vaglio dell'ordinanza n. 27 del 23 dicembre 2020 cui tramite il giudice di pace di Frosinone aveva proposto questione incidentale di legittimità costituzionale dei decreti leggenn. 6, 19 e 35 del 2020 per violazione degli artt. 77 e 78 della Costituzione. In sintesi, il giudice frusinate dubitava della legittimità del “sistema normativo che ha previsto una forma di delegazione legislativa, quella cioè dei decreti-legge deleganti ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri delegati, non solo non prevista dalla Costituzione, ma in aperto contrasto con la stessa ed, in particolare, con il principio

indisusso di tipicità delle fonti-atto di produzione normativa... ”, di tal che “.. deve ritenersi come il sistema sopra riportato decreti-legge/decreti del Presidente del Consiglio dei ministri abbia aggirato il principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 della Costituzione, per cui la funzione legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con una legge-delega e comunque giammai ad atti amministrativi come i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, cioè ad un solo, ancorchè autorevole, componente del Governo”.

Come si legge nel comunicato stampa emesso dalla Corte il 23 settembre u.s. “la sentenza sarà depositata nelle prossime settimane”, nel mentre ad oggi è stato dato sapere che “la Corte ha ritenuto inammissibili le censure al Dl n. 6, perché non applicabile al caso concreto. Ha poi giudicato non fondate le questioni relative al Dl n. 19, poiché al Presidente del Consiglio non è stata attribuita altro che la funzione attuativa del decreto legge, da esercitare mediante atti di natura amministrativa.”

Occorrerà attendere le motivazioni per poter commentare con completezza, soprattutto in riferimento ai paletti ed alle

precisazioni, che già il tenore del comunicato lascia intendere saranposti/fatte. Nondimeno può fin d'ora farsi luogo a qualche breve considerazione, avuto anche conto che la decisione della Consulta non giunge come un fulmine a ciel sereno, non sorprende.

Ed invero, era stata in qualche modo preannunciata già in seno alla precedente sentenza n. 37 del 2021 -che ha concluso per l'illegittimità della normativa regionale della Valle d'Aosta invasiva della "competenza esclusiva dello Stato, a titolo di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.)" in materia di gestione della epidemia da Covid 19- laddove la Corte in più passaggi mostra di ritenere conforme a Costituzione l'aver riservato a ddPCM, "comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo", la gestione/attuazione delle misure concrete, disattendendo la (pur) espressa eccezione della resistente Regione secondo cui: "la competenza esclusiva statale non potrebbe essere esercitata se non con atti aventi forza di legge, sicché i d.P.C.M. non potrebbero limitare l'autonomia legislativa regionale, a pena di violazione degli artt. 70, 76, 77, 117 e 118 Cost."

La risposta sostanziale della Corte è (stata)

che: "E' perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima ... attraverso strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire."

Non si tratta (già) di un esplicito attestato di costituzionalità della catena normativa allestita dallo Stato, ma a chiare note vi è affermato che il legislatore nazionale ha piena discrezionalità nella scelta del mezzo ritenuto maggiormente idoneo ad affrontare il contesto emergenziale. Ne consegue (ne conseguiva già) la non irragionevolezza di affiancare ai tradizionali poteri di governo dell'emergenza una sequenza normativa e amministrativa che muovesse dall'introduzione, a mezzo di atti aventi forza di legge, di misure atte a fronteggiare l'epidemia, per culminare nel loro dosaggio, nel tempo e nello spazio e a seconda dell'andamento di quest'ultima, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (cfr., in termini, le risalenti tesi del redattore della pronuncia della Corte in commento, A. Barbera, in *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. Dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 265 e ss.).

Chi scrive non ha mai dubitato della preminenza del potere statale nella gestione di una epidemia che non conosce confini, nemmeno nazionali, della sua necessitata elasticità ed ha contrastato, all'uopo ricostruendo nella sua interezza il quadro cornice costituzionale/normativo, la contraria dottrina che in tale accentramento e nell'assunzione di procedure atipiche vedeva/denunciava una eclissi delle libertà costituzionali (cfr. "Il potere di ordinanza nell'era coronavirus", pubblicato da Calamus Iuris, numero 4, del marzo 2020 e la ivi effettuata ricostruzione del sistema delle fonti, con richiami allo ius già dei Patres, al "dictator" cui, in presenza di stati di emergenza, di pericolo per la salus rei publicae, un senatus consultum ultimum affidava poteri pressochè assoluti a mezzo del "Videant consules ne quid detrimenti res publica capiat").

Certo, i dubia prospettati in dottrina e poi fatti propri, fra altri, dal giudice di Frosinone remittente non sono peregrini. Per un verso, è senz'altro vero che il secondo comma dell'art. 77 Cost. autorizza il Governo ad assumere "provvedimenti provvisori con forza di legge", il che condurrebbe a concludere che in quella sede, già in quella sede, deve essere

contenuto il comando, la prescrizione, il divieto, l'autorizzazione: il provvedimento. E, per connesso verso, la delega dell'attuazione dei "provvedimenti" ad un atto di natura regolamentare, quale il dPCM apparrebbe contrastare oltre che con il sistema delle fonti, per non trovare peraltro copertura nella legge n. 400 del 1988 (il cui art. 17 prevede che a mezzo di regolamenti governativi, in "materie non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione", si dia attuazione a leggi e/o a decreti legislativi, non già a decreti legge), con la stessa logica che presiede alla normazione provvedimentale di urgenza da parte del Governo. E certo i dubia diventano ancor più consistenti ove si abbia presente che diverso sarebbe stato se la potestà extraordinem fosse stata al Premier affidata in via diretta, preventiva ed immediata, da un "senatus consultum ultimum", ovvero dal Parlamento, in estensiva applicazione dell'art. 78 Cost. (id est: immaginando di potersi ritenere coperto da quell'ombrello costituzionale anche lo "stato di guerra" contro il Covid 19). E certo infine, come già innanzi sotteso, non è agevole riconoscere legittimità costituzionale a misure "regolamentari" che incidono su diritti

fondamentali, coperti da riserva di legge assoluta.

Sarà quindi interessante verificare nel dettaglio i percorsi motivazionali della pronuncia in corso di redazione, auspicandosi che vi si ritrovino puntuali riscontri ai dubia sopra enunciati ed a quanti altri. E', infatti, evidente che già la sola potestà di graduare l'attività "provvedimentale" definita nei decreti legge, di individuare priorità di misure e temporali, sostanzia di per sé un rilevante potere, senza che in contrario possa essere opposto il dato fattuale che la decretazione di urgenza intervenuta con i decreti legge del 2020 sottoposti allo scrutinio della Corte avessero previsto una partecipazione al procedimento della Conferenza delle Regioni o delle singole Regioni, nonché del Ministro della salute e di altri ancora. Il che, peraltro, si presta a contraddire eventuali richiami alla maggiore celerità e flessibilità del "sistema dei dPCM".

Nel ritenere possibile una forzatura del sistema in presenza di questa "guerra" contro il virus, ancora riaffermata con forza la primazia statale (rispetto ai poteri regionali), non mi son nascosto queste problematiche, rese ancor più visibili dai dati di esperienza che si andavano via via

accumulando. Ed infatti, in un successivo scritto, "La tutela giurisdizionale in era coronavirus", su Calamus iuris del 19 novembre 2020, osservavo: "Certo, meglio sarebbe (stato) se alcune delle misure emanate con i dd.P.C.M., in particolare quelle di cui non era dato rinvenire "coperture puntuali" nelle misure indicate nel d.l., avessero invece seguito la più corretta strada della decretazione di urgenza prevista dall'art. 77 Cost., sì da non sottrarre l'esercizio della potestà extra ordinem al vaglio del Presidente della Repubblica, del Parlamento e della Corte Costituzionale e sì da evitare che misure ulteriori rispetto a quelle puntuali coperte dalla decretazione di urgenza e incidenti su diritti fondamentali venissero adottate a mezzo di un atto che resta "amministrativo" e, in quanto tale, sottoposto alla giurisdizione (annullamento e/o, nei limiti ammissibili, disapplicazione: G.A. e G.O. per quanto di spettanza di ciascuno). Vaglio della giurisdizione che, pur assicurando un controllo generalizzato e diffuso sui singoli provvedimenti attuativi delle misure disposte dalla legge (dal decreto legge convertito), in quanto di mera legittimità si atteggia ben diversamente dalla esplicazione delle potestà del Parlamento e del Capo dello Stato, con quanti corollari vi

son legati”. E questo, a tacere, ma solo per non affaticare il discorso, delle implicazioni processuali di un percorso dd.ll./dPCM/ordinanze regionali, che ha generato un contenzioso immane ed insano, atteso il substrato emergenziale.

E dunque ora non resta che attendere, nella consapevolezza che, se pur oggi esaurita la fase dei ddPCM per scelta dell’attuale inquilino di Palazzo Chigi, i dicta della Corte avranno ad indirizzare/vincolare le Istituzioni tutte per il futuro, fermo il rilevante effetto immediato di aver coperto con l’ombrello della legittimità costituzionale la produzione normativa ed

attizia intervenuta (i ddPCM e gli atti consequenziali, ivi compresi quelli sanzionatori), inimmaginabili nella loro devastante entità gli effetti di una pronuncia che avesse invece concluso per la loro illegittimità.

E dunque, in ispecie per quanto attiene al futuro, non resta che formulare l’auspicio che i percorsi logico-giuridici che han condotto alla decisione assunta sian (resi) chiari quanto ai profili sostanziali, oltre ed al di là di quelli processuali di cui si legge nel comunicato.



Temi Svolti

I temi pubblicati sono il frutto delle esercitazioni svolte durante il corso annuale per la preparazione al concorso in magistratura; entrambi sono stati valutati positivamente dai nostri docenti.

CIVILE

Tema svolto: esami il candidato la responsabilità per attività pericolose, il relativo criterio di imputazione e l'oggetto della prova liberatoria; si soffermi, inoltre, sulla responsabilità per illecito trattamento dei dati personali nel caso di illegittima segnalazione di posizioni debitorie alla centrale dei rischi

di Federica Crescioli

La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose è disciplinata, nell'ordinamento civilistico, dall'articolo 2050 c.c. e rientra nel novero di quelle responsabilità codicistiche c.d. speciali, ovvero che operano una differente qualificazione giuridica del fatto oggetto di danno in virtù del legame che sussiste tra il danneggiante e quest'ultimo. In altri termini, tale rapporto, che può intercorrere sia con un bene, c.d. responsabilità da cose in custodia, sia con un'attività, c.d. responsabilità da attività pericolosa, sia con un altro soggetto, c.d. responsabilità per fatto materialmente altrui, giustifica una traslazione del rischio dal soggetto danneggiato ad un altro e, dunque,

anche del relativo onere della prova.

La funzione di tali tipizzazioni normative è quella di ripartire i rischi nella collettività attribuendo un ruolo di garanzia, anche patrimoniale, come nell'ipotesi dell'articolo 2048 c.c., a soggetti che, rispetto a quel riferimento (bene, attività, soggetto) rivestono una posizione qualificata.

Le tecniche dispositive utilizzate sono quella della responsabilità oggettiva, che rinviene il criterio di imputazione nel rapporto di causalità, e quella della responsabilità aggravata, che inserisce una presunzione di colpa con relativa inversione dell'onere della prova. Tali titoli sono coerenti con la funzione compensativa della responsabilità civile e non sanzionatoria che avrebbe necessitato di un criterio di imputazione soggettivo.

È in questo quadro sistematico che viene in rilievo, appunto, la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose la quale prevede la responsabilità di chiunque cagioni un danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

L'elemento oggettivo è rappresentato

dall'esercizio di un'attività pericolosa e non dalla condotta o comportamento pericoloso, i quali comportano, invece, responsabilità ex articolo 2043 c.c.

Un'attività può definirsi pericolosa quando è in sé potenzialmente dannosa per l'alta percentuale di rischio che in essa è insito. Tali attività possono essere qualificate come tali dalla legge, ad esempio l'attività nucleare dalla l. 147 del 1991, o ritenute pericolose in virtù della loro natura o per la natura dei mezzi adoperati.

Il criterio di imputazione è fortemente legato alla categoria della gestione del rischio. Nel diritto penale, la responsabilità per attività lecite ma rischiose pone i problemi più complessi dovendosi in tal senso operare un bilanciamento fra il principio di precauzione e quello di autoresponsabilità tramite la figura dell'area di rischio consentito, delimitata sia da regole cautelari di normalità sociale sia da prescrizioni tipizzate.

In tale ambito, l'elemento soggettivo tendenzialmente richiesto dalla fattispecie è quello della colpa, la quale viene integrata dalla componente normativa della violazione della regola cautelare e da quella prognostica della evitabilità e prevedibilità dell'evento dannoso. Un temperamento

a tale rigidità è, poi, fornito dal principio di affidamento che comporta l'eventuale valorizzazione del comportamento anormale ed imprevedibile altrui come causa di interruzione del nesso eziologico ex articolo 41 cpv. c.p. o come elemento che fuoriesce dall'area di rischio gestita dal soggetto agente.

Analogamente, nel diritto civile, viene operata una presunzione di responsabilità nei confronti di colui che, esercitando un'attività pericolosa, si assume il rischio della dannosità della stessa (potrebbe impropriamente richiamarsi l'istituto della colpa per assunzione). Il criterio di imputazione parrebbe *ictu oculi* sostanziarsi in una responsabilità aggravata, essendo la prova liberatoria definita nelle "misure idonee ad evitare il danno" e, quindi, assimilabile alla categoria della diligenza. A ben vedere, come sposato anche dalla giurisprudenza di legittimità, si tratta di responsabilità oggettiva evidenziandosi che, se il danno si è prodotto, non sono state adottate le misure idonee ad evitarlo, quantomeno in concreto. In tal senso, quindi, l'affermazione appare tautologica e l'unica prova liberatoria, a fronte dell'*onus probandi* del danneggiante che verte sul danno evento (attività pericolosa), rapporto

di causalità e danno conseguenza, consiste nel fornire elementi idonei a confutare la ricorrenza del caso fortuito, ovvero la presenza di un fattore imprevedibile ed incontrollabile. Quest'ultimo varrebbe a porre il danno al di fuori dell'area di rischio gestita dal danneggiante.

Tra le attività pericolose rientra anche il trattamento dei dati personali in quanto il loro utilizzo indebito può comportare, ove provato, un danno al soggetto titolare. Tale attività è disciplinata dal regolamento europeo n. 679/2016, il quale precisa le cautele da utilizzare per il suo esercizio ai sensi degli articolo 5 e seguenti. Innanzitutto, il trattamento deve essere lecito, ovvero svolto in presenza delle condizioni di cui all'art 6 del reg. 679/16; l'assenza di tale liceità, così come la violazione delle prescrizioni, comporta la risarcibilità del danno ai sensi dell'articolo 82. Quest'ultima disposizione tipizza un'ipotesi speciale di responsabilità la cui prova liberatoria è prevista dal comma terzo nella dimostrazione che l'evento non gli è in alcun modo imputabile. Il riferimento all'imputabilità sembra richiamare la nozione di colpa come criterio di riferibilità soggettiva e, dunque, in punto di *onus probandi* liberatorio, può essere fornita prova

sia dell'adempimento delle prescrizioni del regolamento sia del caso fortuito. In tal senso, sembra evocarsi proprio la categoria della gestione del rischio come elaborata in ambito penalistico.

D'altro canto, però, la *ratio legis* e la previgente formulazione normativa di cui all'articolo 15, d.lgs. 196/2003, ove è espressamente richiamato l'articolo 2050 c.c., farebbero propendere è per la oggettività della responsabilità.

Nell'ipotesi della segnalazione della posizione debitoria alla centrale dei rischi, il problema del trattamento dei dati personali si pone se questa è illegittima. La segnalazione viene effettuata dall'istituto di credito del debitore alla centrale dei rischi di Banca d'Italia al fine di evidenziare la scarsa solvenza di un determinato soggetto. In relazione a tale attività, la liceità del trattamento dei dati personali è da sussumere nell'articolo 6, primo comma, lett. E), del Reg. 679/2016 essendo connesso all'esercizio di un potere di tipo pubblicistico.

Qualora, però, la segnalazione sia illegittima, ovvero effettuata in assenza delle condizioni richieste, anche il trattamento è illecito poiché tale circostanza può spezzare il legame con il potere pubblico e dunque

comportare l'assenza dei requisiti di cui all'articolo 6 citato.

Nonostante, comunque, la segnalazione illegittima sia di per sé un fatto spiacevole, a ciò non consegue necessariamente il risarcimento del danno non potendo essere configurato un danno *in re ipsa*, ma dovendosi applicare i principi di cui all'articolo 2043 e seguenti del codice civile.

Dunque, il soggetto danneggiato è onerato dal provare sia il danno evento che il danno conseguenza, nonché il rapporto di causalità sussistente fra i due. In tal senso, il danno evento è provato nella misura in cui il trattamento è avvenuto illecitamente e cioè "in violazione del regolamento".

La prova liberatoria del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento, ovvero i gestori del rischio, può consistere nella dimostrazione della presenza del caso fortuito (e solamente se

viene accolta la responsabilità oggettiva) o dell'assenza di violazione del regolamento che, rispetto ad essi, potrebbe sostanziarsi nell'assenza di *culpa in vigilando*.

La traslazione del rischio, in tale ipotesi, è avvenuta nel confronto del soggetto qualificato *ex lege* come gestore.

L'illegittima segnalazione, poi, comporta anche il sorgere di una responsabilità contrattuale in capo all'istituto bancario in virtù dell'inadempimento *in primis* del dovere di diligenza *ex art. 1176 c.c.*

Deve, infine, ritenersi risarcibile anche l'eventuale danno non patrimoniale in quanto il fatto illecito ha leso l'onore e la reputazione del soggetto nei rapporti dinamico relazionali, ancorché economici, estensione del diritto costituzionale dell'iniziativa economica privata, nonché eventualmente il patema d'animo soggettivo che tale segnalazione può aver scaturito.

AMMINISTRATIVO

La giurisdizione esclusiva nel caso di inadempimento delle concessioni pubbliche, con particolare riferimento all'applicazione di sanzioni e alla revoca

di Federica Scariato

La PA può agire alla stregua di un privato o in veste di autorità. La scelta, in un senso o nell'altro, non è priva di conseguenze, facendo sorgere, in capo al *cives*, posizioni giuridiche soggettive differenti, tutelate ex art. 24 Cost., ma devolute alla competenza di giudici diversi.

Nel primo caso, il singolo vanterà, nei confronti della PA, una posizione di diritto soggettivo, per il quale è competente il GO, nel secondo una di interesse legittimo, che radica la giurisdizione dinanzi al GA.

Normalmente le norme processuali danno per presupposto tale riparto, non indicando specificamente quale controversia appartenga all'uno e quale all'altro. In alcuni casi, però, è il legislatore che, data la particolare delicatezza di talune materie, pone ex lege i confini della giurisdizione,

attribuendo al GA in via esclusiva la competenza relativa a determinate controversie. Essenziale perché ciò sia costituzionalmente legittimo, però, è che in tutti questi casi la PA agisca in via autoritativa e non da privato. La Consulta, infatti, ha precisato che la giurisdizione esclusiva non può comprendere fattispecie in cui non ci sia estrinsecazione del potere amministrativo.

Tanto premesso, nell'ordinamento italiano è l'art. 133 c.p.a. ad elencare tassativamente quelli che sono gli ambiti delle controversie che appartengono alla giurisdizione in parola. Tra questi va rilevato il riferimento alla materia dei pubblici servizi relativi alle concessioni pubbliche, cioè a tutti quei contratti in cui avviene uno scambio tra prezzo e diritto.

Storicamente la concessione è sempre stata considerata un atto autoritativo unilaterale, che generava, quindi, in capo al privato, una posizione di subalternità nei confronti della PA e dunque un interesse legittimo tutelabile innanzi al GA.

Il Codice dei contratti pubblici muta questa prospettiva, riconducendo tale rapporto

nell'alveo dei contratti, in cui la PA non agisce più come autorità ma come privato. La concessione, quindi, superata la normale fase pubblicistica della gara e della relativa aggiudicazione, è un contratto tra parti che hanno la stessa forza.

Questo spiega per quale motivo l'art. 176 comma 7 del Codice dei contratti, nel fare riferimento ad un eventuale inadempimento del concessionario, richiami l'art. 1453 c.c., relativo alla risoluzione del contratto.

Se, una volta stipulata la concessione, infatti, il privato e la PA operano sullo stesso piano, costituendo parti di un rapporto paritario, non poteva che costituirsi, in capo al concessionario, una posizione di diritto soggettivo, come tale conoscibile dal GO.

Quanto esposto vale anche nel caso in cui accada il contrario: se la PA, come contraente, è inadempiente nei confronti del privato, non venendo in rilievo l'esercizio di alcun potere, non potrà che esserci giurisdizione del GO.

La PA, però, può agire anche in veste autoritativa, ad esempio revocando il contratto di concessione. In questo secondo caso sono stati sollevati dubbi esegetici su dove debba ritenersi radicata la giurisdizione.

La revoca ex art. 21 quinquies l. 241/90

interviene, di norma, su un provvedimento legittimo ma inopportuno, per cui presuppone una valutazione discrezionale sul pubblico interesse sotteso, nel caso di specie, alla concessione.

Perché, quindi, essa costituisce estrinsecazione di un potere, è pacifico che il giudice competente sia il GA. Ciò che è dubbio, invece, è se quest'ultimo debba ritenersi in via esclusiva oppure no.

L'art. 133 cpa non è di agevole lettura sotto questo punto di vista. Il comma 4, infatti, fa riferimento esplicito alla revoca del provvedimento amministrativo ma non a quella del contratto. Le concessioni pubbliche, invece, sono richiamate dalla lettera b e dalla c della norma in esame.

A sostegno della tesi per cui dovrebbe escludersi la giurisdizione esclusiva del Ga vi è il rilievo per il quale, una volta stipulato il contratto, la revoca interverrebbe ex nunc su un rapporto già consolidato di diritto privato. Si interpreterebbe l'art. 133 lett. C, quindi, in senso restrittivo, escludendo dalla portata applicativa della norma i provvedimenti della PA adottati dopo l'aggiudicazione.

Tale orientamento presta il fianco alle critiche di chi ha rilevato che non c'è traccia, nell'art. 133, di tale suddivisione. Nulla

osterebbe, quindi, ad un'interpretazione estensiva della disposizione, tale da far ricadere nella giurisdizione esclusiva del GA anche i provvedimenti di revoca della concessione. In altri termini, la materia delle concessioni presenterebbe una vis attrattiva tale da inglobare tutto ciò che accadrebbe sia prima che dopo l'aggiudicazione.

Se si aderisce a tale ricostruzione anche le controversie relative all'an delle sanzioni amministrative ricadrebbero nella giurisdizione esclusiva del GA.

In realtà, però, pare opportuno precisare che i provvedimenti sanzionatori possono essere adottati da soggetti differenti in forza di altrettanto differenti ragioni.

Essi, ad esempio, potrebbero essere irrogati dalle Autorità Amministrative Indipendenti, nel qual caso si radicherebbe la giurisdizione esclusiva del GA ex art. 133 lett. L cpa. Qualora, invece, la sanzione sia emessa dalla stazione appaltante, bisogna distinguere a seconda che essa sia adottata in forza, ad esempio, di una clausola del contratto o del

bando di gara.

Nel primo caso, infatti, la posizione giuridica del privato è di diritto soggettivo, per cui la competenza appartiene, sia per l'an che per il quantum, al GO.

Nel secondo caso, invece, viene nuovamente in rilievo il problema della eventuale vis attrattiva della materia concessoria. Se si ritiene che l'art. 133 cpa faccia riferimento alle concessioni escludendo gli atti afferenti, e quindi anche consequenziali, alla vigilanza e al controllo, allora dovrà concludersi che si radica la giurisdizione di legittimità per l'an della sanzione e quella ordinaria relativamente al quantum della stessa.

Viceversa, se si ritiene che la materia delle concessioni sia sensibile al punto da inglobare tutto ciò che la riguarda, anche latamente, anche le sanzioni devono ritenersi rientranti nella giurisdizione esclusiva del GA.



Associazione Culturale

Calamus iuris

La penna del diritto

SEGUICI SU



CALAMUS IURIS

CORSO MAGISTRATURA

SONO APERTE LE ISCRIZIONI PER IL 2021/2022

**LE LEZIONI SI TENGONO
OGNI LUNEDÌ ALLE ORE 16.30**

Invia mail a pennadeldiritto@gmail.com

Per ulteriori informazioni  347 9966161



Pillole di Diritto

*a cura di Luca Cestaro
e di Vincenzo Paolo Rizzardi*

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

CIVILE

La pillola di diritto del 7.9.2021

Diritto del nato da parto anonimo ad accedere a informazioni sulle proprie origini

#art28l.n.184/1983 #adozione #anonimato
#madre

Corte di Cassazione, sez. I civile, Sentenza n. 22497 del 15/07/2021

La pronuncia è chiamata ad individuare il giusto bilanciamento tra due diritti fondamentali. Il primo è quello dell'adottato all'accesso alle informazioni concernenti le proprie origini. Il secondo, invece, è rappresentato dal diritto all'anonimato esercitato dalla madre naturale al momento del parto.

Il ricorso innanzi alla Corte di Cassazione era volto a riformare la sentenza della Corte d'appello di Trieste che, confermando la decisione di primo grado, aveva ritenuto che il consenso sotteso alla procedura per "l'accesso alle origini" non poteva essere reso dalla madre biologica, in quanto quest'ultima,

oltre ad avere un'età avanzata, era attinta da una grave malattia psichica.

Ciò premesso, appare opportuno una sintetica disamina del quadro normativo e giurisprudenziale.

L'articolo 28, comma 7, della legge n. 184/1983 stabilisce che "l'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396."

Tale addentellato normativo aveva suscitato non pochi dubbi interpretativi, in quanto si riteneva che la soluzione adottata dal legislatore fosse eccessivamente rigida.

A ciò consegue che il legislatore, nel bilanciamento tra il diritto "all'accesso alle origini" e il diritto "all'anonimato della madre", ritiene prevalente il secondo il luogo del primo.

Tali criticità - pur ritenute non ostative alla legittimità della disciplina dalla Corte costituzionale in alcune risalenti pronunce - hanno indotto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a ritenere che la scelta eseguita dal legislatore non assicurasse un equo meccanismo di bilanciamento tra i due opposti interessi. Ciò ha condotto la Corte Costituzionale con sentenza n. 278/2013 a ritenere "l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997,

n. 127) - su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione".

In attesa di un adeguato intervento normativo, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 1946/2017 aveva chiarito che sussiste la possibilità che il giudice, in seguito alla richiesta del figlio di conoscere le origini, interPELLI la madre con modalità idonee ad assicurare la massima riservatezza.

Altresì, la Corte di Cassazione con sentenza n. 15025/2016 aveva sostenuto che "sussiste il diritto del figlio, dopo la morte della madre, di conoscere le proprie origini biologiche mediante accesso alle informazioni relative all'identità personale della stessa, non potendosi considerare operativo il divieto, oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo [...] sul rilievo che ciò determinerebbe la cristallizzazione di tale scelta, anche dopo la sua morte, e la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio, in evidente contrasto con la reversibilità del segreto".

Ciò premesso, la decisione in commento conferma che le condizioni di età e lo stato di salute psichica dell'anziana madre naturale siano tali da determinare l'incapacità di quest'ultima di esprimere un idoneo consenso a rivelare la sua identità.

Pertanto, “la scelta del segreto sull'identità della madre, in sostanza, è ormai certamente divenuta una scelta reversibile e non più assoluta, per effetto dell'intervento della Corte costituzionale del 2013, ma è ancora una scelta che riceve tutela dal nostro ordinamento, occorrendo operare il giusto bilanciamento tra il diritto della madre all'anonimato ed il diritto del figlio a

conoscere le proprie origini.”

Tuttavia, appare opportuno precisare che va garantito il diritto relativamente all'ostensione “delle informazioni sanitarie sulla salute della madre, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all'eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili,[...]avendo come finalità la tutela della vita o della salute del figlio adottato o di un suo discendente”, sempre che siano osservate le opportune cautele per evitare che la madre naturale sia identificabile.

PENALE

La pillola di diritto del 14.9.2021

Istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia

#istigazionepedofiliapedopornografia#istigazione delinquere#414biscp#414cp

Corte di Cassazione, sez. III penale, Sentenza n. 23943 del 18/06/2021.

La pronuncia in commento, confermando l'arresto dei giudici della Corte di Appello, offre degli ottimi spunti di riflessione sull'articolo 414 bis c.p., rubricato "*istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia*".

La decisione della Suprema Corte origina dall'impugnazione di una sentenza emessa dalla Corte di Appello di Firenze, la quale condannava l'imputato ad anni 1 di reclusione, relativamente al reato di cui all'articolo 414 bis c.p. La condotta stigmatizzata aveva ad oggetto la pubblicazione su un dominio pubblicamente accessibile del racconto a contenuto erotico e pedofilo dal titolo "Le pene del Babbo, parte I". La Corte

d'Appello - nonostante che l'autore avesse operato la premessa di non "condonare" in alcun modo le molestie sui minori e di esser convinto che esse vadano punite severamente - ha ritenuto che la pubblicazione dello scritto costituisse condotta idonea a istigare la commissione di abusi sessuali in danno dei minori.

In prima analisi, la Corte di Cassazione, confermando quanto sostenuto dalla Corte di appello, ha ritenuto che la norma di cui all'articolo 414 bis c.p. sia una fattispecie speciale rispetto a quella contemplata all'articolo 414 c.p. Altresì, la Corte sostiene che, al pari della norma generale di istigazione, il delitto di cui all'articolo 414 bis c.p. sia un reato di pericolo concreto che richiede, per la sua configurazione, un comportamento concretamente idoneo, sulla base di un giudizio ex ante, a provocare la commissione di delitti.

Ciò conduce a sostenere che la giurisprudenza relativa alla previsione generale, di cui all'articolo 414 c.p., sia applicabile anche al reato di cui all'articolo 414 bis c.p.

Infatti, il legislatore descrive allo stesso

modo la condotta, con l'unica differenza sostanziale al comma 3 dell'articolo 414 bis c.p. "*Non possono essere invocate, a propria scusa, ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume*". Si tratta di una previsione molto delicata che potrebbe apparire in contrasto con l'articolo 21 della Costituzione.

Relativamente all'elemento soggettivo, le due fattispecie, contemplate dagli articoli 414 e 414 bis c.p., "non richiedono un dolo specifico, ma solo un pericolo concreto di indurre altri alla commissione di reati analoghi a quelli istigati o di cui si è fatta apologia".

Il dolo istigatorio, consistente nella coscienza e volontà di turbare l'ordine pubblico, deve essere analizzato in relazione alla condotta, che deve ritenersi dotata di una forza suggestiva e persuasiva tale da poter stimolare nell'animo dei destinatari la commissione dei fatti criminosi propalati o esaltati. La disposizione dell'art. 414 e quella dell'art. 414 bis c.p. (come del 415 c.p.) costituiscono un'eccezione, giustificata in funzione dell'esigenza di tutela anticipata del bene, alla regola generale dell'irrilevanza penale dell'istigazione non accolta o, comunque, accolta ma non seguita dalla

commissione del reato istigato (art. 115 c.p.). Per gli artt. 414 e 414 bis c.p. non è significativa la non commissione del reato istigato, che può anche essere realizzato (c.d. indifferenza rispetto agli esiti della manifestazione istigativa); l'istigazione deve, quindi, essere accertata ex ante e non ex post come nella previsione generale dell'art. 115 c.p."

Da ciò consegue, che l'imputazione soggettiva appare essere a titolo di dolo generico per entrambe le fattispecie.

Per quanto concerne la condotta, sia per il delitto di istigazione a delinquere sia per il delitto di istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia, essa deve esprimere una capacità tale da "determinare un rischio effettivo della consumazione di altri reati lesivi di interessi omologhi a quelli istigati. Il comportamento dell'agente deve essere tale (per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica) da determinare il rischio, non teorico, ma effettivo (concreto) della consumazione di altri reati."

In aggiunta, atteso il terzo comma dell'articolo 414 bis c.p., l'accertamento deve risultare particolarmente profondo e

concreto.

Nel caso di specie, "la descrizione dell'atto sessuale, nei minimi dettagli, (...) il tutto unito alla rappresentazione, reiterata, della condizione estatica della minore (...) con un grado di partecipazione e adesione dell'autore che anche una fugace lettura rende palese, costituisce un elemento che, letto in uno agli altri valutati dal primo giudice, dimostrano con chiarezza la potenzialità emulativa del narrato". Per la Corte, quindi, sussiste il concreto pericolo "non seriamente contestabile" di emulazione e riproduzione di quanto rappresentato. A riprova della concretezza del pericolo (con giudizio ex ante e, comunque, scollegato dalla effettiva commissione dei reati da parte dei lettori) la sentenza richiama, puntualmente riportandone i contenuti, i commenti alla storia, in sè significativi della forza e dell'efficacia concreta e non solo teorica dello scritto."



AMMINISTRATIVO

La pillola di diritto del 20.9.2021

La sospensione dei sanitari che non si vaccinano costituisce un ragionevole bilanciamento dei diritti (fondamentali) in gioco

#vaccino #Covid19 #sospensione #lavoro
#sanitari

T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, Sent.
n. 261 del 10.9.2021

1 - L'art. 4 del D.L. 44/2021 regola gli obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e per gli operatori di interesse sanitario. Il co. 6, in particolare, dispone che *“decorsi i termini per l'attestazione dell'adempimento dell'obbligo vaccinale, l'azienda sanitaria locale competente accerta l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza. L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o*

comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2”.

Innanzitutto al T.A.R. friulano è appunto impugnato un provvedimento di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale e di conseguente sospensione dell'attività medica (almeno di quella che comporta contatti interpersonali).

2 – Numerose le affermazioni di interesse operate dal T.A.R.

In primo luogo, si afferma la giurisdizione del giudice amministrativo. Sebbene il potere sia vincolato, infatti, da un lato, sono presenti profili di discrezionalità tecnica (per il potere dell'amministrazione di valutare la rilevanza delle “specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale” ai fini dell'omissione o del differimento della vaccinazione, ai sensi dell'art. 4, comma 2) e, dall'altro, la finalità perseguita dalla norma primaria è quella di tutelare in via diretta l'interesse pubblico così che la tutela del privato avviene solo in via mediata; tanto impone di qualificare la relativa posizione soggettiva come interesse legittimo (il T.A.R. cita la nota Ad. Plen. n. 8/2007).

3 – Il Collegio, quindi, rifacendosi alle evidenze scientifiche ufficiali contesta le affermazioni secondo cui i vaccini



sarebbero inefficaci e afferma che, quand'anche prevenissero solo la malattia e non il contagio, sussisterebbe un rilevante interesse pubblico in tal senso. Difatti, *“l'interesse a prevenire lo sviluppo della malattia da Covid-19 in capo agli operatori sanitari, nel contesto dell'emergenza pandemica, assume un'indubbia valenza pubblicistica, giacché garantisce la continuità delle loro prestazioni professionali e, quindi, l'efficienza del servizio fondamentale cui presiedono. Sotto altro profilo, è di valenza pubblicistica anche l'interesse a mitigare l'impatto sul SSN – in termini, soprattutto, di ricoveri e occupazione delle terapie intensive – che potrebbe comportare l'incontrollata diffusione della malattia da Covid-19 in capo a soggetti naturalmente esposti, in misura maggiore rispetto alla media, al rischio di contagio e che costituiscono un insieme numericamente considerevole della popolazione nazionale”*.

Di interesse è anche la qualificazione dei vaccini che – pur dotati di un'autorizzazione condizionata dell'EMA – non sono farmaci *“sperimentali”*, ma adeguatamente *‘sperimentati’* poiché preceduti dalle previste fasi di sperimentazione effettuata su un campione iniziale pari a circa il decuplo di quanto avviene per gli altri vaccini. Il T.A.R. sottolinea, in merito, come gli eventi avversi corrispondano a un

criterio di normalità statistica.

4 – Il Tribunale amministrativo, poi, chiarisce come la sospensione del diritto al lavoro costituisca il frutto di una ragionevole attività di bilanciamento e sia conforme al principio di proporzionalità.

Il T.A.R. rileva come *“gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario”* entrino quotidianamente in relazione con una collettività indifferenziata, composta anche di individui fragili o in gravi condizioni di salute, che non può scegliere di sottrarsi al contatto, né di informarsi sullo stato di salute dei sanitari e sulla loro sottoposizione alla profilassi vaccinale.

E allora, la tutela della *“salute collettiva”*, giustifica *“la temporanea compressione del diritto al lavoro del singolo che non voglia sottostare all'obbligo vaccinale: ogni libertà individuale trova infatti un limite nell'adempimento dei doveri solidaristici, imposti a ciascuno per il bene della comunità cui appartiene (art. 2 della Cost.)”*.

Quanto al rispetto del principio di proporzionalità, il Tribunale evidenzia che l'art. 4 del d.l. 44 del 2021 *“prevede comunque un meccanismo di esenzione dall'obbligo vaccinale, per i casi di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche*



condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, e che la sospensione, anche nelle ipotesi di permanente e ingiustificato inadempimento, ha natura temporanea, estendendosi fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021”. Quindi, se l’operatore sanitario non può sottoporsi al vaccino le conseguenze sul suo diritto al lavoro sono limitate.

5 – Infine, l’imposizione dell’obbligo vaccinale non è incompatibile con l’art. 32 Cost. ricorrendo le tre condizioni richieste dalla Corte costituzionale a tal fine (Sent. n. 5/2018) ossia: a) il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; b) esso non incide negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; c) nell’ipotesi di danno ulteriore, è prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990).



Associazione Culturale
Calamus iuris
La penna del diritto

SEGUICI SU



CALAMUS IURIS

CORSO AVVOCATO 2021

Anche quest'anno doppio orale per l'esame avvocato. **Calamus iuris ha avuto il 100% dei promossi nella prima sessione!** Prepara con noi il tuo esame. Le lezioni saranno on line. A scelta se frequentare il corso di civile oppure di penale. Ogni singola lezione avrà una durata variabile dalle due alle tre ore.

Docenti: Civile: **Prof. Avv. GIUSEPPE DELLA PIETRA**

Penale: **Avv. ANTONELLO MEMBRINI**

*Calamus iuris riserva uno sconto sulla quota mensile a tutti coloro che provengono dall'Università Parthenope.

Per info e prenotazioni 347 9966161  oppure invia una mail a pennadeldiritto@gmail.com