



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 20 - NOVEMBRE 2021

APPROFONDIMENTI

Civile: Cessione di cubatura e diritti edificatori: tra realtà attenuata e obblighi opponibili

di Mariacamilla Varricchio

Penale: L'accertamento del nesso causale nei reati omissivi impropri

di Federica Crescioli

Temi Svolti

Amministrativo: Premessi cenni alla responsabilità contrattuale e precontrattuale nel settore dell'evidenza pubblica, tratti, in particolare, il candidato delle tipologie di risarcimento che possono conseguire all'annullamento dell'aggiudicazione.

di Ester Moccagighe

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

Sommario

SOMMARIO.....	2
APPROFONDIMENTI	5
CIVILE	6
Cessione di cubatura e diritti edificatori: tra realtà attenuata e obblighi opponibili.....	6
La categorizzazione dei diritti è ancora utile? Premessa.....	6
Cenni all’origine dei diritti edificatori. Urbanistica negoziata.....	6
Segue. La differenza tra i diritti edificatori pubblicistici e la cessione di cubatura	8
La cessione di cubatura: realtà senza inerenza	9
Il ruolo dell’art. 2643, n. 2-bis c.c.	10
Il negozio di destinazione: un parallelo con l’art. 2645-ter c.c.....	10
La definizione della questione: Cass. S.S. U.U. civ., n. 16080 del 9 giugno 2021.....	12
La vicenda e la soluzione	13
Problemi irrisolti	14
Conclusioni.....	15
PENALE	17
L’accertamento del nesso causale nei reati omissivi impropri	17
La quaestio iuris	17
I reati omissivi impropri.....	17
Il rapporto di causalità	20
L’elemento positivo: la spiegazione dell’evento e la teoria condizionalistica.....	20
Gestione del rischio o responsabilità di posizione?.....	25
La causalità omissiva e la causalità della colpa	27
TEMI SVOLTI	30
AMMINISTRATIVO	31
PILLOLE DI DIRITTO.....	39
CIVILE	40
<i>La pillola di diritto del 16.11.2021.....</i>	40
<i>Validità delle clausole dell’accordo di divorzio a domanda congiunta con le quali si trasferiscono ad uno o più congiunti la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili o altri diritti reali.</i>	40
<i>A cura dell’avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.....</i>	40
<i>#crisiconugiale #divorzio #accordi #richiestacongiunta #autonomianegoziale</i>	
<i>#art.4comma16l.898/1970 #art.2cost.</i>	40

Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, Sentenza n. 21761 del 29/07/2021.....	40
PENALE	44
<i>La pillola di diritto dell'11.11.2021</i>	44
<i>È costituzionalmente conforme la normativa che stabilisce la sospensione del corso della prescrizione - dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020-, anche per quanto concerne i processi aventi ad oggetto reati commessi prima della data del 09/03/2020.</i>	44
<i>A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi</i>	44
<i>#covid19 #prescrizione #sospensione #art.83.4comma.d.l.18/2020 #art.83.2comma.l.27/2020 #art.157c.p. #art.159c.p.</i>	44
Corte costituzionale, Sentenza n. 278/2020 del 23/12/2020.	44
AMMINISTRATIVO	49
<i>La pillola di diritto del 7.11.2021</i>	49
<i>L'obbligo vaccinale per i sanitari è legittimo</i>	49
<i>#Covid19 #obbligovaccinale #sanitari</i>	49
Consiglio di Stato, sez. III, Sentenza n. 7045 del 20.10.2021	49
1. Introduzione.....	49
2. Aspetti processuali: sentenza semplificata e rinuncia alla domanda cautelare.....	49
3. (segue): sull'ammissibilità del ricorso cumulativo e collettivo	50
4. Il principio di precauzione in chiave solidaristica e il cd. ignoto irriducibile	51
5. L'obbligo di protezione del paziente prevale sull'esitazione vaccinale.....	52
6. La conformità ai parametri costituzionali dell'obbligo.....	53

Anno 2, n. 20 novembre 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



Approfondimenti

CIVILE

Cessione di cubatura e diritti edificatori: tra realtà attenuata e obblighi opponibili

di Mariacamilla Varricchio

La categorizzazione dei diritti è ancora utile? Premessa

Il diritto contemporaneo accorda spazi sempre più ampi all'autonomia privata, in ossequio all'impostazione personalistica dell'ordinamento giuridico che pone al centro l'individuo e i suoi bisogni.

Senonché il fenomeno di progressiva e massiccia espansione dell'autonomia, specialmente di quella negoziale, è giunto ad ampliarne a tal punto i confini da mettere in crisi alcuni capisaldi del diritto privato: oggi, infatti, si arriva a dubitare dell'opportunità di conservare la tradizionale e inossidabile categorizzazione dei diritti in reali e di credito.

La riprova di quanto premesso si scorge, in particolare, nel settore dei diritti edificatori – prepotentemente affermatasi nella prassi edilizia – che, unitamente alla cessione di cubatura, hanno aperto la strada alla possibilità di attribuire rilevanza giuridica a nuove forme ibride di diritti.

Si tratta di una questione tanto attuale quanto problematica, coinvolgendo diversi settori dell'ordinamento e comportando una peculiare commistione tra il diritto pubblico

e quello privato: gli atti di disposizione dei metri cubi edificabili in base agli strumenti urbanistici risultano, infatti, di difficile collocazione e inquadramento, nonostante l'introduzione del n. 2-bis all'art. 2643 c.c.

Difficoltà queste, che neanche la recente presa di posizione delle Sezioni Unite di Cassazione,¹ sulla natura giuridica della cessione di cubatura, sembrano aver risolto. Ci si chiede ancora, dunque, se la cessione di volumetria possa configurarsi quale bene autonomo, suscettibile di formare oggetto di diritto ex art. 810 c.c., ovvero se, di fatto, venga a costituire una nuova tipologia di diritto, non inquadrabile in alcuna delle categorie già note.

Cenni all'origine dei diritti edificatori. Urbanistica negoziata

Per comprendere a pieno la portata delle problematiche che orbitano intorno alla cessione di cubatura è indispensabile partire dall'origine dei diritti edificatori, di cui la suddetta cessione si ritiene costituisca una *species*.

I diritti edificatori presentano un'intrinseca matrice urbanistica in quanto costituiscono il frutto di operazioni perequative, compensative e premiali che la Pubblica Amministrazione predispone nell'ambito del governo del territorio.

La tecnica di zonizzazione applicata dal PRG, secondo quanto disposto dall'art. 7, l.

¹ Cass. S.S. U.U. civ., Sent. n. 16080, 9 giugno 2021.

n. 1150/1942, è nota per la naturale attitudine a creare forti sperequazioni, in quanto avvantaggia i proprietari fondiari i cui suoli siano considerati edificabili e sfavorisce coloro i cui fondi sono destinati alla realizzazione di opere pubbliche.

La stessa localizzazione, la cui logica ispira gli strumenti urbanistici nell'esatta individuazione dei terreni ospitanti strutture pubbliche, risulta discriminatoria e disparitaria perché atta a generare rendite di posizione.

L'esigenza di ovviare a simili criticità, dunque, ha consentito lo sviluppo dei c.d. istituti perequativi, animati dallo scopo di rendere i proprietari indifferenti – per quanto possibile – alle scelte di pianificazione, per determinate parti del territorio.²

In particolare, la perequazione urbanistica consiste nell'attribuzione di un valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà edificabili dell'area, inferiore al livello minimo fondiario di edificabilità: in questo caso, il diritto edificatorio si genera per effetto del preliminare intervento urbanistico della p.a. che induce i privati intenzionati a costruire ad accordarsi.

La cessione di volumetria in sede di perequazione, infatti, non è liberamente determinata dalle parti ma necessitata per effetto di una pianificazione che mira a garantire un'equa distribuzione dei costi

della limitazione della proprietà.³

Altra tecnica utilizzata per fronteggiare le disparità, poi, è data dalla compensazione urbanistica: questa si pone come alternativa alla procedura espropriativa⁴ e si spiega alla luce dell'esigenza, tutta economica, di evitare che la p.a. si trovi sprovvista di risorse finanziarie al momento della dovuta corresponsione dell'indennizzo, in ossequio all'art. 43 Cost.

La compensazione, infatti, consiste nell'attribuzione al privato, proprietario del terreno su cui insiste un vincolo preordinato all'esproprio, di diritti edificatori su diverse aree, rispondendo, così, ad una funzione evidentemente indennitaria.

Assolve, invece, ad una funzione incentivante la c.d. premialità edilizia che consente ai Comuni di aumentare la volumetria a favore di soggetti ritenuti meritevoli per aver favorito il raggiungimento di interessi pubblici, ad esempio in tema di edilizia residenziale sociale ovvero, in generale, di rinnovo urbanistico ed edilizio.

³La perequazione urbanistica si manifesta in due differenti forme: la *perequazione ristretta*, alla luce della quale i proprietari delle aree destinate all'edificazione privata sono chiamati a ristorare i proprietari delle aree con destinazione pubblica, acquistando da questi i diritti edificatori in modo tale da poter esercitare il proprio ius aedificandi; la *perequazione estesa* costituisce una forma di attuazione frammentata del Piano regolatore in quanto è rimessa alle singole iniziative dei privati la scelta relativa all'utilizzo di un diritto edificatorio rientrante nell'area di conservazione, solo dopo l'"atterraggio" nell'area di trasformazione.

⁴F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, 2019, p. 1514.

²R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta (BA), 2017, p. 1214.

La caratteristica dei diritti edificatori nascenti dalle tecniche di perequazione, compensazione e incentivazione è quella di essere svincolati da uno specifico fondo,⁵ ben potendo il privato aver già ceduto l'area interessata alla p.a. e non essere ancora entrato in possesso del terreno su cui esercitare lo ius aedificandi così acquisito.

Peraltro, sull'ammissibilità di simili strumenti si è pronunciato anche il Consiglio di Stato che ha chiarito che il ricorso agli stessi costituisce una facoltà per la p.a., indipendentemente da una specifica previsione normativa: si tratta, invero, tanto di esercizio di potestà conformativa del territorio, quanto di manifestazione dell'autonomia nella scelta di modelli consensuali, nel rispetto di quanto previsto dal comb. disp. degli artt. 1, co. 1-bis e 11, l. n. 241/90.⁶

Segue. La differenza tra i diritti edificatori pubblicistici e la cessione di cubatura

Giova, a questo punto, chiarire il divario che intercorre tra i diritti edificatori costituenti l'effetto della c.d. urbanistica convenzionata e la particolare species della cessione di cubatura, la cui matrice appare più marcatamente privatistica.

Il tratto differenziale, dunque, risiede nella causa che li origina, in altri termini, nella fonte: da un lato, una vicenda essenzialmente pubblicistica, in cui il ricorso

alla contrattazione è mera conseguenza di definizione convenzionale di assetti urbanistici; dall'altro, un fenomeno apparentemente privatistico dominato dall'autonomia negoziale, secondo la prescrizione di cui all' art. 1322 c.c.

Difatti, la cessione di cubatura si realizza nella pratica mediante la stipulazione di un accordo contrattuale in virtù del quale una parte (cedente) dismette lo ius aedificandi inerente al proprio fondo, nei limiti della volumetria concessa dallo strumento urbanistico, a favore di altro soggetto (cessionario), che in questo modo aggiunge cubatura a quella già inerente al proprio terreno.

Si tratta di una nuova forma di autonomia negoziale che, benché si dispieghi a prescindere da un'iniziativa dell'Autorità, si sviluppa comunque in un contesto significativamente dominato dalla disciplina pubblicistica: il governo del territorio, infatti, resta appannaggio della potestà amministrativa e tanto basta per comprendere la ratio dell'irrinunciabilità del permesso di costruire. Il cessionario, pertanto, per poter concretamente usufruire della maggiorazione di volumetria dovrà essere – come di norma accade in caso di esercizio dello ius aedificandi – debitamente autorizzato dalla p.a., cui spetta la verifica di conformità del progetto edificatorio alla normativa urbanistica.

L'autonomia negoziale, così, finisce per inserirsi inevitabilmente nell'ambito di un procedimento amministrativo e tanto ha

⁵R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta (BA), 2017, p. 1220.

⁶Cons. St., sez. IV, sent. n. 4545, 13/7/2010.

posto problemi di inquadramento della fattispecie della cessione di cubatura sia anteriormente che successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 70/2011, conv. in l. n. 106/2011 che ha inserito il n. 2-bis all'art. 2643 del Codice Civile.

La cessione di cubatura: realtà senza inerenza

Sull'inquadramento della cessione di cubatura si sono contrapposte, nel tempo, diverse teorie.

Inizialmente si è sostenuta la tesi del contratto traslativo, secondo cui la volumetria costituisce oggetto di contratti in quanto bene cedibile.

Ad una simile impostazione si è obiettato il deficit di positività – poi colmato dal legislatore – e soprattutto l'inconciliabilità col contenuto minimo della proprietà che è dato proprio dalla edificabilità: la titolarità di un fondo scorporata dal diritto di costruire, ad esso inerente, si traduce in una proprietà svuotata della sua intrinseca essenza. Se, dunque, la cubatura non è scindibile dal fondo allora non può neanche costituire un diritto.

Una ricostruzione alternativa ha, invece, sostenuto la realtà della cessione di cubatura, configurandola quale diritto di servitù prediale di tipo negativo, consistente nell'obbligo di non edificare assunto dal cedente; secondo altri, invece, pur restando nell'ambito dei diritti reali, sarebbe più corretta una qualificazione in termini di diritto di superficie.

Quanto a quest'ultima, invero, si è obiettato che nella cessione di cubatura mancherebbe il presupposto di cui all'art. 952 c.c., vale a dire l'alterità tra la proprietà del suolo e quella della costruzione.

Rispetto alla servitù, invece, si è evidenziato che nella cessione di cubatura non si riscontra un peso sul fondo del cedente ma il riconoscimento al cessionario di un diritto edificatorio sul proprio fondo. Ulteriore obiezione alla tesi della servitù è stata ravvisata nell'inidoneità del contratto ad eclissare il preminente ruolo della p.a. nel rilascio del permesso di costruire: ne consegue l'elaborazione dell'impostazione a favore del carattere meramente obbligatorio del contratto di cessione di volumetria.

L'accordo, infatti, non sarebbe idoneo a costituire un diritto ma si tradurrebbe in un impegno del cedente a non richiedere il permesso di costruire: i privati, dunque, vanterebbero un mero interesse legittimo nei confronti della p.a.

Da una simile premessa, peraltro, taluni hanno fatto discendere una ricostruzione della cessione di cubatura in termini di atto unilaterale di rinuncia alla stessa da parte del cedente; altri, invece, hanno sostenuto l'atipicità dell'atto di trasferimento e un'accezione del tutto innovativa del diritto dallo stesso discendente quale nuova forma di diritto reale priva del carattere dell'inerenza.

Senonché con l'art. 2643, n. 2-bis c.c. il legislatore ha dimostrato di aderire alla tesi negoziale e soprattutto di rifiutare l'idea che

la potenzialità edificatoria ceduta debba assumere la veste di un interesse legittimo: la norma parla espressamente di contratti e di diritti edificatori.⁷

Il ruolo dell'art. 2643, n. 2-bis c.c.

La portata dell'introduzione del n. 2-bis all'art. 2643 c.c. si è rivelata a tal punto dirompente da stravolgere tutti gli schemi di elaborazione della fattispecie della cessione di cubatura, anteriori a siffatto intervento.

L'obiettivo perseguito dal legislatore, evidentemente, era stato quello di porre fine ad una antica questione definitoria e dogmatica attraverso l'espressa previsione della categoria dei diritti edificatori, in ambito civilistico, e con la relativa contrattualizzazione degli stessi.

Senonché la scelta di circoscrivere l'utilità di negozi traslativi, costitutivi o modificativi di siffatti diritti ad esigenze pubblicitarie ha posto e pone tutt'ora notevoli dubbi interpretativi sulla funzione della norma, sulla natura giuridica dei diritti edificatori e sulla tipologia di pubblicità legata alla trascrizione di tali atti.

Si osserva, inoltre, che la questione dell'inquadramento della cessione di cubatura diventa un mero precipitato della preliminare operazione di definizione dei diritti edificatori in quanto il Codice Civile accoglie, con la novità normativa, un'ampia

accezione degli stessi, tale da ricomprendere senz'altro il trasferimento di volumetria: la disposizione, infatti, fa riferimento ai diritti edificatori *"comunque denominati"*.

La lacunosa formulazione letterale dell'art. 2643, n. 2-bis c.c. ha indotto gli interpreti ad interrogarsi in ordine alla ratio della norma e soprattutto alla sua funzione: in altri termini, ci si è chiesti se con tale intervento si sia voluto perseguire l'obiettivo di tipizzare una nuova tipologia di diritto reale ovvero se la funzione della norma sia meramente ricognitiva di una capacità già riconosciuta, in generale, ai privati dall'art. 1322 c.c.

In sostanza, la questione di fondo resta quella di chiarire se i contratti traslativi, modificativi o costitutivi di diritti edificatori abbiano o meno carattere reale.

Infatti, se la risposta al quesito fosse a favore della realtà se ne dovrebbe dedurre, allora, la funzione innovativa e tipizzante dell'art. 2643, n. 2-bis c.c.; diversamente, la disposizione in esame avrebbe solo la funzione di prescrivere un onere di trascrizione in capo alle parti dell'accordo edificatorio, al fine di garantire esigenze di certezza e di circolazione.

Il negozio di destinazione: un parallelo con l'art. 2645-ter c.c.

Al fine di comprendere l'esatta portata dell'art. 2643, n. 2-bis c.c. può rivelarsi utile effettuare un confronto con un'altra disposizione che ha posto plurimi dubbi di inquadramento per ragioni analoghe.

⁷Nell'ambito degli atti soggetti a trascrizione l'art. 2643, n. 2-bis c.c. annovera i *"contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale."*

Con l'art. 2645-ter c.c., infatti, si è introdotto nell'ordinamento un particolare tipo di negozio di destinazione, quale quello volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, che, benché riferiti espressamente a determinate categorie di soggetti, l'opinione dominante considera generalizzabili.⁸

Nonostante la collocazione nell'ambito della parte dedicata alla trascrizione degli atti, invero, l'orientamento maggioritario attribuisce natura sostanziale alla disposizione: questa, infatti, non si occupa solo dell'aspetto pubblicitario, ma disciplina anche profili sostanziali come la durata del vincolo, la forma, l'oggetto, il requisito causale della meritevolezza dello scopo e le azioni esperibili a tutela del rispetto del

vincolo.⁹

Si aggiunge, poi, che proprio alla luce di una simile premessa si debba riconoscere alla norma la funzione di aver introdotto una nuova figura negoziale a carattere generale – il negozio di destinazione, appunto – dotata di una causa autonoma di separazione patrimoniale.

Non altrettanto, tuttavia, può concludersi in ordine all'art. 2643, n. 2-bis c.c. in quanto privo di riferimenti sostanziali: l'esclusivo riferimento alla possibilità di trascrivere i contratti che abbiano ad oggetto diritti edificatori induce a considerare tale prescrizione inidonea ad introdurre una nuova tipologia di diritto reale, a meno che non si accolga l'idea – come del resto lo stato dell'arte permette – che la tipicità dei diritti reali sia ormai attenuata, ciò che resta immutabile è il principio del numero chiuso. Principio che, in questo caso, sarebbe fatto salvo proprio dalla positivizzazione di cui all'art. 2643, n. 2-bis c.c., ma allora sarebbe da chiedersi perché, nel caso dell'art. 2645-ter c.c. il legislatore abbia introdotto una disciplina più penetrante.

Ad alimentare i dubbi sul carattere generale dell'art. 2643, n. 2-bis c.c. basterebbe il mancato richiamo all'art. 1322 c.c., contenuto, invece, nella disposizione introduttiva del negozio di destinazione: nell'un caso, infatti, si è avvertita l'esigenza di porre un limite all'autonomia negoziale, stante la rilevanza degli interessi solidaristici

⁸ L'art. 2645-ter c.c., infatti, prevede l'apponibilità, su uno o più beni, di un vincolo di destinazione alla realizzazione di un determinato scopo e la relativa trascrizione genera un effetto di separazione patrimoniale, idoneo a limitare la generale responsabilità del debitore, di cui all'art. 2740 c.c. La norma è rubricata "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche." e prevede che "gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo."

⁹F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, 2019, p. 1473.

sottesi alla causa destinataria; nell'altro, invece, il deficit disciplinatorio può spiegarsi variamente.

Se si vuole mantenere l'effetto utile della norma, si deve escludere trattarsi di una mera svista del legislatore, il che evidentemente porta a considerare la non necessarietà del richiamo al limite dell'autonomia negoziale perché l'effettiva utilità della norma risiederebbe nella possibilità che i contratti dalla stessa richiamati siano trascrivibili.

In altri termini, sembra che la volontà legislativa di tipizzare i contratti relativi a diritti edificatori, e, quindi, la cessione di cubatura, sia oscurata dall'utilità pratica della trascrizione degli stessi nel sistema privatistico attuale.

Se quanto premesso è vero, dunque, resta irrisolto, almeno sul piano normativo, il problema della natura di simili atti e dei diritti agli stessi sottesi.

Il parallelo con l'art. 2645-ter c.c., da questo punto di vista, potrebbe fornire una soluzione.

La qualificazione del negozio di destinazione quale negozio ad effetti meramente obbligatori, infatti, si fonda su argomentazioni perfettamente sovrapponibili al modello del contratto di cessione di cubatura.

Anzitutto, la tipicità dei diritti reali esclude che il relativo contenuto sia lasciato alla completa e libera determinazione delle parti: la flessibilità verso cui tende l'ordinamento non si spinge fino a questo punto.

L'argomento, poi, per cui solo i contratti ad effetti reali siano oggetto di trascrizione non è più sostenibile, non solo alla luce della prescritta trascrivibilità del contratto preliminare ex art. 2645-bis c.c., ma anche e soprattutto alla luce della più moderna concezione del sistema pubblicitario che guarda agli effetti piuttosto che alla tipologia degli atti.

Infine, argomento decisivo si rinviene nel difetto del requisito dell'immediatezza in quanto la realizzazione dell'interesse del beneficiario è rimessa all'attività gestoria del conferente o di un terzo attuatore.¹⁰

È evidente, poi, che nel caso dei diritti edificatori l'inerenza risulta, se non del tutto assente, comunque fortemente attenuata nella misura in cui si dispone della potenzialità edificatoria di un fondo, indipendentemente dalla cessione dello stesso. Senonché, ancor più dirimente, in questo settore, si rivela l'assenza di immediatezza in quanto il titolare della cubatura maggiorata non può soddisfarsi del suo diritto senza l'ineliminabile intervento della p.a.

La definizione della questione: Cass. S.S. U.U. civ., n. 16080 del 9 giugno 2021

Con la pronuncia in commento, le Sezioni Unite tentano di porre fine all'annosa questione relativa alla natura giuridica dei diritti edificatori, analizzando, però, nello

¹⁰F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, 2019, p. 1476.

specifico la fattispecie del contratto di cessione di cubatura.

La soluzione fornita, invero, se da un lato prende posizione netta nel senso della non realtà, dall'altro lascia spazio a dubbi e perplessità in ordine al corretto inquadramento e, inoltre, non si occupa del tema relativo alla funzione dell'art. 2643, n. 2-bis c.c.

Non è un caso, poi, che la vicenda che fa da sfondo alla sentenza riguardi una questione fiscale: la vera ragione, infatti, per cui anche il legislatore ha scelto di accordare rilevanza al contratto ha natura tributaria e si sostanzia nell'applicabilità (o meno) dell'imposta di registro alla cessione di volumetria.

La vicenda e la soluzione

Il fatto che fa da sfondo alla sentenza ha origine da un avviso di liquidazione notificato dall'Agenzia delle Entrate ai ricorrenti, quali cedenti della cubatura edilizia dagli stessi acquisita dal Comune. Le ragioni del gravame risiedono nella ritenuta legittimità, da parte della Commissione Tributaria Regionale, del predetto avviso nella parte in cui applicava l'imposta proporzionale di registro con aliquota dell'8%: tanto in considerazione della qualificazione della cessione di cubatura quale atto a titolo oneroso traslativo della proprietà e di diritti reali immobiliari di godimento, ex art. 1, Tariffa, Parte Prima, allegata al D.P.R. n. 131/1986.

La Commissione, pur escludendo trattarsi di

diritto reale in senso stretto, motivava l'imposizione sulla base dell'effetto traslativo prodotto dalla cessione e aggiungeva, inoltre, l'imposta ipotecaria e catastale, proprio per le caratteristiche del contratto.

Con l'impugnazione i ricorrenti deducevano la violazione e falsa applicazione di legge – sia della Tariffa TUR, degli artt. 832 e 1376 c.c., sia degli artt. 1 e 10, d.lgs. n. 347/90, 2643, n. 2-bis c.c. e 11 preleggi – per non aver tenuto conto dell'efficacia meramente obbligatoria del contratto di cessione di cubatura, né dell'insussistenza dei presupposti per la trascrizione e la voltura.

Chiamata a decidere sulla vicenda, la Sez. VI Tributaria della Cassazione rimetteva, con ordinanza n. 1952 del 15 settembre 2020, gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite della questione concernente la natura giuridica della cessione di cubatura, ai fini dell'imposta di registro, e altre questioni a carattere strettamente fiscale.

Le Sezioni Unite premettono che la risposta al quesito della natura giuridica – di interesse in questa sede – deve essere univoca, non diversificata né fiscalmente orientata. Chiariscono, poi, che la cessione di cubatura non si identifica nei diritti edificatori generati direttamente dalla p.a. nell'ambito della c.d. edilizia consensuale, eppure analogamente a questi realizza una forma di sfruttamento dello ius aedificandi separata dalla proprietà del suolo.

La pronuncia prosegue con una panoramica

degli orientamenti sviluppatasi sul tema, distinguendoli in due macrocategorie: l'uno privatistico, l'altro pubblicistico. Ripudia, però, entrambe le impostazioni.

Per un verso, infatti, la cessione di cubatura non può essere assimilata ad un diritto reale né di superficie né di servitù in quanto difetta del requisito di cui all'art. 952 c.c.; inoltre, rispetto alla servitù prediale postula un'incompatibile componente positiva – oltre a quella negativa di non edificare – che si traduce nel consenso al rilascio del permesso di costruire per cubatura maggiorata. Si esclude, altresì, che rientri nel fenomeno della cessione pura e semplice, perché di regola avviene a favore di un proprietario fondiario determinato.

Per altro verso, si supera la tesi pubblicistica, che concepisce la cessione quale mero elemento di una fattispecie a formazione progressiva, in quanto estremamente sbilanciata a favore del provvedimento autorizzatorio.

Pertanto enuncia il seguente principio di diritto: *“la cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto:immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale;non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 c.c.;trascrivibile ex art. 2643 c.c., n. 2 bis;assoggettabile ad imposta*

proporzionale di registro come atto diverso avente ad oggetto prestazione a contenuto patrimoniale ex art. 9 Tariffa Parte Prima allegata al D.P.R. n. 131 del 1986 nonché, in caso di trascrizione e voltura, ad imposta ipotecaria e catastale in misura fissa ex artt. 4 Tariffa allegata al d.lgs. n. 347 del 1990 e art. 10, comma 2, del medesimo d.lgs.”

Problemi irrisolti

La sentenza in commento ha il merito di fugare i tradizionali dubbi sulla natura del contratto di cessione di cubatura e, indirettamente, dei diritti edificatori, ma omette di affrontare specificamente le altre questioni che orbitano intorno a tali fattispecie.

Questo, evidentemente, in quanto l'esigenza contingente si è rivelata quella di risolvere il problema della natura giuridica con specifico riferimento all'aspetto fiscale: difatti, la Cassazione riconosce l'assoggettabilità del contratto ad imposta di registro, ma lo considera rientrante nella categoria degli atti diversi.

Tanto, probabilmente, basta per intuire la portata critica dell'inquadramento della cessione di cubatura, rispetto alla quale la pronuncia chiarisce solo che non si tratta di diritto reale.

D'altronde il trasferimento di diritti è un effetto reso possibile, nel nostro ordinamento, anche a prescindere dal carattere reale dello stesso: l'art. 1376 c.c., infatti, quando parla di *“trasferimento di un altro diritto”* allude alla configurabilità di atti traslativi di diritti non reali, quindi di

credito.

È il classico esempio del contratto di cessione del credito, di cui agli artt. 1260 ss. c.c., che dimostra, peraltro, come un bene immateriale come il credito sia suscettibile di formare oggetto di stipulazione negoziale, o meglio di circolazione nel mercato.

C'è da chiedersi, allora, se anche la cubatura, come il credito, sia suscettibile di circolare quale bene autonomo – come chiaramente afferma la sentenza delle Sezioni Unite – o se piuttosto in questo settore la differenza tra bene e diritto sfumi.

L'oggetto del contratto di cessione di cubatura, invero, si identifica nel diritto di edificare con una maggiorazione di volumetria, dunque, nella potenzialità edificatoria del tutto sganciata dal fondo; e che il diritto, più che la cubatura in sé, costituisca il contenuto oggettivo del contratto si desume, in effetti, dallo stesso art. 2643, n. 2-bis c.c. che espressamente parla di diritto edificatorio.

La portata della norma, infatti, è volutamente omnicomprensiva in quanto volta a garantire la trascrivibilità di qualunque contratto riguardante diritti edificatori: ed è proprio questo il vero problema, stante l'impossibilità di accomunare, entro l'ambito applicativo di un'unica disciplina, la vasta gamma dei diritti edificatori.

Basti pensare alla tipologia di diritti edificatori di matrice pubblicistica, quali quelli nascenti nell'ambito della perequazione, che, al di là della specifica

disciplina applicabile, dal punto di vista civilistico andrebbero comunque necessariamente trascritti.

Inoltre, la non realtà della cessione di cubatura varrebbe ad accordarle natura obbligatoria fintanto che si consideri valida la dicotomia tra diritti reali e diritti di credito.

Ma non è forse vero che i diritti edificatori, in genere, suggeriscono una rivisitazione di tale classificazione?

Diritti concernenti lo sfruttamento dello ius aedificandi - strettamente connesso per tradizione a quello di proprietà – sganciati da un sostrato materiale ma comunque opponibili a terzi sarebbero, forse più correttamente, da qualificare come un tertium genus: diritti reali senza inerenza e senza immediatezza, ovvero diritti di credito con caratteristiche di realtà, ovvero, ancora, una nuova forma di proprietà speciale.¹¹

Ciò che risulta evidente dalla sentenza è certamente la centralità della trascrizione, volta a garantire esigenze di certezza. Tuttavia, resta dubbio se quella di cui all'art. 2643, n. 2-bis c.c. sia un tipo di pubblicità notizia ovvero, come più plausibile, una forma di pubblicità strumentale all'opponibilità del diritto, con il corollario dell'applicazione dell'art. 2644 c.c. per la risoluzione degli eventuali conflitti circolatori.

Conclusioni

¹¹F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, 2019, p. 1516.

Alla luce di quanto sin qui esposto, dunque, si conclude osservando che il principio di diritto espresso dalla recente sentenza delle Sezioni Unite lascia margini di opinabilità in ordine alla natura giuridica della cessione di cubatura e, in generale, dei diritti edificatori. Se è vero che si dichiara, da un lato, che l'atto non ha natura reale, dall'altro non si dice espressamente che si tratta di un diritto di credito: si può parlare di ibrido?

La difficoltà di rispondere al quesito risiede tutta nella disciplina applicabile alla fattispecie, ma ciò non toglie che la materia dei diritti edificatori abbia ormai aperto la strada ad una riflessione – forse non ancora completamente matura a livello giurisprudenziale- sulla persistente opportunità della classificazione dei diritti in reali e di credito.

PENALE

L'accertamento del nesso causale nei reati omissivi impropri

di Federica Crescioli

La quaestio iuris

L'accertamento del nesso causale nei reati omissivi impropri pone delle problematiche sia in punto di elementi costitutivi del fatto tipico sia in punto di giudizio controfattuale.

In primo luogo, e ancora prima di qualsiasi altra valutazione, occorre verificare se, nel caso di specie, sussista o meno una posizione di garanzia, la cui confutazione comporta un bilanciamento fra principio di legalità e principio di solidarietà sociale. Come si vedrà nel proseguio, infatti, nella determinazione di tali posizioni si sono contrapposte più ricostruzioni risultando quelle rigidamente conformate al principio di legalità troppo restrittive e quelle improntate al principio di solidarietà eccessivamente ampliative e, quindi, contrastanti con il principio di garanzia. In materia, si è andata, poi, consolidando la categoria giuridica del rischio, ovvero della gestione dello stesso per l'individuazione del titolare dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.

In secondo luogo, in punto di giudizio controfattuale, questo risulta essere doppiamente ipotetico e, in ciò, confinante con l'accertamento della causalità della colpa, in specie per quanto riguarda il

momento di valutazione dell'elemento normativo. La linea di discriminare si è assestata, secondo la giurisprudenza più recente, nella valutazione di esigibilità del comportamento alternativo lecito, presente nell'esame sull'imputazione soggettiva della responsabilità e assente in quello sull'imputazione oggettiva della stessa, valutazione che rinviene le proprie fondamenta nel principio di colpevolezza da identificarsi nel giudizio di rimproverabilità sociale.

In tal senso, appare opportuno preliminarmente descrivere i reati omissivi impropri per, successivamente, esaminarne la valutazione di accertamento causale assieme a rilievi problematici e fattispecie attuative.

I reati omissivi impropri

I reati omissivi sono quelle fattispecie criminose nelle quali la condotta si sostanzia non in un'azione, bensì in una omissione, ovvero nel non tenere un determinato comportamento. Qualora il comportamento doveroso sia espressamente tipizzato dalla norma si tratta di reati di mera condotta, di pericolo, omissivi c.d. propri, quale, ad esempio, l'articolo 593 c.p. che tassonomizza il reato di omissione di soccorso, viceversa, qualora l'omissione non risulti descritta dalla disposizione normativa, ma venga comunque ritenuta penalmente rilevante ai sensi dell'articolo 40, II comma, c.p., vengono in rilievo i c.d. reati omissivi

impropri o commissivi mediante omissione. In tal senso, i primi consistono nel mancato compimento di un'azione che la legge penale comanda di realizzare¹²; il rimprovero è quindi quello di non aver posto in essere l'azione doverosa in quanto tale e non come mancato impedimento di risultati dannosi¹³, caratteristica peculiare, invece, dei secondi.

Infatti, questi ultimi fondano il rimprovero nel non aver neutralizzato o comunque diminuito il rischio che l'attività svolta comporta, consistendo nel mancato impedimento doveroso di un evento materiale (elemento costitutivo della fattispecie), ovvero nella violazione di un comando imposto da un obbligo giuridico. Tendenzialmente la rilevanza penale di tali fatti è il risultato, nel nostro ordinamento, del combinarsi della clausola generale contenuta nell'articolo 40 cpv c.p. con le norme di parte speciale incentrate su di un reato di azione causalmente orientato (e non, evidentemente, a condotta vincolata)¹⁴, difettando di espressa e diretta previsione legislativa.

La disposizione normativa dell'articolo 40,

¹²«il non compimento, da parte di un soggetto, di una determinata azione, che era da attendersi in base ad una norma» in F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in Riv. it. dir. pen., 1936, pg. 451.

¹³ Si distinguono dai reati omissivi cd. propri, i quali consistono nel mancato compimento di un'azione che la legge penale comanda di realizzare; il rimprovero è quindi quello di non aver posto in essere l'azione doverosa in quanto tale e non come mancato impedimento di risultati dannosi (es. fattispecie di omissione di soccorso, art. 593 c.p.); si veda *funditus* G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2019, pg. 259.

¹⁴ G. FLANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, pg. 619 ss.

Il comma, c.p., c.d. clausola di equivalenza, recita «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo», così subordinando la rilevanza penale dell'omesso impedimento di un evento alla presenza di un obbligo giuridico di impedirlo e rendendo il destinatario dell'obbligo il garante dell'integrità di uno o più beni giuridici.

Ben si comprende come, il primo momento valutativo dei reati omissivi impropri si sostanzia nella necessaria presenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento. In dottrina ed in giurisprudenza è controverso quando e chi abbia un obbligo giuridico di agire e quali ne siano i contenuti.

A lungo si sono contrapposte due concezioni, quella formale e quella sostanzialistico funzionale.

Quella formale esige l'espressa previsione dell'obbligo giuridico di agire da parte di fonti formali, per tali intendendosi la legge sia penale che extra penale, il contratto, che ha «forza di legge fra le parti» e la propria precedente attività pericolosa¹⁵. Tale

¹⁵ Tale teoria ha l'indubbio aspetto positivo di rispettare il principio di tassatività, ma presenta, come è evidente, rilievi critici per quanto riguarda la «propria precedente attività pericolosa». Si v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2017, pg. 156; F. BASILE, Su alcune questioni controverse intorno all'omissione di soccorso (art. 593 c.p.). Un reato in cerca d'autore, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, pp. 643-689, in particolare, p. 676 nota 114: «Nessun dubbio dovrebbe, invece, sussistere sul fatto che colui che cagiona lo stato di pericolo per la vita o l'incolumità altrui e poi omette ogni soccorso, non possa rispondere per ciò solo - nel caso in cui il pericolo si trasformi in danno, ad esempio nell'evento lesioni o morte - di tale evento di danno a titolo di reato omissivo improprio: la sua precedente attività pericolosa non e,

concezione attua, in maniera puntuale, il principio di legalità anche nella previsione della posizione, così assicurando anche il principio di garanzia cui lo stesso presidia.

Quella sostanzialistica funzionale, partendo dall'assunto secondo il quale la presenza di una situazione di garanzia risponde alla necessità di assicurare protezione ad un bene giuridico a fronte dell'incapacità del suo titolare di proteggerli adeguatamente, sostiene che un obbligo di garanzia, oltre che derivare dalla legge o dal contratto, possa derivare anche dalla situazione fattuale in cui vi è assunzione volontaria della posizione da parte del soggetto¹⁶. Tale tesi rinviene le proprie fondamenta nel principio di solidarietà, cui la società civile è improntata.

La dottrina più recente ha elaborato una concezione mista, formale funzionale, che tenta di conseguire una sintesi secondo cui la selezione degli obblighi impeditivi va effettuata sulla base di un duplice fondamento: la previsione formale dell'obbligo di agire e la corrispondenza alla funzione di garanzia. Dunque, è necessario che il soggetto garante abbia non solo uno specifico dovere impeditivo rispetto alla situazione di pericolo, ma anche la concreta possibilità di attivarsi, rimanendo così esclusa dal novero delle fonti, la c.d. assunzione volontaria unilaterale di compiti

di tutela al di fuori di ogni preesistente obbligo *ex lege ex contracto*¹⁷.

La più recente giurisprudenza sembra sposare tale concezione, svolgendo alcune precisazioni; si riporta in tal senso la massima in materia espressa dalla giurisprudenza di legittimità nella nota sentenza c.d. Vannini¹⁸ « *si delinea una posizione di garanzia a condizione che: (a) un bene giuridico necessiti di protezione, poiché il titolare da solo non è in grado di proteggerlo; (b) una fonte giuridica - anche negoziale - abbia la finalità di tutelarlo; (c) tale obbligo gravi su una o più persone specificamente individuate; (d) queste ultime siano dotate di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, ovvero che siano ad esse riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l'evento dannoso sia cagionato. (La Corte ha anche precisato che un soggetto può dirsi titolare di una posizione di garanzia, se ha la possibilità, con la sua condotta attiva, di influenzare il decorso degli eventi, indirizzandoli verso uno sviluppo atto ad impedire la lesione del bene giuridico garantito)*»¹⁹.

Tale massima è stata, poi, ulteriormente precisata anche dalla sentenza c.d. Vannini bis²⁰ secondo cui «*altra fonte dell'obbligo di garanzia è quello dell'**assunzione volontaria ed unilaterale dei compiti di tutela**, al di fuori di un preesistente obbligo giuridico, fondato sul presupposto dell'assunzione di fatto dell'onere, della presa in carico del bene che ne accresce le possibilità di salvezza. Tale ambito ricorre in presenza*

infatti, idonea fonte di un obbligo giuridico (ex art. 40 cpv.) di impedire l'evento».

16 G. FIANDACA, E. MUSCO, Diritto penale. Parte generale, Bologna, 2019, pg. 640.

17 F. MANTOVANI, Diritto penale. Parte generale, Vicenza, 2017, pg. 156.

18 Cass. pen., Sez. I, n. 9049/2020.

19 In tal senso anche Cass. pen., sent. n. 38991/2010.

20 Cass. pen., V sez., sent. n. 27905/2021.

**di un’iniziativa spontanea
nell’assunzione dei compiti di tutela,**

come nei casi dei vicini di casa che, in assenza dei genitori, si prendono cura del bambino; dei volontari di pronto soccorso che, avvertiti, soccorrono il ferito in stato d’incoscienza; si tratta di obbligazione giuridica connessa all’assunzione unilaterale del ruolo di garante». Con questa pronuncia, la giurisprudenza di legittimità sembra avallare la ricostruzione sostanziale funzionale della posizione di garanzia, ammettendo che la stessa possa derivare non solo da una situazione di diritto preesistente all’azione criminosa, bensì da un sopravvenuto evento di fatto. Ben si comprende, come, sposando tale tesi le maglie delle omissioni penalmente rilevanti si dilatino oltremodo per sostanzarsi in una valutazione soggettiva e dai confini nebulosi.

Per onore di completezza, occorre precisare che le posizioni di garanzia si dividono, poi, in posizioni di controllo, il contenuto del cui obbligo è impedire che una fonte di pericolo possa ledere gli specifici interessi dei terzi e dunque il garante è tenuto a neutralizzare gli specifici pericoli che da quella fonte possono scaturire, e in posizioni di protezione che hanno ad oggetto la protezione di un bene giuridico da tutti i pericoli e da qualsiasi fonte essi provengano²¹.

Il rapporto di causalità

L’elemento positivo: la spiegazione

²¹ S.D. MESSINA, G. SPINNATO, *manuale breve diritto penale*, Milano, 2020, pg. 112.

dell’evento e la teoria condizionalistica

Innanzitutto, il rapporto di causalità viene in rilievo in relazione ai reati di evento (evento naturalistico), in cui il legislatore punisce la condotta non in sé, ma in quanto abbia cagionato una modificazione della realtà circostante²² e indica il nesso che deve sussistere fra condotta ed evento affinché quest’ultimo sia conseguenza della prima sul piano eziologico.

Il codice penale fornisce una definizione di tale elemento costitutivo del reato all’articolo 40 c.p.: il primo comma ne delinea la nozione in riferimento ai reati commissivi o omissivi propri «*Nessuno può essere punito se non per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l’evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione*», il secondo comma, invece, crea una cd. causalità normativa in relazione ai reati cd. omissivi impropri «*Non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*».

La previsione normativa della necessità di tale nesso fra la condotta del soggetto agente e l’evento lesivo tipizzato dalla fattispecie criminosa ha segnato la consacrazione del principio di colpevolezza ex art. 27, I comma, Cost. anche all’interno del codice penale, ovvero il passaggio dalla responsabilità per fatto altrui alla responsabilità per fatto proprio, fatto che

²² R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Torino, 2019, pg. 289.

deve essere attribuibile causalmente al soggetto *de quo*²³.

In dottrina²⁴, si ritiene che, per l'esistenza del rapporto di causalità, in senso giuridico, occorranza due elementi: uno positivo e l'altro negativo. Il positivo è che il soggetto agente con la sua azione o omissione abbia posto in essere una condizione dell'evento e cioè un antecedente senza il quale l'evento stesso non si sarebbe verificato. Il negativo è che il risultato non sia dovuto al concorso di fattori eccezionali i quali escludono, a norma dell'art. 41 comma 2 c.p., il nesso causale allorché siano state da sole sufficienti a determinare l'evento.

Ora, per ciò che concerne il requisito positivo, il cruciale interrogativo che ha posto il rapporto di causalità inerisce al comprendere quali siano gli elementi necessari per poter considerare e affermare che un determinato evento è conseguenza di una specifica azione (o omissione).

In materia si è affermata una teoria tradizionale, la cd. teoria condizionalistica o della causalità naturale o della equivalenza delle condizioni, la cui rigidità, però, ha comportato il delinearsi di ulteriori tre teorie cd. correttive: quella della causalità adeguata, della causalità umana e della imputazione oggettiva dell'evento²⁵.

La teoria condizionalistica, enunciata a

partire dal XIX secolo, ritiene che la condotta del soggetto agente debba essere considerata eziologicamente causa dell'evento quando in relazione ad esso si qualifica come una *condicio sine qua non*, ovvero una condizione senza la quale l'evento non si sarebbe prodotto²⁶.

Dunque, causa dell'evento è ogni azione che non può essere mentalmente eliminata senza che l'evento concreto venga meno; l'accertamento di tale rapporto viene effettuato tramite il cd. giudizio controfattuale, il quale si sostanzia in un procedimento di eliminazione mentale della condotta del soggetto agente effettuato *ex post* e, quindi, con cognizione di come si sono succeduti i fenomeni²⁷.

Secondo attenta dottrina, però, «*la formula della 'eliminazione mentale' è di per sé formula vuota [...]; si tratta di una formula 'euristica', che indica cioè in quale direzione vanno ricercati i suoi contenuti*»²⁸.

La giurisprudenza di legittimità a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, in particolare con la sentenza relativa al disastro Stava²⁹, argomentando che il giudice non può essere produttore egli stesso di leggi di spiegazione causale, ma mero utilizzatore di esse, ha statuito che il giudizio controfattuale debba essere svolto

²³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2017, pg. 136.

²⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1994, pg. 220.

²⁵ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2019, pg. 232.

²⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2017, pg. 138.

²⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, pg. 238.

²⁸ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2019, pg. 234.

²⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 4793/1990.

sulla base di leggi dotate di validità scientifica, le cd. leggi di copertura.

A seguito, dunque, dell'affermazione della necessità che il giudizio debba essere effettuato tramite la sussunzione del caso di specie entro le leggi scientifiche di spiegazione causale, è sorto il problema circa il grado di probabilità che tali assunti devono possedere affinché possano essere poste a fondamento dell'accertamento del giudice.

Se le prime pronunce successive³⁰ ritenevano che la probabilità dovesse essere vicina alla certezza, le cd. Sezioni unite Franzese³¹ aprono alla possibilità che anche leggi con probabilità statistica medio bassa siano ritenute sufficienti, qualora, però, sia sicura l'esclusione di fattori causali alternativi e ciò sulla base dell'assunto secondo cui alla probabilità statistica non equivale alla probabilità logica, la quale, quest'ultima, consentirebbe di raggiungere la certezza processuale del nesso eziologico³².

Infatti, la stessa è altresì detta credibilità razionale³³, alla quale si giunge mediante l'esame dei fattori di spiegazione causale

alternativi, che, quando esclusi, permettono di considerare certo l'unico elemento eziologico presente.

Alla luce di tali considerazioni, la giurisprudenza di legittimità più recente³⁴ ha ritenuto possibile anche fondare il giudizio controfattuale su generalizzate massime di esperienza e del senso comune, in virtù della circostanza che spesso leggi scientifiche non sono disponibili³⁵.

Secondo la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, l'evento causato dall'azione può essere ad essa oggettivamente imputato solo se ricorrono due condizioni: 1) l'agente ha, con la condotta in violazione delle regole cautelari, creato o diminuito o non aumentato il rischio del verificarsi di un evento del tipo di quello che si è verificato e 2) l'evento è la concretizzazione del rischio che quella regola cautelare mirava ad evitare.

La spiegazione del nesso causale tra omissione ed evento

Nei reati omissivi impropri, come già esposto, il nesso causale deve sussistere non fra azione e evento, bensì fra mancato impedimento ed evento.

Nello specifico, nella causalità attiva si imputa al soggetto di aver innescato un fattore di rischio che porta ad un evento lesivo, mentre nella causalità omissiva

³⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 1688/2000, Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 14006/2000, Cass. pen. Sez. IV, sent. n. 2139/2000.

³¹ Cass. sezioni unite, sent. n. 30328/2002, citata e confermata dalle Sezioni unite cd. *ThyssenKrupp*, sent. n. 38343/2014, par. 9.

³² In tal senso, attenta dottrina, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Torino, 2000, pg. 268 e ss aveva affermato che «non può esistere una legge scientifica "vera", ma solo un'ipotesi che gode di un alto grado di conferma o credibilità».

³³ E. Di Salvo, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in Cass. Pen. Fasc. 12, 2003, pg. 1081

³⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 29889/2013; Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 44400/2019

³⁵ In materia si rileva comunque un dibattito, si veda *funditus* R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Torino, 2019, pg. 293 ss.

impropria si rimprovera all'agente di non aver neutralizzato il fattore di rischio preesistente che porta all'evento³⁶.

Ciò comporta che il giudizio controfattuale che il soggetto giudicante è chiamato ad effettuare è doppiamente ipotetico: non è sufficiente valutare se il mancato impedimento è causa dell'evento eliminando tale condotta, bensì è necessario ulteriormente valutare se l'azione che il soggetto avrebbe dovuto compiere, ovvero quella dettata dalla regola cautelare, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento aggiungendola mentalmente.

Tale giudizio, che prima si occupa dell'analisi dei cd. causalità reale e successivamente di una cd. causalità ipotetica o predittiva, deve essere effettuato secondo i criteri esposti *supra*. Viceversa, altrimenti, si verrebbe a creare un'ingiustificata diversità di metro e metodo di giudizio non conforme al principio di legalità e tassatività che informa l'intera materia penale nel nostro ordinamento³⁷.

Il principio è stato anche ribadito dalle Sezioni Unite *ThyssenKrupp*: «Nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, che a sua volta deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di

deduzione logica basata sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto»³⁸.

L'elemento negativo: l'articolo 41, cpv, c.p.

Il secondo interrogativo in materia di causalità, dunque, riguarda non la valutazione della condotta come causa dell'evento, ma, posto che il processo causale si è innestato, quali sono i fattori idonei ad interromperlo. Affinchè, quindi, possa dirsi sussistere il nesso di causalità è necessario che non vi siano elementi alternativi da soli idonei a causare l'evento (elemento negativo).

A ben vedere, la teoria condizionalistica concepisce la causalità in termini naturalistici e, dunque, sulla base di ciò, è causa di un evento l'insieme delle condizioni necessarie e sufficienti a produrlo, condizioni che, in tal senso, si equivalgono.

In ragione di tale considerazione, la dottrina ha elaborato teorie correttive che intendono selezionare i fattori causali³⁹.

Secondo la teoria della causalità adeguata, per la sussistenza del rapporto di causalità non è sufficiente che l'azione sia condizione necessaria dell'evento, ma occorre che

³⁶ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Torino, 2019, pg. 308.

³⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2019, pg. 271.

³⁸ K. SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in Cass. Pen. Fasc. 2, 2015, pg. 490.

³⁹ V. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2017, pg. 139.

l'evento sia conseguenza normale o non improbabile dell'azione secondo l'*id quod plerumque accidit*.

Secondo la teoria della causalità umana, la condotta del soggetto agente è causa dell'evento prodottosi solo se lo sviluppo eziologico era dallo stesso prevedibile e conseguentemente dominabile, in base ai suoi poteri conoscitivi e volitivi.

Ad oggi, tali teorie appaiono superate, partendo le recenti analisi dal dato normativo⁴⁰.

Infatti, il legislatore all'articolo 41 c.p. ha disciplinato l'eventuale presenza di concause rispetto alla condotta del soggetto agente, prevedendo che esse possano escludere il nesso causale instauratosi qualora siano sopravvenute e da sole sufficienti a determinare l'evento. *A contrario*, quindi, affinché il rapporto di causalità tra condotta ed evento sussista è necessario che tali fattori eccezionali non vi siano.

Al primo comma, ha stabilito che il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti rispetto all'agire del soggetto, non esclude di per sé il nesso di causalità⁴¹.

Al secondo comma, ha ulteriormente precisato che «*e cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono da sole sufficienti a determinare l'evento*».

La sopravvenienza non desta particolari

problematiche, in quanto si ritiene pacifico che la causa debba essere sopraggiunta rispetto alla condotta del soggetto agente per poter causalmente incidere sugli effetti di essa, e, a parere dello scrivente, è tale elemento a determinarne la qualificazione alla stregua di “causa” e non “concausa”.

L'interpretazione, però, dell'inciso «*da sole sufficienti a determinare l'evento*» ha aperto un annoso dibattito, vedendo la contrapposizione di due differenti orientamenti.

Un primo ritiene che tale locuzione faccia riferimento all'innestarsi di una serie causale autonoma, che ha prodotto l'evento in modo del tutto indipendente⁴²; un secondo, invece, qualifica i fattori causali come concorrenti e non autonomi, benchè esorbitanti ed eccezionali, ovvero fattori che, pur inserendosi nella serie causale dipendente dalla condotta dell'imputato, agiscono per esclusiva forza propria nella determinazione dell'evento.

La nota sentenza *Thyssenkrupp*⁴³ pare avallare tale seconda teoria, evocando la c.d. teoria del rischio: il rapporto causale è interrotto solo quando l'intervento di un'ulteriore causa abbia prodotto un rischio nuovo, esorbitante rispetto a quello creato dalla prima condotta illecita⁴⁴ e, per valutare ciò, è opportuno delineare il tipo di rischio

⁴⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2019, pg. 242.

⁴¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2017, pg. 148.

⁴² In tal senso, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2019, pg. 242; in senso critico F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2017, pg. 149.

⁴³ Cass. sezioni unite, sent. n. 38343/2014, par. 13.

⁴⁴ S.D. MESSINA, G. SPINNATO, *manuale breve diritto penale*, Milano, 2020, pg. 106 – 107.

creato dalla prima azione o omissione criminosa.

Valutando tale prospettiva nella dinamica omissiva, la condotta sopravvenuta è interruttiva quando è eccentrica rispetto al rischio che il soggetto gravato dalla posizione di garanzia era chiamato a governare.

Ben si comprende, quindi, che la categoria di “rischio” è dirimente, coinvolgendo essa sia il giudizio causale, sia il giudizio inerente alla posizione di garanzia.

Gestione del rischio o responsabilità di posizione?

Ora, un limite a tale espansione è posto dalla teoria del rischio, secondo cui, comunque, ciascuno è responsabile anche in senso omissivo dell'area di rischio alla cui gestione è demandato.

La giurisprudenza più recente ha, infatti, incentrato il perno risolutivo della divisione dei ruoli nel concetto di rischio, specialmente per individuare, nelle strutture complesse, i soggetti titolari di tale posizione.

Nel grado di prossimità del garante al rischio da gestire dovrebbe risiedere non solo la *ratio* dell'organizzazione aziendale, ma anche la distinta rimproverabilità dei soggetti, derivandone, altrimenti, sempre e solo una responsabilità dell'organo di vertice quale “responsabilità di posizione”⁴⁵. In tal senso, al datore di lavoro dovrebbe

competere la gestione di quel rischio propriamente organizzativo generale, al dirigente quello intermedio e ai preposti e ai lavoratori quello operativo, dal che il singolo infortunio dovrebbe configurarsi quale responsabilità dell'uno o dell'altro in base al tipo di attività svolta e al tipo di rischio governabile⁴⁶.

Tale orientamento è stato ulteriormente confermato dalle Sezioni Unite *ThyssenKrupp*⁴⁷, le quali identificano la figura del garante alla stregua di un gestore del rischio: «*Il contesto della sicurezza del lavoro fa emergere con particolare chiarezza la centralità dell'idea di rischio: tutto il sistema è conformato per governare l'immane rischio, gli indicibili pericoli, connessi al fatto che l'uomo si fa ingranaggio fragile di un apparato gravido di pericoli. Il rischio è categorialmente unico ma, naturalmente, si declina concretamente in diverse guise in relazione alle differenti situazioni lavorative. Dunque, esistono diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare. Soprattutto nei contesti lavorativi più complessi, si è frequentemente in presenza di differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati; ed anche con riguardo alle diverse manifestazioni del rischio. Ciò suggerisce che in molti casi occorre configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio. Allora, si può dire in*

⁴⁵Cfr. Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37738/2013; Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 49821/2012.

⁴⁶V. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 197.

⁴⁷Cass. sezioni unite cd. *ThyssenKrupp*, sent. n. 38343/2014.

*breve, garante è il soggetto che gestisce il rischio*⁴⁸.

Alla luce di ciò, in ipotesi di violazione di norme di prevenzione specifiche, come quelle dettate dal TU 81/08, o generiche, dettate dai più ampi concetti di imprudenza, imperizia e negligenza, nonché violazione di regole cautelari, il soggetto penalmente responsabile dell'eventuale evento lesivo ex art. 40, II comma, c.p. occorso sul luogo di lavoro, deve essere individuato sulla base di tali criteri (formali e funzionali).

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità ha più volte precisato e poi ribadito che, nell'ipotesi in cui i titolari della posizione di garanzia siano più di uno, ciascun garante risulta per intero destinatario dell'obbligo di impedire l'evento, fino a che non si esaurisca il rapporto che ha legittimato la costituzione della singola posizione di garanzia⁴⁹.

La gestione del rischio conferisce sia un obbligo di porre in essere le misure richieste dal caso di specie, ma anche un obbligo di vigilanza di non istaurazione di prassi *contra legem*.

La critica principale che viene mossa a tale "moltiplicazione" dei soggetti in concreto preposti alla gestione del rischio infortunistico è che essa appaia porsi in contrasto con il principio garantista della calcolabilità delle conseguenze penali delle proprie azioni e, dunque, del principio della

personalità della responsabilità penale⁵⁰.

Come ben si comprende, nelle situazioni in cui è la stessa legge ad individuare la posizione di garanzia talvolta, al verificarsi dell'evento, si presuma l'omesso impedimento ex art. 40 cpv c.p. da parte del soggetto garante.

Oltre all'ipotesi della responsabilità del datore di lavoro,⁵¹ emblematica è quella dell'amministratore privo di deleghe nei reati fallimentari.

Infatti, in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, la giurisprudenza costante⁵² ritiene che, ai fini della configurabilità del concorso dell'amministratore privo di delega per omesso impedimento dell'evento, è necessario che emerga la prova, da un lato, dell'effettiva conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società o, quanto meno, di "segnali di allarme" inequivocabili dai quali desumere l'accettazione del rischio - secondo i criteri propri del dolo eventuale - del verificarsi dell'evento illecito e, dall'altro, della volontà - nella forma del dolo indiretto - di non attivarsi per scongiurare detto evento.

Ora, se in astratto l'elemento della conoscenza dei segnali di allarme e il volontario omesso impedimento dell'evento possano sembrare restringere l'area del penalmente rilevante, in concreto,

⁴⁸ Cass. sezioni unite cd. *ThyssenKrupp*, sent. n. 38343/2014.

⁴⁹Cfr. Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 25385/2012.

⁵⁰ D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in Riv. Trim. dir. Pen. Econ., 2011, pg. 174.

⁵¹F. CRESCIOLI, *"Infortuni sul lavoro: la Corte di cassazione ritorna sull'efficacia causale della condotta colposa del lavoratore"* in Riv. Cammino Diritto, Fasc. 01/2021.

⁵² Da ultimo, Cass. pen. Sez. V, sent. n. 33856/2021.

trattandosi di reati a compendio probatorio per lo più documentale diviene difficile riuscire ad accertare la reale consapevolezza degli amministratori privi di delega circa gli indici di frodolenza, finendo, così, per affermare la penale responsabilità del soggetto sulla considerazione che lo stesso rivestisse tale qualifica.

La causalità omissiva e la causalità della colpa

A ben vedere, l'accertamento della causalità omissiva sembra sovrapporsi alla valutazione in sede di causalità della colpa. La colpa si compone di un elemento normativo o obiettivo (ovvero la violazione della regola cautelare) ed un elemento soggettivo (cioè il giudizio di prevedibilità ed evitabilità secondo l'agente modello individualizzato)⁵³: in ciò si sostanzia la c.d. doppia misura della colpa⁵⁴.

In tal senso l'evento, non oggetto di valutazione, deve essere prevedibile dall'agente in quanto concretizzazione del rischio che la regola cautelare mirava a impedire e deve essere stato evitabile adottando il comportamento alternativo lecito richiesto dalla regola cautelare. Quest'ultima, peraltro, non ha lo scopo di azzerare il rischio insito nella condotta, bensì di ridurlo in relazione all'attività pericolosa lecita *de quo*. Ora, questo giudizio

è simile a quello che viene svolto in sede di accertamento del nesso causale omissivo, così come affermato anche dalla nota sentenza *Thyssenkrupp*, al cui par. 27, si legge: «occorre prendere atto che la causalità omissiva segna un ambito in cui i temi dell'imputazione oggettiva e soggettiva spesso si intrecciano e si confondono».

Infatti, l'esame delle due causalità tende a sovrapporsi in punto di accertamento sulla circostanza che l'evento causato (e per affermare ciò, è necessario ritenere che la condotta omissiva, violativa della regola cautelare che viene in rilievo nel caso di specie, sia causa del fatto criminoso) non si sarebbe prodotto se il soggetto avesse tenuto il comportamento alternativo lecito al quale era tenuto in virtù della sua posizione di garanzia, di fatto o di diritto.

A ragione di ciò, la giurisprudenza, a partire proprio da tale pronuncia, ha ritenuto che il discrimine fra accertamento del nesso causale e causalità della colpa sia insito nel giudizio ulteriore della "misura soggettiva" che quest'ultima richiede: la plausibile esigibilità del comportamento alternativo lecito alle condizioni date, circostanza che fonda il rimprovero soggettivo insito nel principio di colpevolezza⁵⁵. Infatti, è la

⁵³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2017, pg.328.

⁵⁴ A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Itinerari di Diritto Penale, Torino, 2011, pg. 187 ss.

⁵⁵ Sentenza *Thyssenkrupp* cit., par. 27: «Naturalmente, la sovrapposizione tra causalità e colpa non è completa. La colpa richiede, come si è tentato di mostrare sopra, anche un apprezzamento ulteriore, di contenuto squisitamente soggettivo che implica la considerazione delle peculiarità del caso concreto, della plausibile esigibilità della condotta nelle condizioni date. E' la dimensione più propriamente soggettiva della colpa, che rivela l'autonomia del profilo soggettivo del reato ed il suo fondamentale ed ancora non pienamente riconosciuto ruolo nell'ambito del giudizio di colpevolezza».

considerazione che l'inosservanza è attribuibile all'agente secondo il criterio individualizzato che permette di affermare la penale responsabilità del soggetto in ordine all'evento.

Come nota attenta dottrina⁵⁶, l'esito dell'accoglimento di tale ricostruzione è quello di esaurire il giudizio di causalità nell'accertamento dell'evento e nella sussistenza di una posizione di garanzia a carico del soggetto cui l'evento viene imputato, ponendosi nel giudizio sulla causalità della colpa la valutazione circa l'eventuale efficacia salvifica della condotta omessa (condotta che deve essersi qualificata come *ex ante* esigibile da parte del soggetto obbligato, viceversa non verrebbe valutata nemmeno l'eventuale efficacia salvifica, stante il principio di colpevolezza). A ben vedere e in conclusione, però, la linea discretiva fra l'accertamento della causalità della condotta e quello della causalità della colpa è da tracciare prendendo le mosse dalla teoria sulla doppia misura della colpa. Infatti, per ritenere presente la prima è sufficiente valutare che il comportamento alternativo lecito, cui il soggetto era in astratto tenuto avrebbe impedito la verificazione dell'evento (il giudizio, quindi, è sull'evitabilità dell'evento), mentre per l'accertamento della seconda occorre verificare se quello stesso comportamento era in concreto esigibile e se, quindi, vi è stata una determinazione volontaristica

contraria alla richiesta dell'ordinamento, ovvero una violazione della regola cautelare in senso proprio. Se, infatti, non fosse stato esigibile il rispetto della regola cautelare, pur essendo presente la violazione e il nesso eziologico fra violazione ed evento, il comportamento non potrebbe configurarsi come rimproverabile. Dunque, i momenti valutativi oggetto di sovrapposizione sono solamente quelli inerenti la dimensione oggettiva della colpa, non coinvolgendo la misura soggettiva della stessa, la quale fonda il giudizio di rimproverabilità.

⁵⁶ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Torino, 2019, pg. 314.



Associazione Culturale

Calamus iuris

La penna del diritto

**CONCORSO FUNZIONARIO
CORTE DEI CONTI
CORSO SOLO TEMI**

Il corso si articola con: Un tema a settimana nelle materie oggetto di concorso • Schema del tema • Correzione personalizzata.

Il corso è a numero chiuso

Per info, costi e prenotazioni: 3479966161

pennadeldiritto@gmail.com



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.

AMMINISTRATIVO

Premessi cenni alla responsabilità contrattuale e precontrattuale nel settore dell'evidenza pubblica, tratti, in particolare, il candidato delle tipologie di risarcimento che possono conseguire all'annullamento dell'aggiudicazione.

di Ester Moccafighe

L'ibridazione delle forme dell'attività amministrativa ha richiesto di indagare se alla P.A. si applichino i regimi relativi alla responsabilità contrattuale e a quella precontrattuale.

L'art. 1 co.1^{bis} della L. n. 241/1990, invero, prevede espressamente che quando la P.A. non agisce come autorità, operano le norme di diritto privato, salvo diversa disposizione di legge.

La questione si interseca con quella sulla natura giuridica della responsabilità civile della P.A., che è oggetto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale non ancora sopito.

A seguito della celebre pronuncia delle Sezioni Unite del 1999 e dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010 il problema, lungi dall'essere mera speculazione teorica, incide non solo sul regime giuridico applicabile, ma altresì sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Un settore in cui la P.A. esercita la propria funzione in forma privatistica è quello delle

procedure di evidenza pubblica.

Si tratta di un ambito caratterizzato da una stringente integrazione tra la normativa europea e quella nazionale, nonché tra giurisprudenza europea e giurisprudenza interna.

Le procedure di affidamento di contratti pubblici, disciplinate dal d.lgs. n. 50/2016 e successive modifiche, possono essere suddivise in due fasi, quella pubblicistica e quella privatistica. Quest'ultima corrisponde al momento esecutivo del contratto pubblico, cui si applicano pacificamente le norme di diritto privato, seppure con alcune peculiarità previste espressamente dal codice dei contratti pubblici.

Infatti, esaurita la gara pubblica, la P.A. non agisce come autorità e instaura un rapporto paritetico con l'operatore economico aggiudicatario, che è titolare di diritti soggettivi.

Le controversie relative alle vicende di questa fase, invero, sono devolute alla giurisdizione ordinaria, in applicazione della regola di cui all'art. 7 c.p.a.: l'art. 133 lett. c) e lett.e) n. 1 c.p.a. attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo le liti concernenti le procedure, quindi la fase squisitamente procedimentale dell'affidamento.

Sulla scorta di tali considerazioni, allora, può affermarsi che la P.A. nella fase esecutiva del contratto pubblico è tenuta ad osservare non solo gli obblighi assunti *ex contractu* e quelli *ex*

lege, ma altresì le regole di condotta la cui violazione dà luogo a responsabilità contrattuale *ex artt.* 1218 ss. c.c.

L'art. 1218 c.c. delinea un modello di responsabilità soggettiva con colpa presunta, che dunque determina un'inversione dell'onere probatorio.

Atteso che sia i contratti di appalto sia quelli di concessione pubblici costituiscono rapporti di durata, possono insorgere sopravvenienze tali da determinare l'esigenza di apportare modifiche al regolamento contrattuale. A tal proposito, gli artt. 106 e 175 c.c.p. indicano i casi tassativi in cui le stazioni appaltanti possono modificare i contratti già in esecuzione senza dover procedere ad una nuova gara.

È lecito domandarsi se una modifica sostanziale del contratto, che è vietata in assenza di una previa nuova procedura di aggiudicazione, dia luogo a responsabilità contrattuale per lesione di un diritto soggettivo ovvero a responsabilità per lesione di un interesse legittimo, giacché la soluzione incide sul riparto di giurisdizione.

La *ratio* delle norme *de quibus* è quella di garantire il principio di concorrenzialità e quelle di parità di trattamento: la P.A. non è un qualsiasi soggetto di diritto privato, in quanto la sua attività è sempre e comunque funzionale alla soddisfazione di un interesse pubblico e non di un interesse proprio ed egoistico.

Perciò, gli artt. 106 e 175 c.c.p. si pongono come limiti alla libertà negoziale della P.A., senza alterare la natura del rapporto tra i

contraenti, che è e rimane paritetico.

Lo *ius variandi* è manifestazione di un diritto potestativo e non di un potere autoritativo.

Pertanto, appare ragionevole concludere che in caso di modifica sostanziale si configuri responsabilità contrattuale in capo alla P.A., determinata dalla violazione di una regola di condotta fissata dalla legge.

Oltre alle specifiche norme di comportamento indicate in leggi speciali, opera quella di cui all'art. 1375 c.c. Sicché la P.A. è chiamata a rispondere di qualsiasi violazione delle regole di correttezza e di buona fede.

Peraltro, la responsabilità contrattuale è configurabile altresì in caso di risoluzione del contratto. Infatti, ad ulteriore conferma di quanto appena sostenuto in relazione alle modifiche contrattuali *ex artt.* 106 e 175 c.c.p., l'art. 108 c.c.p. individua la modifica sostanziale tra le condizioni in presenza delle quali la stazione appaltante può chiedere la risoluzione del contratto.

La peculiarità dell'art. 108 cit. rispetto alla disciplina generale, poi, è che al comma 2 riporta un elenco di ipotesi in cui la stazione appaltante deve risolvere il contratto, escludendo la facoltà per la stessa di optare per la conservazione del rapporto. Nuovamente, si tratta di ipotesi in cui il legislatore fa prevalere esigenze di legalità, trasparenza e buon andamento.

Il rapporto tra le parti coinvolte, però, si configura diversamente nella fase pubblicistica della procedura. Sino all'aggiudicazione, infatti, la P.A. agisce in

forma autoritativa, pertanto la soddisfazione delle pretese dell'operatore economico dipende dall'esercizio del pubblico potere.

Per questo motivo, secondo un primo orientamento in questa fase tra le parti non sussiste alcun rapporto obbligatorio ed entrambe sono tenute all'osservanza del generale dovere di *neminem laedere*; sicché non vi sarebbe spazio per una responsabilità da inadempimento.

Secondo una tesi intermedia, invece, la responsabilità della P.A. è *sui generis*: tra i soggetti coinvolti non si instaura un rapporto obbligatorio, nondimeno un rapporto c'è.

Infine, secondo l'orientamento più accreditato e convincente il procedimento amministrativo, in generale, e il procedimento di evidenza pubblica, in particolare, costituiscono ipotesi di contatto sociale qualificato, con conseguente contrattualizzazione della responsabilità.

Da un punto di vista puramente cronologico, però, la fase procedimentale precede la conclusione del contratto; solo che ciò non è sufficiente a configurare una responsabilità precontrattuale in senso ontologico.

Invero, la responsabilità precontrattuale consegue alla violazione di precise regole di condotta nell'ambito delle trattative negoziali.

All'iniziale orientamento giurisprudenziale che negava l'operatività della disciplina della *culpa in contrahendo* prima dell'aggiudicazione si è, poi, contrapposta la soluzione affermativa, definitivamente accolta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

nel 2018.

Più precisamente, è stata affermata la piena applicabilità del regime della responsabilità precontrattuale a tutte le fasi dell'evidenza pubblica, giacché i principi di correttezza e buona fede sono strumentali alla libertà di autodeterminazione, qualificata come diritto soggettivo. In questo modo, la giurisdizione sulle relative controversie è stata devoluta al giudice ordinario, salvi i casi di giurisdizione esclusiva, in cui sono incluse le controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento (artt. 7 c.p.a. e 133 lett. e) n. 1 c.p.a.).

I presupposti per il risarcimento della responsabilità precontrattuale sono i seguenti: l'inosservanza dolosa o colposa delle regole di buona fede e correttezza; il nesso causale tra condotta e danno; l'altrui legittimo affidamento.

Allora, può sostenersi che il procedimento amministrativo nell'evidenza pubblica consista in una trattativa precontrattuale. Tale soluzione è avvalorata dal nuovo comma *2bis* dell'art. 1 della l. n. 241/1990, aggiunto con D.L. n. 76/2020, secondo cui i rapporti tra cittadino e P.A. sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede. In realtà, sulla base di tale disposizione si potrebbe persino ritenere che vi sia spazio per la responsabilità precontrattuale in qualsiasi procedimento e non soltanto nelle procedure di evidenza pubblica.

Se si sposa la tesi secondo cui dal procedimento sorge un contatto sociale qualificato, allora si sostiene la natura

contrattuale della responsabilità precontrattuale.

A bene vedere, in virtù dell'art. 1173 c.c. la legge è fonte di obbligazioni, sicché gli artt. 1337 c.c. e 1 co. 2^{bis} l. 241/1990 sono sufficienti a riconoscere la natura della responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento di obbligazioni legali.

La responsabilità, in esame, allora è responsabilità da comportamento lesivo del legittimo affidamento del privato nella positiva conclusione del contratto pubblico, oltre che nel rispetto delle regole di condotta. La dottrina più raffinata tende a distinguere il comportamento della P.A. in comportamento mero o materiale e comportamento amministrativo, ossia riconducibile anche mediamente all'esercizio di pubblico potere: nel primo caso, il giudice munito di giurisdizione è quello ordinario; nel secondo caso, invece, è quello amministrativo.

La giurisprudenza, al contrario, guarda alla posizione giuridica lesa e non opera questa distinzione: il comportamento scorretto della P.A. lede la libertà di autodeterminazione del privato, che è un diritto soggettivo, a prescindere dalla forma dell'azione amministrativa; pertanto, fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, la giurisdizione compete al giudice ordinario.

Tra le ipotesi di responsabilità precontrattuale, oltre al recesso ingiustificato dalle trattative, vi è pure quella della conclusione di un contratto inefficace (art. *ex*

art. 1338 c.c.).

La stazione appaltante è un contraente forte ed è destinataria di precisi doveri di informazione. La reticenza colpevole, dunque, dà luogo a responsabilità *ex* art. 1338 c.c.

Sotto il profilo dei criteri di imputazione del fatto, mentre la Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici richiama un criterio oggettivo, la giurisprudenza interna adotta un criterio soggettivo. Peraltro, la colpa della P.A. è oggetto di presunzione semplice sia nella ricostruzione di coloro che inquadrano la responsabilità precontrattuale nel modello aquiliano *ex* art. 2043 c.c. sia in quella di coloro che la qualificano come responsabilità da inadempimento.

Il contratto pubblico è inefficace, se l'aggiudicazione difetta o viene annullata (arg. *ex* artt. 121 ss. c.p.a.).

Infatti, il provvedimento di aggiudicazione è soltanto presupposto di efficacia e non anche requisito di validità del contratto. Questa precisazione rileva sotto il profilo del regime giuridico applicabile al contratto valido, ma definitivamente inefficace ed ineseguibile.

Prima dell'annullamento dell'aggiudicazione il contratto è valido ed efficace, sicché l'aggiudicatario ben può aver già dato esecuzione ad una parte delle prestazioni in esso dedotte.

Dato che la declaratoria di annullamento produce effetti retroattivi, il legislatore si è preoccupato di modularli al fine di tutelare

sia la posizione del privato danneggiato sia l'interesse pubblico perseguito dalla P.A.

Dal tenore letterale dell'art. 121 c.p.a., invero, in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione per i motivi ivi indicati il giudice è tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto, precisando il momento dal quale tale declaratoria decorre. L'art. 121 co. 2 c.p.a., però, introduce una deroga: in presenza di comprovate esigenze imperative connesse all'interesse generale il contratto resta efficace.

Ai sensi del successivo art. 122 c.p.a., fuori delle ipotesi di cui all'art. 121 co.1 cit., la declaratoria di inefficacia è rimessa ad una decisione discrezionale dell'organo giudicante.

È utile sottolineare che il ricorrente in questi casi è un soggetto diverso dall'aggiudicatario, il quale può domandare l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e contestualmente domandare il subentro nella posizione dell'aggiudicatario pretermesso.

In questa prospettiva deve essere letto l'art. 124 c.p.a., che ammette la reintegrazione in forma specifica del danno del ricorrente che abbia dimostrato di potersi aggiudicare il contratto e abbia proposto la relativa domanda.

In questo caso, l'aggiudicatario, la cui libertà di autodeterminazione è stata lesa dal comportamento scorretto e reticente della stazione appaltante, è un controinteressato e può proporre domanda di risarcimento del danno nei confronti della P.A. *ex art. 1338*

c.c. Ai fini dell'ammissibilità della domanda, naturalmente, è necessaria la previa declaratoria di inefficacia del contratto.

L'aggiudicazione definitiva, però, potrebbe pure essere annullata in autotutela dalla stessa P.A. (art. 21 *nonies* l. 241/1990): si tratta di un provvedimento di secondo grado legittimo, ma dannoso.

In entrambe le ipotesi di annullamento, dunque, se la P.A. poteva conoscere i motivi di invalidità del provvedimento, allora doveva conoscerli e comunicarli alla controparte; la reticenza colpevole, però, ha ingenerato nell'altro il legittimo affidamento sulla validità dell'aggiudicazione e, dunque, sulla piena efficacia del contratto, perciò la P.A. risponde di responsabilità precontrattuale *ex art. 1338 c.c.*

Si potrebbe obiettare che il nesso di imputazione soggettiva del danno sia interrotto dal cd. *factum principis*: nel caso di annullamento giurisdizionale, infatti, la P.A. è tenuta ad ottemperare alla decisione del giudice; nel caso di annullamento d'ufficio, è la peculiare funzione pubblica che impone alla P.A. di rimuovere eventuali provvedimenti illegittimi, in ossequio ai principi di legalità e di buon andamento.

Tuttavia, la fonte del danno non è l'annullamento dell'aggiudicazione di per sé, bensì la condotta scorretta della stazione appaltante, che non si avvede dei vizi della procedura ovvero se ne avvede e tace, inducendo la controparte a concludere e ad eseguire un contratto inefficace.

Il contratto, invero, è inefficace *ab initio*: la

pronuncia del giudice ha natura dichiarativa e non costitutiva.

Pertanto, in caso di annullamento d'ufficio ovvero di assenza di diversa pronuncia giudiziale, il contratto si presume totalmente inefficace, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla ripetizione delle prestazioni già eseguite, oltre ai profili di responsabilità precontrattuale.

A bene vedere, il legittimo affidamento del privato e, quindi, la responsabilità della P.A. possono essere esclusi, se si dimostra che il vizio consiste nella violazione di una norma di relazione conoscibile dal privato con l'ordinaria diligenza.

Quanto al danno risarcibile, esso corrisponde all'interesse negativo, cioè all'interesse a non essere coinvolti in trattative inutili.

Per quanto riguarda le tipologie di risarcimento, la legge si occupa solo della tutela del concorrente non aggiudicatario.

In materia di azione risarcitoria, però, l'art. 30 co. 2 c.p.a. ammette espressamente la reintegrazione in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*

La Corte di giustizia dell'U.E. ha precisato che le due forme di risarcimento non sono equiordinate: il risarcimento per equivalente è residuale, nella misura in cui è quello in forma specifica a garantire al massimo il principio di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale.

Ai sensi dell'art. 2058 c.c., però, la reintegrazione in forma specifica può essere richiesta, qualora sia in tutto o in parte possibile e purché non sia eccessivamente

onerosa per il danneggiante.

Nel caso di specie, il privato danneggiato potrebbe essere specificamente ristorato mediante un nuovo provvedimento di aggiudicazione ovvero mediante la ripetizione della gara.

Nella prima ipotesi si presuppone un giudizio ipotetico prognostico di spettanza dell'aggiudicazione. I limiti e i confini del sindacato del giudice e, dunque, di tale accertamento dipendono dalla natura dell'attività posta in essere dalla P.A.

Dall'art. 95 c.c.p. si evince che la scelta dei criteri di aggiudicazione è attività tecnico-discrezionale, ma la scelta dell'aggiudicatario è discrezionale; tant'è vero che la stazione appaltante può anche decidere di non aggiudicare (art. 95 comma 12 c.c.p.). L'annullamento dell'aggiudicazione comporta una ri-espansione del potere della P.A., la cui attività è sempre funzionale al perseguimento del pubblico interesse.

Non si può applicare al caso di specie la norma di cui all'art. 124 c.p.a., giacché la lesione non attiene alla pretesa, alla legittima aspirazione all'affidamento del contratto, bensì alla libertà di autodeterminazione. La tutela in forma specifica di cui all'art. 124 c.p.a. postula il sacrificio ingiusto di un interesse legittimo pretensivo.

In definitiva, nella fattispecie di responsabilità precontrattuale in esame il sindacato del giudice è debole e non sembra possibile prospettare una reintegrazione in forma specifica, in virtù del principio di separazione dei poteri.

Pure la ripetizione della gara è frutto di una ponderazione di interessi che non compete all'organo giurisdizionale. Nondimeno, l'art. 122 c.p.a. suggerisce che vi sono vizi dell'aggiudicazione che comportano l'obbligo di rinnovare la gara.

In realtà, appare più coerente con i principi generali interpretare tale disposizione come segue: l'obbligo di rinnovare la gara non implica l'attribuzione al giudice della potestà di condannare a risarcire il danno mediante la riedizione della gara; al contrario, la norma evidenzia che vi sono vizi dell'aggiudicazione

che inficiano l'intera procedura di gara, si lascia impregiudicata la facoltà della P.A. di decidere se rinnovare la gara ovvero rinunciarvi.

In conclusione, sembra che al danneggiato sia riconoscibile solo il risarcimento per equivalente, secondo i criteri di cui agli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c. In ultima analisi, il danneggiato può altresì domandare il ristoro per il cd. danno curriculari, ossia una forma peculiare di danno all'immagine dell'impresa, risarcibile in via equitativa.



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 prenotare la tua partecipazione.

LA LEZIONE SARÀ ON LINE.

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 16.11.2021

Validità delle clausole dell'accordo di divorzio a domanda congiunta con le quali si trasferiscono ad uno o più congiunti la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili o altri diritti reali.

A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.

#crisiconiugale #divorzio #accordi
richiestacongiunta #autonomianegoziale
#art.4comma16l.898/1970 #art.2cost.

*Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili,
Sentenza n. 21761 del 29/07/2021.*

Le tecniche di gestione della crisi coniugale rappresentano dei fenomeni complessi, in quanto coinvolgono profili, oltre che patrimoniali, morali ed etici.

Appare opportuno – a parere di chi scrive – sottolineare che era dibattuta, sia in dottrina sia in giurisprudenza, l'ammissibilità di accordi in "vista del divorzio" o, come sono stati definiti dalla Corte di Cassazione, "contratti della crisi coniugale" o "contratti post-matrimoniali".

Tali accordi sottendono una gestione dei profili patrimoniali, anche in funzione di mantenimento del coniuge e/o della prole,

in occasione della crisi coniugale.

La pronuncia origina dall'impugnazione della sentenza della Corte d'appello di Ancona che, confermando la decisione del Tribunale di Pesaro, aveva stabilito che "i trasferimenti immobiliari indicati [...] siano da intendersi come impegni preliminari di vendita e di acquisto".

Nello specifico, con ricorso congiunto presso il Tribunale di Pesaro i coniugi chiedevano la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario dal quale erano nati due figli. Altresì, desiderando comporre "in via definitiva ogni questione patrimoniale conseguente alla crisi coniugale [...], i coniugi addivenivano, pertanto, al seguente accordo: a) il G. si obbligava a versare l'assegno divorzile a favore della R., nonché direttamente ai figli maggiorenni, ma non economicamente autosufficienti, il contributo per il loro mantenimento; b) il medesimo trasferiva a favore dei figli la nuda proprietà, in relazione alla sua quota del 50%, dell'immobile sito in (OMISSIS), nonché, a favore della R., dell'usufrutto sulla propria quota dell'immobile predetto".

Il conflitto interpretativo sotteso alla questione ha condotto la prima sezione civile della Corte di Cassazione a rimettere la questione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ai sensi degli articoli 374 e 376 c.p.c., al fine

di definire se le parti, attraverso l'autonomia negoziale, possano o meno inserire delle clausole nell'accordo di divorzio a domanda congiunta funzionali al trasferimento dei beni immobili.

La Corte di Cassazione osserva “[...]che la questione relativa alla possibilità per le parti di introdurre negli accordi di divorzio congiunto clausole diverse da quelle facenti parte del contenuto necessario di tali accordi, ha ricevuto da parte della dottrina risposte diverse ed articolate.”

Invero, si alternano tre ricostruzioni.

“Una parte degli autori si è attestata su posizioni di maggiore chiusura, affermando che gli accordi tra i coniugi in sede di divorzio congiunto o di separazione consensuale non potrebbero avere un contenuto diverso da quello necessario, che si riferisce nel dettato delle norme che disciplinano le due diverse fattispecie all'affidamento dei figli minori ed al loro mantenimento, all'esercizio della responsabilità genitoriale, all'assegnazione della casa coniugale, all'eventuale mantenimento del coniuge, e comunque alla disciplina di tutte quelle situazioni che avrebbero potuto costituire oggetto della statuizione del giudice. Tale opzione interpretativa si fonda, per il divorzio, sul tenore letterale della disposizione di cui alla L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 4, comma 16, che fa riferimento - quale contenuto della domanda congiunta - alla compiuta indicazione delle "condizioni

inerenti alla prole e ai rapporti economici", nonché, per la separazione, sul disposto dell'art. 158 c.c., artt. 710 e 711 c.p.c., nei quali si fa riferimento “all'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli”, ed ai "provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole conseguenti la separazione", che possono essere modificati in ogni tempo su istanza delle parti”.

La seconda ricostruzione, invece, “[...]pur ritenendo in astratto valido l'accordo immediatamente traslativo di beni immobili in sede di separazione consensuale e di divorzio congiunto ritiene comunque preferibile adottare la "procedura bifasica" (assunzione dell'obbligo di trasferire in sede giudiziale e redazione dell'atto notarile in esecuzione dell'obbligo assunto) in ragione dell'elevato rischio di errori invalidanti, connesso agli adempimenti e alle verifiche richiesti per gli atti immediatamente traslativi (indicazioni urbanistiche, attestazioni di prestazione energetica e certificazione catastale)”.

Infine, l'ultimo orientamento “ - in un'ottica di maggiore apertura, dettata dalla necessità di tenere conto del contesto peculiare nel quale si sviluppano siffatti accordi traslativi, dettati dall'esigenza di porre fine quanto prima, e senza il rischio di successivi ripensamenti pregiudizievole per la stabilità, già precaria, della situazione familiare - si spinge fino a valutare unitariamente e complessivamente tutte le condizioni della separazione (o del divorzio), ed arriva ad

attribuire ad esse una comune connotazione di tipicità, cui fa conseguire una disciplina unitaria.

In particolare, secondo tale tesi, occorrerebbe tenere conto del carattere di "negoziante globale" che la coppia in crisi attribuisce al momento della "liquidazione" del rapporto coniugale di fronte alla necessità di valutare gli infiniti e complessi rapporti di dare-avere che la protratta convivenza genera, operando una ricostruzione che, in luogo di una miriade di possibili accordi innominati, faccia perno, invece, sull'individuazione di un vero e proprio contratto di definizione della crisi coniugale o, più esattamente, dei suoi aspetti patrimoniali. Tale contratto dovrebbe abbracciare ogni forma di costituzione e di trasferimento di diritti patrimoniali, compiuti con o senza controprestazione, in occasione della crisi coniugale.”

Pertanto, secondo quest'ultima ricostruzione si tratterebbe di accordi tipici e ancorati all'articolo 711 c.p.c. e all'articolo 4, comma 16, della legge n. 898/1970 - interpretati in una prospettiva diametralmente opposta a quella sostenuta dal primo orientamento-.

Ciò premesso, **“ritengono queste Sezioni Unite che l'orientamento secondo il quale in sede di divorzio congiunto e di separazione consensuale siano ammissibili accordi tra le parti, che non si limitino all'assunzione di un mero obbligo preliminare, ma attuino in via**

diretta ed immediata il trasferimento della proprietà di beni o di altro diritto reale sugli stessi, meriti di essere condiviso e confermato”

La Suprema Corte sottolinea che “la sentenza non incide sul vincolo matrimoniale, ma sull'accordo tra i coniugi, essa realizza [...] - in funzione di tutela dei diritti indisponibili del soggetto più debole e dei figli - un controllo solo esterno su tale accordo, attesa la natura negoziale dello stesso, da affermarsi in ragione dell'ormai avvenuto superamento della concezione che ritiene la preminenza di un interesse superiore e trascendente della famiglia rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti. Ne consegue che i coniugi ben possono concordare, con il limite del rispetto dei diritti indisponibili, non solo gli aspetti patrimoniali, ma anche quelli personali della vita familiare, quali, in particolare, l'affidamento dei figli e le modalità di visita dei genitori.

[...]E' del tutto evidente, pertanto, che - ferma la natura costituiva della sentenza che definisce il procedimento di divorzio a domanda congiunta, con la peculiarità che siffatta pronuncia è emessa sull'accordo delle parti, sia pure avente natura ricognitiva dei presupposti per la pronuncia sullo status, che il Tribunale ha comunque il dovere di verificare - la sentenza in parola viene a rivestire un valore meramente dichiarativo, o di presa d'atto, invece,

quanto alle condizioni "inerenti alla prole ed ai rapporti economici", che la domanda congiunta di divorzio deve "compiutamente" indicare. Fermo il limite invalicabile costituito dalla necessaria mancanza di un contrasto tra gli accordi patrimoniali e norme inderogabili, e dal fatto che gli accordi non collidano con l'interesse dei figli, in special modo se minori."

Altresì, la Suprema Corte motiva il proprio arresto evidenziando che l'autonomia privata, il cui fondamento costituzionale è rinvenibile negli articoli 2,3,41 e 42 della Costituzione, assume particolare rilevanza, attesa la volontà delle parti di individuare una soluzione celere e idonea a gestire le questioni economiche - le quali possono potenzialmente tradursi in motivo di contrasto tra i coniugi-.

Pertanto, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite affermano il seguente principio di diritto: **“sono valide le clausole dell'accordo di divorzio a domanda congiunta, o di separazione consensuale, che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, o di altri diritti reali, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi, o**

dei figli, al fine di assicurarne il mantenimento; il suddetto accordo di divorzio o di separazione, in quanto inserito nel verbale d'udienza, redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato, assume forma di atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c. e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo la sentenza di divorzio resa ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 4, comma 16, che, in relazione alle pattuizioni aventi ad oggetto le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, ha valore di pronuncia dichiarativa, ovvero dopo l'omologazione che lo rende efficace, valido titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c.; la validità dei trasferimenti immobiliari presuppone l'attestazione, da parte del cancelliere, che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui alla L. n. 52 del 1985, art. 29, comma 1-bis; non produce nullità del trasferimento, il mancato compimento, da parte dell'ausiliario, dell'ulteriore verifica circa l'intestatorio catastale dei beni trasferiti e la sua conformità con le risultanze dei registri immobiliari”.

PENALE

La pillola di diritto dell'11.11.2021

È costituzionalmente conforme la normativa che stabilisce la sospensione del corso della prescrizione - dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020-, anche per quanto concerne i processi aventi ad oggetto reati commessi prima della data del 09/03/2020.

A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.

#covid19 #prescrizione #sospensione
#art.83.4comma.d.l.18/2020
#art.83.2comma.l.27/2020 #art.157c.p.
#art.159c.p.

Corte costituzionale, Sentenza n. 278/2020 del 23/12/2020.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 278/2020, dichiara infondate le questioni di legittimità costituzionale proposte dai Tribunali di Siena, Spoleto e Roma relative all'articolo dell'art. 83, comma 4, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-

19), convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27, nella parte in cui dispone la sospensione del termine di prescrizione, con riferimento ai procedimenti penali indicati nel comma 2 della stessa disposizione, anche per fatti commessi prima del 9 marzo 2020.

Le ordinanze di remissione sostenevano che la normativa in oggetto fosse contraria all'articolo 25, comma 2, della Costituzione – che vieta la punizione di alcuno in forza di una legge entrata in vigore dopo il fatto commesso-, in quanto evidenziavano che il principio di legalità preclude l'applicazione retroattiva delle norme che modificano, in senso peggiorativo, la disciplina della prescrizione.

La Corte, prima di procedere alla decisione, esegue - al punto 6 - un'efficace ricostruzione del quadro normativo.

Il primo intervento, collegato all'emergenza da COVID – 19, era quello del d.l. n.9/2020 (Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), il quale, all'art. 10, interessava esclusivamente i procedimenti civili e penali pendenti presso gli uffici giudiziari dei circondari dei tribunali cui appartenevano i Comuni indicati all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020.

Con questo provvedimento, a far data dal 3

marzo 2020, il corso della prescrizione veniva sospeso sino al 31 marzo 2020.

Successivamente, l'articolo 1, comma 1, del d.l. 11/2020 (Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria) stabiliva che "alla data di entrata in vigore del decreto medesimo (9 marzo 2020) e sino al 22 marzo 2020, le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari fossero rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo 2020. Erano fatti salvi alcuni procedimenti, di particolare delicatezza e urgenza, indicati all'art. 2, comma 2, lettera g), del medesimo decreto-legge"

Successivamente, il Governo, con l'articolo 83 del d.l. n.18/2020, stabiliva che "per quanto attiene ai processi penali, si è disposto in via generale e obbligatoria, salvo le eccezioni concernenti alcune tipologie urgenti di procedimento, il rinvio di ufficio delle udienze a data successiva al 15 aprile 2020 e la sospensione dei «termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali» dal 9 marzo al 15 aprile 2020".

Infine, è intervenuto l'articolo 36 del d.l. n. 23/2020, con il quale il Governo ha stabilito che "il termine del 15 aprile 2020, previsto dai commi 1 e 2 dell'art. 83 del d. l. n. 18 del 2020, era prorogato all'11 maggio 2020".

Atteso il frastagliato quadro normativo,

appare opportuno, quindi, chiarire che il corso della prescrizione veniva sospeso dal nove marzo 2020 all'undici maggio 2020 e tale disciplina veniva applicata anche ai processi aventi ad oggetti reati la cui condotta era anteriore alla data del nove marzo 2020.

Ciò premesso, la Corte Costituzionale chiarisce che "**la concreta determinazione della durata del tempo di prescrizione dei reati appartiene alla discrezionalità del legislatore censurabile solo in caso di manifesta irragionevolezza o sproporzione rispetto alla gravità del reato** (sentenza di questa Corte n. 143 del 2014).

Nell'esercizio di tale discrezionalità il legislatore opera un bilanciamento tra valori di rango costituzionale".

Infatti, sussiste l'esigenza di perseguire i comportamenti in violazione di norme penali, in quanto ciò rappresenta un fondamento "del comune vivere civile".

Tuttavia, "a fronte di queste esigenze vi è [...] l'interesse dell'imputato ad andare esente da responsabilità penale per effetto del decorso del tempo; interesse che il legislatore ordinario riconosce e tutela con la disciplina della prescrizione e che si traduce nel diritto dell'imputato ad ottenere dal giudice penale – una volta decorso il termine di prescrizione del reato – il riconoscimento, con sentenza di proscioglimento, dell'estinzione del reato (art. 157, primo comma, cod. pen.) [...]"

ovvero che questo non costituisca reato o non sia previsto dalla legge come reato (art. 129 del codice di procedura penale) e sempre che egli non rinunci alla prescrizione chiedendo un accertamento di non colpevolezza (art. 157, settimo comma, cod. pen.).”

La *ratio* della garanzia si collega “[...] preminentemente all’«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato (...) l’allarme della coscienza comune» (sentenza n. 393 del 2006; in precedenza, sentenza n. 202 del 1971 [...]) **Vi è, in sostanza, un «affievolimento progressivo dell’interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito, valutato, quanto ai tempi necessari, dal legislatore, secondo scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati»** (sentenza n. 23 del 2013)”.

Ciò premesso, la Corte Costituzionale, confermando i suoi precedenti arresti, evidenzia che l’istituto della prescrizione è di natura sostanziale ed è tutelato dal principio di legalità, di cui all’articolo 25, comma 2, della Costituzione, chiarendo che : “È la legge del *tempus commissi delicti* che non solo definisce la condotta penalmente rilevante e ad essa riconduce la pena, quale quella detentiva o pecuniaria (art. 17 cod. pen.), ma anche fissa il tempo oltre il quale

la sanzione non potrà essere applicata[...].Il principio di legalità richiede che la persona accusata di un reato abbia, al momento della commissione del fatto, contezza della linea di orizzonte temporale.[...]In definitiva, la prescrizione, pur determinando, sul versante processuale, l’arresto della procedibilità dell’azione penale, si configura come causa di estinzione del reato sul piano più specificamente sostanziale”.

In seguito, i punti 13 e 14 della decisione in commento, appaiono fondamentali – a parere di chi scrive – per la risoluzione della questione.

Infatti, la Corte rileva che **l’articolo 159, comma 1, c.p.** “ha una funzione di cerniera perché contiene, da una parte, una causa generale di sospensione – secondo cui «[i]l corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale [...] è imposta da una particolare disposizione di legge» – e dall’altra, una catalogazione di altri “casi” particolari.[...] **Tale previsione [...] rispetta il principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., avendo un contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all’integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge, le quali devono comunque rispettare – come si dirà infra al punto 14 – il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) e quello di ragionevolezza e proporzionalità(art. 3, primo comma, Cost.)”.**

Altresì, la Corte sottolinea che limitare la disciplina della sospensione solo per i processi aventi ad oggetto i reati commessi successivamente alla data del 9 marzo 2021 apparirebbe del tutto “incongruo ed inutile”, “per essere la prescrizione appena iniziata a decorrere”.

“Si ha, invece, che al momento della commissione del fatto il suo autore sa ex ante che, se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell’applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione”.

Passando al punto 14 della decisione, la Corte sottolinea che **“Nè può temersi che, nella sostanza, al di là del rispetto formale del principio di legalità, pur così integrato, il rinvio aperto a ogni «particolare disposizione di legge» (art. 159 c.p.), che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale, possa costituire una falla, nel senso di una possibile illimitata dilatazione del tempo complessivo di prescrizione del reato in ragione dell’applicazione di ogni disposizione che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale. Infatti, il rispetto del principio di legalità – nella misura in cui è predeterminata la regola che vuole che alla sospensione del procedimento o del processo penale in forza di una «particolare disposizione di legge» si associ anche la sospensione del decorso del tempo di prescrizione del reato – non esclude, ma anzi si coniuga – come già rilevato – alla**

possibile verifica di conformità sia al canone della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), sia al principio di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.), a confronto dei quali sarà sempre possibile il sindacato di legittimità costituzionale della stessa sospensione dei procedimenti e dei processi penali, nonché, più specificamente, della conseguente sospensione del termine di prescrizione.

Nella fattispecie in esame, del resto, non vengono sollevati dubbi di legittimità costituzionale da parte dei giudici rimettenti sotto questo profilo, **ma non può non osservarsi, da una parte, che la breve durata della sospensione del decorso della prescrizione è pienamente compatibile con il canone della ragionevole durata del processo e, dall’altra parte, che, sul piano della ragionevolezza e proporzionalità, la misura è giustificata dalla finalità di tutela del bene della salute collettiva** (art. 32, primo comma, Cost.) per contenere il rischio di contagio da COVID-19 in un eccezionale momento di emergenza sanitaria”.

Ciò premesso, la Corte Costituzionale riconduce l’ipotesi di sospensione del corso della prescrizione – dal 9 marzo 2020 all’11 maggio 2020-, disposto dall’articolo 83 del d.l.18/2020 all’articolo 159, comma 1, del c.p. Ciò ha condotto la Corte Costituzionale al punto 16 della decisione a ritenere che

“[...] il principio di legalità è rispettato perché la sospensione del corso della prescrizione di cui alla disposizione censurata, essendo riconducibile alla fattispecie della «particolare disposizione di legge» di cui al primo comma dell’art. 159 cod. pen., può dirsi essere anteriore alle condotte contestate agli imputati nei giudizi a quibus. La regola, secondo cui quando il procedimento o il processo penale è sospeso in applicazione di una particolare disposizione di legge lo è anche il corso della prescrizione, è certamente anteriore alle condotte penalmente rilevanti proprio perché contenuta nel codice penale del 1930 e ribadita dalla richiamata novella del 2005”.

AMMINISTRATIVO

La pillola di diritto del 7.11.2021

L'obbligo vaccinale per i sanitari è legittimo

#Covid19 #obbligovaccinale #sanitari

Consiglio di Stato, sez. III, Sentenza n. 7045 del 20.10.2021

1. Introduzione

Il Consiglio di Stato conferma, nel merito, la Sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, già commentata nella “[pillola](#)” del 20.9.2021 e relativa alla sospensione dal servizio per gli operatori sanitari non vaccinati.

La pronuncia, riportata in seguito nei suoi tratti essenziali, reca considerazioni che potrebbero essere utili al dibattito pubblico in materia, spesso connotato da reciproco fanatismo, nella misura in cui, dal lato “*no vax*”, si assolutizza la propria libertà di determinazione e, dall'altro, si afferma la pressoché totale assenza di rischi del vaccino. La Sentenza, almeno così sembra a chi scrive, si pone quale punto di equilibrio nella misura in cui giustifica la scelta legislativa dell'obbligo vaccinale selettivo (a carico del personale sanitario) in funzione di un'interpretazione del principio di precauzione in chiave solidaristica che impone, nel contesto della drammatica emergenza sanitaria in atto, il sacrificio della scelta (altrimenti legittima) di non vaccinarsi

(cd. “esitazione vaccinale”⁵⁷).

2. Aspetti processuali: sentenza semplificata e rinuncia alla domanda cautelare

Meritano una menzione alcune interessanti statuizioni in rito.

Innanzitutto, si afferma che la rinuncia alla domanda cautelare non preclude la decisione della causa in merito con una sentenza in forma semplificata.

Tale soluzione, del resto, risponde al più generale principio secondo cui l'opportunità di una decisione nel merito della causa è rimessa dal legislatore al prudente apprezzamento del giudice e non già alla volontà delle parti, che possono, sì, rinunciare alla domanda cautelare, ma non già disporre come vogliono – in ragione di un malinteso senso del c.d. principio dispositivo – del funzionale e sollecito andamento del giudizio, informato ai valori del giusto processo e della ragionevole durata di questo (art. 111 Cost.).

Difatti, precisa la Sezione, il rito previsto dall'art. 60 c.p.a. “non ha natura consensuale (Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2018, n. 178) e che nemmeno la mancata comparizione delle parti costituite all'udienza cautelare può impedire al Collegio di trattenere la causa in decisione per emettere sentenza in forma semplificata (Cons. St., sez. III, 7 luglio 2014, n. 3453)”. In tal senso, “l'espressione «in sede di decisione della domanda cautelare», contenuta nell'art. 60 c.p.a., sta solo a significare che il Collegio chiamato a

⁵⁷ Per esitazione vaccinale (dall'inglese Vaccine Hesitancy) si intende ogni forma di indecisione o riluttanza nei confronti dei vaccini.

decidere la domanda cautelare, in sede di camera di consiglio fissata per la discussione orale e dopo aver sentito ovviamente le parti sul punto, può decidere immediatamente e interamente nel merito la causa, se ve ne sono i presupposti, e non già che gli sia consentito farlo solo unitamente alla domanda cautelare, che dunque può essere oggetto di rinuncia dalla parte ricorrente senza che ciò precluda al giudice l'esame contestuale del merito”.

3. (segue): sull'ammissibilità del ricorso cumulativo e collettivo

3 – Altra questione riguarda la proposizione del ricorso da parte di molti operatori sanitari, addetti a diverse mansioni e attinti da diversi provvedimenti di sospensione.

La Corte rammenta che:

-) la proposizione del ricorso collettivo da parte di più soggetti rappresenta una deroga al principio generale secondo cui ogni domanda, fondata su un interesse meritevole di tutela, deve essere proposta dal singolo titolare con separata azione, con la conseguenza che la proposizione contestuale di un'impugnativa da parte di più soggetti, sia essa rivolta contro uno stesso atto o contro più atti tra loro connessi, è soggetta al rispetto di stringenti requisiti;

-) la proposizione del ricorso cumulativo contro più atti richiede che la verifica della legittimità di più provvedimenti “sia imposta dall'esigenza di concentrare in un'unica delibazione l'apprezzamento della correttezza dell'azione amministrativa oggetto del gravame, quando questa viene censurata nella sua complessità funzionale e,

soprattutto, per profili che ne inficiano in radice la regolarità e che interessano trasversalmente le diverse, ma connesse, sequenze di atti (Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2020, n. 526)”.

Nel caso di specie, il Consiglio fornisce una lettura sostanziale di tali principi che sono ritenuti non ostativi alla proposizione di un ricorso collettivo e cumulativo nonostante che i ricorrenti abbiano posizioni lavorative variegata e che siano stati attinti da diversi provvedimenti emanati da distinte autorità sanitarie.

Il Consiglio conclude, infatti, nel senso che sussistano tutti i presupposti per l'ammissibilità del ricorso collettivo e cumulativo, in quanto:

“a) sul piano soggettivo, i ricorrenti si trovano tutti nella medesima posizione, indistintamente, poiché essi sono tutti destinatari del precetto legislativo, nonostante la diversa categoria professionale alla quale eventualmente appartengano, che li obbliga alla vaccinazione contro il virus Sars-CoV-2;

b) sul piano oggettivo, i ricorrenti impugnano i diversi atti della sequenza procedimentale non per vizi propri e specifici di questi, che introdurrebbe in questa sede una inammissibile – essa sì – differenziazione delle censure dovuta alla singolarità di ogni singola vicenda concreta, ma perché espressivi, tutti, di un potere che essi contestano in radice sulla base di motivi identici e comuni a tutte le posizioni, siccome diretti, come in seguito si vedrà meglio esaminando queste censure nel merito, a fare emergere il contrasto dell'obbligo vaccinale, in radice, con

molteplici disposizioni del diritto europeo, convenzionale ed interno”.

Il *petitum* e la *causa petendi* alla base della pretesa dei diversi ricorrenti sono, quindi, identici – pur nella diversità delle posizioni – poiché afferenti alla legittimità della sospensione dal lavoro effettuata – asseritamente – in violazione del diritto al lavoro e alla retribuzione (art. 36 Cost.) nonché del fondamentale diritto ad autodeterminarsi rispetto alla propria salute (artt. 2 e 32 Cost.).

4. Il principio di precauzione in chiave solidaristica e il cd. ignoto irriducibile

Nel merito, il Consiglio conferma le indicazioni già fornite dal Giudice di prime cure quanto alla legittimità della richiesta della vaccinazione in capo agli operatori sanitari (per cui si rimanda alla citata pillola del 20.9.2021).

In particolare, si ribadisce che l'autorizzazione condizionata dell'EMA (utilizzata più di 30 volte tra il 2006 e il 2016) è una procedura “ordinaria” e collaudata che non consente di ritenere “sperimentali” (bensì sperimentati) i vaccini. La Sentenza reca, altresì: i dati sull'indubbia efficacia dei vaccini rispetto alla limitazione del contagio e delle forme più gravi della malattia; la normalità statistica degli eventi avversi legati al vaccino di cui una minima parte è qualificabile come “grave”.

La pronuncia, peraltro, non nega il difetto di dati rispetto ai possibili effetti a lunga scadenza del vaccino, ma effettua una accorta disamina del bilanciamento operato dal legislatore escludendo profili di incostituzionalità.

In merito, la Sentenza opera un'interessante ricostruzione della vicenda alla luce del principio di precauzione, interpretato in chiave globale e solidaristica. Si evidenzia, innanzitutto, come nessun farmaco e neppure il vaccino può essere ritenuto esente da rischi. La campagna vaccinale e il sostanziale obbligo imposto ai sanitari, peraltro, si inquadrano nella cd. “amministrazione precauzionale” che deve misurarsi “necessariamente” con il cd. “ignoto irriducibile” “in quanto ad oggi non si dispone di tutti i dati completi per valutare compiutamente il rapporto rischio/beneficio nel lungo periodo, per ovvi motivi, e questa componente, appunto, di ignoto irriducibile, pur con il massimo – ed encomiabile – sforzo profuso dalla ricerca scientifica, reca con sé l'impossibilità di ricondurre una certa situazione fattuale, interamente, entro una logica di previsione *ex ante* fondata su elementi di incontrovertibile certezza”. La scelta legislativa operata nel senso di sospendere gli operatori sanitari non vaccinati va allora letta come scelta discrezionale che ragionevolmente predilige, all'autodeterminazione del singolo, la salvaguardia della salute pubblica nonostante “l'inevitabile margine di incertezza che contraddistingue anche il sapere scientifico nella costruzione di verità acquisibili solo nel tempo”.

L'obbligo vaccinale selettivo (nei confronti degli operatori sanitari) imposto dall'art. 4 del D.L. n. 44/2021 è ragionevole in quanto rivendicare la necessità che vi sia un'assoluta certezza in merito all'assenza di conseguenze negative giunge alla

conseguenza paradossale “che, nel rivendicare la sicurezza ad ogni costo, e con ogni mezzo, della cura imposta dal legislatore a beneficio di tutti, ne negherebbe però in radice ogni possibilità, paralizzando l'intervento benefico, per non dire salvifico, della legge o dell'amministrazione sanitaria contro il contagio di moltissime persone”.

Nello stesso senso, la Corte costituzionale – in riferimento alla normativa che introduceva la vaccinazione obbligatoria contro l'epatite virale di tipo B – ha affermato che «la prescrizione indeterminata e generalizzata di tutti gli accertamenti preventivi possibili, per tutte le complicanze ipotizzabili e nei confronti di tutte le persone da assoggettare a tutte le vaccinazioni oggi obbligatorie» renderebbe «di fatto impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari» (Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258).

Il Supremo Consesso afferma, ancora, che il principio di precauzione, nel caso di specie, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito – va ribadito – tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran

lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco”.

L'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari, allora, si inquadra correttamente quale applicazione del fondamentale principio di solidarietà (art. 2 Cost.), cardine di un sistema costituzionale che riconosce la libertà, ma impone anche responsabilità all'individuo. Difatti, nel nostro ordinamento democratico la legge tutela non i meno vulnerabili o gli “invulnerabili” (né quanti si “affermino tali”) e, dunque, intangibili anche “in nome delle più alte idealità etiche o di visioni filosofiche e religiose, ma tutela dei più vulnerabili, dovendosi rammentare che la solidarietà è «la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione» (Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75)”.

5. L'obbligo di protezione del paziente prevale sull'esitazione vaccinale

L'obbligo vaccinale imposto ai sanitari costituisce, altresì, applicazione della normativa in tema di sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. n. 81/2008) e, soprattutto, del principio di “sicurezza nelle cure” di cui all'art. 1 co. 1 della L. 24/2017 nella parte in cui afferma che essa è “parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività”.

Alla base di tale principio, v'è la relazione di fiducia tra paziente e personale sanitario che si fonda sul consenso informato e che, tuttavia, implica la fiducia non solo nella

cura, ma anche del luogo dove la cura viene praticata.

Nel dovere di cura, che incombe al personale sanitario, rientra un obbligo di protezione (da possibili contagi) che prevale su “visioni individualistiche ed egoistiche, non giustificate in nessun modo sul piano scientifico, del singolo medico che, a fronte della minaccia pandemica, rivendichi la propria autonomia decisionale a non curarsi”. Questa scelta, pur legittima in una condizione di normalità quale espressione della libera autodeterminazione e del consenso informato, “costituisce nel contesto emergenziale ... un rischio inaccettabile per l’ordinamento perché mette a repentaglio la salute e la vita stessa di altri – le persone più fragili, anzitutto – che, di fronte all’elevata contagiosità della malattia, potrebbero subirne e ne hanno subito le conseguenze in termini di gravità o addirittura mortalità della malattia”. “Nel bilanciamento tra i due valori, quello dell’autodeterminazione individuale e quello della tutela della salute pubblica, compiuto dal legislatore con la previsione dell’obbligo vaccinale nei confronti del solo personale sanitario, non vi è dunque legittimo spazio né diritto di cittadinanza in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV-2 per la c.d. esitazione vaccinale”.

6. La conformità ai parametri costituzionali dell’obbligo

In conclusione, il Collegio ritiene l’obbligo vaccinale in commento rispondente ai presupposti individuati dalla Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza

richiamata anche dal giudice di prime cure (sentenze nn. 5/2018; 258/1994; 307/1990).

La legge impositiva di un trattamento sanitario, infatti, non può essere considerata incompatibile con l’art. 32 Cost.:

-) se 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;
-) se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili;
-) se, nell’ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria.