



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 21 - DICEMBRE 2021

APPROFONDIMENTI

Civile: Il danno da perdita parentale e il ruolo delle tabelle milanesi

di Federica Scariato

Penale: L'evanescenza del dolo eventuale: un destino segnato da persistenti difficoltà probatorie

di Mariacamilla Varricchio

Amministrativo: La discrezionalità nelle nomine effettuate dal C.S.M.

di Ester Moccafighe

TEMI SVOLTI

Civile: Riferisca il candidato in ordine alla fideiussione omnibus; si soffermi inoltre sull'applicabilità della disciplina consumeristica nei confronti di una persona fisica in sé qualificabile come consumatore che abbia prestato fideiussione in favore di un professionista.

di Chiara Fasano

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



Sommario

SOMMARIO.....	2
APPROFONDIMENTI	5
CIVILE	6
Il danno da perdita parentale e il ruolo delle tabelle milanesi.....	6
Il danno parentale: premessa	6
Il ruolo delle tabelle milanesi nella quantificazione del danno	8
L’overruling della Cassazione	10
PENALE	13
L’evanescenza del dolo eventuale: un destino segnato da persistenti difficoltà probatorie	13
Il nodo gordiano del diritto penale contemporaneo. Premessa	13
<i>Le varie facce del dolo</i>	13
Elemento soggettivo ad intensità ridotta: il dolo eventuale	14
<i>Rapporti tra dolo eventuale e colpa cosciente. Cenni</i>	16
Criteri di differenziazione: la formula di Frank, l’accettazione del rischio e il criterio del bilanciamento	18
<i>L’intervento chiarificatore delle Sezioni Unite: i criteri Thyssenkrupp</i>	20
La reazione alla sentenza Thyssenkrupp	21
<i>L’incerto terreno applicativo del dolo eventuale nella giurisprudenza successiva</i>	23
Un particolare fatto di cronaca: il caso Vannini	24
<i>Conclusioni</i>	26
AMMINISTRATIVO	27
Introduzione.....	27
Il Consiglio Superiore della Magistratura: la garanzia di indipendenza della magistratura.....	27
Il quadro costituzionale	27
La legge n. 195/1958 e il regolamento interno.	28
Il Testo unico sulla dirigenza giudiziaria.	29
La natura giuridica del Testo unico sulla dirigenza giudiziaria.	29
La discrezionalità nelle nomine e l’impugnabilità delle delibere.....	30
Il Consiglio Superiore della magistratura non è una pubblica amministrazione.....	30
Impugnabilità diretta o differita?	32
Oggetto e confini del sindacato del giudice amministrativo.	33
TEMI SVOLTI	36



CIVILE	37
PILLOLE DI DIRITTO	42
CIVILE	43
<i>La pillola di diritto del 16.12.2021</i>	43
<i>L'onere probatorio dell'attore nell'azione di rivendicazione nel caso in cui il convenuto invochi l'usucapione del bene.</i>	43
<i>A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.</i>	43
#azionerivendicazione #onereprobatorio #possideoquiapossideo #art.948c.c.	43
Corte di Cassazione, sez. II civile, sentenza n.28865 del 19/10/2021.	43
PENALE	46
<i>La pillola di diritto del 27.12.2021</i>	46
<i>Reato complesso: l'omicidio realizzato dopo la condotta di stalking nei confronti della stessa vittima integra un reato complesso?</i>	46
<i>A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.</i>	46
#reatocomplesso #omicidioaggravato #attipersecutori #art.84c.p. #art.576.5.1)c.p. #art.612bisc.p. ..	46
Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, Sentenza n.38402 del 15/07/2021.	46
AMMINISTRATIVO	50
<i>La pillola di diritto del 29.12.2021</i>	50
<i>Condizioni dell'azione: la vicinitas non basta</i>	50
#interesse #ricorso #processo #amministrativo #plenaria #vicinitas	50
Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sent. n. 22 del 9.12.2021	50
1 - La questione	50
2 - La qualificazione della posizione giuridica del vicino e la legittimazione	51
3 - I due orientamenti	52
4 - La necessità dell'interesse al ricorso	52
5 - L'utilità connessa agli effetti negativi dell'intervento edilizio autorizzato	52
6 - La vicinitas non basta	53
7 - I principi di diritto e la questione delle distanze	54



Anno 2, n. 21 dicembre 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

Il danno da perdita parentale e il ruolo delle tabelle milanesi

di Federica Scariato

Il danno parentale: premessa

La risarcibilità del danno non patrimoniale è il frutto di una scelta del legislatore. L'ordinamento, infatti, non può risarcire ogni tipo di tribolazione interna dei consociati, perché altrimenti ogni patema, ogni sofferenza, anche la più insignificante, diventerebbe motivo di pretesa ad essere ristorati.

Questo è il motivo per il quale sulla risarcibilità di taluni danni si discorre molto in dottrina e in giurisprudenza. Uno degli argomenti di dibattito è, ad esempio, la consistenza e la valutazione del danno da perdita di un rapporto parentale.

E' indubbio che la morte di un congiunto per mano altrui costituisca un motivo di sofferenza per i superstiti, che possono agire in giudizio per ottenere un ristoro dal soggetto agente. I parenti del defunto, infatti, vedono sottrarsi la possibilità di

vivere i loro giorni con il defunto, venendo meno un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione e sulla comunione di intenti. Ne consegue che il danno parentale è un danno non patrimoniale *iure proprio*, ontologicamente diverso da quello tanatologico, che invece concerne la sfera giuridica e la sofferenza proprie del defunto, e che può essere fatto valere, al più e quando ne ricorrano i presupposti, *iure hereditatis*.

Va ricordato che, in realtà, circa il riconoscimento della risarcibilità del danno da perdita del rapporto parentale non tutti gli interpreti erano concordi, ritenendosi che questo costituisse un danno "da rimbalzo", non meritevole di alcuna tutela da parte dell'ordinamento.

Solo nel 2003 la giurisprudenza ha cambiato la propria prospettiva, ritenendo che quello in parola non fosse annoverabile tra i danni da rimbalzo ma che, al contrario, fosse il risultato di una condotta illecita pluri-offensiva, capace di danneggiare più persone

contemporaneamente¹.

In quest'ottica, quindi, la perdita del rapporto parentale deve considerarsi la causa di un danno diretto ed immediato che il superstite deve far valere *iure proprio* in giudizio.

Presupposti perché tale danno non patrimoniale possa essere fatto valere sono, dunque: la condotta illecita posta in essere dall'agente, il danno alla salute o alla vita di un soggetto, parente o congiunto che ha provocato un *patis* nella sfera giuridica dei ricorrenti, il nesso di causalità tra la condotta e la sofferenza, valutato secondo le regole della causalità adeguata previste dagli artt. 40 e 41 c.p.

Va ricordato, poi, che la giurisprudenza è ormai pacifica nel ritenere risarcibili solo quei danni prevedibili e che rispondono a criteri di regolarità causale. In questo senso, quindi, il fatto che dalla morte di un soggetto possa derivare una sofferenza per i suoi prossimi congiunti è assolutamente naturale e prevedibile.

La Cassazione, peraltro, ha avuto modo di ricordare anche che l'art. 2059 c.c. deve

essere letto in modo costituzionalmente orientato, per cui è impensabile che si ammetta solo il ristoro del cd. danno da reato. Qualora un fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale, il soggetto leso ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, anche al di fuori di una ipotesi di reato, sebbene non ricorra una delle fattispecie in cui la legge ordinaria consente espressamente il ristoro del danno non patrimoniale.

Naturalmente, il solo fatto di avere un rapporto parentale non basta affinché si configuri il diritto al ristoro, essendo indispensabile, per il giudice, comprendere che tipo di legame affettivo intercorreva tra la vittima e il suo congiunto.

Più precisamente, la Cassazione ha avuto modo di precisare che gli attori “*devono provare la effettività e la consistenza della relazione parentale, rispetto alla quale il rapporto di convivenza non assurge a connotato minimo di*

¹ Frata, L., *La concezione unitaria del danno non patrimoniale e la sua quantificazione nell'illecito*

plurioffensivo, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 777.

esistenza, ma può costituire elemento probatorio utile a dimostrarne l'ampiezza e la profondità" (Cass. civ. n. 21230 del 2016).

Ne consegue che, oltre a tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, devono essere provati anche i legami affettivi e la sottrazione del diritto a vivere delle esperienze con il soggetto ormai defunto. Per converso, non serve necessariamente un rapporto familiare o una convivenza: è, infatti, legittimato ad agire chiunque avesse un legame con il *de cuius*, compreso il convivente *more uxorio* o il fratellastro non legato da vincoli di sangue.

Il ruolo delle tabelle milanesi nella quantificazione del danno

L'aspetto più complesso del danno patrimoniale attiene soprattutto alla sua quantificazione. In alcune ipotesi, è lo stesso legislatore a predisporre delle tabelle, per cui, in quel caso, il problema non si pone. Più complesso, invece, è quando la legge tace sul punto, per cui spetta al giudice quantificare l'ammontare del danno biologico o del danno

parentale.

Per lungo tempo si è fatto ricorso alle tabelle stilate dal Tribunale di Milano, considerate punto di riferimento fondamentale per la quantificazione del ristoro non patrimoniale. Va ricordato, però, che questa è una scelta discrezionale delle singole sedi: ad esempio, i tribunali di Roma o quello di Venezia (ma anche altri) hanno scelto di adottare delle tabelle proprie, quantificando autonomamente i punti percentuali e il relativo ristoro.

Ad ogni modo, è indiscutibile che il ricorso alle tabelle stilate dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano, è molto frequente, al punto che, quando la Corte di Cassazione ha specificato l'esigenza di personalizzare i ristori economici in base alla sofferenza effettivamente sofferta dalla parte attrice, ha citato proprio le tabelle meneghine, distinguendo tra valori "medi", cioè "standardizzabili" in quanto frequentemente ricorrenti, e valori con percentuali di aumento, da utilizzarsi allorquando il caso concreto presenti delle peculiarità allegare e provate.

Va rilevato anche che, in passato, non è

manca chi ha sottolineato che la giurisprudenza ha reso praticamente obbligatorio il ricorso a questi strumenti non previsti dalla legge. Questa ricostruzione, però, ha prestato il fianco alle critiche di chi ha rilevato, per converso, che il Codice civile sancisce il criterio dell'equità, che non significa solo garanzia di tutela, ma anche declinazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* L'ordinamento, infatti, pretende che casi simili vengano trattati in modo simile, e che casi diversi trovino la loro concreta e singolare perimetrazione. Il rischio, quindi, che casi uguali siano liquidati in modo diverso costituisce una disuguaglianza inaccettabile, che deve essere in qualche modo arginata. Se non ci pensa il legislatore, dunque, è compito dell'interprete trovare una soluzione.

Si era fatta strada anche un'altra ricostruzione, che auspicava una media aritmetica di tutti i valori contenuti nelle tabelle nazionali. Si faceva valere, in particolare, la pari dignità concettuale di ciascuna tabella, non ritenendosi corretto dare valore solo a quelle del tribunale di Milano.

Anche tale orientamento, però, ha prestato il fianco a delle critiche, sostenendosi, anzitutto, che il numero dei casi sottoposti all'attenzione dei tribunali sono diversi a seconda della zona, del circondario e del distretto. Non avrebbe senso, quindi, fare una media, perché essa non sarebbe corrispondente ad equità, posto che alcune tabelle sono state elaborate da tribunali cui siano addetti poche decine di giudici mentre altre sarebbero il frutto del lavoro di uffici giudiziari dove operino diverse centinaia di magistrati.

Allo stesso modo, le aree territoriali del Paese non hanno tutte la stessa capacità economica, essendo empiricamente verificabile che, in tutto il territorio italiano, vi sono zone economicamente più floride e zone in cui vi è una forte depressione. In questo senso, quindi, una media aritmetica sarebbe falsata e profondamente ingiusta.

Per tutte queste ragioni, si è ritenuto che il ricorso alle tabelle milanesi fosse non solo il più giusto da un punto di vista equitativo, impedendosi il cd. *forum shopping*, ma anche pratico, potendosi

comunque personalizzare il danno a seconda delle esigenze del caso concreto.

L'overruling della Cassazione

Tutto quanto esposto fino ad ora è stato oggetto di un importante overruling da parte della giurisprudenza. Il ruolo delle tabelle milanesi, infatti, è stato di recente fortemente ridimensionato, stabilendosi l'ammissibilità dell'applicazione di criteri contenuti in altre tabelle, ad esempio quelle della Corte di Appello di Roma.

In particolare, il tema è stata affrontato dalla sentenza della Cassazione del 21/04/2021, n. 10579. La questione sottoposta all'attenzione dei giudici di legittimità era la seguente: due soggetti, moglie e fratello della vittima, avevano fatto richiesta di risarcimento in seguito alla morte del loro congiunto. La liquidazione del danno era stata disposta sia in primo che in secondo grado, tenendosi conto delle tabelle milanesi.

La parte condannata al pagamento, però, aveva fatto ricorso in Cassazione per violazione e falsa applicazione di legge, rilevando che l'ammontare da liquidarsi

nelle tabelle meneghine fosse inferiore rispetto a quanto previsto dalle tabelle romane e che, quindi, secondo prassi ormai consolidata, dovesse tenersi conto di quei criteri e non di quelli romani.

I giudici di legittimità, allora, incentrano la loro disamina sulla configurazione dell'istituto del danno non patrimoniale, da ristorarsi in via equitativa da parte del giudice sulla base di una valutazione legata al caso concreto.

Nella prassi si è consolidato l'orientamento secondo cui l'omessa o erronea applicazione delle tabelle del Tribunale di Milano può essere fatta valere, in sede di legittimità, come violazione dell'art. 1226 c.c., costituendo le stesse parametro di conformità della valutazione equitativa alla disposizione di legge.

In quest'ottica le tabelle milanesi hanno acquistato una sorta di efficacia pararnormativa, dovendosi però sempre ricordare che il giudice può applicarle o discostarsene a condizione che le specificità del caso concreto lo richiedano ed in sentenza sia fornita motivazione di tale scostamento. Si afferma, quindi, che



“in questo senso va compresa l'affermazione che le tabelle milanesi di liquidazione del danno non patrimoniale si sostanziano in regole integratrici del concetto di equità, atte quindi a circoscrivere la discrezionalità dell'organo giudicante, sicchè costituiscono un criterio guida e non una normativa di diritto; ne discende che non è lo scostamento dalle tabelle milanesi a fondare la violazione della norma di diritto, ma le tabelle sono il parametro per verificare se sia stato violato l'art. 1226 c.c.”.

Il problema, però, è che si è rilevato che le tabelle meneghine sono imprecise, in quanto non seguono la tecnica del punto, ma si limitano solo ad individuare un tetto minimo ed uno massimo, potendosi il giudice orientare in modo molto ampio e discrezionale.

In questo senso, quindi, le tabelle milanesi, che spesso negli ultimi anni sono state richiamate dalla giurisprudenza di tutta Italia, sono state ritenute inadeguate, non contenendo: 1) un criterio "a punto variabile"; 2) l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti; 3) una modularità; 4) l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti (tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della

vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza) e dei relativi punteggi.

Deve preferirsi, di conseguenza, l'applicazione di tabelle che contengano criteri basati su un sistema a punti, modulare e che tenga conto di elementi importanti come l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione.

L'*overruling* della Cassazione induce l'interprete ad effettuare delle valutazioni rispetto a delle questioni che non sono recenti, ma che, al contrario, si ripropongono ciclicamente. Il problema dell'applicazione dei criteri di liquidazione del danno contenuti nelle tabelle attiene alla prevedibilità dell'ammontare del ristoro. Sembra, infatti, impensabile che il ricorrente non sia in grado di prevedere con precisione il valore del proprio diritto, perché ogni giurisdizione ha i propri parametri di valutazione. Allo stesso modo, è inammissibile che lo

stesso danno sia liquidato in maniera diversa a seconda della circoscrizione di riferimento. In quest'ottica, quindi, il ricorso ad un'unica tabella poteva essere un buon sistema per evitare disparità di trattamento contrarie all'art. 3 Cost.

Per converso, però, è anche vero che le tabelle di Milano non sono

sufficientemente precise, lasciando al giudice una discrezionalità eccessiva e incontrollabile. Sarebbe auspicabile, allora, un intervento del legislatore, che quantifichi una volta e per sempre dei criteri di liquidazione precisi e validi per tutti i tribunali.



PENALE

L'evanescenza del dolo eventuale: un destino segnato da persistenti difficoltà probatorie

di Mariacamilla Varricchio

Il nodo gordiano del diritto penale contemporaneo. Premessa

Per i penalisti l'esatto inquadramento del dolo eventuale costituisce un problema analogo a quello che per gli amministrativisti è, da sempre, la definizione dell'interesse legittimo: un concetto tanto inafferrabile, quanto apparentemente irrinunciabile.

Il fiume delle teorizzazioni sul dolo eventuale è, difatti, inarrestabile, a dimostrazione di una seria difficoltà definitoria che si riflette, poi, sul piano applicativo, nelle aule di tribunale.

Riconoscere un simile istituto nel nostro sistema, invero, comporta un unico reale problema: l'accertamento del dolo eventuale in giudizio.

Quando è possibile stabilire con certezza che un dato fatto è stato commesso con dolo eventuale? Che significato assume, in concreto, l'attribuzione psicologica del

fatto a titolo di dolo indiretto?

Si tratta pur sempre di volontà, seppur affievolita?

La risposta a simili domande non è univoca, a riprova dell'ingombrante incertezza che, ancora oggi, orbita intorno al dolo eventuale, nonostante la storica presa di posizione delle Sezioni Unite con la nota sentenza Thyssenkrupp.

L'obiettivo non è quello di ripercorrere pedissequamente tutte le tesi sviluppate sull'argomento, bensì di illustrare come il cuore della questione vada al di là della distinzione del dolo eventuale dalla colpa cosciente e si traduca nell'accertamento di uno status soggettivo a metà strada tra la volontà e la non volontà.

Le varie facce del dolo

In un sistema basato sul dominio della legge scritta, non può stupire come le difficoltà di inquadramento del dolo eventuale nascano proprio dall'assenza di un riferimento normativo dello stesso.

Nell'elencare gli elementi soggettivi del reato, infatti, l'art. 43 c.p. individua il dolo

senza altra specificazione e chiarisce che *“il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione.”* Dunque, nessun riferimento al dolo eventuale.

Eppure, la dottrina e la giurisprudenza da sempre riconoscono la graduabilità dell'intensità di tale elemento psicologico: il dolo si presenta, cioè, in diverse forme che corrispondono ad una più o meno intensa volontà di delinquere.

Un simile concetto può essere espresso efficacemente attraverso l'immagine di una piramide, al cui vertice si colloca il dolo intenzionale, nel mezzo il c.d. dolo diretto e alla base il dolo eventuale, anche definito dolo indiretto.

Nel dettaglio, il dolo è intenzionale quando il soggetto agisce per realizzare proprio l'evento delittuoso contemplato dalla fattispecie incriminatrice: si pensi a colui che esplose un colpo d'arma da fuoco con l'intenzione, appunto, di

uccidere il soggetto verso cui lo indirizza. L'agente si rappresenta e vuole proprio l'evento morte che poi ottiene con la sua condotta.

Diversamente, si realizza una forma più lieve di dolo nel caso in cui l'evento delittuoso non costituisce l'obiettivo finalistico della condotta dell'agente, bensì un effetto secondario, il cui verificarsi è previsto come altamente probabile o certo e accettato, quindi voluto, dall'agente.

In tal caso, il reato costituisce lo strumento necessario per realizzare lo scopo perseguito: ad esempio, un terrorista, per sequestrare un uomo politico è costretto a sparare contro gli uomini della scorta che lo proteggono con la quasi certezza di provocarne la morte.²

Elemento soggettivo ad intensità ridotta: il dolo eventuale

Quanto al dolo eventuale, la sua stessa definizione è stata a lungo oggetto di discussione - peraltro non

² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 379.

completamente sopita – in quanto significativamente condizionata dalla teoria cui si sceglie di aderire.

In linea generale, si può sostenere che sussista dolo indiretto laddove il soggetto agisca rappresentandosi il reato solo come conseguenza possibile di una condotta diretta ad altri scopi: è il caso di un soggetto che, per allontanare coloro che lo disturbano, lancia degli oggetti potenzialmente lesivi, pur prevedendo la possibilità di ferimenti, che poi, di fatto, si verificano.

Se la differenza rispetto al dolo intenzionale è maggiormente percepibile, quella rispetto al dolo diretto può sfuggire, tant'è che la dottrina si è occupata di individuare un criterio discretivo nel quantum di probabilità del verificarsi dell'evento: si avrebbe dolo diretto quando l'evento è accettato come prezzo certo o altamente probabile, mentre si configura dolo eventuale quando l'evento è accettato come conseguenza solo probabile della condotta.³

Si rimette, dunque, ad un'indagine quantitativo-probabilistica la distinzione tra la forma diretta e indiretta del dolo, da effettuarsi alla luce della ricorrenza statistica più o meno attenuata di un dato evento.

Giova precisare, in effetti, che il ricorso alle regole di esperienza viene da sempre utilizzato come strumento generale per accertare l'elemento soggettivo doloso.

L'intrinseca difficoltà di provare ciò che attiene all'intima sfera della volontà, infatti, impone l'adozione di un metodo che sintetizzi le circostanze esteriori in cui si è verificato l'evento contingente – in particolare, l'atteggiamento del reo e le modalità della condotta – con ciò che accade di solito: l'accertamento processuale del dolo, dunque, si basa sull'*id quod plerumque accidit*.

Invero, stabilire in giudizio se l'imputato ha agito con dolo significa indagare su ciò che lo stesso ha effettivamente voluto nel momento in cui ha posto in essere la condotta: secondo il dettato normativo, cioè, è necessario accertare che nel

³ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bari, 2017/1018, p. 817.



compiere il delitto, il reo si sia rappresentato e abbia voluto proprio quello che la legge impedisce. Si tratta di un'operazione notevolmente problematica se si considera che la volontà non è tangibile, né empiricamente dimostrabile.

In quest'ottica, invero, autorevole dottrina chiarisce che gli indicatori del dolo non possono essere positivizzati proprio in quanto l'ambito delle circostanze su cui si fonda l'accertamento e che sono significative rispetto allo scopo non può essere determinato aprioristicamente.⁴

Il peculiare atteggiarsi del dolo eventuale, poi, come forma di intenzione affievolita, a metà strada tra il volere e il non voler delinquere, acuisce i problemi di prova che già generalmente si nascondono dietro tutto ciò che ha a che fare con la psiche umana.

Problemi che, peraltro, sono aumentati, fino a costituire un vero e proprio nodo gordiano, quando il dolo eventuale si è incontrato – o meglio, scontrato con – la

colpa cosciente.

Rapporti tra dolo eventuale e colpa cosciente. Cenni

Sebbene come categoria giuridica ponga problematiche del tutto autonome – come il suo rapporto con le altre forme di dolo ovvero le intrinseche difficoltà di accertamento – la tendenza generale è ancora quella di studiare il dolo eventuale nel suo rapporto con la colpa cosciente: così, il dolo eventuale rischia di acquistare significato e rilevanza, nel nostro sistema, non in quanto entità indipendente, ma in quanto costituisce qualcosa di diverso dalla colpa con previsione.

E indurrebbe a ragionare in questi termini anche la scelta legislativa di positivizzare la colpa cosciente come aggravante all'art. 61, n. 3) c.p. e, al contrario, di non fare alcuna menzione del dolo eventuale.

La ragione della spasmodica attenzione rivolta alla differenza tra i due istituti risiede nell'enormità delle conseguenze: essere puniti a titolo di colpa, benché aggravata, colloca il reo in una posizione notevolmente più favorevole rispetto a

⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2020, p. 346.

quella in cui si troverebbe se fosse punito a titolo di dolo, anche se eventuale.

La problematica, peraltro, non si esaurisce nell'applicazione di un regime sanzionatorio più o meno rigoroso, ma attiene, in alcuni casi, anche alla linea di demarcazione tra il lecito e l'illecito.

In altri termini, finché un determinato fatto è punito dalla legge sia a titolo di dolo che a titolo di colpa, si tratterà di stabilire quale atteggiamento psicologico sia concretamente addebitabile al reo: è il caso dell'omicidio, che il codice penale contempla nella forma dolosa all'art. 575 c.p. e in quella colposa all'art. 589 c.p.

Diversamente, per quei fatti che sono puniti esclusivamente a titolo di dolo si pone in maniera consistente il problema della prova, poiché se dal processo non emergono gli elementi per poter concludere che il soggetto abbia aderito all'evento – seppur con una volontà affievolita, della specie del dolo eventuale – il giudice sarà tenuto a dichiararne l'innocenza.

Riconoscere il dolo eventuale ovvero la

colpa cosciente, in altri casi, comporta una diversa qualificazione del fatto: si pensi al delitto di ricettazione in rapporto con l'incauto acquisto.

Il reato di ricettazione, infatti, secondo quanto previsto dall'art. 648 c.p., può manifestarsi solo nella forma dolosa: non esistendo una corrispondente forma di ricettazione colposa, se non c'è dolo, non c'è ricettazione; tutt'al più può verificarsi un'ipotesi di incauto acquisto ex art. 712 c.p.

Sul punto, invero, le Sezioni Unite di Cassazione hanno chiarito che il discrimen tra le due forme di reato è dato proprio dalla possibilità di riconoscere il dolo almeno eventuale nell'atteggiamento di chi accetti il rischio che l'oggetto acquistato o ricevuto abbia origine delittuosa: il dolo eventuale si colloca, così, ad un livello più alto del mero sospetto.⁵

Alla luce di quanto premesso, è possibile comprendere la reale portata del problema probatorio che, nel differenziare il dolo eventuale dalla colpa

⁵ Cass., S.S. U.U., pen., sent. n. 12433, 26 novembre 2009.



cosciente, non può accontentarsi di regole di esperienza perché la colpa presenta una struttura più complessa rispetto al dolo: l'ordinamento, infatti, accoglie una nozione normativa di colpa, basata sulla violazione di regole cautelari. Tale caratteristica consente di ancorare l'elemento soggettivo colposo ad un dato oggettivo che ontologicamente difetta nel dolo poiché è inteso come volontà, interiore, quindi impalpabile, di delinquere.

Ecco perché si è cercato di individuare, nel tempo, dei criteri che non solo fungessero da validi ausili per il giudice nell'accertamento di un fattore evanescente, ma che fossero anche idonei a garantire la dimostrabilità oggettiva del dolo, evitando presunzioni.

L'applicazione dei suddetti criteri, comunque, si è rivelata nel tempo altalenante e mai univoca: tanto ha imposto, infatti, l'intervento delle Sezioni Unite.

Criteri di differenziazione: la formula di Frank,

⁶ Quanto alle teorie intellettualistiche classiche, il riferimento è alle teorie della probabilità o della possibilità, nonché a quelle dell'operosa volontà di

l'accettazione del rischio e il criterio del bilanciamento

Sulla linea di demarcazione del confine tra dolo eventuale e colpa cosciente si sono registrate plurime e divergenti posizioni, che, senza pretese di esaustività, possono essere ricondotte alle teorie intellettualistiche e a quelle volutaristiche.

Entrambe le suddette impostazioni, tuttavia, si sono rivelate inadeguate allo scopo perché sbilanciate esclusivamente o a favore dell'aspetto rappresentativo o di quello volutaristico del dolo.⁶

Senonché in sede giurisprudenziale si è, a lungo, accordato maggior credito alle teorie volutaristiche, in particolare alla c.d. Formula di Frank e al criterio dell'accettazione del rischio.

Quanto alla prima, si è sostenuto che un valido metodo per discernere il dolo eventuale dalla colpa cosciente fosse quello di stabilire quale sarebbe stato il comportamento del reo se questi avesse avuto la certezza del verificarsi

evitare ovvero dell'indifferenza o dell'approvazione. Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bari, 2017/1018, pp. 818 ss.



dell'evento: se avrebbe agito comunque, nonostante simile consapevolezza, si ravvisa dolo eventuale; nel caso contrario, colpa cosciente.

Il limite della formula, tuttavia, è stato rinvenuto nella spiccata ipoteticità del giudizio e nelle conseguenti difficoltà probatorie, quanto alla circostanza per cui il soggetto avrebbe o meno agito “costi quel che costi”.

Più frequentemente la giurisprudenza ha fatto ricorso al criterio dell'accettazione del rischio per individuare l'ipotesi dolosa ed escludere quella colposa: difatti, in tutti quei casi in cui l'agente non possa essere assolutamente convinto del non verificarsi dell'evento e scelga di agire nonostante la prevista concreta possibilità dello stesso si ha dolo eventuale.

Si è tentato, così, di coordinare l'aspetto rappresentativo con quello volitivo: non basta che il soggetto preveda la possibilità del verificarsi dell'evento ma, per aversi una forma delittuosa dolosa, è necessario che in qualche modo vi aderisca.

Senonché anche con riferimento a una

simile impostazione la critica più significativa ha riguardato l'aspetto pratico-applicativo della prova.

Si è osservato, invero, che non solo si rischia di dar vita ad un diritto penale dell'atteggiamento interiore, ma soprattutto che ex se l'accettazione del rischio è un dato neutro, stante la necessità di verificare in concreto se rispetto all'evento il soggetto abbia effettuato una precisa scelta.⁷

Dalle critiche rivolte alla teoria dell'accettazione del rischio è emersa l'elaborazione di un nuovo approccio al problema, basato sulla constatazione che il dolo eventuale e la colpa cosciente condividono il momento rappresentativo, ma anche quello dell'accettazione del rischio.

Si è ritenuto, invero, che il dato caratterizzante il dolo eventuale fosse costituito dalla libera scelta, compiuta dal soggetto al momento della condotta, di sacrificare un determinato bene a favore del proprio scopo: l'adesione all'evento, dunque, si rinviene nel bilanciamento tra

⁷ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bari, 2017/1018, p. 822.

l'interesse perseguito e il bene giuridico eventualmente leso.⁸

Ai fini della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, tuttavia, il rimpallo giudiziario tra un criterio e un altro ha finito per generare un quadro oltremodo incerto, in spregio alle spiccate esigenze di certezza su cui si fonda l'intero sistema.

L'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite: i criteri Thyssenkrupp

La tragica vicenda del caso Thyssenkrupp⁹ ha, così, costituito l'occasione per la Suprema Corte di affrontare in via auspicabilmente definitiva il tema della differenza pratica tra il dolo eventuale e la colpa cosciente.

Con la pronuncia resa sul caso in questione, la Cassazione mostra di avere contezza della difficoltà applicativa di due categorie estremamente vicine ma, senza dubbio, contenutisticamente opposte.

Si opta, infatti, per il superamento della teoria – in quel momento dominante – dell'accettazione del rischio, a favore

dell'individuazione di un insieme di criteri idonei ad orientare l'accertamento dell'elemento soggettivo in giudizio: la base del ragionamento delle Sezioni Unite si rinviene nel rifiuto dell'assolutizzazione di un indice, piuttosto che di un altro e si dà prova di accogliere il nucleo essenziale della teoria del bilanciamento.

Tanto soprattutto alla luce della ferma convinzione che per potersi concludere che il delitto sia stato commesso con dolo eventuale sia necessario stabilire che il soggetto non solo abbia accettato il rischio dell'evento ma lo abbia voluto: la pronuncia fornisce una lettura volontaristica del dolo eventuale, elaborando un analogo concetto di volontà rispetto a quello richiesto dall'art. 43 c.p.

In questa sede, peraltro, emerge il peso del contesto fattuale in cui si sviluppa la vicenda, a dimostrazione che non esiste un parallelo sempre valido tra contesto illecito e dolo eventuale e contesto lecito e colpa cosciente.

⁸ Cass, pen., sez. I, sent., n. 10411, 15 marzo 2011.

⁹ Cass. S.S. U.U., pen., sent. n. 38343, 18 settembre 2014. La vicenda giudiziaria nasce dall'incendio divampato, nella notte tra il 5 e il 6 dicembre 2007,

negli stabilimenti dell'acciaieria Thyssenkrupp di Torino, nel quale hanno perso la vita sette operai e per cui sono stati condannati i relativi vertici per omicidio colposo.



Quello aziendale, basato su complessi meccanismi di produzione, rappresenta un'area di rischio lecito – essendo evidente che l'attività lavorativa sia autorizzata nel nostro ordinamento – rischio che nella maggior parte dei casi si presenta, nei fatti, notevolmente più elevato rispetto agli standard cautelari su cui si poggia il delitto colposo.

In altri termini, la circostanza per cui l'attività di base in cui si realizza il delitto sia lecita ma intrinsecamente rischiosa dimostra la difficoltà di restare ancorati alle teorie tradizionali, specialmente a quella dell'accettazione del rischio; formula, questa, ritenuta *“tra le più abusate, ambigue, non chiare.”*

Con l'obiettivo di ricercare un criterio di imputazione praticabile e ancorato ai fatti, le Sezioni Unite pervengono all'elaborazione di un vero e proprio decalogo che aiuti l'indagine giudiziaria a ricostruire l'iter e l'esito decisionale del processo decisionale.

Si tratterà, quindi, di valutare in giudizio indicatori quali: la condotta; la lontananza della stessa dallo standard; la personalità, la storia e le precedenti esperienze

dell'imputato; la durata e la ripetizione della condotta; la condotta successiva al fatto; il fine della condotta, la sua motivazione e la compatibilità del fine con le conseguenze collaterali; la probabilità di verificazione dell'evento; le conseguenze negative o lesive anche per l'agente; il contesto lecito o illecito.

Infine, si esclude un definitivo abbandono della formula di Frank ma si chiarisce che la stessa potrà essere utilizzata solo quando il giudice sia in possesso di informazioni che consentano di esperire un giudizio controfattuale in maniera affidabile e concludente.

Si conclude, pertanto, che l'accertamento del dolo eventuale non può basarsi solo sulla formula di Frank ma deve servirsi di tutti i possibili, alternativi strumenti di indagine.

La reazione alla sentenza Thyssenkrupp

Alla pronuncia delle Sezioni Unite si deve, senz'altro, il merito di aver approcciato al problema del rapporto tra dolo eventuale e colpa cosciente con un consapevole sguardo alla sfera applicativa.

Difatti, come la stessa dottrina da sempre



evidenza, la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente pecca di concettualismo:¹⁰ pertanto, si rivela dirompente il superamento dell'impostazione tradizionale, incline a scindere il momento teorico da quello pratico dell'accertamento in giudizio.

Senonché proprio la soluzione cui pervengono le Sezioni Unite nel caso di specie dimostra l'intrinseca – e forse insuperabile – problematicità che orbita intorno all'istituto del dolo eventuale.

Una volta chiarita la necessità di individuare un valido metodo distintivo, la Suprema Corte conferma la sentenza di appello¹¹ che, con riferimento all'omicidio addebitabile ai vertici dell'azienda- aspetto su cui ci si sofferma perché rilevante in questa sede -, aveva escluso il dolo eventuale a favore della colpa cosciente: la ragione di questa decisione risiede nei riscontrati errori nella valutazione del quadro indiziario.

È evidente, allora, come l'elaborazione dei criteri messa in campo dalle Sezioni Unite abbia avuto l'effetto immediato di

ribaltare gli esiti del processo, dimostrando, di fatto, che la linea sottile tra il dolo eventuale e la colpa cosciente non può essere tracciata da indici precostituiti in quanto si riduce tutto ad un problema di prova.

Peraltro, l'indagine casistica induce a riflettere sulla circostanza per cui il modo di atteggiarsi del dolo eventuale è significativamente condizionato dalla contingenza del fatto e dal settore di azione/omissione: si pensi, a titolo esemplificativo, agli infortuni o ai decessi sul lavoro per omesse cautele sulla sicurezza, nonché alla circolazione stradale.

In questo solco si colloca la vicenda fattuale Thyssenkrupp, che sembra preannunciare lo scenario giurisprudenziale successivo, vale a dire le riscontrate difficoltà probatorie proprie del dolo eventuale.

In dottrina, invero, si osserva che le conclusioni cui sono pervenite le Sezioni Unite sul tema non appaiono universalmente applicabili.

¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2020, p. 349.

¹¹ Corte d'Assise d'Appello di Torino, sentenza del 28 febbraio 2013.

In taluni contesti, infatti, non risulta concretamente ipotizzabile il bilanciamento di interessi, in quanto l'evento risulta frutto di pure spinte emotive; in altri, poi, come quello della circolazione stradale il carattere repentino del verificarsi dei fatti ostacola la preventiva ponderazione.

In altri termini, si contesta la presunta esistenza di un uomo razionale che in tutte le situazioni sia in grado di scegliere i pro e i contro della propria azione, anche in velocissime frazioni di tempo, ma è evidente che si tratta di un puro modello di uomo ideale non corrispondente alla realtà.

Le Sezioni Unite, quindi, non risolvono il problema della corretta imputazione soggettiva del fatto posto in essere dal soggetto irrazionale, che agisce senza perseguire finalità primarie, in vista delle quali sacrificare un potenziale interesse collaterale.

L'incerto terreno applicativo del dolo eventuale nella giurisprudenza

¹² Cass., pen., sez. I, n. 18220, 11 marzo 2015. Sul rifiuto di automatismi tra dolo eventuale e condotte azzardate, si veda Cass., pen., sez. IV, n. 14663, 8

successiva

Parte della giurisprudenza successiva, infatti, sembra accogliere le criticità manifestate dalla dottrina, specialmente nel settore della circolazione stradale, dove lo spazio per il dolo eventuale è da subito risultato particolarmente ridotto.

Si tratta, in effetti, di uno dei contesti in cui si è fatta maggiormente applicazione della colpa, anche aggravata dalla previsione dell'evento, alla luce della ritenuta incompatibilità del dolo eventuale con l'estrema rapidità degli eventi: tanto basterebbe ad escludere una consapevole deliberazione delittuosa in capo all'automobilista.¹²

Non a caso, le fattispecie di omicidio e lesioni stradali, contemplate agli artt. 589-bis e 590-bis c.p., sono punite esclusivamente a titolo di colpa, a dimostrazione della notevole influenza che le riflessioni della dottrina hanno esercitato sulle scelte legislative di politica criminale.

Giova, comunque, considerare che i

marzo 2018 che ribadisce la necessità di distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente in base ad un accurato esame delle specificità del caso concreto.

valori coinvolti nell'accertamento della responsabilità penale impongono di rifuggire da meri automatismi, con la conseguenza che anche nel settore della circolazione stradale - dominato da fattispecie di delitto punite a titolo di colpa – i fatti possono essere commessi con intenzione.

D'altronde la stessa sentenza Thyssenkrupp ha imposto ai giudici di merito la rigorosa dimostrazione, nel caso del dolo eventuale, dell'adesione all'evento: questa resta un'indagine legata alla sfera personale del soggetto, le cui difficoltà di accertamento, cionondimeno, non possono giustificare né un'attenuazione del rigore probatorio, né soluzioni automatizzate.

È quanto rischia di verificarsi in specifici settori, come quello del contagio del virus dell'HIV, dove la più recente giurisprudenza si accontenta della consapevolezza di essere affetti dal virus, della ripetitività dei rapporti sessuali non protetti e della mancata comunicazione al partner.¹³

Se ne deduce, dunque, che ciò su cui si rende necessario soffermare l'attenzione non è tanto il ricorso, in motivazione, a taluno dei criteri individuati dalle Sezioni Unite, quanto piuttosto se ciò sia l'effettivo risultato di un'indagine concretamente svolta: il rischio, infatti, è quello di una semplificazione probatoria che conduca a ritenere sussistente il dolo quando le particolari modalità di realizzazione del fatto concreto rendono non necessario il ricorso ad altri elementi normalmente indagati per desumere l'esistenza del dolo.¹⁴

Un particolare fatto di cronaca: il caso Vannini

Recenti vicende giudiziarie mostrano, in maniera evidente, come il problema della prova del dolo eventuale non solo persiste ma soprattutto presta il fianco a soluzioni creative: difatti, l'applicazione dei criteri Thyssenkrupp è rimessa alla discrezionalità dei giudici di merito, spesso condizionata dal clamore che determinati fatti di cronaca suscitano nella società.

È il caso della nota vicenda Vannini che

¹³ Cass., pen., sez. V, sent. n. 34139, 21 maggio 2019.

¹⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2020, p. 348.



ha impegnato la giurisprudenza nel delicato compito di definire le responsabilità di un'intera famiglia, quanto alla morte del giovane Marco, attraverso tre gradi di giudizio e un appello-bis.

In questa sede interessa, in particolare, il giudizio reso sulla condotta di Antonio Ciontoli, che avrebbe accidentalmente sparato un colpo d'arma da fuoco, ferendo il ragazzo, e successivamente si sarebbe adoperato per evitare che l'accaduto potesse avere ripercussioni sulla sua carriera, cagionando, di fatto, la morte della vittima.

A testimonianza dell'incertezza e della reale complessità della prova, in tema di dolo eventuale, si riporta, infatti, la macroscopica discordanza tra le sentenze di merito del primo e del secondo grado: prima una condanna per omicidio a titolo di dolo eventuale, poi, di colpa cosciente. La Corte d'Assise d'Appello, infatti, ricorre alla formula di Frank per dimostrare che se il Ciontoli avesse avuto la certezza del verificarsi dell'evento morte si sarebbe trattenuto dall'omettere i soccorsi e chiarisce che, per quanto

riprovevole, una condotta colposa non può essere giudicata dolosa.

Senonché proprio sul punto dell'elemento soggettivo la Cassazione contesta la meno grave qualificazione colposa perché la reticenza mostrata dall'imputato risulta incompatibile col concetto di negligenza proprio della colpa: l'agente, cioè, ha posto in essere atteggiamenti che muovono dalla consapevolezza della difformità di quanto si dice da quel che si sa.

Si richiama, poi, la sentenza Thyssenkrupp per rimarcare la necessità di provare l'adesione volontaristica all'evento, le cui difficoltà pratiche non possono giustificare una motivazione basata su dati meramente indiziari, quale sarebbe, appunto, la formula di Frank.

Alla luce dei fatti e delle risultanze processuali, dunque, la Cassazione propende per la qualificazione dolosa del fatto, riconoscendo in capo all'imputato un atteggiamento del tutto consapevole della gravità dell'accaduto.

Si legge nella sentenza che *“Antonio Ciontoli evitò consapevolmente e reiteratamente di osservare l'unica possibile condotta doverosa*

imposta dal ferimento di Marco Vannini con un colpo d'arma da fuoco ovvero l'immediata chiamata dei soccorsi e la necessaria corretta informazione su quanto realmente accaduto."

Senza entrare nel merito della vicenda processuale in questione, si rende necessario chiarire, per completezza, che anche all'esito del processo d'appello bis e di una nuova pronuncia della Cassazione, la condotta dell'imputato è rimasta qualificata in termini dolosi.

Si è fatta, quindi, applicazione dei criteri Thyssenkrupp, ribadendo l'insufficienza della sola formula di Frank.

Conclusioni

L'elaborazione di precisi indicatori del dolo eventuale è, senza dubbio, uno sforzo apprezzabile, dal punto di vista teorico, ma il risultato pratico della loro applicazione non è affatto scontato. Come dimostrato dalla varietà delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza nella definizione di casi concreti.

Questo dipende non tanto dalla correttezza intrinseca dei criteri Thyssenkrupp, quanto dall'effettiva e ineliminabile difficoltà di afferrare

l'inafferrabile.

Se, da un lato, si dubita dell'opportunità di mantenere in vita la categoria del dolo eventuale, dall'altro, invece, si auspica un intervento del legislatore che positivizzi l'istituto e rielabori, in maniera coordinata, le aporie sanzionatorie che emergono nella distinzione con la colpa cosciente.

Non manca, poi, addirittura chi ipotizza la possibilità di dare spazio ad una terza forma di colpevolezza che inglobi tutte le ipotesi di dolo eventuale e colpa cosciente.

Quale sia il destino del dolo eventuale nel nostro sistema non è dato saperlo.

Ciò che è certo, comunque, è che nessuna condanna può essere emessa se non sia provata in giudizio la responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio: tanto dimostra che qualunque categoria giuridica è destinata ad evaporare di fronte alla concretezza dell'accertamento probatorio.



AMMINISTRATIVO

La discrezionalità nelle nomine effettuate dal C.S.M.

di *Ester Mocciafighe*

Introduzione.

Gli addetti ai lavori e gli studiosi concordano sul fatto che quasi sempre una questione di diritto amministrativo si riduce al problema di individuare i confini del sindacato del giudice.

Così, pure il tema della discrezionalità nelle nomine e dell'impugnabilità delle delibere del C.S.M., sebbene si presenti come specifico e settoriale, in realtà può essere risolto ricorrendo a concetti di teoria generale.

Infatti, determinata la natura giuridica del C.S.M. e chiarito se l'attività che esso svolge sia discrezionale ovvero vincolata, si può esaminare il regime giuridico delle delibere di conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi e, dunque, delineare l'estensione del vaglio del giudice amministrativo sulle stesse.

Il Consiglio Superiore della

Magistratura: la garanzia di indipendenza della magistratura.

Il quadro costituzionale

Il Consiglio Superiore della Magistratura è un organo di rilievo costituzionale posto a presidio dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura. In realtà, la Corte costituzionale ha persino riconosciuto al Consiglio la natura di organo costituzionale¹⁵.

L'art. 104 Cost. al primo comma sancisce espressamente che la magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere; dal secondo comma in poi, invece, introduce il Consiglio Superiore della magistratura, indicandone la composizione essenziale.

In particolare, i membri di diritto dell'organo di autogoverno sono il primo presidente della Corte di Cassazione, il procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione ed il Presidente della Repubblica, che presiede altresì il Consiglio medesimo. Vi sono, poi, i membri elettivi, di cui due terzi sono eletti dai magistrati ordinari e un terzo dal

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 379/1992.

Parlamento in seduta comune.

L'articolo immediatamente successivo elenca i compiti primari assegnati al Consiglio: le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati¹⁶.

In virtù della riserva di legge contenuta nell'art. 108 comma 1 Cost., però, le norme sull'ordinamento giudiziario, nonché l'istituzione e la regolamentazione del Consiglio sono demandate alla legge ordinaria.

Infatti, il C.S.M. fu formalmente istituito con la l. n. 195/1958, che è stata nel tempo modificata ed interpolata.

La legge n. 195/1958 e il regolamento interno.

La disciplina della costituzione e del funzionamento del C.S.M., dunque, è integrata da una pluralità di fonti di rango diverso: vi sono le previsioni costituzionali, la legge n. 195/1958 e successive modifiche, il regolamento interno del Consiglio medesimo¹⁷.

Il Consiglio si articola in nove commissioni, oltre alla sezione disciplinare e a ciascuna di esse sono demandati compiti specifici. Invero, l'art. 3 l.cit. sancisce che ogni anno il Comitato di presidenza nomina le Commissioni aventi il compito di riferire al Consiglio, nonché la Commissione speciale deputata a deliberare sul conferimento degli uffici direttivi¹⁸.

Pure il regolamento interno trova la propria legittimazione nella legge in esame: l'art. 20 l. cit., invero, nell'elencare le attribuzioni speciali del Consiglio individua altresì la possibilità di adottare il suddetto regolamento.

Ai fini della questione in esame, è interessante menzionare l'art. 25 del regolamento interno: esso reca i criteri di buona redazione degli atti consiliari e sancisce che il Consiglio può emanare circolari e direttive per dare esecuzione o interpretazione alla legge e ai regolamenti, nonché per fornire criteri di orientamento sull'esercizio delle attribuzioni e della

¹⁶ Art. 105 Cost.

¹⁷ Regolamento Interno approvato con deliberazione del 26 settembre 2016, aggiornato con le modifiche apportate con deliberazione del 22 luglio 2021 pubblicate nella GU

del 2 agosto 2021, anno 162°, n. 183 Serie generale, Parte I.

¹⁸ Art. 11 comma 3 L. n. 195/1958.

discrezionalità dello stesso.

Ebbene, proprio in ossequio a tale previsione regolamentare il C.S.M. ha adottato la circolare P-14858-2015, meglio conosciuta come Testo unico sulla dirigenza giudiziaria.

Il Testo unico sulla dirigenza giudiziaria.

La delibera del 2015 sostituisce quella del 2010 e si compone di cinque parti. L'obiettivo è quello di razionalizzare tutta la disciplina in materia in un testo organico e sistematico.

La legge n. 195/1958 all'art. 11 comma 3, invero, affida al Consiglio il compito di conferire gli uffici direttivi, deliberando su proposta di una commissione formata da sei dei suoi componenti, di cui quattro eletti dai magistrati e due eletti dal Parlamento.

Tale Commissione speciale è la quinta commissione. Essa nell'affidare gli incarichi direttivi e semi-direttivi procede ad un giudizio attitudinale dei candidati, che integra una valutazione tanto degli

indicatori generali quanto di quelli specifici.

Gli indicatori generali, così come si evince dal Testo unico sulla dirigenza giudiziaria, sono quelli valevoli per il conferimento di tutti gli incarichi direttivi e semi-direttivi, con lo scopo di ricostruire in maniera completa ed esaustiva la figura professionale del magistrato; quelli specifici, invece, mirano ad individuare esperienze giudiziarie che esprimano una particolare idoneità a ricoprire l'incarico messo a concorso. Atteso che essi sono più marcatamente attinenti al profilo professionale richiesto, sono gerarchicamente sovraordinati rispetto a quelli generali.

La natura giuridica del Testo unico sulla dirigenza giudiziaria.

Secondo l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato¹⁹, la circolare in commento si qualifica come atto amministrativo di autovincolo, espressione dell'ampia discrezionalità del C.S.M.

¹⁹ *Ex multis*: Cons. di Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3213; id., sez. V, 19 maggio 2020, n. 3171; id., sez. V, 28

febbraio 2020, n. 1448; id., sez. V, 6 settembre 2017, nn. 4215 e 4216.

D'altronde, si è evidenziato come sia stato il Consiglio medesimo nel proprio regolamento interno a disciplinare compiutamente il potere di dare esecuzione e di integrare le fonti normative attraverso l'emanazione di delibere e di circolari.

Se si tratta di una delibera con cui il Consiglio vincola in via generale la propria futura attività discrezionale, allora il Testo unico non reca regole di diritto.

Ciò implica che l'eventuale discostamento dalle previsioni dello stesso non determina una violazione di legge, bensì potrebbe costituire un sintomo di eccesso di potere, qualora tale scostamento non fosse ragionevolmente motivato.

Al contrario, qualora il Testo unico riportasse previsioni in contrasto con la legge, queste sarebbero prive di effetti e non dovrebbero essere applicate dal giudice, anche a prescindere dall'impugnazione delle previsioni stesse, in forza del principio di legalità.

Pertanto, è opportuno rammentare che la riserva di legge di cui all'art. 108 comma 1

Cost. preclude al Consiglio di introdurre elementi di valutazione non coerenti e non conformi a quelli individuati dalle norme di legge di ordinamento giudiziario. Il C.S.M., invero, è organo del potere giurisdizionale e non di quello legislativo.

La discrezionalità nelle nomine e l'impugnabilità delle delibere.

Il Consiglio Superiore della magistratura non è una pubblica amministrazione.

L'attività del Consiglio superiore della magistratura è indubbiamente discrezionale: gli unici limiti sono quelli previsti dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie, a cui si aggiungono quelli derivanti dagli autovincoli introdotti per volontà dell'organo *de quo*.

Invero, la legge attribuisce al Consiglio il potere di conferire gli uffici direttivi e semi-direttivi, senza porre ulteriori vincoli.

A tal proposito, la Corte costituzionale²⁰ ha chiarito che dalla riserva di legge di cui all'art. 108 comma 1 Cost. discende che

²⁰ C.Cost., sent. n. 72/1991.

sia la fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti, nonché le conseguenti modalità di nomina, ma non anche che i suddetti criteri siano predeterminati e specifici.

Nondimeno, la giurisprudenza costituzionale non ha mai assimilato il Consiglio superiore della magistratura ad una pubblica amministrazione.

Infatti, sotto la vigenza dell'originario art. 17 comma 2 della l. n. 195/1958, la Corte di Cassazione²¹ aveva dubitato della legittimità di tale previsione, nella misura in cui ammetteva il sindacato del giudice amministrativo sulle deliberazioni di un organo di rilievo costituzionale.

Ferma la natura amministrativa di tali provvedimenti²², si contestava che le deliberazioni del C.S.M. fossero qualificabili come atti preparatori del successivo decreto presidenziale o ministeriale di nomina e si paventava la costituzione di una giurisdizione speciale, in violazione dell'art. 102 comma 2 Cost. In particolare, si poneva la seguente questione: se il Consiglio superiore della

magistratura non è una pubblica amministrazione, allora l'attribuzione della giurisdizione sui provvedimenti dello stesso al Consiglio di Stato comporta l'istituzione di un giudice speciale.

La Corte costituzionale, però, risolse la questione guardando da un'altra prospettiva: è vero che il Consiglio superiore della magistratura non è una pubblica amministrazione, ma ciò che rileva è che la sua funzione garantista non sia inficiata. Peraltro, la Consulta evidenziò la *ratio* sottesa alla previsione di cui al medesimo art. 17 cit., che prevede tuttora che tutti i provvedimenti del C.S.M. riguardanti i magistrati abbiano la forma di decreti presidenziali o ministeriali: la funzione è quella di conferire a quelle decisioni la forma prescritta per i provvedimenti sostanzialmente amministrativi, cosicché sulle stesse possa essere esercitato non solo il controllo contabile-finanziario, ma altresì ogni altra specie di sindacato volta

²¹ Corte di Cassazione, Sezioni unite, ord. n. 1966

²² Affermata espressamente da Corte cost., Sent. n. 168/1963.

ad assicurarne la conformità alla legge²³. Quindi, se da un lato si riconosce l'ampia discrezionalità del Consiglio superiore della magistratura, quale *longa manus* del potere giurisdizionale e garanzia di indipendenza e autonomia dell'ordine giudiziario, dall'altro lato si esclude l'autodichia dell'organo. Così, pure la giurisprudenza amministrativa è costante nell'affermare che sebbene il C.S.M. sia un organo di rilievo costituzionale, l'attività che esercita quando conferisce incarichi apicali ai magistrati è sicuramente amministrativa.

Impugnabilità diretta o differita?

Appurata l'impugnabilità delle delibere *de quibus*, occorre stabilire se possano essere impugnate immediatamente ovvero *in uno* con i decreti dell'Esecutivo e quale sia l'ampiezza del sindacato del giudice. Quanto al primo punto, la giurisprudenza amministrativa ritiene che le decisioni del C.S.M. in materia debbano essere impugnate direttamente, senza attendere

l'emanazione del decreto ministeriale o presidenziale²⁴. Invero, esse hanno un'immediata rilevanza esterna e sono idonee a produrre di per sé efficacia lesiva.

Il successivo decreto presidenziale o ministeriale, infatti, si limita a recepire quanto già deciso dal Consiglio Superiore della magistratura e – come si è già avuto modo di precisare *supra* – a conferire al provvedimento la forma prescritta per assicurarne un controllo di legittimità: se il Presidente della Repubblica o il Ministro della giustizia interferissero nella deliberazione del Consiglio, si verificherebbe un'indebita intromissione del potere esecutivo in una materia di esclusiva competenza del potere giurisdizionale.

Pertanto, il successivo decreto di recezione può essere impugnato con lo strumento dei motivi aggiunti e deve intendersi ricompreso nell'oggetto della domanda demolitoria.

D'altronde, il decreto è atto consequenziale rispetto alla delibera

²³ Corte cost., sent. n. 44/1968.

²⁴ *Ex multis*: Cons. di Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 2295.

consigliare, sicché l'efficacia caducante conseguente all'eventuale accertamento di un vizio di legittimità a carico delle presupposte deliberazioni del C.S.M. determinerebbe altresì l'automatica invalidità dell'atto successivo²⁵.

Oggetto e confini del sindacato del giudice amministrativo.

Il sindacato sulle delibere di nomina del C.S.M. è pacificamente di legittimità.

Questa asserzione, però, non definisce l'ampiezza del sindacato giurisdizionale.

Infatti, è stato appurato che, secondo la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, il Consiglio Superiore della magistratura gode di ampia discrezionalità nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite.

Di regola, quanto più è esteso l'ambito di discrezionalità, tanto più limitato è il vaglio del giudice.

Della questione si è occupato il legislatore: il d.l. n. 90/2014 conteneva disposizioni che, da un canto, miravano a

limitare il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti di nomina del C.S.M. ai soli vizi di violazione di legge e di eccesso di potere manifesto e, dall'altro canto, escludevano che in sede di ottemperanza il giudice potesse sostituirsi al C.S.M. In sede di conversione, però, soltanto la seconda previsione è stata mantenuta.

Il punto di riferimento in materia è costituito da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 201526.

Secondo i giudici di legittimità, infatti, il sindacato del giudice amministrativo è debole ed esterno: egli deve limitarsi a vagliare la tenuta logica della motivazione del C.S.M., senza esprimersi circa la condivisibilità della decisione dello stesso e senza poter sostituire la propria valutazione a quella del Consiglio.

Di conseguenza, si potrebbe cadere in errore ed essere indotti a ritenere che il controllo giurisdizionale sui provvedimenti di conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi del

²⁵ TAR Lazio, sez. I, 14 settembre 2010, n. 32321.

²⁶ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 19787/2015. La menzionata pronuncia rileva altresì sotto il profilo della definizione di ciò che costituisce eccesso di potere

giurisdizionale rispetto all'impugnazione in sede di ottemperanza di una sentenza avente ad oggetto una delibera di conferimento di un incarico.



Consiglio sia pressoché superficiale.

In realtà, il grande calderone del vizio di eccesso di potere consente al giudice amministrativo di estendere il proprio ambito di valutazione, senza eccedere dalla propria giurisdizione: si ricorre, invero, alle figure sintomatiche della motivazione insufficiente, dell'errore di fatto, dell'ingiustizia grave e manifesta, della contraddittorietà interna ed esterna e dello sviamento di potere.

2022

HAPPY NEW YEAR



Associazione Culturale

Calamus iuris

La penna del diritto



Temi Svolti

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



CIVILE

Riferisca il candidato in ordine alla fideiussione omnibus; si soffermi inoltre sull'applicabilità della disciplina consumeristica nei confronti di una persona fisica in sé qualificabile come consumatore che abbia prestato fideiussione in favore di un professionista.

di Chiara Fasano

L'eccessiva rigidità delle garanzie tipiche, inidonea a fornire una risposta ad esigenze di speditezza e sicurezza dei traffici giuridici - economici, ha portato al graduale abbandono dell'utilizzo delle stesse e alla formazione di garanzie atipiche che, prive di tutti o alcuni dei caratteri tipici, garantiscono, maggiore elasticità e duttilità applicativa. In linea generale una garanzia è tipica quando risulta accessoria, personale, soddisfattoria e volta a garantire un debito altrui: tale caratteristiche inducono a ritenere che questo tipo di obbligazione è legata da un rapporto genetico e funzionale con il rapporto originario di base.

La fideiussione omnibus è una figura di mezzo tra tipicità e atipicità: circa la natura della stessa l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che l'istituto trovi il proprio referente normativo nell'art. 1938 c.c. e sia, pertanto, riconducibile allo schema tipico della fideiussione.

La figura in esame è una forma peculiare per debiti futuri diffusa nella prassi bancaria, con la quale il fideiussore garantisce, normalmente senza limiti di tempo, l'adempimento di tutte le obbligazioni che il debitore principale ha assunto e assumerà nei confronti del creditore. Ciò che connota questa particolare forma di fideiussione è il peculiare oggetto, comprensivo di tutte le obbligazioni che sorgeranno, nel corso del rapporto, in capo al beneficiario della garanzia nei confronti dell'ente creditizio. Si dice, infatti, che si configura come forma di garanzia in divenire, connessa causalmente ad un rapporto principale anch'esso in fieri. Un ulteriore connotato che la contraddistingue da una forma di



fideiussione ordinaria è l'aleatorietà, dato dal fatto che l'esposizione patrimoniale del fideiussore risulta in sostanza illimitata e non prevedibile nel momento in cui si è presentata la garanzia.

L'esposizione patrimoniale incontrollabile del fideiussore ha indotto una parte della giurisprudenza a dubitare della validità della fideiussione ritenendola nulla per indeterminatezza dell'oggetto. Tali dubbi sono stati sconfessati dalla Suprema Corte che ha costantemente affermato la validità della clausola omnibus, ritenendo che l'oggetto del contratto di garanzia, se pur non determinato, fosse determinabile per relationem, ossia con riferimento delle parti al rapporto fondamentale.

Il legislatore, pur consapevole di tale orientamento circa la validità di una pattuizione così congegnata ha preferito intervenire con una specifica disposizione a favore del fideiussore: si è imposto ai sensi dell'art. 1938 c.c. la previsione di un massimale che renda certa l'entità della garanzia fideiussoria e, altresì, ai sensi dell'art. 1956 c.c. si è inserita la nullità di ogni preventiva rinuncia del garante ad

avvalersi del diritto di essere avvisato prima dell'erogazione del credito in caso di peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore.

La disciplina consumeristica nasce dall'esigenza di garantire una maggiore tutela ad una particolare categoria di soggetti, quali i consumatori. Con l'avvento del Codice del consumo, residua nell'impianto civilistico solo l'art. 1469 bis, il quale funge da ponte di collegamento tra le disposizioni di parte generale e parte settoriale e da cui emerge la consapevolezza del legislatore di una maggiore tutela garantita al consumatore. La nozione soggettivistica di consumatore è rinvenibile nell'art. 3 del Codice del consumo da cui emerge che questi debba necessariamente essere una persona fisica, giacché ciò che rileva è una condizione soggettiva mobile e di tipo elastico, dipendente dalle finalità della singola contrattazione. Lo stesso soggetto, infatti, può essere considerato professionista o consumatore a seconda che il singolo contratto sia stipulato in concreto per un fine professionale o personale. Tale valutazione va operata in



chiave oggettiva individuando lo scopo intrinseco della contrattazione, essendo richiesta sempre e solo un'analisi prettamente oggettiva e teleologica, basata su presunzioni e apparenze.

Chiarito quanto scritto, nel tempo, però, sono maturate delle ipotesi che aprioristicamente non possono essere sottoposte a tale disciplina in quanto escluse dalla categoria soggettiva del consumatore. Tra queste vi è l'ipotesi che riguarda il caso del contratto di fideiussore a fronte di un rapporto obbligatorio originario che vede un istituto bancario quale creditore e un imprenditore come debitore. Il dubbio riguarda l'applicazione della disciplina consumeristica al fideiussore: in altri termini se, quando un soggetto stipuli un contratto di garanzia, per stabilire se costui sia un professionista o un consumatore, sia necessario guardare allo scopo che persegue colui che rilascia la garanzia, ovvero allo scopo a cui è funzionale il debito garantito.

Una giurisprudenza minoritaria ha ritenuto di dover attribuire rilevanza autonoma alla qualità soggettiva del

garante, ritenendo prevalente su quella del debitore garantito.

L'impostazione maggioritaria, invece, è stata a lungo quella secondo la quale, dovendosi valutare il fine dell'operazione complessiva, si dovrebbe concludere che abbia rilevanza il contratto principale e non il contratto di carattere accessorio: sul contraente del contratto accessorio si trasferirebbe dunque di rimbalzo la qualifica soggettiva di quello principale.

Per senso di completezza, infine, una parte della Corte di Giustizia ha proposto una tesi mediana, secondo cui si deve distinguere a seconda che la garanzia sia stata rilasciata da un soggetto che abbia una posizione collegata all'attività imprenditoriale posta in essere dal debitore garantito, e in tal caso la connessione giustificerebbe l'attrazione del garante nell'ambito della professionalità del garantito, o se, al contrario, la garanzia sia rilasciata per finalità estranee all'attività di carattere professionale, derivandone in tal caso l'impossibilità di attribuire al garante la qualità di professionista.

Questa impostazione sembra essere stata



seguita dalla Cassazione, la quale ha inteso includere nella nozione di consumatore anche il fideiussore che agisce quale privato, in assenza di qualsiasi voglia collegamento con l'attività professionale svolta dal soggetto garantito. La Corte conferma che, nonostante il rapporto di coniugio tra la parte debitrice e fideiussore, e nonostante parte debitrice si qualifichi perfettamente come imprenditrice, non vi sono dubbi sul fatto che il fideiussore abbia operato per motivi estranei ed eventuali alla sua attività imprenditoriale. Essendo, pertanto, rispettati entrambi i caratteri proprio richiesti dal Codice del consumo, quali lo scopo teleologico, nonché il perseguimento di interessi estranei all'attività di impresa, e dall'altro il canone della persona fisica, ne consegue la possibilità di estendere la relativa disciplina e non vi sarebbero ragioni oggettive idonee ad applicare ulteriori criteri al fine della identificazione soggettiva del consumatore. Il collegamento negoziale non può quindi arrivare a negare l'autonomia negoziale nel caso in cui i contratti siano

soggettivamente distinti e ci siano profili di differenziazione che consentono l'applicazione della disciplina di protezione.

Si può concludere, pertanto, che il fideiussore può considerarsi consumatore, persona fisica in sé, il quale, svolgendo una propria attività professionale, stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, ossia che si tratti di un atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento.



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 16.12.2021

L'onere probatorio dell'attore nell'azione di rivendicazione nel caso in cui il convenuto invochi l'usucapione del bene.

A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.

#azione rivendicazione #onere probatorio
#possideo qui apsideo #art.948 c.c.

Corte di Cassazione, sez. II civile, sentenza n.28865 del 19/10/2021.

La Corte di Cassazione con la sentenza n.28865 del 19/10/2021 esegue un'efficace ricostruzione dell'onere probatorio a carico sia dell'attore sia del convenuto in tema di azione di rivendicazione. La decisione chiarisce, infatti, il carico probatorio in capo al rivendicante nel caso in cui il convenuto, dell'azione di rivendicazione, invochi l'usucapione.

Preliminarmente, occorre chiarire che l'esperimento dell'azione di rivendicazione sottende la c.d. "facultas restituendi" da parte di colui contro il quale è intentato il giudizio. Ciò implica che se il bene appaia perito o distrutto, anteriormente alla proposizione dell'azione, il proprietario

potrà esclusivamente invocare la tutela di cui all'articolo 2043 c.c.

Ciò premesso, attesa la particolare tutela apprestata dall'ordinamento al diritto di proprietà, la giurisprudenza chiarisce che "nella rivendicazione l'attore deve fornire la prova "rigorosa" della proprietà, dimostrando un titolo di acquisto originario o, nel caso di titolo derivativo, risalendo fino al dante causa che abbia acquistato a titolo originario, senza che alcun onere gravi sul convenuto, il quale può trincerarsi sul commodum possessionis, limitandosi ad eccepire il principio possideo quia possidio". A temperare tale rigore probatorio, si evidenzia che la giurisprudenza sostiene che l'attore possa risalire a un acquisto a titolo originario o dimostrare di aver posseduto, per il tempo necessario al compimento dell'usucapione, direttamente o sommando il proprio possesso a quello dei suoi predecessori per effetto dell'accessione del possesso, di cui all'articolo 1146 c.c.

Ciò determina che "mancando la prova positiva della proprietà, l'attore in rivendica soccombe, anche se il convenuto non dimostra la sua proprietà a sostegno del proprio possesso; questi ha infatti il possesso

in suo favore e se l'attore non dà la prova del suo diritto di proprietà, la domanda deve essere rigettata anche quando il possesso del convenuto non risulti corroborato da alcun titolo”.

Dunque, il collegio sostiene che non basti la prova di un titolo preminente a quello del convenuto.

Tuttavia, la Corte di Cassazione chiarisce che si devia da tale rigore “ [...] se il convenuto abbia fatto delle ammissioni, per esempio quando l'acquisto della proprietà sia un fatto pacifico fra le parti o il convenuto si affermi avente causa dello stesso autore da cui l'attore deriva il suo diritto, o quando si riconosca che il dante causa è comune o il convenuto riconosca la proprietà in capo ad alcuno dei danti causa dell'attore. Si tratta di un limite logico all'onere della prova, che deve essere sempre valutato in relazione alle pretese delle parti.

Deve ribadirsi pertanto che non si rinviene, nella giurisprudenza della Corte, un principio in base al quale la domanda o l'eccezione di usucapione comporta, per ciò solo, il riconoscimento del dominio dell'attore o dei suoi aventi causa, attenuandosi di conseguenza il rigore dell'onere probatorio a carico del rivendicante.

[...]E' fatta salva l'ipotesi che l'usucapione,

così come dedotta dal convenuto, non sia in contrasto con la proprietà dell'attore o di uno dei suoi danti causa (Cass. n. 10576/1994; n. 1634/1996; n. 5487/2002): il che si verifica quando il convenuto abbia comunque riconosciuto che il rivendicante o uno dei danti causa dell'attore era proprietario del bene all'epoca in cui assume di avere iniziato a possedere”.

In conclusione, la sentenza esprime il seguente principio di diritto: “essendo l'usucapione un titolo d'acquisto a carattere originario, la sua invocazione, da parte del convenuto con l'azione di rivendicazione, non suppone, di per sé, alcun riconoscimento idoneo ad attenuare il rigore dell'onere probatorio a carico del rivendicante, il quale, anche in caso di mancato raggiungimento della prova dell'usucapione, non è esonerato dal dover provare il proprio diritto, risalendo anche attraverso i propri danti causa fino ad un acquisto a titolo originario o dimostrando che egli stesso o alcuno dei suoi danti causa abbia posseduto il bene per il tempo necessario ad usucapirlo. **Il rigore probatorio rimane tuttavia attenuato quando il convenuto, nell'opporre l'usucapione, abbia riconosciuto, seppure implicitamente, o comunque**



non abbia specificamente contestato, l'appartenenza del bene al rivendicante o a uno dei suoi danti causa all'epoca in cui assume di avere iniziato a possedere. Per contro la mera deduzione, da parte del convenuto, di un acquisto per usucapione il cui dies a quo sia successivo al titolo del rivendicante o di uno dei suoi danti causa, disgiunta dal riconoscimento o dalla mancata contestazione della precedente appartenenza, non comporta alcuna

attenuazione del rigore probatorio a carico dell'attore, che a maggior ragione rimane invariato qualora il convenuto si dichiari proprietario per usucapione in forza di un possesso remoto rispetto ai titoli vantati dall'attore”.



PENALE

La pillola di diritto del 27.12.2021

Reato complesso: l'omicidio realizzato dopo la condotta di stalking nei confronti della stessa vittima integra un reato complesso?

A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.

#reatocomplesso #omicidioaggravato
#attipersecutori #art.84c.p. #art.576.5.1)c.p.
#art.612bisc.p.

*Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali,
Sentenza n.38402 del 15/07/2021.*

La pronuncia in commento offre degli ottimi spunti di riflessione rispetto alla tematica del reato complesso.

Appare opportuno – a parere di chi scrive – cominciare dalla questione rimessa alle Sezioni Unite: “*Se, in caso di omicidio commesso dopo l'esecuzione di condotte persecutorie poste in essere dall'agente nei confronti della medesima persona offesa, i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 concorrano tra loro o sia invece ravvisabile un reato complesso, ai sensi dell'art. 84 c.p., comma 1*”.

La soluzione della questione richiede una

preliminare riflessione sulla fattispecie del reato complesso di cui all'articolo 84 c.p.

Esso si configura attraverso più forme di manifestazione. Infatti, oltre al caso, non unanimemente condiviso, del “reato complesso in senso lato”, nel quale la fattispecie incriminatrice è composta da un fatto costituente reato e da ulteriori elementi di un fatto di per sé privi di rilevanza penale, sono sussunte nella categoria del reato complesso due ipotesi. La prima postula che la fattispecie si compone di elementi costitutivi che isolatamente considerati rappresenterebbero autonome figure di reato. La seconda è rappresentata, invece, da una fattispecie-base, già prevista come reato, a cui si aggiunge, quale circostanza aggravante, un fatto autonomamente incriminato da altra disposizione di legge.

Ciò premesso, la Suprema Corte chiarisce che il reato complesso sia caratterizzato, oltre che dagli elementi strutturali previsti dall'articolo 84 c.p., anche da un ulteriore elemento sostanziale, ossia dall'unitarietà del fatto di reato. Al riguardo, il collegio ha ritenuto che il concetto di “unitarietà del fatto che complessivamente integra il reato” postuli due caratteristiche. La prima è quella



che il fatto debba realizzarsi nel medesimo contesto spaziale e temporale. La seconda è costituita dalla comune prospettiva finalistica intercorrente tra i due reati.

Infatti, la giurisprudenza nel caso “[...] della violazione di domicilio commessa al fine di danneggiare l’abitazione della vittima, e nel corso della quale il soggetto agente abbia approfittato della disponibilità di detta abitazione per impossessarsi di beni della persona offesa, si è sottolineato come in una situazione del genere i fatti di violazione di domicilio e rapina assumano il carattere della contestualità per un limitato segmento temporale, inserendosi solo occasionalmente il secondo nell’azione relativa al primo e per il resto divergendone le finalità. È stata di conseguenza esclusa la configurabilità nel caso in esame del reato complesso, ritenendosi il concorso fra i reati di rapina aggravata e violazione di domicilio (Sez. 2, n. 1925 del 18/12/2015, dep. 2016, Singh, Rv. 265990). Questa linea interpretativa ha trovato successiva conferma nell’affermazione di carattere generale per la quale l’assorbimento della violazione di domicilio nel reato complesso di rapina aggravata si verifica allorché la predetta violazione sia posta in essere al fine esclusivo della sottrazione di beni della persona offesa (Sez. 2, n. 17147 del 28/03/2018, Andolina, Rv. 272808).

L’insufficienza della mera contestualità dei fatti criminosi, previsti quali costitutivi di un reato complesso, ad integrare detta fattispecie con i relativi

effetti di assorbimento nella stessa dei reati componenti, è stata peraltro ribadita con riguardo ad un’ipotesi nella quale il legame finalistico fra i fatti è letteralmente enunciato nella formulazione della norma incriminatrice del reato complesso: è il caso della violenza sessuale commessa mediante minaccia”.

Ciò conduce a sostenere che: **“alla luce di queste indicazioni, oltre ad essere confermata sul piano applicativo la necessità, per la configurabilità del reato complesso, del presupposto sostanziale dell’unitarietà del fatto - in aggiunta alle condizioni strutturali previste dall’art. 84 c.p. - detto presupposto si presenta come articolato non solo nella contestualità dei singoli fatti criminosi sussunti della fattispecie assorbente, ma anche nella loro collocazione in una comune prospettiva finalistica[...]”**.

Chiarito, seppur -molto- sinteticamente, il concetto di reato complesso, la Suprema Corte di Cassazione evidenzia il contrasto giurisprudenziale tra coloro i quali sostengono il concorso tra i reati di cui agli articoli 576 n. 5.1) e 612 bis c.p. e, invece, coloro i quali ritengono che sussista un reato complesso, con contestuale assorbimento dell’articolo 612 bis c.p., nel più grave reato



di cui all'articolo 576 n. 5.1) c.p.

La ricostruzione negativa sottolinea la scelta legislativa di attribuire uno specifico rilievo alla differente formulazione dell'articolo 576 n. 5.1) c.p. rispetto al numero 5) del medesimo articolo, evidenziando l'assenza della necessaria interferenza oggettiva tra le norme incriminatrici sottese al reato complesso. Infatti, in quest'ultimo caso il legislatore utilizza le parole "in occasione", le quali sono assenti nel numero 5.1.) della disposizione. Secondo questa ricostruzione, quindi, l'assenza di questo dato letterale condurrebbe a sostenere la mancanza dell'interferenza di tipo oggettivo fra le norme incriminatrici.

La ricostruzione favorevole al reato complesso sottolinea, invece, che la formulazione letterale della norma non si limita ad essere riferita alla posizione soggettiva dell'autore tanto dell'omicidio quanto della condotta degli atti persecutori, ma si estende anche a comprendere il fatto persecutorio nella sua interezza. *"In questa prospettiva, traspare l'intento del legislatore di aggravare la pena non per quello che il soggetto agente dell'omicidio appare essere, ma per ciò che lo stesso ha fatto; e quindi non perché l'omicidio è commesso da un persecutore, ma in quanto tale delitto è preceduto da una condotta persecutoria della quale lo stesso*

costituisce l'esito. Tale conclusione sarebbe confermata dai lavori preparatori all'introduzione della circostanza aggravante in esame con il D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, art. 1, comma 1, lett. a), convertito con modificazioni dalla L. 23 aprile 2009, n. 38. Dagli stessi si desume che l'integrazione normativa è stata giustificata con la necessità di fronteggiare l'allarmante fenomeno della commissione di omicidi in danno delle vittime di atti persecutori, in tal modo presupponendo, quale oggetto della nuova previsione aggravatrice, una connessione fra i due fatti criminosi, entrambi compresi nella stessa.

In presenza di questi elementi testuali e sistematici, una lettura nel senso del concorso dei reati si tradurrebbe nella sostanziale abrogazione della disciplina del reato complesso di cui all'art. 84 c.p. e, per altro verso, nel duplice addebito, a carico del soggetto agente, del delitto volontario aggravato ex art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 e di quello di atti persecutori, in violazione del principio generale del ne bis in idem, nei suoi aspetti sia processuali che sostanziali".

Ciò premesso, la Suprema Corte di Cassazione, avallando quest'ultimo orientamento, esprime il seguente principio di diritto: *"La fattispecie del delitto di omicidio, realizzata a seguito di quella di atti persecutori da parte dell'agente nei confronti della medesima vittima, contestata e ritenuta nella forma del delitto aggravato*



ai sensi dell'art. 575 c.p. e art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 - punito con la pena edittale dell'ergastolo - integra un reato complesso, ai sensi dell'art. 84 c.p., comma 1, in ragione della unitarietà del fatto".

Ciò conduce a sostenere, quindi, che se l'omicidio venisse commesso a distanza di molto tempo dalle condotte persecutorie, mancando il requisito dell'unitarietà del fatto, gli atti persecutori non potrebbero essere assorbiti dal reato di omicidio.



AMMINISTRATIVO

La pillola di diritto del 29.12.2021

Condizioni dell'azione: la vicinitas non basta

#interesse #ricorso #processo #amministrativo
#plenaria #vicinitas

Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sent. n. 22 del
9.12.2021

1 - La questione

L'Adunanza plenaria era chiamata a pronunciarsi sulla questione della possibilità di impugnazione del titolo edilizio da parte del vicino e sulla sufficienza o meno della mera vicinanza per radicare l'interesse al ricorso.

Difatti, con Sentenza definitiva n.759/2021, il C.G.A. rimetteva all'Adunanza plenaria le seguenti questioni: “*a) se la vicinitas, sulla base dell'orientamento maggioritario ..., è di per sé idonea non solo a legittimare l'impugnazione di singoli titoli edilizi, ma a evidenziare il profilo dell'interesse all'impugnazione;*

b) se, viceversa, la vicinitas è idonea a dimostrare la sola condizione della legittimazione a ricorrere, e per l'effetto è necessario che il ricorrente dimostri lo specifico pregiudizio che l'iniziativa edilizia (posta in

essere in violazione delle regole di settore) gli provoca;
c) in questo secondo caso (ai fini di un completo discernimento della questione), se tale dimostrazione deve essere sempre resa o solo nell'evenienza che la vicinitas non renda evidente lo specifico vulnus patito dal ricorrente;

d) nel caso in cui l'Adunanza plenaria aderisca all'impostazione di cui ai punti b) o c) come si debba apprezzare l'interesse ad agire nelle cause in cui si lamenta una violazione delle distanze (fra costruzioni) imposte dalla legge urbanistica:

- se il solo interesse deducibile sia la lesione della distanza tra l'immobile del ricorrente e quello confinante, o anche la lesione della distanza tra l'immobile confinante e una terza costruzione, non confinate con quella del ricorrente, o, in termini più generali, se rilevino anche le distanze fra due immobili di cui nessuno confinante ma comunque nel raggio visivo del ricorrente legittimato ad agire sulla base del requisito della vicinitas;

- se, a tal fine, rilevi la conseguenza evincibile di detta violazione, in termini di demolizione dell'intera opera del vicino, indipendentemente dal luogo interessato dalla violazione dedotta”.

Occorre, quindi, che la Plenaria chiarisca se, per impugnare i titoli edilizi altrui, il requisito della vicinitas, inteso quale stabile collegamento tra il ricorrente e l'area dove si trova il bene oggetto del titolo in contestazione, sia sufficiente a fondare

insieme la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso, quali condizioni dell'azione di annullamento.

2 - La qualificazione della posizione giuridica del vicino e la legittimazione

Il vicino è titolare di un interesse, oppositivo, a impedire o comunque a contrastare un atto ampliativo della sfera di altri soggetti.

Tale posizione giuridica “costituisce una delle tre principali figure più comunemente discusse nello studio della legittimazione al ricorso nel processo amministrativo, per differenziare la posizione dei soggetti legittimati da quella della generalità dei consociati”.

In simili casi, di norma, il procedimento e il provvedimento non contemplano il soggetto terzo (i.e.: il vicino), e ciò rende problematico stabilire se l'interesse di costui a contrastare un atto ampliativo della sfera altrui sia effettivamente “qualificato e differenziato, rispetto all'interesse della generalità, e in base a quali criteri”.

In merito, il Supremo Consesso chiarisce che - poiché le norme che regolano il potere non menzionano espressamente tutti gli interessi privati “qualificabili come legittimi” - è necessario enucleare i profili di differenziazione dell'interesse del soggetto

rispetto agli interessi di fatto o semplici che non sono idonei a radicare l'interesse a ricorrere; la *vicinitas* è, in questi termini, un criterio residuale nella misura in cui non sono applicabili quelli fondati sulla dinamica procedimentale (i.e.: partecipazione al procedimento effettiva o potenziale) e sull'evidenza provvedimento (i.e.: menzione del soggetto nel provvedimento). Sul piano della ricostruzione storica, il Collegio rammenta che il criterio della *vicinitas* è emerso nella risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato che, aveva interpretato restrittivamente l'art. 10 co. 9 della L. 765/1967 (cd. legge ponte, la norma aveva novellato l'art. 31 della L. 1150/1942). Tale disposizione prevedeva, testualmente, che “*chiunque*” potesse “*ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione*”; ciononostante, la giurisprudenza aveva escluso la configurabilità di un'azione popolare richiedendo, appunto, un qualche radicamento dei ricorrenti - quanto a interessi di vita e a rapporti sociali - nell'area dove si era autorizzato l'intervento edilizio (Ad. Plen. n. 23/1977).

3 - I due orientamenti

Per un primo orientamento, la *vicinitas* è di per sé idonea a radicare tanto la legittimazione quanto l'interesse a ricorrere. Per un secondo orientamento, l'interesse al ricorso del vicino contro i provvedimenti ampliativi della posizione giuridica dei terzi in materia urbanistico/edilizia presuppone, altresì, l'allegazione e la dimostrazione di un concreto pregiudizio che quel provvedimento reca alle facoltà dominicali del ricorrente.

La Plenaria, quindi, effettua un interessante passaggio circa la tendenza all'espansione dell'area della legittimazione al ricorso (ad es. quanto alla legittimazione a ricorrere di alcune AA.II.) ponendola in relazione alla "crisi" dei controlli amministrativi, alle crescenti limitazioni all'autotutela, all'inefficacia dei ricorsi amministrativi e all'assenza di altri validi rimedi alternativi.

4 - La necessità dell'interesse al ricorso

L'elaborazione più interessante è, peraltro, dedicata all'interesse al ricorso di cui si riafferma l'autonomo rilievo; la valutazione circa la sussistenza della legittimazione al ricorso non assorbe, quindi, quella relativa all'esistenza dell'interesse al ricorso.

Il fondamento della nozione di interesse al

ricorso è "rinvenuto, come noto, nell'art. 100 c.p.c., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., ed è caratterizzato dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato".

L'interesse al ricorso, del resto, fonda la concezione soggettiva del processo amministrativo e costituisce uno strumento di selezione degli interessi meritevoli di tutela, impedendo la presentazione di ricorsi di tipo "emulativo".

Sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, quindi, è necessario verificare che «la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione» (ma non anche che "abbia subito" una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite).

5 - L'utilità connessa agli effetti negativi dell'intervento edilizio autorizzato

L'utilità dell'annullamento dell'atto impugnato deve, allora, consistere nel venir meno (per la rimozione del relativo titolo edilizio) di un possibile deprezzamento del proprio immobile o (al venir meno) della

compromissione dei beni della salute o dell'ambiente.

Conseguentemente, al fine di radicare l'interesse al ricorso, rileveranno gli effetti nocivi dell'intervento edilizio quali: la diminuzione di aria, luce, visuale o panorama; la menomazione di valori urbanistici; le degradazioni dell'ambiente in conseguenza dell'aumentato carico urbanistico in termini di riduzione dei servizi pubblici, sovraffollamento, aumento del traffico.

Correlativamente, afferma la Plenaria, l'interesse ad agire dovrebbe essere escluso nel caso in cui il titolo edilizio impugnato sia affetto da vizi solo procedurali "sicuramente emendabili" o qualora il titolo edilizio sia decaduto per decorrenza dei relativi termini. In merito a quest'ultimo passaggio, sia consentito a chi scrive dubitare della sua utilità operativa in quanto si costringe il giudice a effettuare una valutazione "di merito" sul tipo di vizio (formale o meno, emendabile o meno) che mal si concilia con l'emanazione di una pronuncia in rito e che appare eccentrica rispetto a una valutazione che deve incentrarsi sulla concreta utilità dell'annullamento; invero, l'annullamento del titolo edilizio per vizi formali non implica che il titolo debba essere riemanato dalla P.A.

con la conseguenza che l'utilità del ricorso potrebbe non venir meno in forza della natura formale dei vizi alla base dell'annullamento.

Quanto alla questione della decadenza, invece, occorre notare che il giudice dovrebbe emanare una pronuncia in rito con un contenuto di accertamento circa l'intervenuta maturazione dei termini di decadenza.

6 – La vicinitas non basta

La *vicinitas*, conclude la Plenaria, non è da sola sufficiente a radicare l'interesse al ricorso.

Difatti, al fine di enucleare l'interesse al ricorso, da un lato, non è sufficiente la verifica della legittimazione, intesa quale affermazione della titolarità di una situazione giuridica che si assume di voler tutelare e, dall'altro, occorre appurare la sussistenza di un'utilità dell'impugnazione consistente nella potenziale rimozione di uno specifico pregiudizio - connesso al titolo edilizio di cui si chiede l'annullamento – alle facoltà dominicali del ricorrente.

Sul piano processuale, il Collegio precisa, inoltre, che l'interesse al ricorso può essere ricavato - anche officiosamente nel rispetto dell'art. 73 co. 3 c.p.a. - dalle allegazioni

recate nel ricorso “suscettibili di essere precisate e comprovate” in caso di contestazioni.

7 – I principi di diritto e la questione delle distanze

L'Adunanza plenaria chiarisce, conclusivamente, che:

«a) Nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato;

b) L'interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall'intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarsi dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso;

c) L'interesse al ricorso è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo, laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o la questione rilevata d'ufficio dal giudicante, nel rispetto dell'art. 73, comma 3, c.p.a.».

L'ultima precisazione è relativa al “sottotema” della legittimazione nei casi in

cui si lamenti la violazione della disciplina in tema di distanze: in materia, non rileva solo la violazione delle distanze nei diretti confronti della proprietà del ricorrente, ma può rilevare anche la loro violazione rispetto a un edificio di un terzo purché dalla realizzazione del nuovo fabbricato derivi un pregiudizio al ricorrente medesimo. Questo il principio affermato in merito: «“d) Nelle cause in cui si lamenti l'illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l'immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell'accertamento dell'interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l'annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo».