



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 3 - NUMERO 25 - APRILE 2022

APPROFONDIMENTI

Amministrativo: La corte Costituzionale e mia moglie
di Arcangelo Monaciliuni

Civile: La funzione dell'assegno divorzile
di Emanuela Rita Toscano

Penale: La rilevanza del c.d. mandato in bianco quale forma di concorso morale di persone nel reato, tra esigenze punitive e rispetto del principio di colpevolezza
di Valeria Oliviero

Amministrativo: I beni pubblici e il fenomeno della sdemanializzazione
di Vincenza Sara Castaldo

SCHEDE DI GIURISPRUDENZA

Penale: Trattamento sanzionatorio del ruolo di "PALO" durante lo svolgimento di una rapina
di Mariaflorica Sammartino

Amministrativo: Accertamenti della Soprintendenza e SCIA
di Federica Scariato

Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro



Sommario

SOMMARIO	2
APPROFONDIMENTI.....	5
AMMINISTRATIVO	6
La Corte costituzionale e mia moglie.....	6
CIVILE.....	8
La funzione dell’assegno divorzile.....	8
1. Premessa	8
2. Il caso esaminato	11
3. Le varie tesi in campo	12
4. La parola alle Sezioni Unite del 2021	14
5. Considerazioni conclusive.....	18
PENALE.....	20
La rilevanza del c.d. mandato in bianco quale forma di concorso morale di persone nel reato, tra esigenze punitive e rispetto del principio di colpevolezza.....	20
1. Premessa.....	20
2. Inquadramento sistematico sul concorso di persone	22
2.1. Segue: le tesi sulla natura giuridica del fenomeno del concorso di persone nel reato.....	23
2.2. Segue: gli elementi costitutivi del concorso di persone, il concorso materiale e morale.....	25
3. Querelle interpretativa: può ricondursi il mandato in bianco tra le ipotesi di concorso morale?.....	29
AMMINISTRATIVO	32
I Beni Pubblici ed il fenomeno della sdemanializzazione.....	32
1. Beni pubblici e privati.....	32
2. Il demanio.....	34
3. Il fenomeno della privatizzazione dei beni pubblici: la Sdemanializzazione.....	37
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA	43
PENALE.....	44
Trattamento sanzionatorio del ruolo di “PALO” durante lo svolgimento di una rapina.....	44
Cassazione Penale, Sez. 2, n. 25900 anno 2021	44
Quesito	44
Fatto.....	44
Soluzione.....	45
AMMINISTRATIVO	47
Accertamenti della Soprintendenza e SCIA	47



Consiglio di Stato, Sent. n. 219 del 12.01.2022	47
La presenza di un'autorizzazione della Soprintendenza basta ad impedire l'inibizione di una SCIA?	47
Fatto.....	47
Norma.....	49
Inquadramento.....	51
Soluzione	52
PILLOLE DI DIRITTO.....	56
Civile.....	Errore. Il segnalibro non è definito.
La pillola di diritto del 28.4.2022.....	57
Auspicabile mutamento di giurisprudenza relativo al riconoscimento dell'atto di nascita estero del minore nato mediante il ricorso alla maternità surrogata in favore del "genitore d'intenzione".....	57
A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.....	57
#adozione #maternità #surrogata #diritto #identità #relazione #genitori #art.44lett.d.lg.184/1983	
#art.12.comma6.lg.40/2004 #art.2cost. #art.30cost. #art.117cost. #art.8C.E.D.U.	
#art.3convenzionenewyork.	57
Corte di Cassazione, sez. I civile, ordinanza interlocutoria n. 1842 del 22/01/2022.	57
Penale	63
La pillola di diritto del 19.04.2022.....	63
Omicidio preterintenzionale per aberratio ictus	63
A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.....	63
#aberratioictus #omicidiopreterintenzionale #art.82.c.p. #art.584c.p.....	63
Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n.13192 del 11/12/2018 (dep. 26/03/2019).	63
Amministrativo.....	66
La pillola di diritto del 16.4.2022.....	66
Sulle condizioni del diritto di accesso alle "fonti" giornalistiche della RAI	66
#giornalisti #RAI #fonti #accesso	66
T.A.R. del Lazio, Roma, Sentenza n. 7333 del 18.6.2021.....	66
Consiglio di Stato, sez. VI, Sent. n. 2655 dell'11.4.2022	66



Anno 3, n. 24, aprile 2022

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

AMMINISTRATIVO

La Corte costituzionale e mia moglie

di Arcangelo Monaciliuni

Lo scorso anno giunse al vaglio della Corte costituzionale la questione nascente dalla preclusione recata dall'art. 262, primo comma, c.c. ad una "rettificazione dell'atto di nascita di una bambina, cui i genitori, non uniti in matrimonio, hanno concordemente voluto attribuire il solo cognome materno". Vi giunse poichè l'ordinamento vigente, pur dopo le "manipolazioni" già operate in passato dal giudice delle leggi, consentiva solo di aggiungere al patronimico il cognome della madre, ma non anche di eliminare quello paterno, pur se questa, come nel caso dato, fosse la volontà di entrambi i genitori.

Trattavasi, quindi, di una fattispecie peculiare (genitori non uniti in matrimonio e concorde volontà di attribuzione del solo cognome materno), che tuttavia la Corte ritenne di non poter risolvere circoscrivendo l'esame all'ambito fattuale innanzi indicato, per

essere la questione strettamente connessa a quella più ampia avente "ad oggetto la generale disciplina dell'automatica attribuzione del cognome paterno". Da qui la decisione della Corte (ord. n. 18 dell'11 febbraio 2021) di sollevare essa stessa, direttamente, "disponendone la trattazione innanzi a sé, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, del codice civile..".

Poche ore fa il comunicato stampa della Consulta recante in grassetto e con caratteri maiuscoli il titolo: "ILLEGITTIME TUTTE LE NORME CHE ATTRIBUISCONO AUTOMATICAMENTE IL COGNOME DEL PADRE".

In estrema sintesi, la regola diventa che il figlio assume direttamente il cognome di entrambi i genitori, salvo una loro diversa decisione assunta di comune accordo, ovvero della decisione del giudice, in assenza di intesa.

Ancora una volta, "latitante" il Parlamento, giacciono cinque diverse proposte di legge al riguardo, è giunto



l'intervento sostitutivo della Consulta. Leggeremo le motivazioni della decisione, annunciate per le prossime settimane, pur se pacifico che saranno modellate nel solco della risalente giurisprudenza costituzionale che ha da tempo espressamente riconosciuto che "l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna" (ordinanza n. 61 del 2006).

Finalmente mia moglie potrà menare vanto del suo aver precorso i tempi, avendo fatto in modo che -grazie al silenzio assenso da me mantenuto negli anni per non turbare le gioie della famiglia- i miei due figli fossero conosciuti in diversi ambienti come dei "Pepino", il suo cognome, e non come "Monaciliuni", a suo dire troppo lungo e troppo difficile da pronunciare e da scrivere.

CIVILE

La funzione dell'assegno divorzile

di Emanuela Rita Toscano

1. Premessa

1.1 Gli istituti dell'assegno di mantenimento e dell'assegno divorzile

Nel vigore dell'originaria formulazione del codice civile, il nostro ordinamento giuridico era ispirato al principio dell'indissolubilità del matrimonio sicché lo stesso non poteva sciogliersi che con la morte di uno dei coniugi.

Nonostante la vigenza di tale principio, lo stesso codice civile prevedeva, in conformità al diritto canonico, la possibilità di una separazione personale dei coniugi.

La separazione non elide il vincolo matrimoniale, ma lo pone in uno stato di quiescenza. Essa è vista dalla legge come una situazione in sé transitoria poiché i coniugi possono interrompere lo stato di sospensione del vincolo in qualunque

momento e senza la necessità di adempiere ad alcuna formalità.

La separazione incide sul rapporto e non sull'atto permanendo, in capo ai coniugi, un vincolo solidaristico e assistenziale in virtù del quale vi è l'obbligo di sopperire alle esigenze del coniuge che non abbia redditi propri adeguati.

Ai sensi dell'art 156 c.c. al coniuge cui non sia addebitabile la separazione, spetta un assegno di mantenimento qualora non abbia adeguati redditi propri e vi sia una disparità economica tra i due coniugi.

L'istituto è rimasto in vigore nel nostro ordinamento anche dopo l'introduzione del divorzio introdotto in Italia, nonostante le vivaci polemiche dell'epoca, per effetto della L. n. 898 del 1970 (sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio) che ha profondamente modificato il sistema.

L'istituto del divorzio differisce nettamente da quello della separazione perché giuridicamente comporta la cessazione degli effetti del matrimonio.

L'accertamento del fallimento coniugale, cui il divorzio pone rimedio, è ammissibile esclusivamente quando ricorra una delle cause indicate dall'art. 3 della legge 898/1970.

Con la sentenza che perfeziona tale fattispecie estintiva del rapporto matrimoniale, il Tribunale può disporre l'obbligo per un coniuge di corrispondere all'altro, che non abbia i mezzi adeguati o sia nell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, un assegno periodico o in un'unica soluzione (art. 5 L. 898/1970).

1.2 La natura composita dell'assegno divorzile

L'art. 5, comma 6, della L. n. 898 del 1970, come modificato dalla Legge n. 74 del 1987, stabilisce i criteri indicatori dei quali il giudice deve tenere conto per la determinazione della misura dell'assegno.

I parametri di attribuzione e determinazione dell'assegno, peraltro, sono ispirati a diverse finalità¹:

- 1) Le condizioni economiche e sociali dei coniugi unitamente all'indagine comparativa dei redditi e dei patrimoni di entrambi, afferiscono alla *finalità assistenziale*, perché protesi alla tutela dell'ex coniuge la cui situazione patrimoniale abbia subito un effetto peggiorativo dallo scioglimento del vincolo matrimoniale;
- 2) Le ragioni della decisione costituiscono un indice che risponde a una *finalità marcatamente risarcitoria*, perché strutturato sull'eventuale responsabilità del fallimento matrimoniale addebitabile ad uno dei coniugi;
- 3) Il contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune ad entrambi e di quello di ciascuno di essi attiene ad una *finalità spiccatamente compensativa*, poiché, appunto, tenendo in considerazione tale fattore si intende compensare l'apporto di

¹ GAROFOLI R., manuale dei contrasti, Nel Diritto Editore, p. 23-24

ciascuna alla realizzazione del benessere familiare;

- 4) L'insussistenza di mezzi adeguati o impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive del coniuge richiedente l'assegno: su questo parametro, data la mancanza di specificazione normativa atta a definire la locuzione "mezzi adeguati", già all'indomani della riforma del 1987, si è acceso un intenso dibattito che ha occasionato diversi interventi della Cassazione, anche a Sezioni Unite.²

1.3 La struttura bifasica dell'assegno divorzile

Nel segno della natura composita dell'assegno divorzile, l'esegesi invalsa in giurisprudenza (invero già degli anni settanta) è quella secondo la quale il giudizio di spettanza e determinazione dello stesso sia strutturato in due fasi, la prima necessariamente prodromica all'altra.

Nella prima fase, il giudice accerta se sussistono i presupposti del diritto alla percezione dell'assegno (*fase dell'an debeat*) e, solo all'esito positivo della stessa, il giudice procederà alla determinazione quantitativa dell'assegno (*fase del quantum debeat*).

1.4 Cessazione del diritto all'assegno

Al venir meno dei presupposti che ne hanno determinato la corresponsione, il diritto alla percezione dell'assegno viene meno oppure ne è riesaminata la misura. I fatti sopravvenuti dovranno essere accertati con un provvedimento del giudice.

Peraltro, ai sensi dell'art. 5, comma 10, della legge sul divorzio, l'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge beneficiario passa a nuove nozze. La ratio sottesa alla disposizione normativa è che l'ex coniuge che contrae nuove nozze acquista il diritto all'assistenza economica nei confronti del nuovo coniuge.

² Cass., Sez. Semplici, 10 maggio 2017, n. 11504; Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287.

Invero, la disposizione nulla afferma sul mantenimento del diritto alla percezione dell'assegno nella diversa, ma sotto alcuni punti di vista simile, situazione in cui il coniuge beneficiario instaura una convivenza more uxorio.

E', dunque, ragionevole chiedersi se la suesposta ipotesi rilevi come elemento idoneo a giustificare una revisione del provvedimento economico ovvero comporti la perdita definitiva del diritto alla percezione dell'assegno.

A dimostrazione dell'importanza della questione, suscettibile di spiegare effetti su temi particolarmente delicati, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 32198 del 5 novembre del 2021.

2. Il caso esaminato

La pronuncia in esame trae origine dal ricorso per la Cassazione, a istanza della ex moglie, avverso la sentenza della Corte d'Appello³ con la quale , in parziale

riforma della decisione di primo grado ed in accoglimento dell'impugnazione proposta dall'ex marito, era stato disposto, per quanto qui di interesse, l'esclusione dell'obbligo in capo a quest'ultimo di corrispondere alla signora un assegno divorzile, avendo costei instaurato una stabile convivenza con un nuovo compagno, da cui aveva avuto una figlia.

La ricorrente assumeva in giudizio, con specifico motivo, la violazione e la falsa applicazione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 10, nella parte in cui la Corte di Appello si era espressa nel senso che la convivenza more uxorio, instaurata dal coniuge beneficiario, provochi, *sic et simpliciter*, senza alcuna valutazione discrezionale da parte del giudice, la cessazione immediata ed automatica del diritto alla percezione dell'assegno.

Il ricorso era rimesso dalla Prima Sezione civile della Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 28995 del 2020, alle Sezioni Unite della stessa Corte perché

³ Corte d'Appello di Venezia, 4 marzo 2016, n. 470

involgente una questione di massima di particolare importanza, a norma dell'art. 374, comma 2, c.p.c.⁴

3. Le varie tesi in campo

In giurisprudenza, sulla questione, si sono contrapposti tre diversi orientamenti.

3.1 La prima tesi⁵

Secondo la prima opzione ermeneutica, affermatasi fin dall'entrata in vigore della legge introducente il divorzio, il diritto all'assegno non cessa automaticamente all'istaurarsi di una nuova convivenza. Questa, tuttavia, potrà essere causa della rimodulazione della sua misura in considerazione del nuovo sostegno economico apportato dal partner.

La nuova situazione non comporta una perdita definitiva del diritto all'assegno: il carattere precario dei nuovi benefici economici legati alla convivenza si considerano incidenti limitatamente alla

parte dell'assegno che serve ad assicurare le condizioni minime di autonomia economica.

Pertanto, qualora la convivenza cessi e l'ex coniuge si ritrovi nuovamente in uno stato di bisogno, il diritto al trattamento economico a suo favore sarebbe ripristinato.

Per questo orientamento, la contribuzione dei conviventi al tenore di vita familiare è da qualificarsi in termini di adempimento di un'obbligazione naturale.

Infine, l'onere della prova del mutamento migliorativo delle condizioni patrimoniali del coniuge beneficiario dell'assegno di divorzio in conseguenza dell'istaurarsi della nuova convivenza, è posto a carico del coniuge onerato al pagamento.

La necessità di tenere conto del miglioramento delle condizioni economiche del coniuge beneficiario deve essere bilanciata con la precarietà che caratterizza le convivenze di fatto. Di talché, proprio il dato della mancanza di

⁴ Corte di Cassazione, ordinanza interlocutoria n. 28995/2020

⁵ Cass. Sez. Semplici, 9 marzo 1982, n. 1477 ; Cass. Sez. I, 10 novembre 2006, n. 24056; Cass, 21 novembre 2014, n. 24832.



garanzie che il rapporto di fatto si protragga nel futuro, fa sì che la nuova situazione non possa essere posta a fondamento della cessazione della tutela delle condizioni minime di autonomia economica del coniuge più debole.

Diversamente, quando l'ex coniuge contrae nuove nozze il diritto di percepire l'assegno divorzile non trova più ragion d'essere poiché la tutela che questo assicura è sostituita dalla protezione che deriva dalla nuova solidarietà coniugale. Questo primo orientamento si è consolidato lungo un arco temporale in cui non era ancora entrata in vigore la disciplina organica sulle convivenze more uxorio e sulle unioni civili.

*3.2 La seconda tesi*⁶

E' emersa in giurisprudenza una tesi, che invero non si pone in netta contrapposizione con la precedente, per la quale la nuova convivenza di fatto non provoca l'automatica estinzione del diritto al percepimento dell'assegno

divorzile, quanto piuttosto la sua sospensione.

La situazione sopravvenuta di una nuova relazione pone tale diritto in una fase di quiescenza e può riprendere vigore laddove la convivenza venga a cessare.

*3.3 la terza tesi*⁷

Con sentenza n. 6855 del 2015 la Corte di Cassazione inaugura un terzo orientamento che si pone in netto contrasto con le posizioni espresse in precedenza.

Avversando le precedenti conclusioni, esso afferma che, alla presenza di una nuova convivenza di fatto instaurata dal coniuge economicamente più debole, si estingua automaticamente e per intero il diritto all'assegno di divorzio che non potrà rivivere neppure in caso di cessazione della convivenza.

Il ragionamento della Corte si focalizza sulla valorizzazione attribuita al principio di autoresponsabilità dei coniugi, che rappresenta uno dei cardini delle scelte

⁶ Cass., civ., Sez. I, 8 agosto 2003, n. 11975; Cass.,civ. Se. I, 11 agosto 2011, n. 17195.

⁷ Cass. Sez. Semplici, 3 aprile del 2015, n. 6855



individuali e relazionali e uno dei pilastri su cui si fonda l'intera pronuncia in commento.

Per la Corte, il nuovo rapporto di convivenza si caratterizza *“per l’assunzione piena del rischio di una cessazione del rapporto e, quindi, esclude ogni residua solidarietà post matrimoniale con l’altro coniuge, il quale non può che confidare nell’esonero definitivo da ogni obbligo”*.

Quest’orientamento di legittimità recepisce il timore, espresso da una parte dalla dottrina, che i legami tra gli ex coniugi possano tradursi in “lacci”, destinati a durare a tempo indeterminato.

3.4 La posizione della dottrina

Nonostante il ragionamento della Corte di Cassazione del 2015 sia stato salutato con favore da buona parte della dottrina, non sono, per il vero, mancate alcune voci autorevoli che ne hanno evidenziate alcune criticità, quantomeno sotto il profilo dell’equità. Più precisamente, si evidenzia che non è giusto che il coniuge economicamente più debole, che durante il rapporto di connubio abbia sacrificato

le proprie aspirazioni professionali per contribuire al benessere familiare, perda ogni diritto a una compensazione dei sacrifici fatti per la sola ragione che abbia intrapreso una nuova convivenza.

4. La parola alle Sezioni Unite del 2021

Le Sezioni Unite del 2021, con sentenza n. 32198, hanno escluso che l’orientamento consolidatosi a seguito della sentenza del 2015 possa essere condiviso, quantomeno con riguardo all’automaticismo caducatorio che lo contraddistingue.

4.1 I rilievi critici

Il primo argomento è di carattere letterale: l’automatica caducazione del diritto non è confortata da alcun riferimento normativo.

L’art 5, comma 10, L. 898 del 1970 limita la cessazione dell’obbligo di corresponsione all’assegno al caso in cui il coniuge percepente passi a nuove nozze

ma nulla dice sulla sorte dello stesso per la diversa ipotesi che si instauri una nuova convivenza. Né alla disposizione è stato inserito un correttivo a seguito dell'introduzione della nuova disciplina organica delle famiglie di fatto apportata con la Legge Cirinnà (L. n. 76 del 2016).

Da questa premessa discende la seconda argomentazione, che è di ordine sistematico. In mancanza di apposita norma che disponga la caducazione automatica al diritto del percepimento dell'assegno in caso di nuova convivenza, non potrà farsi ricorso alla disciplina dell'analogia.

L'istituto dell'analogia è disciplinato, nel nostro ordinamento, dall'art 12 delle preleggi che ne limita il raggio d'azione al solo caso in cui la mancanza di una specifica disposizione crei un vuoto normativo, non volontario, che necessiti di essere colmato⁸.

Per le Sezioni Unite, il caso sottoposto al suo esame non è suscettibile di applicazione analogica poiché le nuove nozze e la convivenza di fatto sono

situazioni eterogenee sul piano del diritto positivo. Di fatto, le nuove nozze non possono essere paragonate alla ben diversa e precaria ipotesi dell'istaurazione di una nuova convivenza. Se si scegliesse di estendere la disciplina della cessazione automatica prevista dall'art 5, comma 10, della legge sul divorzio alla diversa ipotesi della nuova convivenza, si avrebbe un uso *in malam partem* dello strumento dell'analogia, in assenza di una piena identità di situazioni.

Del resto, la stessa Corte Costituzionale, sollecitata all'esame dei profili di non piena equiparazione delle condizioni del convivente di fatto con quella del coniuge, ha negato l'esigenza costituzionale di una piena parità di trattamento⁹.

Per la Corte Costituzionale, laddove il legislatore intenda far conseguire la perdita di un diritto al verificarsi di una situazione, lo deve fare espressamente.

Il terzo argomento critico trova il suo punto focale nella funzione dell'assegno divorzile, come tracciata dalla Corte di

⁸L. Barassi, Istituzioni di diritto civile, Giuffrè, 1946, pp. 16 ss.

⁹Corte Cost., 10 aprile 2010, n. 138; Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 170; Corte Cost., 8 maggio 2009, 140.

Cassazione, con la sentenza delle Sezioni Unite n. 18287 del 2018.

4.2 La funzione dell'assegno divorzile e il rifiuto della concezione bifasica nella sentenza Sez. Un. 18287 del 2018

Per le Sezioni Unite del 2018 il profilo dell'autodeterminazione non può essere scisso da quello della dignità della persona. La Corte rileva che nella definizione dei singoli profili economico-patrimoniali hanno rilievo decisivo i ruoli assunti in precedenza all'interno della relazione, in particolare il contributo di ciascun coniuge all'attuazione della benessere familiare.

Di talché, l'assegno di divorzio assolve una funzione, sebbene prevalentemente assistenziale, anche perequativa.

L'elemento contributivo - compensativo si *“coniuga senza difficoltà con quello assistenziale perché entrambi sono finalizzati a ristabilire una situazione di equilibrio che, con lo scioglimento del vincolo, era venuta a mancare”*.

La sentenza pone l'accento sulla natura composita dell'assegno che è chiamato ad assolvere una pluralità di funzioni.

Si comprende, in tal modo, il motivo per il quale le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover abbandonare la rigida distinzione tra i criteri attributivi (*an debeat*) e i criteri determinativi (*quantum debeat*) dell'assegno. Infatti, i criteri elencati dall'art. 5, comma 6, della L. n. 898/1970, come riformato nel 1987, sono stati accorpati nella prima parte della norma. Nella seconda parte della stessa, invece, si rinviene il richiamo all'assenza dei mezzi adeguati e all'impossibilità di procurarseli. Questa strutturazione normativa, secondo la Corte, impone una valutazione composita del giudizio di adeguatezza dei mezzi che trova nella prima parte della norma parametri certi su cui fondarsi. Pertanto, è lo stesso legislatore che impone di tener conto di tutti i criteri indicati dal sesto comma dell'art. 5, in modo equiordinato e già nella fase dell'*an debeat*, ossia nella fase in cui deve accertarsi se l'assegno sia o no da attribuirsi.

È così tramontato, definitivamente, il criterio di determinazione quantitativa dell'assegno legato al mantenimento del tenore di vita coniugale. Ciò in ragione del

fatto che la funzione equilibratrice dell'assegno del reddito degli ex coniugi, non è finalizzata a ricostruire il tenore di vita endo - coniugale ma al riconoscimento del contributo apportato dal coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e a quello personale dell'ex coniuge, in particolare tenuto conto delle aspettative professionali sacrificate per la realizzazione di un progetto comune.

4.3 Le precisazioni della Corte

Tanto premesso, ad avviso della Corte la scelta libera e consapevole di instaurare una nuova convivenza non è scevra da conseguenze, anche sui rapporti precedenti.

Ripudiati, dunque, gli automatismi non consentiti dalla legge e contrastanti con la funzione (anche) compensativa dell'assegno, il punto nodale sarà quello di trovare un equilibrio tra il principio di autoresponsabilità e la tutela della solidarietà post - coniugale.

Per quanto concerne la componente assistenziale dell'assegno, deve ritenersi

che essa venga meno nel caso in cui l'ex coniuge beneficiario instauri una convivenza stabile, giudizialmente provata, per la serietà e la dignità da riconoscere alla nuova formazione sociale.

Dalla nuova coppia derivano reciproci obblighi di assistenza morale e materiale: di talché il nuovo legame, sotto il profilo della tutela assistenziale, si sostituisce al precedente. E ciò anche se il nuovo nucleo familiare non abbia il medesimo tenore di vita di quello precedente (nel caso sottoposto alla Corte, la ex moglie deduceva il diritto al mantenimento dell'assegno anche in ragione del diverso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio rispetto a quello, più modesto, della nuova relazione, dovuto alla circostanza che il nuovo partner fosse un operaio a differenza dell'ex marito, che rivestiva il ruolo di amministratore delegato di una nota azienda).

Del resto, nel caso in cui il nuovo progetto di vita non vada a buon fine la legge n. 76 del 2016, art 1, comma 65, prevede il diritto di ricevere un assegno alimentare dall'ex convivente, qualora si

versi in stato di bisogno e l'avente diritto non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento.

Diversamente quanto alla componente compensativa dell'assegno, essa non viene meno con l'instaurarsi di una nuova e stabile convivenza.

Di fatti, se il coniuge più debole ha sacrificato la propria esistenza professionale a favore delle esigenze familiari, è ingiusto che egli perda qualsiasi diritto a una compensazione dei sacrifici fatti.

Ne consegue che il diritto all'assegno non è automaticamente eliso dalla nuova convivenza del beneficiario, ma potrà essere rimodulato in funzione della sola componente compensativa laddove venga raggiunta la prova, a carico del richiedente il diritto all'assegno di divorzio, di due elementi: il presupposto indefettibile della mancanza dei mezzi adeguati e il suo contributo alla realizzazione del benessere familiare e al patrimonio dell'altro coniuge.

Invece, sul coniuge onerato dell'obbligo di corrispondere l'assegno graverà l'onere di provare l'esistenza di una nuova

convivenza, che abbia il carattere della stabilità, in capo all'altro coniuge. Ciò, come sopra detto, non al fine di escludere il diritto all'assegno ma di contenerne l'ammontare alla sola componente compensativa.

5. Considerazioni conclusive

Nell'evoluzione sociale in atto, la concezione dell'indissolubilità del matrimonio non è più unanimemente diffusa. Il modello sociale unitario, che tendeva a identificarsi nella famiglia fondata sul matrimoniale, è stato sostituito da una realtà composita, parimenti tutelata dalla Costituzione (art. 2).

In un settore in continua evoluzione, come quello oggetto di quest'analisi, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore al fine di creare maggiori certezze.

Per il vero, tale auspicio sembra essere stato accolto, almeno in parte.

Di fatti, il progetto di legge in corso di approvazione in Parlamento (già



approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati il 14 maggio 2019) prevede che all'art. 5 della legge sul divorzio siano aggiunte, quali cause di esclusione al diritto di percepire, o continuare a percepire, un assegno divorzile, accanto alle nuove nozze, anche l'unione civile con altra persona e la stabile convivenza, anche non registrata.



PENALE

La rilevanza del c.d. mandato in bianco quale forma di concorso morale di persone nel reato, tra esigenze punitive e rispetto del principio di colpevolezza

di Valeria Oliviero

1. Premessa

L'ermeneutica è stata chiamata a risolvere l'annosa questione relativa alla punibilità del c.d. *mandato in bianco*, quale fenomeno frequente nell'ambito delle organizzazioni criminali di stampo mafioso: il riferimento è alle ipotesi in cui il capo-clan affidi ad uno o più esecutori materiali (c.d. sicari) il compito di uccidere taluni soggetti in ragione della loro appartenenza ad una determinata etnia ovvero ad un clan rivale operante in una determinata area territoriale; nel dettaglio, le fattispecie in concreto venute in rilievo nella cronaca recente attengono alle fattispecie in cui il mandante è un soggetto vertice di un clan camorristico, il quale ordina l'uccisione di appartenenti ad

un gruppo di trafficanti di origine africana operanti in una zona determinata ed in concorrenza con il clan rivale¹.

Tale condotta viene ascritta in via prevalente tra le ipotesi di concorso morale nel reato di omicidio, sebbene tale sussunzione abbia sollevato le critiche di una certa parte della giurisprudenza, la quale ha evidenziato la dubbia compatibilità con il principio di colpevolezza.

Ciò in quanto la colpevolezza costituisce un principio fondamentale in ogni sistema penale moderno nella misura in cui svolge la funzione di delimitare lo spazio dell'illecito penale, consentendo la punibilità dei soli fatti riconducibili psicologicamente ad determinato autore ed incidendo, in tal senso, anche sulla determinazione della pena: in altri termini, la colpevolezza svolge un ruolo di fondamento e limite della potestà punitiva, nonché di canone di graduazione della pena, consentendo per

¹ Sulla questione Cassazione penale, Sez. I, sentenza n. 48590 del 23/10/2017

un verso di delimitare la responsabilità penale ricollegandola alle sole condotte rientranti nella sfera di controllo dell'agente; d'altro canto, di determinare la pena in relazione al disvalore dell'azione e dell'evento², in attuazione dell'art. 27 Cost.

Tuttavia, le più recenti pronunce hanno ritenuto la riconduzione del fenomeno del mandato in bianco nell'alveo del concorso morale compatibile con il principio di colpevolezza, atteso che i soggetti passivi, anche se non indicati individualmente, sono determinabili in base a caratteristiche selettive rispondenti alle finalità perseguite dall'agente stesso.

Difatti, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che *“il mandato generico impartito dal capo dell'organizzazione di eliminare tutti i componenti di un clan rivale comporta il necessario concorso dello stesso mandante in tutti gli omicidi commessi, senza che il margine di indeterminazione inerente a quel mandato possa ritenersi incompatibile con il principio di colpevolezza. Si tratta, infatti, di un incarico relativo ad un ambito ben definito di possibili*

vittime, che, peraltro, non può essere confuso con l'adesione ad un generico programma di un'associazione criminale, che ponga tra i propri fini la consumazione di una serie indeterminata di delitti. Altro è, infatti, ordinare l'uccisione di tutti i membri di una famiglia, anche se si lascia agli esecutori la scelta dei mezzi più appropriati, altro è costituire un'associazione destinata a commettere una serie non predeterminabile di omicidi. In un caso, il numero dei delitti può essere indeterminato, ma è pur sempre determinabile sulla base di uno specifico progetto di azione; nell'altro, il numero non è predeterminabile, perché viene in discussione un generico programma piuttosto che un progetto concreto”³.

Ai fini del corretto inquadramento del fenomeno in esame, occorre ripercorrere brevemente i caratteri del concorso di persone alla luce del principio di colpevolezza, sottolineando in particolare le differenze tra concorso morale sub specie di mandato in bianco ed il più generico reato di associazione per delinquere.

² R. GAROFOLI, Manuale di diritto penale, Nel diritto Editore, 2017

³ In tal senso Cassazione penale, Sez. I, n. 43693 /2021, che ripropone Sez. V, n. 47739/2003.

2. Inquadramento sistematico sul concorso di persone

Gli artt. 110 ss. dell'odierno codice penale recano la disciplina del concorso eventuale di persone, da non confondere con il c.d. concorso necessario: nelle fattispecie a partecipazione necessaria è intrinseca alla struttura del reato il contributo plurisoggettivo, in assenza del quale il reato non verrebbe in essere (si pensi al reato di rissa ex art. 588 c.p., per la cui configurazione occorre la plurisoggettività).

D'altro canto, nelle ipotesi di concorso eventuale il reato strutturalmente monosoggettivo viene commesso in concorso da più soggetti: nelle situazioni de quibus, se non vi fosse la disciplina dettata agli artt. 110 ss. c.p. le condotte risulterebbero impuniti⁴.

È per tale ragione che in dottrina è prevalso l'orientamento secondo cui l'art. 110 c.p., oltre ad assolvere ad una funzione di disciplina in ordine al trattamento sanzionatorio ed al regime delle circostanze nel reato, svolge altresì

una funzione incriminatrice.

Difatti, il legislatore, nel sancire che in ipotesi di concorso nel medesimo reato ciascuno dei concorrenti soggiace alla pena prevista per il reato commesso, adotta il c.d. modello della pari responsabilità.

Sotto tale versante, il Codice Rocco si distingue dal suo predecessore (Codice Zanardelli), nella misura in cui quest'ultimo prevedeva una differenziazione tra partecipi in relazione al diverso ruolo da questi rivestito nell'illecito: si individuavano figure quali autore (colui che compie materialmente l'azione descritta dalla norma incriminatrice), coautore (colui che esegue l'azione tipica insieme ad altri), complice (colui che si limita a porre in essere una condotta di per sé non integrativa della fattispecie legale tipizzata, suddividendosi ulteriormente a seconda che la partecipazione fosse meramente psichica ovvero altresì materiale, come risulta dagli artt. 63 e 64

⁴ RANIERI, il concorso di persone in un reato, Milano 1952; PAGLIARO, Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale, in Rivista It., 1994, pag. 3.



del vecchio codice.

La *communis opinio* ritiene che nell'ordinamento italiano sia stata accolta soluzione di un modello unitario o indifferenziato di concorso di persone nel reato. Un valido riscontro proverrebbe dalla lettura dell'art. 110 c.p., in forza del quale *“quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita”*.

Alla base di un simile modello indifferenziato si rinviene una nozione unitaria di autore (*Einheitstäterbegriff*), che rinuncia ad una tipizzazione apposita delle differenti condotte concorsuali, adottando una generica forma di (com)partecipazione.

Allo stato attuale, si è optato per una tipizzazione causale dell'illecito, ove vengono ricondotte al fatto di reato tutte le condotte eziologicamente legate all'evento lesivo.

Una lettura sistematica del fenomeno concorsuale a livello codicistico, che tenga conto cioè di norme anche diverse dall'art. 110 c.p., quali ad esempio l'art.

111 c.p. (che stigmatizza alcune condotte di *“determinazione al reato”*) e l'art. 114 c.p. (che fa riferimento ad una prestazione minimamente *“importante ai fini”* della preparazione/esecuzione del reato), non può che condurre ad un punto fermo: il nostro Legislatore, quando parla di *“concorso nel reato”*, si riferisce alla condotta dotata di *efficienza causale* rispetto al fatto illecito.

Detto altrimenti, il soggetto che tenga una condotta atipica rispetto al fatto illecito compiuto dall'esecutore è investito dell'incriminazione promanante dall'art. 110 c.p. solo nel caso in cui detta condotta si annodi eziologicamente al fatto tipico, essendo in grado di comportare la sua produzione⁵.

2.1. Segue: le tesi sulla natura giuridica del fenomeno del concorso di persone nel reato

Nel tentativo di individuare la ratio sottesa al fenomeno del concorso di persone nell'assetto odierno, sono state elaborate differenti teorie.

⁵ MANTOVANI, Manuale di diritto penale, CEDAM, 2020, pag. 554 ss.

Sotto un primo versante, è emersa la tesi della accessorietà, sulla scorta della quale la condotta atipica del singolo partecipe non ha rilevanza penale se non in quanto acceda alla condotta principale dell'autore, tipizzata dalla norma incriminatrice di parte speciale.

Tuttavia, in tal modo verrebbe a replicarsi la distinzione “zanardelliana”, superata dal dato testuale dell'art. 110 c.p.; inoltre, la teoria dell'accessorietà necessita di una catalogazione delle varie forme di condotte accessorie. Essa infatti, presuppone che in ogni cooperazione criminosa vi sia una linea netta che separa in maniera chiara ed univoca la posizione dell'autore, ossia di colui che pone in essere la condotta tipica vietata e la figura del partecipe, il quale si limita a prestare un contributo atipico al soggetto con cui concorre.

Per tale motivo è stata elaborata la teorica della fattispecie incriminatrice eventuale ovvero del c.d. modello differenziato: ai fini della punibilità del compartecipe

opera con funzione incriminatrice il combinato dell'art. 110 c.p. insieme alla singola norma di parte speciale violata, similmente a quanto avviene nel delitto tentato (ex art. 56 c.p., al fianco della norma che individua il reato).

In tale accezione, si assiste alla nascita di una nuova fattispecie incriminatrice, ovvero, in una diversa prospettiva, a tante fattispecie plurisoggettive differenziate per quanti sono i concorrenti, fattispecie accomunate dall'unico nucleo materiale e tra loro diversificate dagli atteggiamenti psicologici serbati da ciascun compartecipe e dagli aspetti esteriori tipicamente soggettivi⁶.

Appare dunque evidente l'incidenza dell'opzione per l'uno o per l'altro modello con riferimento agli accertamenti richiesti agli organi giudicanti.

Se infatti, da un lato, il modello differenziato presupponeva un'indagine specifica sulle singole azioni dei concorrenti, attraverso il modello unitario “il reato commesso in concorso di

⁶ MONACO, La riforma dell'art. 110 c.p., pag. 119; MORSELLI, Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato, Rivista Italiana, 1983, pag. 415.

persone non è costituito dalla somma delle condotte dei singoli, considerate isolatamente come tante ipotesi di realizzazione mono-soggettiva; esso non è formato da una pluralità di reati che vengono unificati in un solo reato in forza della prescrizione dell'articolo 110 del codice penale; il reato che si commette in concorso di persone è un solo reato, perché una sola è l'offesa arrecata al bene giuridico protetto⁷.

2.2. Segue: gli elementi costitutivi del concorso di persone, il concorso materiale e morale

Con riferimento agli elementi costitutivi del concorso di persone, al fianco della necessaria plurisoggettività (da intendersi come partecipazione di almeno tre soggetti in concorso) ed alla realizzazione di un fatto costituente reato (attesa l'irrilevanza del mero concorso ovvero dell'istigazione non accolta ex art. 115 c.p.), occorre che vi sia il c.d. dolo di concorso.

L'elemento soggettivo necessario ai fini della realizzazione plurisoggettiva

eventuale nel reato postula che vi sia la coscienza e volontà del fatto criminoso, a cui deve aggiungersi altresì la volontà di concorrere con altri alla realizzazione del reato.

Ciò non presuppone un previo accordo tra i partecipi, in quanto può trattarsi altresì di un accordo improvviso: ciò che rileva è che vi sia da parte di almeno uno dei concorrenti la consapevolezza di recare un contributo causale al fatto di reato.

Discusse sono le ipotesi di concorso di persone con elemento soggettivo differenziato, con riguardo ai casi di concorso doloso in delitto colposo ovvero di concorso colposo in delitto doloso: se la prima fattispecie ha sollevato minori dubbi in dottrina, attesa la marginalità delle ipotesi applicative e la più semplice applicabilità della disciplina recata dagli artt. 110 c.p., più controversa è risultata la ammissibilità di ipotesi di concorso colposo in delitto doloso.

In questa seconda fattispecie, le critiche si fondano in primis sull'argomento

⁷ F. RAMACCI, Corso di diritto penale, 5° edizione, Torino, Giappichelli editore, 2013, pag. 497

letterale, in virtù del dato letterale dell'art. 113 c.p. (il quale fa esclusivo richiamo alla cooperazione in delitto colposo); in secondo luogo, si fa leva sul fatto che l'art. 42 c.p. richiede per i delitti colposi una previsione espressa⁸.

Del resto, in tempi recenti si è pronunciata la giurisprudenza opinando nel senso della inammissibilità di tale ipotesi di compartecipazione criminosa⁹.

Al fianco dell'elemento soggettivo, il concorso di persone postula altresì che ogni compartecipe realizzi una condotta materiale esteriore, attesa l'irrilevanza penale della mera *cogitatio*: in tal senso, si afferma che il contributo, per essere penalmente rilevante, può essere segnatamente materiale e/o morale.

Nella prima categoria si ascrivono le ipotesi in cui l'agente contribuisce concretamente alla realizzazione dell'illecito, ponendo in essere la condotta tipizzata dalla norma incriminatrice

ovvero fornendo un qualsiasi aiuto materiale ai compartecipi, nella fase preparatoria ovvero altresì in quella esecutiva.

Sul punto, se non si profilano particolari problemi nell'accertamento della responsabilità di chi compie l'azione tipica della fattispecie di reato (autore o coautore), assai più controversa è la ricerca di criteri di imputazione della responsabilità del complice che appaiano coerenti con i principi di materialità e di responsabilità personale.

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità più recente ha stabilito che ai fini della configurabilità del concorso di persone nel reato il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di contributo agevolatore: in altri termini, la condotta è condizione dell'evento

⁸ Cassazione penale, Sez. IV, n. 10795 del 14/11/2007 afferma che "è ammissibile il concorso colposo nel delitto doloso purché il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa e nella sua condotta siano effettivamente presenti gli elementi che caratterizzano la colpa"

⁹Cassazione penale, IV sezione, n. 7032 del 19 luglio 2018. Peraltro tale pronuncia ha trovato puntuale sostegno nella precedente Cass. Pen. Sez. V, sentenza n. 57006 del 2 ottobre 2018 nella quale il Collegio ha ritenuto non

configurabile il concorso colposo nel delitto doloso in assenza di una espressa previsione normativa non ravvisabile in alcun modo nell'art. 113 c.p. L'esclusione dell'applicabilità della cooperazione colposa quale fondamento del concorso colposo nel reato doloso conferma definitivamente che "*nei delitti la condotta colposa che accede al fatto principale doloso, è punibile solo in via autonoma, a condizione che integri una fattispecie colposa espressamente prevista dall'ordinamento*".



laddove il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe stato ugualmente commesso, ma con maggiori difficoltà¹⁰.

Sul punto, la tesi più accreditata ricorre al criterio della c.d. prognosi postuma: in buona sostanza, per verificare se la condotta sia eziologicamente legata al fatto di reato, occorre accertarne l' idoneità ex ante, nella misura in cui si ha concorso materiale ove la condotta abbia fornito anche solo una forma di agevolazione nell'illecito.

L'accertamento è più complesso laddove il partecipe abbia fornito un contributo c.d. morale, inteso quale ipotesi di impulso psichico ad un fatto di reato materialmente commesso da altri.

Ivi si distingue la figura del determinatore da quella dell'istigatore: il primo è colui che fa sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente; l'istigatore, invece, è colui il quale rafforza in altri un proposito criminoso già in essere.

La dicotomia citata non rileva solo a fini teoretici, determinando un diverso trattamento sanzionatorio in virtù

dell'applicazione del regime delle circostanze ex art. 118 c.p.

Inoltre, occorre specificare che si è fuori dell'ambito del concorso di persone laddove il soggetto destinatario dell'istigazione sia già assolutamente determinato a commettere il reato (c.d. *omnimodofactorus*), poiché, in tal caso, all'attività di istigazione non può essere attribuita alcuna effettiva efficienza causale sulla predisposizione dell'autore alla commissione del reato: l'art. 115 c.p., nel sancire la non punibilità dell'istigazione (accolta o non accolta) ove ad essa non sia conseguita la commissione del reato, comporta a contrario la punibilità, a titolo di concorso, dell'istigazione accolta a cui sia conseguita la commissione dell'illecito, sempre che essa abbia esercitato un'effettiva influenza rispetto alla realizzazione del fatto.

Quel che assume rilievo è che l'impulso abbia effettivamente ed in concreto esercitato sulla psiche dell'istigato una certa influenza, secondo un accertamento

¹⁰ Cassazione penale, n. 48243 del 13/12/2012



esplicativo ex post: occorre che vi sia un accertamento pieno sull'influenza del contributo del concorrente rispetto alla realizzazione del fatto, anche (e soprattutto) nelle ipotesi di concorso morale¹¹.

In altri termini, per aversi concorso punibile è sufficiente che la condotta dell'agente dia luogo ad almeno una partecipazione morale quante volte sia provata la concreta efficacia determinatrice o rafforzatrice dell'altrui proposito criminoso¹².

Del resto, si è orientata nella medesima direzione altresì la giurisprudenza prevalente, secondo la quale “in tema di concorso di persone nel reato, la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del

proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà¹³.

¹¹ Cassazione penale, Sez. I, n. 10730 del 18/02/2009

¹² La giurisprudenza richiede per la sussistenza del concorso un contributo atto a fornire uno stimolo all'azione ovvero un rafforzamento del proposito criminoso già esistente; in tal senso Cassazione penale n. 1197 del 2015 e n. 2533 del 2018

¹³ Cassazione penale, n. 43067 del 23/11/2021, fattispecie in cui la Corte ha ritenuto viziata la motivazione della sentenza impugnata per non aver indicato specifici elementi di fatto dai quali desumere che gli imputati avessero fornito un contributo agevolativo al tentativo di estorsione relativo al c.d. “regalo ai carcerati” posto in essere da un altro soggetto

3. Querelle interpretativa: può ricondursi il mandato in bianco tra le ipotesi di concorso morale?

Il fenomeno del mandato in bianco ha sollevato i dubbi dell'ermeneutica in ordine alla responsabilità del mandante rispetto al fatto di reato materialmente commesso dagli esecutori.

Sul piano dei principi, una certa linea ermeneutica ha sostenuto in primis che un soggetto che non è esecutore del delitto-scopo non può subire una responsabilità di posizione, in quanto non è sostenibile né formalmente né giuridicamente una forma di automatismo in virtù del quale il vertice di una associazione criminale per ciò solo risponda dei delitti-scopo o di una parte di essi in maniera automatica; tale automatismo darebbe vita a una forma di responsabilità per fatto altrui, in contrasto con l'art. 27 Cost.

Tuttavia, d'altro canto il problema si pone laddove l'organizzazione operi sulla base di una regola organizzativa interna, in forza della quale certi cd. delitti eccellenti (quali quelli che riguardano personaggi istituzionali, personaggi politici oppure

anche delitti destinati ad avere risonanza mediatica) richiedono l'approvazione spesso unanime dei capi mandamento.

Nelle ipotesi de quibus, la struttura verticistica dell'associazione esclude, dunque, che un associato possa commettere un delitto eccellente senza che ci sia l'approvazione dei capi.

È intrinseca alla struttura di tali organizzazioni criminali una fenomenica che consente la riconducibilità del reato commesso dall'esecutore all'organo di vertice dell'associazione: ciò porta ad ipotizzare il concorso morale dei capi nella commissione dei delitti eccellenti, nella misura in cui il mandante (anche tacito) del delitto è colui che l'ha approvato, nonché colui che ha conferito il mandato attraverso una deliberazione: ivi la giurisprudenza ha sostenuto che si configura un impulso, sub specie di concorso morale, altresì quale forma di istigazione indiretta.

Tuttavia, avallare tale orientamento reca il rischio di dare vita a una sorta di responsabilità di posizione: giova osservare che se per un verso esiste una regola organizzativa in base alla quale i



delitti eccellenti vengono deliberati da una commissione, talvolta all'unanimità, al contempo, però, si osserva in senso critico che sarebbe opportuno comunque provare in via probatoria che, anche nel caso di specie, quella regola è stata approvata.

Inoltre, si evidenzia che l'esperienza criminale dimostra che molto spesso nell'ambito di alcune organizzazioni si verificano fenomeni di scissione, ovvero di prevaricazione di gruppi rispetto ad altri: può accadere che un gruppo di vertice si contrapponga ad un altro gruppo di vertice ponendo in essere delle strategie criminali anche sanguinarie, operando sulla base del predominio di alcuni gruppi che prevalgono sugli altri; laddove ciò si manifesti, può accadere che i delitti eccellenti vengano deliberati senza il consenso di tutti, ma sulla base di iniziative individuali realizzate da alcuni anche contro la volontà degli altri.

In terzo luogo, si afferma che notevoli dubbi interpretativi si pongono in presenza di un mandato generico che riguardi, ad esempio, l'uccisione di tutti coloro che appartengono ad un clan

rivale: può ritenersi ciò sufficiente a configurare concorso morale? Oppure il concorso morale richiede un *quid pluris*, cioè una previa rappresentazione-volizione, condivisione anche delle modalità temporali, spaziali, esecutive del reato?

Sul punto si ritiene che, invero, non sia necessaria questa totale condivisione: nel momento in cui si dà mandato il *quid*, il quomodo, nonché le modalità operative interessano relativamente, nella misura in cui il mandato ha superato quella indeterminatezza del programma criminoso che impedisce di configurare automaticamente il concorso.

Ne consegue che, nel momento in cui si passa dalla indeterminatezza del programma criminoso alla determinatezza relativa alla decisione di commettere omicidi nei confronti di certe persone non può escludersi il concorso.

Sotto tale versante, si spiega altresì la differenza con l'associazione per delinquere di stampo tradizionale ex art 416 c.p.: un mandato ad uccidere che individui una categoria specifica di destinatari non può essere confuso con

l'adesione ad un generico programma di un'associazione criminale, la quale ponga tra i propri fini la consumazione di una serie indeterminata di delitti.

Un conto è l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di una serie di reati-fine non predeterminati, altro conto è ordinare l'uccisione di tutti i membri di una certa categoria, pur laddove si lasci agli esecutori materiali la scelta dei mezzi più appropriati per realizzare il delitto. In un caso, il numero dei delitti non può essere predeterminabile, poiché posto in attuazione di un generico programma criminoso; ex adverso, in ipotesi di mandato in bianco, il numero dei delitti, seppur indeterminato, è pur sempre determinabile sulla base di uno specifico progetto di azione¹⁴.

Nel caso di specie posto attenzionato dalla cronaca recente, l'individuazione dei soggetti passivi è resa possibile dall'ordine impartito dal capo-clan, il quale reca un contributo causale all'illecito sotto forma di concorso morale.

Pertanto, l'orientamento invalso nelle Corti di merito ha affermato che, purché ciò rilevi sul piano probatorio, occorre poi accertare che tale contributo eziologico sia effettivo, secondo la logica della causalità adeguata: sarà opportuno vagliare nel caso di specie la sussistenza del concorso morale del vertice dell'organizzazione nell'azione delittuosa realizzata dall'esecutore, nel rispetto dei principi di necessaria offensività della condotta nonché del più ampio principio di colpevolezza.

¹⁴ Cassazione penale, Sez. I, n. 43693 del 2021



AMMINISTRATIVO

I Beni Pubblici ed il fenomeno della sdemanializzazione

di Vincenza Sara Castaldo

1. Beni pubblici e privati

I beni pubblici rappresentano l'insieme giuridico delle cose mobili e immobili appartenenti allo Stato o ad altra pubblica amministrazione a titolo idoneo ad assicurare la disponibilità e il godimento. Essi sono identificabili in base a specifiche caratteristiche fissate dalla legge ovvero in ragione della destinazione ad uno scopo pubblico²⁴.

I beni pubblici possono essere definiti come i beni di cui si avvalgono le pubbliche amministrazioni per la realizzazione degli scopi e delle funzioni a esse affidati. L'ordinamento pone un nesso strumentale tra bene pubblico e scopo pubblico introducendo un regime giuridico che investe il profilo del possibile godimento del bene, quello della sua circolazione giuridica e quello relativo

alla sua tutela.

Tale disciplina rispetto ai beni privati è giustificata sul piano costituzionale dall'art 42 della Costituzione, il quale prevede che la proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. Questa differenziazione di disciplina riguarda anche quei beni disponibili in quanto appartenenti alla pubblica amministrazione, pur non qualificabili come beni pubblici in senso stretto.

La categoria dei beni pubblici viene divisa in due: beni pubblici in senso stretto, che appartengono allo Stato o ad altro ente pubblico, e beni di interesse pubblico, che appartengono a privati ma sono sottoposti ad uno speciale regime derogatorio in virtù della peculiare rilevanza attribuita agli stessi dalla collettività dei consociati²⁵.

La proprietà privata può essere

²⁴ CERULLI IRELLI, Beni Pubblici, pag. 273

²⁵ ROBERTO GAROFOLI, Manuale di diritto Amministrativo, Beni pubblici, pag 481

conformata dal potere pubblico allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla appetibile a tutti ²⁶.

La prima categoria, quella dei beni pubblici in senso stretto, attribuisce valore pregnante alla natura giuridica del soggetto proprietario, è questa la teoria soggettiva: sarebbero pubblici i beni che appartengono allo Stato o ad altro ente pubblico.

Altro orientamento privilegia il dato della particolarità della disciplina sostanziale dei beni pubblici rispetto all'ordinario assetto della proprietà privata.

Secondo questa tesi, sarebbero pubblici tutti i beni accomunati dai caratteri dell'inalienabilità, della non sottoponibilità ad usucapione, della presenza di un vincolo di destinazione e da tutti gli altri connotati specifici propri della categoria.

Oltre altre due teorie sopraenunciate, se ne contraddistingue una terza, in base alla quale sarebbero pubblici i beni destinati all'assolvimento di finalità pubbliche. Secondo la dottrina prevalente, gli

elementi costitutivi dei beni pubblici sono essenzialmente due: uno strutturale e l'altro funzionale. Il connotato strutturale è la proprietà del bene da parte dell'ente pubblico, quello funzionale è la sua finalizzazione alla soddisfazione di un pubblico interesse.

La Carta costituzionale non dà nessuna espressa definizione dei beni pubblici, ma si limita soltanto a stabilirne alcuni richiami.

Dapprima dagli articoli 2,9 e 42 del dettato Costituzionale sarebbe possibile desumere il principio della tutela della proprietà e il suo inquadramento nell'ambito dello Stato Sociale. Ciò è verificabile in rapporto alla tutela del paesaggio con specifico riferimento ai beni che formano il demanio, ma anche con riguardo ai beni che per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino funzionali al perseguimento e al soddisfacimento delle finalità collettive.

Dalla lettura dell'art. 9, si rinviene che la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio artistico e storico della

²⁶ Art. 42, 2 Cost.



Nazione, con una affermazione contenuta nei principi fondamentali della Costituzione e che ha posto le basi per la formulazione del “codice dei beni culturali e del Paesaggio”, d.lgs. 42/2004. L’art 42 della Costituzione invece, pur essendo centrato prevalentemente sulla proprietà privata esordisce sulla significativa affermazione secondo cui la proprietà è pubblica o privata, il che costituisce un implicito riconoscimento di una diversità di fondo tra i due tipi di proprietà.

Il bene immobile dotato delle connotazioni specifiche di bene pubblico è da ritenersi “Bene Comune” finalizzato al perseguimento di obiettivi collettivi.

Vi è poi un’altra categoria di beni, quelli disponibili, cioè beni che pur appartenendo a soggetti pubblici, sono tendenzialmente sottoposti al diritto comune dei privati e che per questo motivo sono definibili beni privati sia pure in titolarità pubblica. Ulteriore ed utilissima distinzione della dottrina è quella relativa alla individuazione di beni

riservati e beni destinati. I primi sarebbero quelli che per caratteristiche naturali ed oggettive, devono appartenere necessariamente ad enti pubblici, in quanto strumentali all’esercizio delle funzioni proprie di questi ultimi; in questa categoria rientrano i beni demaniali come quelli appartenenti al demanio marittimo, idrico e forestale di interesse storico artistico e archeologico.

I beni destinati sarebbero invece quelli che pur privi di naturale propensione al soddisfacimento di interessi pubblici, possono essere assegnati ad uno scopo pubblico per mezzo di un atto di destinazione.

2. Il demanio

I beni facenti parte del demanio sono individuabili all’interno dell’art 822 c.c. in una elencazione che per dottrina²⁷ e giurisprudenza²⁸ è da considerarsi tassativa. L’art 822 così recita: *appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti, i fiumi,*

²⁷ ELIO CASETTA, Manuale di diritto amministrativo, p. 180 ss.

²⁸CassCiv, Sez Un, n. 12119 del 1977

i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico, e artistico a norma delle leggi in materia, le raccolte dei musei, delle pinacoteche degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico.

I beni demaniali si distinguono in beni demaniali necessari, che possono appartenere allo Stato o agli enti territoriali, e beni demaniali eventuali o accidentali. Questi ultimi sono i beni che possono essere di proprietà privata ma che se appartengono ad un ente territoriale, entrano a far parte del demanio. Affinché i beni possano essere delineati come facenti parte del demanio necessario devono essere beni immobili e devono appartenere allo Stato, salvo alcuni che sono attribuiti alle regioni. Tra questi beni demaniali di natura necessaria rientrano quelli appartenenti al demanio marittimo e al demanio di carattere idrico. Il demanio necessario comprende,

inoltre, quel complesso di beni che comprende i fiumi e i corsi di acqua minori, torrenti, i laghi e le altre acque sorgenti sia superficiali che sotterranee; fanno parte ancora del demanio necessario le opere permanenti destinate alla difesa nazionale: si tratta di beni immobili quali le fortezze, le piazzeforti, le linee fortificate e trincerate, nonché le opere destinate al servizio delle comunicazioni militari e ricoveri antiaerei. Altra classificazione che attiene all'origine di tali beni è quella che tra demanio naturale e artificiale. I beni del demanio naturale sono quelli già esistenti in natura come, ad esempio, le acque; quello artificiale è tale perché formato da opere create dalla mano umana. Con riferimento alla demanialità, i beni del demanio naturale sono tali senza che la pubblica amministrazione debba con apposito provvedimento classificarli come tali. Quanto invece alla qualifica di beni del demanio artificiale, occorre distinguere tra demanio artificiale necessario ed accidentale.

Il demanio artificiale necessario è quello che deve appartenere allo Stato o alle

Regioni. Difatti, i beni demaniali necessari nascono con una funzione pubblica imprescindibile che rende doverosa l'applicazione del regime della proprietà pubblica.

Il demanio artificiale accidentale è caratterizzato da beni che possono appartenere anche a privati, e diventano demaniali in quanto appartengono allo Stato o ad altri enti pubblici territoriali. In riferimento ai beni appena enunciati, per la definizione della loro qualità necessitano di un provvedimento amministrativo con effetto costitutivo. Tutti i beni non enunciati all'interno dell'art 822, fanno parte del patrimonio indisponibile come disciplinato dall'art 826 c.c. I beni indisponibili sono tutti quei beni sia immobili che mobili, appartenenti alla pubblica amministrazione, che non rientrano tra quelli demaniali dell'art 822 cc., in quanto destinati in forza di un atto di volontà amministrativa concretamente attuato, a svolgere un servizio pubblico. I beni patrimoniali indisponibili al pari di quelli

demaniali, possono essere attribuiti in godimento a privati soltanto nella forma della concessione amministrativa, che implica sempre l'attribuzione del privato di un diritto condizionato che può essere unilateralmente soppresso dall'amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico. Da ciò consegue che, emesso il relativo provvedimento amministrativo, con l'intimazione alla restituzione del bene, la posizione del privato stesso degrada a interesse legittimo ed è suscettibile di tutela davanti al giudice amministrativo e non in sede di giurisdizione ordinaria.²⁹

In relazione al regime giuridico dei beni demaniali, bisogna distinguere i modi di acquisto dei beni demaniali. Ci si interroga dunque sui "vari tipi" di demanio. Non vi sarebbe dubbio sulla demanialità dei beni che formano il demanio naturale, che assumono una consistenza ontologicamente demaniale senza che la Pubblica Amministrazione

²⁹Cass, SS UU, n. 6950 del 1993

debba classificarli come tali con provvedimento espresso. Per quanto riguarda i beni del demanio artificiale accidentale, che possono appartenere anche a privati, come si è detto, occorre un provvedimento amministrativo. Una volta disposta la demanializzazione, peraltro, possono essere trasferiti solo se, previamente, venga adottato un atto che la revochi (cd. sdemanializzazione).

Quanto al regime giuridico dei beni demaniali, essi, a differenza dei beni privati, sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano. Questi tipi di beni non possono formare oggetto di negozi traslativi o costitutivi di diritti reali, di diritti in favore di terzi, non sono sottoponibili a procedure civilistiche di espropriazione coattiva e non possono formare oggetto di usucapione. Secondo il Testo Unico delle norme in materia di

espropriazione per pubblica utilità, l'espropriazione dei beni demaniali può avvenire soltanto dopo aver esperito la procedura di sdemanializzazione prevista dall'art. 829 cc. I provvedimenti in oggetto sono dotati di un elevato grado di discrezionalità³⁰, che però con il tempo ha perso man mano regime, in seguito della legge sul federalismo demaniale.³¹

3. Il fenomeno della privatizzazione dei beni pubblici: la Sdemanializzazione

La sdemanializzazione consiste nel processo di “passaggio” dei beni dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato. L'articolo di riferimento alla procedura di sdemanializzazione è l'829 cc., secondo cui il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato deve essere dichiarato dall'autorità amministrativa. Dell'atto deve essere dato annuncio nella Gazzetta Ufficiale della

³⁰Cons. Stato, Sez V, n. 6195 del 2014

³¹ Il parlamento con la legge sul federalismo demaniale, ha delegato il Governo a adottare uno o più decreti legislativi aventi ad oggetto l'attuazione dell'art 119 Cost, al fine di assicurare, attraverso la definizione dei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario e la definizione della perequazione, l'autonomia finanziaria di comuni, province, città

metropolitane e regioni. Infatti, tale art 119 riconosce ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. I beni trasferiti a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni sono gestiti nell'interesse della collettività territoriale con la funzione di creare vantaggi alla comunità del luogo.

Repubblica. La sdemanializzazione espressa è posta in essere con apposito provvedimento che sancisca la cessazione della demanialità tramite sclassificazione o cessazione degli elenchi; tale atto produce effetti meramente dichiarativi con riguardo ai beni del demanio naturale, atteso che, per tale categoria di beni, l'acquisto o la perdita della demanialità deriva da un fatto naturale (es. prosciugamento del corso d'acqua). Per i beni del demanio artificiale, parte della dottrina ritiene che tale provvedimento produca invece effetti costitutivi essendo necessaria ai fini della classificazione del bene, la destinazione dello stesso a una specifica destinazione d'uso.³² Con il procedimento di sdemanializzazione, i beni demaniali entrano a far parte del patrimonio disponibile dell'ente territoriale che può dunque metterli in vendita, secondo un procedimento fissato dal d.lgs. 85/2010.

Non possono perdere la natura demaniale e dunque non divengono mai patrimonio disponibile le miniere e le relative

pertinenze ubicate su terraferma, i siti di stoccaggio di gas naturale, i beni del demanio marittimo idrico e aeroportuale che restano assoggettati al regime stabilito dal codice civile, nonché dalla disciplina di tutela e salvaguardia dettata dal medesimo codice, dal codice della navigazione, dalle leggi regionali e statali e dalle norme comunitarie di settore, con particolare riguardo a quelle di tutela della concorrenza. Se lo Stato lo desidera, i beni demaniali potranno perdere la loro natura e trasformarsi in beni patrimoniali sempre nel rispetto dell'art 829 cc. Di rilevante importanza sono i beni culturali che rientrano nella categoria del demanio culturale; questi appartengono allo Stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali sono disciplinati dall'art. 822 cc, vale a dire gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico, artistico a norma delle leggi in materia. Il riferimento normativo relativo ai beni culturali è il codice dei beni culturali Dlgs 42/2004. I beni in oggetto si differenziano tra beni inalienabili

³² CHIEPPA-LOPILATO, Studi di diritto amministrativo, 2007, p. 790

immobili, come le aree di interesse archeologico e gli immobili riconosciuti monumento nazionale e quelli invece alienabili ma solo in seguito all'autorizzazione che il Ministero per i beni culturali può rilasciare a condizione che l'alienazione assicuri la tutela e la valorizzazione dei beni.³³ L'autorizzazione ad alienare comporta la sdemanializzazione dei beni culturali cui si riferisce.

Ci si interroga sulle forme di sdemanializzazione, e cioè se possa essere oltre che espressa, anche tacita.³⁴ Il precedente Codice civile, non poneva assolutamente alla luce la questione, dato che la perdita della caratteristica del bene faceva perdere al bene anche il connotato della demanialità. L'attuale norma, art. 829 cc. dispone invece che il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato deve essere dichiarato dall'Autorità Amministrativa e del relativo atto deve essere data pubblicità sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica.

Una prima pronuncia³⁵ giurisprudenziale, sostiene che la sdemanializzazione può essere tacita, essendo correlata a fatti concludenti, richiedendo in concreto situazioni di fatto tali per cui la pubblica amministrazione intenda rinunciare definitivamente a destinare il bene all'uso pubblico al quale era stato a suo tempo assegnato: dovrebbero ricorrere atti univoci dunque, concludenti e positivi dell'amministrazione, incompatibili con la volontà di conservare al bene la sua destinazione pubblica. Il principio espresso da tale parte della giurisprudenza è stato confermato dalle sezioni unite della Cassazione, con la sentenza 7 aprile 2020, n. 7739, che ha ribadito un analogo assunto oggetto della sentenza 19 febbraio 2019, n. 4839: il nostro ordinamento contempla il meccanismo della c.d. sdemanializzazione tacita, salvo che ciò non sia impedito da un'espressa disposizione di legge (le eccezioni all'operatività della sdemanializzazione tacita sono rinvenute dalla Corte nei beni

³³ ROBERTO GAROFOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, p. 494

³⁴ Se possa dunque venire a perdersi tacitamente la prerogativa della demanialità.

³⁵Cass. Civ, Sez. II 19 febbraio 2007, n. 3742



del demanio idrico, art. 35 c.n. e del demanio marittimo, art. 947 c.c.).

La Corte, nella sentenza in oggetto dispone: “deve essere chiarito che l’art. 829 c.c. del 1942, si pone in continuità con l’antecedente rappresentato dall’art. 429 c.c. del 1865; e, questo, nel senso che il primo prevede che il passaggio di un bene dal demanio pubblico al patrimonio disponibile dello Stato può essere semplicemente dichiarato dall’autorità amministrativa, con ciò riconoscendo espressamente al provvedimento di declassificazione natura esclusivamente dichiarativa, cioè soltanto ricognitiva della perdita della destinazione ad uso pubblico del bene³⁶; ricavandosi, da questo, la pacifica conclusione che il passaggio del bene pubblico al patrimonio disponibile dello Stato consegue direttamente al realizzarsi del fatto della perdita della destinazione pubblica del bene, cosiddetta sdemanializzazione tacita, locuzione che evidenzia come la declassificazione prescinde dal

provvedimento dell’autorità amministrativa, diversamente da quanto invece previsto dall’art. 35 c.n., per il demanio marittimo e dall’art. 947 c.c., comma 3, per il demanio idrico³⁷; cosicché, cioè prendendo atto di questo, la Corte ha già in passato avuto occasione di chiarire che la regola contenuta nell’art. 829 c.c. del 1942 è rimasta quella stessa dell’art. 429 del 1865, poiché anche oggi, come ieri, trattasi unicamente di stabilire, con un tipico accertamento di fatto, se il bene abbia mantenuto o perduto la sua destinazione ad uso pubblico³⁸”. Riguardo le caratteristiche dei beni demaniali, già nel 2011 la Corte di Cassazione a sezioni unite aveva precisato che “Il regime giuridico di tali beni, contenuto nell’art. 823 c.c. prevede che essi sono "inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano", il che vuol dire che essi non possono costituire oggetto di negozi giuridici di diritto privato, nè

³⁶(Cass. sez. I n. 12555 del 2013; Cass. sez. II n. 10817)

³⁷Cass. sez. II, 11/05/2009, n. 10817 del 2009; Cass. sez. II n. 14666 del 2008

³⁸Cass. sez. II n. 21018 del 2016; Cass. sez. I n. 5817 del 1981



possono essere usucapiti, in quanto sono del tutto non commerciabili”. Nella pronuncia del 2011 c’è anche una definizione importante riguardo i beni collettivi ad uso pubblico, che peraltro risale ad una categoria del diritto romano, quella dei beni che appartenevano necessariamente a tutti e non potevano nemmeno essere considerati pubblici in senso stretto: “nullius in bonis, sed universitatis”. In conclusione, un bene demaniale, non passibile di attività privatistica, può essere sdemanializzato anche tacitamente, se non rientra nelle due categorie del art. 35 codice navale e 947 c.c., e purché non si possa ricondurre alla nuova categoria dei beni collettivi. La cosiddetta sdemanializzazione tacita presuppone che ci sia una concreta verifica dell’uso dei beni e dunque il semplice non uso di un bene non significa sdemanializzazione, perché occorre accertare che sussista la volontà di dismissione dell’ente.



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**



Schede di Giurisprudenza



PENALE

Trattamento sanzionatorio del ruolo di “PALO” durante lo svolgimento di una rapina

Cassazione Penale, Sez. 2, n. 25900 anno 2021

di Mariaflorica Sammartino

Quesito

Il correo che agisce in funzione di palo avrà diritto ad un trattamento sanzionatorio minimale? Con la sentenza n. 25900 del 2021, la sez. 2 della Corte di Cassazione Penale si è espressa sul ruolo di “palo” assunto da un correo durante l'esecuzione del delitto di rapina.

Fatto

Il ricorrente adiva con ricorso la Corte di Cassazione Penale, avverso la sentenza di appello, deducendo con un unico motivo la violazione di legge in cui era incorsa la Corte d'Appello in ordine alla determinazione della pena equiparata a quello del fratello germano, nonostante

egli avesse assunto una partecipazione di minima importanza ricoprendo il ruolo di “palo”.

Difatti, è ammissibile un trattamento differenziato tra i correi di una fattispecie delittuosa, allorché questi abbiano assunto delle condotte non equiparate in punto di diritto tali da giustificare un trattamento sanzionatorio diverso. A tal proposito, il legislatore ha previsto anche una pena più mite per il contributo di minima importanza che deve essere valutato discrezionalmente dal giudice come riporta l'art 114, comma 1, c.p., che testualmente dispone che **“Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena”**.

La partecipazione di minima importanza non può essere ravvisata nel ruolo di “palo”, la cui funzione facilita e rafforza la riuscita dell'attività criminosa, addirittura garantendo anche l'impunità



dei correi (Cass., Sez. 3 n. 9491 del 07.06.1989; Cass., Sez. 2 n. 21453, del 05.03.2019).

Un diverso trattamento sanzionatorio tra i vari correi va valutato dal giudice discrezionalmente purché giustificato, tenendo conto delle varie circostanze aggravanti o attenuanti e di quanto fissato nell'art. 133 c.p., che equivalente”**1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:1) dai motivi a delinquere dal carattere del reo;2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo**“

La valutazione della personalità del reo si

effettua tenendo conto delle sue esperienze pregresse, dell'intensità del dolo con il quale pone in essere la condotta e di tutte le circostanze menzionate sopra, che possono consentire di accertare una partecipazione di scarso rilievo ai fini della buon riuscita del delitto posto in essere dai correi (Cass., Sez. 5 n. 5582 del 30.09.2013; Sez. n. 3 n. 1182, del 17.10.2007)

Soluzione

Nel caso di specie la Corte d'Appello aveva valutato l'apporto della personalità del reo negativa tenuto conto della contestazione della recidiva specifica, reiterata ed infraquinquennale e dello stesso ruolo di palo assunto durante l'attività delittuosa. Il ricorrente di fatto si era travisato il volto e dopo fuggiva con il bottino assieme al fratello, il che dimostrava la natura intensa del dolo e la sua condotta rafforzativa e non marginale della condotta assunta. Sulla base di questa motivazione, la Sez.2 n. 25900 del 2021 dichiarava inammissibile il ricorso del ricorrente avverso la sentenza di appello per violazione di legge e vizio di



motivazione in ordine al trattamento sanzionatorio del ricorrente, non differenziato ed invece equiparato a

quello del fratello.

AMMINISTRATIVO

Accertamenti della Soprintendenza e SCIA

Consiglio di Stato, Sent. n. 219 del 12.01.2022

di Federica Scariato

La presenza di un'autorizzazione della Soprintendenza basta ad impedire l'inibizione di una SCIA?

Fatto

Il quesito rivolto al Consiglio di Stato consegue alla riunione di due distinti ricorsi presentati e, poi, riuniti dal Tar.

Il primo riguardava la società Alfa, proprietaria di un appartamento all'interno di una ex chiesa.

L'appartamento sito al piano di sopra, invece, apparteneva alla società Beta, che lo aveva adibito a uso studio. Con una SCIA, Beta aveva avviato dei lavori di restauro e di risanamento conservativo per la riapertura di due finestre sulla facciata dello stabile, in corrispondenza della terrazza posta al livello inferiore.

Trattandosi, però, di un edificio

vincolato, l'intervento era stato preceduto dal nulla osta della Soprintendenza, che aveva effettuato un apposito studio termografico prima di concedere l'autorizzazione ai lavori.

All'apertura delle due finestre, però, si opponeva la società Alfa, che ha impugnato dinanzi al T.A.R. il nulla osta della Soprintendenza e l'autorizzazione paesaggistica che ha presunto essere stata rilasciata per lo stesso intervento dal Comune.

Nel frattempo, però, Alfa aveva sollecitato anche il Comune a inibire i lavori di Beta, e si era vista accogliere l'istanza, dichiarandosi l'inefficacia della S.C.I.A. in virtù della quale l'intervento era stato eseguito.

Tale inefficacia era stata dichiarata per tre motivi:

- mancanza dell'autorizzazione condominiale circa l'inserimento delle finestre sulla facciata, parte comune dell'edificio;
- mancata trasmissione del progetto all'ufficio tecnico regionale, che, peraltro, non si era mostrato concorde con i risultati dei rilievi della Soprintendenza;

- inosservanza delle distanze previste dal Codice civile tra le finestre e la terrazza sottostante.

Rispetto a queste obiezioni, Beta aveva sostenuto l'opinabilità delle conclusioni dell'amministrazione comunale e la non necessità del consenso da parte del condominio.

Inoltre, si affermava che gli eventuali diritti dei terzi asseritamente lesi dal titolo edilizio avrebbero dovuto trovare tutela unicamente dinanzi al giudice civile, essendo inammissibile l'esercizio dei poteri amministrativi di annullamento d'ufficio, che, in ogni caso, potrebbero venire esercitati solo in presenza di ragioni di pubblico interesse e tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari oltre che quelli dei controinteressati, valutazione di cui non vi sarebbe traccia di sorta negli atti impugnati.

Sul punto, il Tar ha invece stabilito che:

- quanto effettuato dal Comune non ha esorbitato i suoi poteri di vigilanza sui diversi profili attinenti alla violazione della disciplina urbanistico-edilizia, essendo stato l'intervento in autotutela circoscritto agli aspetti edilizi della

S.C.I.A. presentata dalla società Beta;

- che la decisione del Comune di adeguarsi alle valutazioni del Settore Sismica della Regione sia stata coerente con la delicatezza dell'interesse tutelato dagli artt. 93 e 94 del d.P.R. n. 380/2001 e che tale scelta che non può ritenersi viziata per essere stata omessa l'audizione del personale incaricato di eseguire l'intervento. Il Settore Sismico della Regione aveva espresso il parere secondo cui la termografia ante intervento poteva ritenersi utile solo in fase di prima valutazione, fermo restando la necessità di ulteriori saggi e documentazione fotografica.

- che il mancato rispetto della disciplina in materia antisismica implicasse la contrarietà dell'intervento all'art. 1122 c.c., che fa divieto ai condomini di eseguire opere suscettibili di arrecare danno alla stabilità e alla sicurezza dell'edificio, indipendentemente dall'eventuale assenso del condominio, peraltro nel caso di specie mancante.

Si è ritenuto, pertanto, fondato il motivo di ricorso basato sul difetto di istruttoria da parte della Soprintendenza

Scontenta del risultato in primo grado, la società Beta ha allora appellato la sentenza del Tar, sulla base di tre obiezioni:

- illegittimità della sentenza per illogicità della motivazione, posto che delle analisi della Soprintendenza non era stato tenuto minimamente conto;
- travisamento dei fatti ed erronea applicazione degli artt. 19 e 21 *nonies* della l. 241/90 oltre che degli artt. 145 e 146 della L.R.T. n. 65/2014, e dell'art. 905 c.c.; eccesso di potere e difetto di istruttoria, in quanto la distanza posta dall'art. 905 c.c. è rispettata nel caso di preesistenza di una finestra nei fabbricati condominiali e, in ogni caso, poiché era decorso il termine per l'esercizio di poteri inibitori in mancanza di uno specifico interesse pubblico tale da giustificare il ricorso all'esercizio dell'autotutela prefigurato dall'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990;
- incompetenza delle ordinanze emesse dal Dirigente del Servizio

Edilizia Privata del Comune per annullare d'ufficio le due SCIA, spettando alla Soprintendenza la competenza a vigilare sull'osservanza del vincolo e ordinare l'applicazione delle misure e sanzioni previste dalle norme vigenti.

Norma

Art. 21 *nonies*

*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21 *octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21 *octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.*

2. È fatta salva la possibilità di convalida del

provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445

Art. 93 DPR 380/2001

1. Nelle zone sismiche di cui all'articolo 83, chiunque intenda procedere a costruzioni, riparazioni e sopraelevazioni, è tenuto a darne preavviso scritto allo sportello unico, che provvede a trasmetterne copia al competente ufficio tecnico della regione, indicando il proprio domicilio, il nome e la residenza del progettista, del direttore dei lavori e dell'appaltatore.

2. Alla domanda deve essere allegato il progetto,

in doppio esemplare e debitamente firmato da un ingegnere, architetto, geometra o perito edile iscritto nell'albo, nei limiti delle rispettive competenze, nonché dal direttore dei lavori.

3. Il contenuto minimo del progetto è determinato dal competente ufficio tecnico della regione. In ogni caso il progetto deve essere esauriente per planimetria, piante, prospetti e sezioni, relazione tecnica e accompagnato dagli altri elaborati previsti dalle norme tecniche.

4. I progetti relativi ai lavori di cui al presente articolo sono accompagnati da una dichiarazione del progettista che asseveri il rispetto delle norme tecniche per le costruzioni e la coerenza tra il progetto esecutivo riguardante le strutture e quello architettonico, nonché il rispetto delle eventuali prescrizioni sismiche contenute negli strumenti di pianificazione urbanistica.

5. Per tutti gli interventi il preavviso scritto con il contestuale deposito del progetto e dell'asseverazione di cui al comma 4, è valido anche agli effetti della denuncia dei lavori di cui all'[articolo 65](#).

6. In ogni comune deve essere tenuto un registro delle denunce dei lavori di cui al presente articolo.

7. Il registro deve essere esibito, costantemente aggiornato, a semplice richiesta, ai funzionari,

ufficiali ed agenti indicati nell'articolo 103.

Art. 94 DPR 380/2001

1. Fermo restando l'obbligo del titolo abilitativo all'intervento edilizio, nelle località sismiche, ad eccezione di quelle a bassa sismicità all'uopo indicate nei decreti di cui all'articolo 83, non si possono iniziare lavori senza preventiva autorizzazione del competente ufficio tecnico della regione.

2. L'autorizzazione è rilasciata entro trenta giorni dalla richiesta.

2-bis. Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di autorizzazione si intende formato il silenzio assenso. Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio assenso ai sensi del primo periodo, lo sportello unico per l'edilizia rilascia, anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti.

3. Avverso il provvedimento relativo alla domanda di autorizzazione, è ammesso ricorso al

presidente della giunta regionale che decide con provvedimento definitivo.

4. I lavori devono essere diretti da un ingegnere, architetto, geometra o perito edile iscritto nell'albo, nei limiti delle rispettive competenze.

Inquadramento

I problemi posti all'attenzione del Consiglio di Stato sono molteplici, anche se tutti correlati tra loro. La prima questione riguarda il ruolo delle analisi svolte dalla Soprintendenza in caso di lavori di ristrutturazione di un bene sottoposto a vincolo. I ricorrenti, infatti, hanno ritenuto tali rilievi come necessari e sufficienti per giustificare l'intervento manutentivo. Per converso, invece, il Comune, sollecitato dai vicini del ricorrente, era intervenuto inibendo i lavori sostenendo la non univocità delle risultanze della Soprintendenza, che non avevano affrontato sufficientemente la compatibilità dell'intervento con la disciplina antisismica.

Peraltro, era stato sollevato anche un problema legato al difetto di giurisdizione: il vicino, infatti, aveva adito il GA, per

lamentare, tra l'altro, la violazione delle regole condominiali. Si rilevava, infatti, che questo tipo di pronuncia fosse di competenza del GO e non del GA.

Soluzione

Il ricorso proposto dalla Società Beta è stato dichiarato infondato.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha, anzitutto, rilevato la correttezza della sentenza di prime cure quanto alla legittimità della valutazione della Regione, recepita dal Comune, basata su un metro di giudizio più severo di quello tenuto dalla Soprintendenza nel valutare gli interessi paesaggistici.

Gli esiti delle analisi svolte dalla Soprintendenza, infatti, hanno fornito solo dei riscontri indiziari per dedurre la preesistenza delle aperture oggetto di SCIA, e hanno lasciato un certo grado di incertezza sull'effettiva esistenza delle stesse, sull'esatta ubicazione e, sicuramente, sulle dimensioni di tali supposti finestre.

Non vi sarebbero, quindi, travisamento dei fatti o profili di irragionevolezza o illogicità in questo senso.

All'atto della presentazione della SCIA non è stato, quindi, compiutamente dimostrato che l'apertura (o riapertura) delle finestre non andasse ad alterare la statica originaria della struttura dell'edificio, perché le nuove finestre fossero corrispondenti (anche nelle dimensioni e ubicazione) a quelle preesistenti, al fine di sottrarre l'intervento all'obbligo di presentare un progetto al Genio civile.

D'altra parte, si è specificato, l'onere di dimostrare i presupposti di legittimità della SCIA grava su chi la presenta e tale onere, e seppure questo può risultare attenuato, non può essere del tutto ribaltato sol perché il Comune agisce in autotutela.

Ciò comporta la legittimità dell'intervento in autotutela del Comune che, prendendo in esame un aspetto differente dal profilo paesaggistico considerato dalla Soprintendenza, ha ritenuto fosse necessario, anche in un'ottica prudenziale ben possibile nell'ambito della materia antisismica, il deposito del progetto al Genio civile, in assenza di elementi tali dimostrare con certezza la conformità al

preesistente.

La sentenza, poi, è stata ritenuta legittima anche per quanto riguarda l'aspetto della sussistenza dell'interesse pubblico sottostante all'intervento in autotutela, in quanto il profilo antisismico è correlato alla tutela di interessi pubblici, quali l'incolumità pubblica e privata, che non possono che essere ritenuti prevalenti rispetto a quelli del privato a mantenere le opere edilizie realizzate.

Allo stesso modo, è stata ritenuta infondata la censura inerente all'assenza della necessità del consenso di condominio per l'apertura delle finestre sulla facciata dell'edificio, che secondo l'appellante non sarebbe necessaria ai sensi dell'art. 1102 del codice civile.

Al contrario, si richiama la giurisprudenza civilistica in materia di condominio secondo cui la regola generale desumibile dall'art. 1120 c.c. è nel senso che ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne uso secondo il loro. Sono, dunque, vietate le innovazioni che alterano il decoro architettonico.

Quanto ai termini di impugnazione della SCIA, il Collegio rileva come sia corretto l'assunto del T.A.R. che, in materia di impugnativa di titoli abilitativi edilizi da parte del terzo, applicabile anche al nullaosta soprintendentizio, fa decorrere il termine decadenziale per impugnare dall'inizio dei lavori, allorché si contesti l'an dell'edificazione, mentre ove si contesti il quomodo, il termine inizia a decorrere dalla fine dei lavori o dal momento in cui sia materialmente apprezzabile la reale portata dell'intervento.

In particolare, la giurisprudenza anche di questa Sezione ha precisato che il termine per impugnare il titolo abilitativo decorre dalla piena conoscenza del provvedimento, che si intende avvenuta al completamento dei lavori, a meno che non sia data prova di una conoscenza anticipata da parte di chi eccepisce la tardività del ricorso anche a mezzo di presunzioni semplici.

Nel caso di specie, quindi, il fatto che fosse esposto un cartello non basta ai fini della decorrenza dei termini, posto che esso conteneva delle indicazioni



generiche, che non provano la conoscenza della società Alfa dei lavori in parola.

Anche il rilievo relativo allo sconfinamento nel merito da parte dei giudici del TAR è infondato, posto che questi si sono attenuti alla valutazione relativa alla presenza di un difetto di istruttoria del procedimento, valutando gli aspetti ragionevolezza e illogicità del provvedimento finale.

In secondo luogo, la Soprintendenza si è essenzialmente basata sulla termografia presentata dalla società

Per tutti questi motivi, quindi, la sentenza resa dal TAR è stata confermata e il ricorso respinto.



Associazione Culturale
Calamus iuris
La penna del diritto

CORSO DI LOGICA PER CONCORSI PUBBLICI

SE NON CONOSCI LA LOGICA, CON NOI LA IMPARI!

Quasi tutti i concorsi presentano quiz di logica
Da oggi puoi imparare il **METODO** per superarli con
facilità. **Il corso offre:** Una lezione a settimana e quiz
organizzati dal docente per entrare nella metodologia.



Info e prenotazioni: 347 9966161 - pennadeldiritto@gmail.com

Via Salvatore Tommasi, 20 - (Zona Museo) Napoli



Pillole di Diritto

a cura di Luca Cestaro

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



CIVILE

La pillola di diritto del 28.4.2022

Auspicabile mutamento di giurisprudenza relativo al riconoscimento dell'atto di nascita estero del minore nato mediante il ricorso alla maternità surrogata in favore del "genitore d'intenzione"

a cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi

#adozione #maternità #surrogata #diritto
#identità #relazione #genitori
#art.44lett.d.lg.184/1983
#art.12.comma6.lg.40/2004 #art.2cost.
#art.30cost. #art.117cost. #art.8C.E.D.U.
#art.3convenzionenewyork.

Corte di Cassazione, sez. I civile, ordinanza interlocutoria n. 1842 del 22/01/2022

La presente ordinanza interlocutoria auspica il mutamento dell'orientamento giurisprudenziale, patrocinato dalle Sezioni Unite Civili n.12193/2019, che sostiene l'astratta e l'assoluta prevalenza dell'ordine pubblico internazionale, sotteso al divieto di maternità surrogata, di cui all'articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004, in relazione al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero, mediante ricorso alla

“gestazione per altri”, e il genitore d'intenzione.

Prima di proseguire nella trattazione dell'ordinanza in commento, appare opportuno, a parere di chi scrive, chiarire alcuni lemmi utilizzati tanto dalla Suprema Corte di Cassazione quanto dalla dottrina. Invero, per “genitore d'intenzione” si intende colui il quale non ha contribuito con il proprio patrimonio genetico (gamete) a concepire il minore, ma che con esso ha intenzione di instaurare un rapporto familiare. La maternità surrogata, invece, rappresenta una forma di procreazione medicalmente assistita, in forza della quale una donna provvede alla gestazione per conto di altri. Essa è vietata ai sensi dell'articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004 “*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*”.

Ciò premesso, il caso di specie riguarda il rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile del Comune di Verona di trascrivere l'atto di nascita del minore B.F.P., nel quale si attesta che il medesimo è figlio dei signori F.P e B.F. I ricorrenti, cittadini italiani, coniugati in Canada, con matrimonio trascritto in Italia nel registro delle unioni civili dichiaravano che il bambino era nato con modalità tipiche

della gestazione per altri “[...] essendo la fecondazione avvenuta tra un ovocita di una donatrice anonima e i gameti di F.P., con successivo impianto dell'embrione nell'utero di una diversa donna, non anonima, che aveva portato a termine la gravidanza e partorito il bambino; al momento della nascita le Autorità canadesi avevano formato un atto di nascita nel quale era indicato, come unico genitore, F.P., mentre né la donatrice dell'ovocita, né la cd. "madre gestazionale" erano dichiarate madri del minore. A seguito del ricorso presso la Suprema Corte della British Columbia, i ricorrenti avevano ottenuto [...] una sentenza nella quale si dichiarava che entrambi erano genitori del minore con la conseguente modifica dell'atto di nascita”.

Tuttavia, il Comune di Verona rifiutava la richiesta di riconoscimento, attesa l'assenza di motivi normativi e precedenti giurisprudenziali favorevoli. Ciò ha condotto i ricorrenti a richiedere il riconoscimento, a norma degli articoli 33, 65, e 66 della legge n. 218/1995, della sentenza emessa in Canada al fine di ottenere il riconoscimento dello *status filiationis*, invocando la non contrarietà all'ordine pubblico della decisione dei giudici canadesi.

“Con ordinanza del 16.7.18, la Corte d'appello di Venezia, in accoglimento del ricorso, ha accertato che la sentenza emessa dalla Suprema Corte della British Columbia in data 8.9.17 - che aveva riconosciuto F.P. e B.F. quali genitori di B.F.P., nato il (OMISSIS), a (OMISSIS) - possedeva i requisiti per il riconoscimento a norma della L. n. 218 del 1995, art. 67.

In particolare, la Corte territoriale veneziana nella sua motivazione ha osservato che: nella materia in

esame vige tra i diritti fondamentali la tutela del superiore interesse del minore in ambito interno e internazionale, come sancita dalle convenzioni internazionali. Nell'ambito di questo assetto l'ordine pubblico internazionale impone l'esigenza imprescindibile di assicurare al minore la conservazione dello status e dei mezzi di tutela di cui possa validamente giovare in base alla legislazione nazionale applicabile, in particolare del diritto al riconoscimento dei legami familiari ed al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale; né può ricondursi all'ordine pubblico la previsione che il minore debba avere genitori di sesso diverso [...]”.

Avverso tale decisione l'Avvocatura dello Stato, nell'interesse del Ministero dell'Interno, proponeva ricorso per cassazione.

Invero, l'orientamento prevalente della giurisprudenza ritiene che “non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che attribuisca lo status di figlio a un bambino nato in seguito a gestazione per altri, in un paese in cui tale pratica sia riconosciuta come legale, nei confronti del cd. genitore "d'intenzione" (colui cioè che non ha dato alcun apporto biologico alla procreazione), a causa dell'ostacolo, ritenuto insuperabile, ravvisato nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile (Sezioni unite civili, n. 12193/19)”.

In particolare, le Sezioni Unite civili, con sentenza n. 12913/19, avevano ritenuto astrattamente prevalente l'ordine pubblico internazionale, sotteso al divieto di maternità surrogata, rispetto al *best interest* del minore al



ricoscimento dello *status filiationis*. Al riguardo, la Suprema Corte di Cassazione riteneva che la posizione del minore fosse adeguatamente salvaguardata dalla possibilità del genitore d'intenzione di adottarlo, ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera d) della legge n. 184/1983.

Appare opportuno sottolineare che in seguito alla sentenza n. 12193/19, la Corte Costituzionale, con decisione n. 33 del 9 marzo 2021 dichiarava l'inammissibilità della questione relativa all'adeguatezza del diritto vivente, cristallizzato dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite, rispetto agli articoli 2, 3, 30 e 31 della Costituzione. Al riguardo, l'ordinanza di remissione, infatti, sottolineava che “[...] possibilità del ricorso al predetto istituto dell'adozione "in casi particolari" da parte del genitore di "intenzione", a norma della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), ritenuta percorribile dalle Sezioni Unite, nella richiamata sentenza n. 12193/19, e idonea a tutelare i diritti del bambino, non determina un vero rapporto di filiazione e non comporta né la effettività né la tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione ritenuta necessaria dalla Corte EDU”.

Ciò premesso, la Corte Costituzionale, pur dichiarando inammissibile la questione e chiarendo che in un caso del genere non venga in rilievo un “diritto alla genitorialità”, ritiene che la soluzione adottata dalla Sezioni Unite non appaia compatibile con i principi costituzionali e sovranazionali. Invero, al fine di attribuire un'adeguata tutela alla sfera giuridica del minore appare “indubbio che

l'interesse del bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che aveva condiviso la decisione di farlo venire al mondo era ed è quello di ottenere il riconoscimento, anche giuridico, dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono ad entrambi i componenti della coppia, senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surroga[...] sicché indiscutibile è l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico.[...] Ha rilevato poi la Corte Costituzionale che, sotto un secondo e non meno importante profilo, non è qui in discussione un preteso "diritto alla genitorialità" in capo a coloro che si prendono cura del bambino, ma unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore

[...]Ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata; proprio questo rischio, d'altronde, la stessa Corte Costituzionale ha inteso evitare allorché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che vietava il riconoscimento dei figli nati da incesto, precludendo loro l'acquisizione di un pieno *status filiationis*, in ragione soltanto della condotta penalmente illecita dei loro genitori”.

Ciò ha condotto la Corte Costituzionale a ritenere che [...] il ricorso all'adozione "in casi particolari" di cui alla L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 44, comma 1, lett. d), ritenuto esperibile dalla

sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni unite civili, costituisce una forma di tutela degli interessi del minore che è certo significativa, ma non è ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati; infatti, l'adozione "in casi particolari" non attribuisce infatti la genitorialità all'adottante

[...]Alla luce delle osservazioni e dei rilievi critici formulati, la Corte Costituzionale ha evidenziato che: il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata - nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati - non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco; di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistemica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore".

Alla luce di questo breve *excursus*, il collegio ritiene che si sia aperto un vuoto normativo, atteso il superamento, ad opera della Corte Costituzionale, del presupposto essenziale del bilanciamento tra i valori confliggenti, basato sull'articolo 44, comma 1, lett. d) della

legge n.184/1983. *"In primo luogo che si sia di fronte a una situazione di vuoto normativo è convinzione che deriva dal venir meno dei due assunti su cui si basava il precedente delle Sezioni Unite vale a dire in primo luogo il bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente rispetto al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale.*

In secondo luogo la legittimità di tale esclusione aprioristica del riconoscimento per essere praticabile da parte del genitore intenzionale la via, alternativa alla delibazione della sentenza straniera o alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, della adozione L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d)".

Ciò ha indotto il collegio, da un lato a rimettere la questione al Primo Presidente, ai fini dell'eventuale assegnazione della questione alle Sezioni Unite e, dall'altro lato, ad apportare un proprio contributo.

La prima sezione sostiene che nel caso di specie si tratta di dare efficacia in Italia a un riconoscimento del rapporto di filiazione già avvenuto nell'ordinamento in cui il minore è nato, al fine di dare continuità al suo *status filiationis* e ai diritti che ne derivano. Altresì, sostiene che in una materia sensibile, come quella per cui si converte, appaia inammissibile una valutazione di tipo automatico volta a ritenere astrattamente prevalente l'ordine pubblico internazionale rispetto al riconoscimento dello *status filiationis*.

“L’attenzione deve essere rivolta, in questa prospettiva, ai due valori che sono stati menzionati dalle precedenti pronunce sia della Corte Costituzionale che della giurisprudenza di legittimità vale a dire la dignità della donna coinvolta nel processo procreativo e la preservazione dell’istituto dell’adozione.

Sotto il primo profilo non può non ritenersi che la donna, che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà, è in una condizione di soggezione che può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino. Se queste condizioni non sussistono e non sono effettive nell’ordinamento del paese in cui avviene la procreazione mediante gestazione per altri la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione) sempre però in una ottica di valutazione, caso per caso, della soluzione che rispetti anche gli interessi del minore. Al contrario se queste condizioni sono esistenti e sono state rispettate il bilanciamento basato sul diniego aprioristico di riconoscimento degli effetti della sentenza straniera (o dell’atto formato all’estero) assume una connotazione di non inerenza alla soluzione di un concreto e attuale conflitto perché inconferente rispetto all’esigenza di tutela della dignità donna cui l’ordinamento straniero ha riconosciuto una libertà di scelta su una decisione che coinvolge la sua sfera personalissima di autonomia decisionale.

[...]Deve quindi ritenersi la non riconoscibilità in Italia degli effetti di una decisione giudiziaria che

abbia sancito la filiazione derivante da surrogazione di maternità ma che sia stata ottenuta fraudolentemente in violazione delle leggi del paese che la consente da persone che non possono accedere alle procedure di adozione in Italia e intendono avvalersi delle tecniche di procreazione assistita mediante surrogazione di maternità senza rispettarne le condizioni legali di ammissione. Così come non è riconoscibile l’adozione che celi un accordo di maternità surrogata. Ma è anche da ritenere non riconoscibile una sentenza o un atto di nascita che accerti la filiazione in relazione a una surrogazione di maternità consentita dalla legge del paese in cui è avvenuta anche se i genitori intenzionali non hanno apportato alcun contributo genetico alla procreazione”.

Ciò premesso, il quesito sottoposto al Primo Presidente, per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite è: “ *Se la sentenza della Corte Costituzionale n. 33/2021, accertando l’inidoneità del ricorso in questa materia all’adozione in casi particolari, L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d) abbia determinato il superamento del diritto vivente rappresentato dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite.*

Se la non attuazione del monito rivolto al legislatore dalla stessa sentenza n. 33/2021 abbia determinato di conseguenza un vuoto normativo.

Se, e come, sia superabile in via interpretativa tale situazione di vuoto normativo non potendosi più il giudice, sia ordinario che di legittimità, riferire al preesistente diritto vivente che, in base alla motivazione della sentenza della Corte

Costituzionale, non è idoneo a impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del generale mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 44, lett. d).

Se una possibile interpretazione adeguatrice consentita alle Corti possa consistere nel configurare la valutazione del conflitto del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione con l'ordine pubblico internazionale, spettante al giudice investito della richiesta di delibazione, come valutazione legata al singolo caso in esame, secondo criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza per come affermati dalla giurisprudenza costituzionale specificamente nell'ottica della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore.

Se in tale valutazione il giudice debba mettere a confronto, in concreto, l'interesse del minore a che vengano rispettati i suoi diritti fondamentali alla identità personale e alla vita familiare con la tutela della dignità della donna coinvolta nel processo procreativo mediante gestazione per altri, con la prevenzione di qualsiasi attentato che, sempre in concreto, possa derivare dal riconoscimento all'istituto dell'adozione, con la legittima aspirazione dello Stato a scoraggiare pratiche elusive del divieto di

surrogazione di maternità.

Se i criteri generali indicati nella motivazione della presente ordinanza (adesione libera consapevole e non determinata da necessità economiche da parte della donna alla gestazione, revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino; necessità di un apporto genetico alla pro-creazione da parte di uno dei due genitori intenzionali; valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto), eventualmente in aggiunta o combinazione con altri criteri generali, debbano o possano assumere il ruolo di una direttiva nell'interpretazione cui debba attenersi il giudice del merito.

Se infine derivi anche dal diritto dell'Unione Europea un limite alla possibilità di non riconoscere lo status filiationis acquisito all'estero da un minore cittadino italiano nato da gestazione per altri legalmente praticata nello Stato di nascita nella misura in cui tale disconoscimento comporti la perdita dello status e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'Unione.



PENALE

La pillola di diritto del 19.04.2022

Omicidio preterintenzionale per aberratio ictus

a cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi

#aberratioictus #omicidiopreterintenzionale
#art.82.c.p. #art.584c.p.

Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n.13192 del 11/12/2018 (dep. 26/03/2019)

La pronuncia in commento offre degli ottimi spunti di riflessione circa l'ammissibilità dell'omicidio preterintenzionale per *aberratio ictus*.

Preliminarmente occorre chiarire, seppur sinteticamente, due concetti: a) il delitto preterintenzionale e b) l'istituto dell'*aberratio ictus*.

Per quanto concerne il primo aspetto, l'articolo 43 c.p. stabilisce che il delitto è preterintenzionale "quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente".

Pertanto, da tale addentellato normativo è possibile desumere che, in deroga all'articolo 42 c.p., da un lato, il soggetto agente abbia esclusivamente voluto l'evento minore e, dall'altro lato, che l'evento più grave, eziologicamente connesso alla condotta, sia posto a suo carico. Al riguardo, occorre

precisare che secondo la ricostruzione prevalente della dottrina, in ossequio al principio di colpevolezza, così come interpretato dalla Corte Costituzionale a far data dall'anno 1988, l'evento più grave deve essere oggetto di prevedibilità in concreto da parte del suo autore.

Le uniche ipotesi espressamente previste dal legislatore di delitto preterintenzionale sono due, ossia l'omicidio preterintenzionale, di cui all'articolo 584 c.p., e l'aborto preterintenzionale, di cui all'articolo 18, comma 2, della legge n. 194/1978.

Per quanto ai nostri fini interessa, l'articolo 584 c.p. stabilisce che "Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni". Sul punto, la ricostruzione preferibile della giurisprudenza sostiene che, sebbene la lettera della norma faccia esclusivo riferimento "agli atti idonei", ai fini dell'integrazione della fattispecie occorra quantomeno il tentativo di percosse o di lesioni.

Diversamente, l'istituto dell'*aberratio ictus* descrive il fenomeno della divergenza tra voluto e realizzato, determinato o da un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione (errore inabilità, che a sua volta si distingue dall'errore vizio, di cui all'articolo 60 c.p.) o da altra causa. Invero, l'articolo 82 stabilisce che "quando, per errore nell'uso dei mezzi di



esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, salve, per quanto riguarda le circostanze aggravanti e attenuanti, le disposizioni dell'articolo 60.

Qualora, oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole soggiace alla pena stabilita per il reato più grave, aumentata fino alla metà.

Anche tale disposizione, “figlia” del versare *in re illicita*, è stata oggetto di un’interpretazione costituzionalmente orientata, al fine di renderla compatibile con il principio di colpevolezza. Invero, la giurisprudenza maggioritaria sostiene che in tanto l’offesa a persona diversa possa essere imputata all’agente in quanto essa potesse essere prevedibile – in concreto- da parte dell’autore della condotta. Pertanto, sebbene il soggetto agente sia in colpa – atecnica- sarà punito a titolo di dolo come se avesse cagionato l’offesa alla persona presa di mira. Il secondo comma, invece, disciplina il fenomeno dell’*aberratio ictus* plurilesiva, il quale si realizza nel caso in cui oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l’offesa era diretta. In tal caso il colpevole sarà punito con la pena prevista per il reato più grave, aumentata fino alla metà.

Ciò premesso, è possibile soffermarci sull’ammissibilità dell’omicidio preterintenzionale per *aberratio ictus*.

Ai fini di una corretta comprensione della questione appare opportuno principiare dal caso di specie. La questione riguarda i tragici eventi di Piazza San Carlo del 3 giugno 2017, durante la proiezione della partita Juventus-Real Madrid. In particolare, “*all’indagato è stato contestato di aver spruzzato (allo scopo di compiere rapine) spray urticante all’indirizzo degli spettatori che stazionavano in piazza San Carlo (che avevano immediatamente avvertito odori e bruciori alla gola), condotta che aveva provocato movimenti repentini e violentissimi della folla, a cui era seguita, senza soluzione di continuità, una fuga scomposta in tutte le direzioni di tutti i partecipanti all’evento, determinando il ferimento di numerose persone e la morte per schiacciamento di (Omissis)*”

Al riguardo, la Suprema Corte di Cassazione sottolinea che dalle indagini compiute era possibile concludere che non si fosse verificato alcun altro evento anomalo nella folla (oltre gli episodi di rapina), tale da poter causare la fuga scomposta degli spettatori.

Ciò premesso, il collegio rigetta la ricostruzione difensiva, la quale sosteneva l’applicabilità, in luogo dell’articolo 584 c.p., dell’articolo 586 c.p.

La Suprema Corte chiarisce che quando l’agente volontariamente ponga in essere una condotta che pregiudichi l’integrità fisica, l’evento più grave di omicidio è posto a carico dell’agente ai sensi dell’articolo 584 c.p., in forza del giudizio di omogeneità tra le due fattispecie di lesioni o percosse ed omicidio. Ciò conduce a sostenere che in

tanto possa trovare applicazione l'articolo 586 c.p. in quanto il rapporto tra i beni giuridici tutelati sia eterogeneo.

Inoltre, non è stata considerata corretta la tesi difensiva, che sosteneva l'applicabilità dell'articolo 586 c.p., sottolineando che l'articolo 584 c.p. stabilisce che gli atti debbono essere diretti a commettere i fatti di cui agli articoli 581 e 582 c.p. e non anche i fatti di cui all'articolo 628 c.p.. Al riguardo, il collegio ha chiarito che il rinvio fatto dall'articolo 584 c.p. ai reati di cui agli articoli 581 e 582 c.p. debba intendersi in senso elastico, ritenendo di poter sussumere in esso anche la condotta violenta, intesa quale elemento costitutivo di una fattispecie complessa (come quella di rapina).

Ciò chiarito, la Suprema Corte di Cassazione sottolinea che, ai fini dell'inquadramento della condotta dell'indagato, essa debba essere sussunta nella fattispecie dell'omicidio preterintenzionale in sinergia con l'istituto dell'*aberratio ictus* plurilesiva, di cui all'articolo 82, comma 2, c.p. Invero, nel caso di specie, l'evento letale non è stato provocato allo stesso soggetto che si voleva ledere (coloro che sono stati attinti dallo spray urticante), ma nei confronti di un soggetto diverso. Ciò conduce a sostenere che, ai fini dell'applicabilità dell'articolo 82 c.p., occorre individuare o l'errore nei mezzi di esecuzione del reato o l'altra causa che ha determinato l'offesa a persona diversa rispetto a quella a cui l'offesa era diretta. In tal caso, attesa l'assenza di un errore nei mezzi di esecuzione

del reato, "l'altra causa" è stata individuata nella reazione di panico che si è scatenata nella folla dopo lo spruzzo dello spray urticante, eziologicamente imputabile all'indagato.

Pertanto, "si condivide la conclusione cui è pervenuto il Tribunale del Riesame, secondo cui, per effetto del meccanismo previsto dall'art. 82 comma 2° cod. pen., che va applicato in sinergia con l'istituto di cui all'art. 584 cod. pen, il ricorrente deve rispondere dell'evento arrecato alla vittima "come se" quest'ultima fosse stata l'effettiva destinataria della sua offesa.



AMMINISTRATIVO

La pillola di diritto del 16.4.2022

Sulle condizioni del diritto di accesso alle “fonti” giornalistiche della RAI

A cura del Cons. Luca Cestaro

#giornalisti #RAI #fonti #accesso

T.A.R. del Lazio, Roma, Sentenza n. 7333 del 18.6.2021

Consiglio di Stato, sez. VI, Sent. n. 2655 dell'11.4.2022

1 – Un avvocato, ritenendosi diffamato da un servizio giornalistico della trasmissione “Report”, chiede alla RAI l’accesso ad alcuni atti propedeutici al confezionamento del servizio medesimo. In particolare, il ricorrente aveva chiesto l’accesso alla corrispondenza intrattenuta tra i giornalisti e gli enti pubblici e privati che avrebbero fornito i documenti alla base del servizio. Il caso è stato oggetto di una consistente attenzione mediatica e la rilevanza del tema è dimostrata anche dall’intervento in giudizio del sindacato dei giornalisti della RAI.

2 – Il TAR del Lazio aveva parzialmente accolto il ricorso affermando alcuni interessanti principi in tema di accesso.

In primo luogo, si era respinta la pretesa relativa all’accesso civico in quanto l’art. 2 bis del D.lgs. n. 33/2013 esclude espressamente

da tale disciplina le società quotate tra le quali è compresa la RAI.

In secondo luogo, si è confermato l’assoggettamento della RAI al diritto di accesso cd. documentale (tradizionale) di cui agli artt. 22 e ss. L. n. 241/1990 che comprende espressamente i “gestori di pubblici servizi”. Si rileva come la RAI, “pur nella sua veste formalmente privatistica di S.p.a. e pur agendo mediante atti di diritto privato, conserva indubbiamente significativi elementi di natura pubblicistica, ravvisabili in particolare: a) nella prevista nomina di numerosi componenti del C.d.A. non già da parte del socio pubblico, ma da un organo ad essa esterno quale la Commissione parlamentare di vigilanza; b) nell’indisponibilità dello scopo da perseguire (il servizio pubblico radiotelevisivo), prefissato a livello normativo; c) nella destinazione di un canone, avente natura di imposta, alla copertura dei costi del servizio da essa gestito”. La RAI, peraltro, è di proprietà pubblica ed è la concessionaria in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo, circostanze che ulteriormente confermano la sua qualità di “gestore di pubblico servizio”, soggetto passivo del diritto di accesso documentale ai sensi dell’art. 23 della L. 241/1990.

In terzo luogo, il Tribunale capitolino ritiene sussistente l’interesse qualificato all’accesso e, inoltre, afferma che i documenti richiesti rientrano nell’obbligo di ostensione poiché:



da un lato, la rappresentazione di notizie operata all'interno di un servizio trasmesso nel corso di un programma di inchiesta giornalistica in onda su una rete RAI rientra nell' "informazione pubblica" e, quindi, nell'ambito del di servizio pubblico radiotelevisivo del quale sono ritenuti caratteri essenziali il pluralismo, la democraticità e l'imparzialità dell'informazione; dall'altro, "l'attività consistente nella rappresentazione di notizie non può ritenersi disgiunta da quella preparatoria, volta all'acquisizione, alla raccolta e all'elaborazione delle notizie poi oggetto di rappresentazione".

3 – Il Consiglio di Stato ha riformato la Sentenza del T.A.R. del Lazio confermando, tuttavia, gli aspetti giuridici più controversi. Quanto all'esclusione delle società quotate dall'accesso civico, il Supremo consesso ritiene manifestamente infondate le ragioni di incostituzionalità addotte dal ricorrente. Non sussiste alcun vizio di disparità di trattamento e irragionevolezza in quanto la limitazione soggettiva riguarda le società pubbliche che "hanno emesso strumenti quotati"; esse si trovano in una posizione evidentemente differenziata avendo dovuto il legislatore prendere in considerazione gli "ulteriori interessi di tutela del mercato". Neppure sussiste contrarietà al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. in quanto le società quotate soggiacciono a specifici obblighi informativi e tanto vale a maggior ragione per la RAI che ne ha anche di ulteriori disposti dal contratto di servizio.

4 - Quanto all'assoggettamento della RAI all'accesso documentale ai sensi della L. 241/1990, la Sezione conferma che la realizzazione dei servizi giornalistici costituisce attività ricompresa nell'ambito del servizio pubblico e, in quanto tale, soggetta all'accesso. Il Collegio respinge, altresì, la tesi secondo cui i documenti preparatori dei servizi giornalisti sarebbero meri "interna corporis" non ostensibili: l'ampia nozione di documento amministrativo offerta dalla lett. d), comma 1, dell'art. 22, l. 241/1990 ricomprende senz'altro anche i documenti 'preparatori' di cui si discute (*"per "documento amministrativo", si intende "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale"*).

5 – Il Consiglio di Stato, poi, accoglie l'appello (e nega, quindi, l'accesso) in relazione a un profilo concreto ossia all'insufficiente prospettazione nell'originaria istanza di un interesse qualificato. È, infatti, insufficiente "il generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando. Nella fattispecie se è evidente il nesso di strumentalità tra l'accesso e il servizio giornalistico, che conterrebbe informazioni false ed errate in relazione alla tutela dell'onore dell'istante e del suo studio, non si



spiega nell'istanza quale nesso di strumentalità sussista tra l'accesso ai documenti preparatori e la lesione dell'onore paventato dall'istante, considerato che si tratta di documentazione, che non è stata diffusa all'esterno".

In sostanza, l'accesso alle "fonti"

giornalistiche di cui si discute, astrattamente ammissibile, deve, tuttavia, fondarsi su una prospettazione che evidenzi la sussistenza di un interesse qualificato riferibile, nello specifico, ai documenti preparatori piuttosto che, in generale, al servizio giornalistico che è, di per sé, pubblico.

