

## ANNO 2004

<b>Quesito n. 106:</b> Vendita immobiliare e licenza di abitabilità.....	» 1013
<b>Quesito n. 107:</b> Locazione e tutela risarcitoria nei confronti dei terzi .....	» 1021
<b>Quesito n. 108:</b> Concorso diretto e concorso anomalo .....	» 1029
<b>Quesito n. 109:</b> Colpa medica .....	» 1041
<b>Quesito n. 110:</b> Compravendita e obbligazioni delle parti.....	» 1051
<b>Quesito n. 111:</b> Furto aggravato e truffa.....	» 1063
<b>Quesito n. 112:</b> Sospensione cautelare dal servizio ...	» 1075



## PARERE SU QUESITO DI DIRITTO CIVILE

### QUESITO N. 106

Tizio, Caio e Sempronio hanno con distinti contratti datati 10-1-2002 comprato da Mevio, venditore, tre distinti appartamenti situati a Roma, senza le necessarie licenze di abitabilità, con l'impegno nell'accordo di ottenere la relativa documentazione entro il 31-7-2002. Decorso inutilmente tale termine e dato che gli accordi contrattuali non sono stati adempiuti, dopo la messa in mora di Mevio avvenuta il 31-7-2002, Tizio, Caio e Sempronio decidono di rivolgersi ad un avvocato cui raccontano i fatti, come sopra descritti per sapere se hanno la possibilità di svolgere domanda giudiziale che abbia per oggetto sia il risarcimento in forma specifica dell'adempimento delle prestazioni contrattuali sia il riconoscimento di una somma di denaro corrispondente alle spese necessarie per perfezionare le pratiche amministrative per ottenere le relative licenze di abitabilità.

Il candidato, assunto le vesti del legale di Tizio, Caio e Sempronio, rediga parere motivato sulle questioni suggerite in traccia, illustrando le problematiche sottese alla fattispecie in esame.

2  
0  
0  
4

#### ISTITUTI RILEVANTI

L'attuale disciplina del certificato di agibilità (o licenza di abitabilità) è contenuta nel T.U. 380/2001 (artt. 24-26).

Tale normativa, da un lato, ha provveduto a semplificare il procedimento di rilascio del menzionato certificato, dall'altro ha apportato una innovazione di tipo terminologico. Riguardo tale ultimo profilo, infatti, sono stati ricondotti ad unità i termini «agibilità-abitabilità», fonte di confusione perché usati spesso indifferentemente nel corso degli anni. Il termine licenza di abitabilità è stato inizialmente utilizzato in relazione ad immobili ad uso abitativo, mentre il termine agibilità è stato riferito ad immobili non residenziali. In un secondo tempo, il legislatore ha

operato una diversa distinzione, considerando riconducibile all'agibilità la disciplina generale relativa alla stabilità e alla sicurezza dell'immobile, e all'abitabilità la disciplina speciale dei requisiti dell'immobile rispetto a specifiche destinazioni d'uso. Il Testo unico, invece, ha eliminato il duplice riferimento terminologico presente nella legislazione di settore ed ha optato per il più ampio termine «agibilità».

Il rilascio del certificato, da parte della Amministrazione comunale, riguarda non soltanto gli immobili ad uso strettamente abitativo, ma anche quelli adibiti (o da adibire) a scopi diversi, purché l'attività che si dovrà svolgere preveda comunque un uso che comporti la frequentazione da parte delle persone.

Il rilascio del certificato ha una duplice funzione: da un lato attestare l'idoneità dell'immobile ad essere adibito ad uso abitativo, previa valutazione della sua conformità agli standards minimi di stabilità, sicurezza ed igiene degli edifici; dall'altro garantire l'idoneità dell'immobile ad assolvere una determinata funzione economico sociale e quindi a soddisfare in concreto i bisogni che hanno indotto l'acquirente ad effettuare l'acquisto.

Il ruolo del certificato è quindi assolutamente di primo piano, dato che la sua mancanza incide negativamente sul godimento e sulla commerciabilità del bene anche qualora lo stesso sia stato costruito in conformità alle norme igienico-sanitarie, urbanistiche ed alle prescrizioni dettate dalla concessione ad edificare. La giurisprudenza (Cass., 3 luglio 2000, n. 8880), infatti, ha stabilito che il venditore di un bene immobile destinato ad abitazione ha l'obbligo di dotare tale bene della licenza di abitabilità e tale requisito giuridico essenziale ai fini del legittimo godimento e della commerciabilità del bene non può essere sostituito dalla definizione della pratica di condono e da altro, in quanto chi acquista un immobile, salvo che sia reso espressamente edotto della esistenza di qualche problema amministrativo o urbanistico, ha diritto alla consegna di un appartamento in tutto conforme alle leggi, ai regolamenti ed alla concessione edilizia e per il quale sia stata, quindi, rilasciata la licenza di abitabilità; conseguentemente la mancata consegna di tale licenza implica un inadempimento che, sebbene non sia tale da dare necessariamente luogo a risoluzione del contratto, può comunque essere fonte di un danno risarcibile ovvero costituire il fondamento del-

l'«exceptio» prevista dall'art. 1460 cod. civ., per il solo fatto che si è consegnato un bene che presenta problemi di commerciabilità, essendo irrilevante la circostanza che l'immobile sia stato costruito in conformità delle norme igienico-sanitarie, della disciplina urbanistica e delle prescrizioni della concessione ad edificare, ovvero che sia stato concretamente abitato.

L'importanza del certificato, allora, rende evidente come la sua mancanza non possa non avere degli effetti negativi, che si manifestano in primo luogo nell'ambito del contratto di vendita dell'immobile che ne difetta.

In caso di assenza del certificato (o perché non ancora ottenuto o perché non potrà mai essere rilasciato) non si verifica un'ipotesi di nullità della vendita per impossibilità giuridica dell'oggetto del contratto, come pur riteneva un'opinione rimasta minoritaria, ma semplicemente un inadempimento del venditore.

Il problema più rilevante, allora, che si pone in questa materia riguarda l'individuazione della natura della responsabilità del venditore per mancanza del certificato.

Per un'opinione minoritaria saremmo di fronte ad una violazione dell'obbligo di fornire (previsto dall'art. 1477, ultimo comma, del codice civile) tutta la documentazione inerente l'immobile compravenduto (Cass., 26 gennaio 1995, n. 953).

Per altri si tratterebbe invece una mancanza di qualità promessa dell'oggetto (Cass., 20 dicembre 1989, n. 5757).

Secondo il prevalente orientamento dottrinario e giurisprudenziale, nella compravendita di immobili destinati ad abitazione o comunque alla frequentazione dell'uomo, deve ritenersi implicitamente richiesto, come elemento integrativo e caratterizzante della idoneità della cosa compravenduta, il requisito della idoneità di questa ad essere abitata. In tale prospettiva il certificato di abitabilità è stato ritenuto indispensabile ai fini della piena realizzazione della funzione del contratto, sicché la mancanza di esso, in difetto di contraria pattuizione delle parti, potrebbe integrare una ipotesi di consegna di *aliud pro alio* e legittimare, conseguentemente, la richiesta di risoluzione del contratto da parte del compratore.

Il problema ora accennato non ha un valore soltanto teorico, ma si riflette sulla disciplina normativa applicabile. Se si ritiene

trattarsi di mancanza di qualità promessa la conseguenza è che, in applicazione degli articoli 1495 c.c. e 1497 c.c., vi sono da osservare i seguenti termini: otto giorni dalla scoperta del vizio, per la denuncia del medesimo al venditore a pena di decadenza; un anno dalla consegna della cosa ai fini della prescrizione dell'azione in giudizio. Se si segue invece l'opinione maggioritaria non vi sono termini di decadenza e la prescrizione è decennale: ciò risulta assai più favorevole per l'acquirente e forse questa è la ragione per cui questa impostazione tende, in linea di massima, a prevalere.

Se le parti non hanno fissato alcuna clausola pattizia atta a stabilire su quale dei contraenti debba ricadere l'obbligo di curare l'ottenimento del certificato di abitabilità, l'obbligo di consegnare il certificato medesimo esiste in capo al venditore. Le parti, tuttavia, possono anche convenire che sia l'acquirente ad assumere l'impegno di richiedere il certificato ed adoperarsi per conseguirlo.

Quanto alle implicazioni di questa tematica sul comportamento professionale del notaio va detto che, in senso opposto a quanto ritenne una risalente sentenza della Cassazione (23 marzo 1978, n. 1426), tale professionista non possa rifiutarsi di ricevere l'atto di vendita in mancanza del certificato di abitabilità, visto che non si tratta, come detto, di un atto nullo (il nostro ordinamento riconosce al notaio la possibilità di rifiutare legittimamente il suo ministero, infatti, solo in presenza di atti espressamente proibiti dalla legge e cioè qualora la nullità assoluta sia comminata o sia desumibile in modo inequivoco dalla legge).

Né d'altro canto si può ritenere che sussista un obbligo per il notaio di accertare se sia stato o meno rilasciato il certificato di abitabilità relativo all'immobile oggetto di vendita. Non va tuttavia dimenticato, comunque, che il notaio è chiamato anche a svolgere, oltre al suo normale ruolo certificativo, anche una consulenza qualificata a favore dei contraenti, il che gli impone sicuramente un dovere di informazione relativo a tutto ciò che può impedire la piena e corretta produttività di effetti dell'atto. Dovrà, pertanto, informare le parti affinché valutino se rientra nel loro interesse stipulare l'atto anche in presenza di detti vizi.

Per quanto attiene alla posizione del mediatore che eventualmente abbia agevolato la conclusione della compravendita, si

ricorda che a suo carico si può profilare una responsabilità, ai sensi dell'art. 1759 c.c., per mancata informazione dell'acquirente sulla circostanza del difetto del certificato di abitabilità. (Cass., 3 giugno 1993, n. 6219).

#### GIURISPRUDENZA

- La mancanza del certificato di abitabilità dell'appartamento venduto, perché non rispondente alle prescrizioni edilizie, è causa di un deprezzamento del bene commisurabile, qualora il compratore agisca per il risarcimento del danno, alle spese presuntivamente necessarie per il compimento degli adempimenti sufficienti ad ottenere la licenza di abitabilità (Cass. civ., sez. III, 15-5-2003, n. 7529).
- Il risarcimento in forma specifica, secondo il principio generale fissato dall'art. 2058 cod. civ., applicabile anche alle obbligazioni contrattuali, costituisce rimedio alternativo al risarcimento per equivalente pecuniario, sicché il creditore di un'obbligazione da contratto inadempita non può chiedere, a titolo di risarcimento del danno derivato al suo patrimonio dall'inadempimento o dall'inesatto adempimento di essa, congiuntamente sia l'attribuzione della somma in denaro idonea a reintegrare tale patrimonio della diminuzione economica derivatagli dall'inadempimento della prestazione dovuta — nel che consiste il danno —, che l'adempimento diretto della prestazione dovutagli da parte dell'obbligato, volto a rimuovere la causa — e cioè l'inadempimento — della lesione del suo patrimonio, ma deve optare per l'una o l'altra forma di risarcimento (Cass. civ., sez. III, 15-5-2003, n. 7529).
- Nella vendita di immobile destinato ad abitazione, il certificato di abitabilità costituisce requisito giuridico essenziale del bene compravenduto poiché vale a incidere sull'attitudine del bene stesso ad assolvere la sua funzione economico-sociale, assicurandone il legittimo godimento e la commerciabilità. Pertanto, il mancato rilascio della licenza di abitabilità integra inadempimento del venditore per consegna di *aliud pro alio*, adducibile da parte del compratore in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., o come fonte di pretesa risarcitoria per la ridotta commerciabilità del bene, a meno che egli non abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o esonerato comunque il venditore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza (Cass. civ., sez. II, 25-2-2002, n. 2729).
- Il venditore di un bene immobile destinato ad abitazione, in assenza di patti contrari, ha l'obbligo di dotare tale bene della licenza di abitabilità senza della quale esso non acquista la normale attitudine a realizzare la sua funzione economico-sociale, e tale requisito giuridico essenziale ai fini del legittimo godimento e della commerciabilità del bene non può essere sostituito

2  
0  
0  
4

tuito dalla definizione della pratica di condono e da altro, in quanto chi acquista un immobile — salvo che sia reso espressamente edotto della esistenza di qualche problema amministrativo o urbanistico — ha diritto alla consegna di un appartamento in tutto conforme alle leggi, ai regolamenti ed alla concessione edilizia e per il quale sia stata, quindi, rilasciata la licenza di abitabilità; conseguentemente la mancata consegna di tale licenza implica un inadempimento che, sebbene non sia tale da dare necessariamente luogo a risoluzione del contratto, può comunque essere fonte di un danno risarcibile ovvero costituire il fondamento dell'*exceptio* prevista dall'art. 1460 cod. civ., per il solo fatto che si è consegnato un bene che presenta problemi di commerciabilità, essendo irrilevante la circostanza che l'immobile sia stato costruito in conformità delle norme igienico-sanitarie, della disciplina urbanistica e delle prescrizioni della concessione ad edificare, ovvero che sia stato concretamente abitato (Cass. civ., sez. II, 3-7-2000, n. 8880).

- In tema di risarcimento del danno da fatto illecito (come del resto, nella responsabilità contrattuale) compete al danneggiato, in via generale, il risarcimento per equivalente, e, tuttavia, gli è consentito chiedere, con una scelta che spetta solo a lui e non al danneggiante (il quale può — bensì — attivarsi, anche nel corso del processo, per risarcire spontaneamente il danno anche in una forma diversa da quella prescelta dal creditore, ma quest'ultimo può tuttavia legittimamente rifiutare una forma di risarcimento eventualmente diversa da quella da lui richiesta in giudizio), la reintegrazione in forma specifica, qualora essa sia in tutto o in parte possibile e non risulti eccessivamente onerosa per il debitore. Quanto ai poteri d'ufficio del giudice, essi sono previsti, al riguardo, a tutela del danneggiante, dal capoverso dell'art. 2058 cod. civ., ma solo per la ipotesi in cui sia stata richiesta la reintegrazione in forma specifica, e non sono estensibili alla diversa ed ordinaria ipotesi di domanda di risarcimento per equivalente (Cass. civ., sez. III, 25-7-1997, n. 6985).
- Nella vendita di immobili destinati ad abitazione, la licenza di abitabilità è un elemento che caratterizza l'immobile in relazione alla sua capacità di assolvere una determinata funzione economico-sociale e, quindi, di soddisfare i concreti bisogni che hanno indotto l'acquirente ad effettuare l'acquisto. Ne consegue che la sola conoscenza da parte del compratore del mancato rilascio della licenza di abitabilità al momento della stipulazione, non accompagnato da una rinuncia da parte dello stesso al requisito dell'abitabilità, soddisfatto solo da rilascio della relativa licenza o dalla di lui volontà di esonerare comunque il venditore del relativo obbligo, non vale ad escludere l'inadempimento del venditore per consegna di *aliud pro alio* (Cass. civ., sez. II, 14-12-1994, n. 10703).



## Soluzione

A fronte dell'inadempimento del venditore Mevio, per non avere ottemperato all'obbligo di ottenere e, conseguentemente, consegnare il certificato di agibilità ai compratori Tizio, Caio e Sempronio, deve escludersi che questi ultimi possano svolgere domanda giudiziale che abbia per oggetto sia il risarcimento in forma specifica dell'adempimento delle prestazioni contrattuali sia il riconoscimento di una somma di denaro corrispondente alle spese necessarie per perfezionare le pratiche amministrative per ottenere le relative licenze di abitabilità.

**PARERE MOTIVATO**

Il quesito prospettato coinvolge la problematica della vendita di un immobile privo della licenza di abitabilità (o certificato di agibilità), con particolare riferimento alle possibili azioni che competono al compratore in conseguenza del non corretto adempimento degli obblighi facenti capo al venditore.

L'ottenimento e la consegna del certificato di abitabilità da parte del venditore è stato espressamente previsto nell'accordo con apposita pattuizione, sicché non avendo il venditore Mevio adempiuto a tale obbligo, neppure dopo la messa in mora, il suo comportamento integra un inadempimento contrattuale.

Ed infatti la giurisprudenza ha più volte affermato che il certificato di abitabilità è requisito indispensabile ai fini della piena realizzazione della funzione del contratto, sicché la mancanza di esso, in difetto di contraria pattuizione delle parti, potrebbe integrare una ipotesi di consegna di *aliud pro alio* e legittimare, conseguentemente, la richiesta di risoluzione del contratto da parte del compratore.

I compratori Tizio, Caio e Sempronio, tuttavia, non hanno interesse alla risoluzione del contratto e si interrogano sulla possibilità di svolgere domanda giudiziale che abbia per oggetto sia il risarcimento in forma specifica dell'adempimento delle prestazioni contrattuali sia il riconoscimento di una somma di denaro corrispondente alle spese necessarie per perfezionare le pratiche amministrative per ottenere le relative licenze di abitabilità.

La principale questione, oggetto di parere, pertanto, attiene alla cumulabilità della domanda di risarcimento in forma specifica con quella volta ad ottenere il risarcimento per equivalente pecuniario.

2  
0  
0  
4

Secondo un minoritario e risalente indirizzo giurisprudenziale la condanna al risarcimento dei danni in forma specifica non esclude il diritto al risarcimento del danno per equivalente pecuniario, seppur limitatamente al periodo in cui il bene danneggiato sia rimasto pregiudicato nella sua efficienza e godimento.

La giurisprudenza prevalente, invece, afferma che il rimedio di cui all'art. 2058 c.c., applicabile anche alle obbligazioni contrattuali, costituisce rimedio alternativo al risarcimento per equivalente pecuniario perché il creditore non può ottenere contemporaneamente la *datio* in danaro per reintegrare il suo patrimonio della diminuzione economica derivatagli dall'inadempimento della prestazione dovuta e l'adempimento diretto da parte dell'obbligato della prestazione dovutagli, volto a rimuovere la causa, e cioè l'inadempimento, della lesione del suo patrimonio, realizzando perciò il suo interesse (*id quod interest creditoris obligationem adimpleri*). Ed infatti se il risarcimento del danno pecuniario mira a reintegrare il patrimonio del danneggiato della diminuzione economica derivatagli dall'inadempimento della prestazione dovuta, va considerato però che l'ottenimento dell'adempimento diretto della prestazione da parte dell'obbligato comporterebbe il venir meno dell'inadempimento e quindi la rimozione della lesione del patrimonio del danneggiato (e cioè dello stesso danno).

Alla luce di tali considerazioni deve escludersi la possibilità per i compratori Tizio, Caio e Sempronio di cumulare entrambe le domande.

## PARERE SU QUESITO DI DIRITTO CIVILE

### QUESITO N. 107

Tizio si reca da un legale al quale espone quanto segue.  
Egli è detentore, nelle vesti di conduttore di un appartamento ad uso abitativo, il quale confina con il fondo di Caio.  
Caio incaricava Sempronio mediante contratto di appalto dei lavori di escavazione per una profondità di 3 m sotto il livello del suolo del terreno e nella parte di terreno confinante con la casa in cui Caio abitava.  
In conseguenza dei lavori di escavazione una parete dell'appartamento abitato da Tizio crollava e venivano distrutti i mobili che ivi si trovavano determinando danni complessivi di € 8.000.  
Tizio chiede un parere motivato circa la proponibilità di un'azione giudiziaria diretta nei confronti di Caio per il risarcimento dei danni.  
Voglia il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, redigere parere motivato sulle questioni suggerite in traccia, illustrando le problematiche sottese alla fattispecie in esame.

2  
0  
0  
4

#### ISTITUTI RILEVANTI

Per la risoluzione del quesito prospettato appare opportuno soffermarsi sulle disposizioni normative che sono sottese alla fattispecie in esame. In particolare le principali norme che consentono di risolvere la problematica sono: l'art. 1585, secondo comma c.c.; l'art. 840 c.c. e l'art. 2050 c.c.

La prima delle disposizioni citate, rubricata «garanzie per molestie», è norma dettata dal codice civile nell'ambito della disciplina del contratto di locazione.

La locazione è un contratto con il quale una parte (locatore) si obbliga a far godere all'altra (locatario o conduttore) una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato

corrispettivo (art. 1571 c.c.). Trattasi di un contratto consensuale ad effetti obbligatori, oneroso, a prestazioni corrispettive, di durata, non solenne (essendo la forma scritta richiesta solo nel caso in cui l'oggetto del contratto consista in un bene immobile locato per una durata superiore ai nove anni).

Le obbligazioni principali del conduttore sono: prendere in consegna la cosa ed osservare la diligenza del buon padre di famiglia nel servirsene; restituire al termine del contratto la cosa al locatore nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, salvo il deterioramento dovuto a vetustà o a consumo; pagare il canone nei termini convenuti.

Le obbligazioni principali del locatore, invece, sono: consegnare al conduttore la cosa locata in buono stato di manutenzione; mantenerla in stato da servire all'uso convenuto, dovendo eseguire tutte le riparazioni necessarie, salvo quelle di piccola manutenzione; garantirne il pacifico godimento durante la locazione.

L'art. 1585 si raccorda alle obbligazioni del locatore ed, in particolare, a quella di garantire il pacifico godimento della *res* durante la locazione.

Il locatore, infatti, è tenuto a garantire il conduttore dalle molestie arrecate da terzi che pretendono di avere diritti sulla cosa medesima (1585, primo comma, c.c.).

Il primo comma dell'art. 1585 c.c. prende in considerazione le cd. molestie di diritto, il cui obbligo di garanzia mira ad evitare che i diritti pretesi da terzi, in via giudiziale o stragiudiziale, finiscano per limitare, impedire o precludere il godimento così come convenuto nel contratto di locazione.

Il secondo comma, invece, si riferisce alle cd. molestie di fatto, ovvero comportamenti illegittimi posti in essere da soggetti estranei al rapporto di locazione. In tali casi il conduttore non è garantito dal locatore ma può agire direttamente, in nome proprio, contro il terzo molestante.

La seconda disposizione normativa rilevante è l'art. 840 c.c. dettata nell'ambito della disciplina della proprietà fondiaria. La norma riconosce al proprietario del suolo il diritto di effettuare escavazioni ed opere nel sottosuolo purché non arrechino danno al vicino.

Secondo la interpretazione prevalente la mancata previsione di sanzioni per l'inosservanza dell'art. 840 c.c. trova giustifica-

zione nel fatto che la norma implicitamente si richiama all'art. 2043 c.c., che pone a fondamento della responsabilità per fatto illecito extracontrattuale un comportamento doloso o colposo dell'autore del danno.

Da ciò consegue che il proprietario del suolo, nel procedere ad escavazioni, esercita un suo diritto derivantegli da esplicita norma di legge e pertanto di ciò non può dolersi il vicino, se però nell'esercizio di tale diritto il detto proprietario non adotta le opportune cautele, atte ad evitare i danni, incorre in colpa ed è responsabile per tali danni.

La giurisprudenza ha altresì precisato che il proprietario che fa eseguire sul suo fondo opere o escavazioni risponde direttamente, ai sensi degli artt. 840 e 2043 c.c., del danno che a causa di esse sia derivato al fondo confinante, anche se l'esecuzione dei lavori sia stata data in appalto, giacché la colpa dell'appaltatore dà luogo ad una responsabilità dello stesso appaltatore verso i terzi, che si aggiunge, ma non elimina o diminuisce quella del proprietario.

Di recente la giurisprudenza ha diversamente qualificato il titolo della responsabilità del proprietario, attraverso il richiamo all'art. 2050 c.c.

Ed infatti, costituiscono attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c. non solo le attività che tali sono qualificate dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, ma anche le diverse attività che comportino la rilevante probabilità del verificarsi del danno, per la loro stessa natura e per le caratteristiche dei mezzi usati. Ne consegue che l'attività edilizia, massimamente quando comporti rilevanti opere di trasformazione o di spostamento di masse terrose e scavi profondi, non può non essere considerata attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c.

La principale questione che si pone in ordine all'art. 2050 c.c. riguarda il suo inquadramento dogmatico, ed in particolare si discute se si tratti di una ipotesi di responsabilità oggettiva, o se, invece, ponga soltanto una presunzione di colpa.

Se si ritiene che la fattispecie configuri una ipotesi di responsabilità oggettiva, il danneggiato dovrà semplicemente dimostrare il danno subito e il nesso di causalità con il comportamento del danneggiante; la colpa non sarebbe un elemento della fattispecie né come elemento positivo che il danneggiato debba dimostrare

secondo il modello dell'art. 2043, ma neanche come elemento negativo, poiché la clausola generale di esonero della responsabilità in capo al danneggiante non riguarderebbe la mancanza di colpa, ma l'assenza del nesso di causalità.

Secondo altra impostazione, invece, la prova negativa, pur incombente sul danneggiante, al preordinato fine di esonerarsi della responsabilità, sarebbe comunque la mancanza di colpa. Dunque l'art. 2050 c.c. non sarebbe una ipotesi di responsabilità oggettiva ma una responsabilità soggettiva semplicemente aggravata, in quanto comporta soltanto una inversione dell'onere probatorio.

#### GIURISPRUDENZA

- Si deve riconoscere in capo al conduttore il diritto alla tutela risarcitoria nei confronti del terzo che con il suo comportamento gli arrechi danno nell'uso e nel godimento della res locata; in particolare, qualora a carico dell'appartamento locato si verifichi una infiltrazione d'acqua da un appartamento sovrastante il conduttore, *ex art. 1585*, secondo comma, c.c., gode di una autonoma legittimazione per proporre azione di responsabilità nei confronti dell'autore del danno (Cass. civ., sez. III, 20-8-2003).
- Costituiscono attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 cod. civ. non solo le attività che tali sono qualificate dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, ma anche le diverse attività che comportino la rilevante probabilità del verificarsi del danno, per la loro stessa natura e per le caratteristiche dei mezzi usati, non solo nel caso di danno che sia conseguenza di un'azione, ma anche nell'ipotesi di danno derivato da omissione di cautele che in concreto sarebbe stato necessario adottare in relazione alla natura dell'attività esercitata alla stregua delle norme di comune diligenza e prudenza; ne consegue che l'attività edilizia, massimamente quando comporti rilevanti opere di trasformazione o di rivolgimento o di spostamento di masse terrose e scavi profondi ed interessanti vaste aree, non può non essere considerata attività pericolosa ai fini indicati da detta norma (Cass. civ., sez. III, 10-2-2003, n. 1954).
- Il proprietario di un immobile non cessa di averne la materiale disponibilità per averne pattuito, in appalto, la ristrutturazione, e pertanto, salvo che provi il totale affidamento di esso all'appaltatore, è responsabile, ai sensi dell'art. 2051 cod. civ. perché custode del bene, dei danni derivati ad un terzo, avendo l'obbligo, al fine di impedire che essi si verifichino, di controllare e vigilare l'esecuzione dei relativi lavori (Cass. civ., sez. III, 30-3-1999, n. 3041).

- In tema di appalto è di regola l'appaltatore che risponde dei danni provocati a terzi ed eventualmente anche dell'inosservanza della legge penale durante l'esecuzione del contratto, attesa l'autonomia con cui egli svolge la sua attività nell'esecuzione dell'opera o del servizio appaltato, organizzandone i mezzi necessari, curandone le modalità ed obbligandosi a fornire alla controparte l'opera o il servizio cui si era obbligato, mentre il controllo e la sorveglianza del committente si limitano all'accertamento e alla verifica della corrispondenza dell'opera o del servizio affidato all'appaltatore con quanto costituisce l'oggetto del contratto. In tale contesto, pertanto, una responsabilità del committente nei riguardi dei terzi risulta configurabile solo allorquando si dimostri che il fatto lesivo sia stato commesso dall'appaltatore in esecuzione di un ordine impartitogli dal direttore dei lavori o da altro rappresentante del committente stesso — tanto che l'appaltatore finisca per agire quale *nudus minister* privo dell'autonomia che normalmente gli compete — o allorquando risultino presenti gli estremi della *culpa in eligendo*, il che si verifica se il compimento dell'opera o del servizio sono stati affidati ad un'impresa appaltatrice priva della capacità e dei mezzi tecnici indispensabili per eseguire la prestazione oggetto del contratto senza che si determinino situazioni di pericolo per i terzi. Tali principi valgono anche in materia di subappalto perché il subcommittente risponde nei confronti dei terzi in luogo del subappaltatore solo nel caso in cui — esorbitando dalla mera sorveglianza sull'opera oggetto del contratto ai fini di pervenire alla corrispondenza tra quanto pattuito e quanto viene ad eseguirsi — abbia esercitato una ingerenza sull'attività di quest'ultimo così penetrante da ridurlo al ruolo di mero esecutore. (Fattispecie relativa ad un infortunio sul lavoro con esito letale occorso ad un dipendente di una società subappaltatrice delle opere di saldatura relative all'assemblaggio della copertura del locale palazzetto dello sport) (Cass. civ., sez. Lavoro, 23-3-1999, n. 2745).
- La discrezionalità e l'insindacabilità, da parte del giudice ordinario dei criteri, dei tempi e dei mezzi con i quali la pubblica amministrazione provvede alla costruzione, all'esercizio e alla manutenzione delle opere pubbliche trovano un limite di carattere esterno nel principio del «neminem ledere» che comporta per la stessa amministrazione l'osservanza delle specifiche norme tecniche e delle comuni regole di prudenza e diligenza a garanzia dei terzi. Pertanto in ipotesi di dedotta inosservanza delle regole suddette nella manutenzione di una condotta di acque pubbliche utilizzate per l'irrigazione di fondi agricoli, sussiste la legittimazione del conduttore di tali fondi all'azione risarcitoria nei confronti dell'amministrazione per i danni conseguenti all'interruzione del flusso idrico, non rilevando in contrario che egli non abbia la qualità di proprietario del fondo né la titolarità della concessione di derivazione dell'acqua, giacché, quale conduttore, gli è riconosciuta la facoltà di agire direttamente contro il terzo che illecitamente ostacoli il godimento del bene concessogli in affitto (Cass. civ., sez. Unite, 23-4-1997, n. 3567).

- Il proprietario di un fondo che faccia eseguire in questo escavazioni o opere risponde direttamente in quanto proprietario a mente dell'art. 840 comma primo cod. civ. dei danni causati ai vicini dalle opere da lui intraprese anche se abbia commesso i relativi lavori in appalto (Cass. civ., sez. II, 15-7-1997, n. 6473).
- Si ha molestia di fatto — contro la quale il locatore non è tenuto a garantire il conduttore, ai sensi del secondo comma dell'art. 1585 cod. civ. — qualora il pregiudizio al conduttore medesimo derivi da un atto illecito aquiliano del terzo, senza che venga posto in questione, né direttamente né indirettamente, il diritto del conduttore stesso al godimento della cosa locata. (Nella specie, il conduttore di un immobile aveva chiesto la condanna del proprietario del fondo limitrofo a provvedere alla potatura della siepe di cipressi a confine, onde impedire la riduzione di luce ed aria che la crescita incontrollata delle piante aveva provocato nel proprio giardino. La sentenza impugnata, avendo qualificato quella proposta come azione di manutenzione del possesso, gli aveva negato la legittimazione nella sua qualità di mero conduttore dell'immobile. La S.C., in applicazione del principio di diritto di cui alla massima, ha cassato la predetta sentenza) (Cass. civ., sez. II, 26-1-1995, n. 939).
- Il proprietario che fa eseguire sul suo fondo opere di escavazione, risponde direttamente del danno che a causa di essi sia derivato al fondo confinante, anche se la esecuzione dei lavori sia stata data in appalto, e dunque indipendentemente dal suo diritto ad ottenere la rivalsa nei confronti dell'appaltatore la cui responsabilità nei confronti dei terzi danneggiati può eventualmente aggiungersi alla sua ma non sostituirla od eliminarla (Cass. civ., sez. III, 14-6-1990, n. 5809).

#### Soluzione

Il locatario Tizio è autonomamente legittimato ad agire in nome proprio per ottenere il risarcimento dei danni subiti dal bene oggetto del contratto di locazione. È altresì legittimato a proporre la stessa azione giudiziaria, per il risarcimento dei danni, nei confronti del proprietario Caio, atteso che non osta a tale conclusione, la circostanza che la esecuzione dei lavori sia stata data in appalto.

**PARERE MOTIVATO** La questione oggetto di parere sottende due diverse problematiche.

La prima riguarda la possibilità per il locatario di un immobile (Tizio) di agire direttamente a tutela dei danni subiti dal bene oggetto del contratto di locazione.

Con riferimento a tale questione la risposta pare essere positiva: il conduttore Tizio, infatti, è autonomamente legittimato ad



agire in nome proprio tanto con riferimento ai danni lamentati al mobilio, quanto con riferimento a quelli relativi alla *res* locata (crollo della parete). Precisamente se appare indubitabile che per i danni al mobilio di sua proprietà il conduttore possa agire direttamente contro l'autore dell'illecito, altrettanto sembra potersi dire con riferimento ai danni subiti dalla cosa locata, atteso che l'art. 1585, comma secondo, c.c. prevede che il conduttore a fronte delle cd. molestie di fatto è autonomamente legittimato a proporre azione di responsabilità nei confronti dell'autore del danno.

Tali sono, del resto, le conclusioni raggiunte da consolidata giurisprudenza anche recente (Cass. civ., sez. III, 20-8-2003; Cass. civ., sez. Unite, 23-4-1997, n. 3567).

La seconda problematica concerne la possibilità per lo stesso conduttore Tizio di agire direttamente nei confronti del committente-proprietario (Caio).

Anche in relazione a tale profilo, la giurisprudenza prevalente risponde positivamente, tuttavia si registrano diversi indirizzi interpretativi in ordine al titolo della relativa responsabilità.

Un primo orientamento ritiene configurabile in capo al committente-proprietario una responsabilità per attività pericolosa ex art. 2050 c.c., atteso che si possono definire pericolose non solo quelle attività così qualificate dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, ma anche le diverse attività che comportino la rilevante probabilità del verificarsi del danno, per la loro stessa natura e per le caratteristiche dei mezzi usati, non solo nel caso di danno che sia conseguenza di un'azione, ma anche nell'ipotesi di danno derivato da omissione di cautele che in concreto sarebbe stato necessario adottare in relazione alla natura dell'attività esercitata alla stregua delle norme di comune diligenza e prudenza.

Ne consegue che i lavori di escavazione sono considerati attività pericolosa ed il proprietario Caio ne risponde nonostante abbia affidato in appalto la relativa attività.

Secondo diversa impostazione la responsabilità diretta di Caio, nella sua qualità di proprietario del fondo confinante trova fondamento negli artt. 840 c.c e 2043 c.c. indipendentemente dalla circostanza che la esecuzione dei lavori fosse stata data in appalto.

La responsabilità in tal caso, infatti, grava sul proprietario in quanto tale e non in quanto committente, e l'esistenza del contratto di appalto può consentirgli al più una eventuale rivalsa nei confronti dell'appaltatore.

Altro indirizzo interpretativo fonda la responsabilità del committente-proprietario sull'art. 2051 c.c., in quanto custode del bene, avendo egli l'obbligo, al fine di evitare i danni, di controllare e vigilare l'esecuzione dei lavori.

Infine si registra anche un'altra impostazione che si fonda sulla eventuale *culpa in eligendo* del committente, il quale potrebbe considerarsi responsabile nel caso in cui il compimento dell'opera o del servizio fossero stati affidati ad un'impresa appaltatrice priva della capacità e dei mezzi tecnici indispensabili per eseguire la prestazione oggetto del contratto.

Ne consegue che alla luce delle considerazioni svolte Tizio può proporre un'azione giudiziaria diretta nei confronti di Caio per il risarcimento dei danni. Se la responsabilità di Caio trova fondamento nell'art. 2043, il danneggiato Tizio dovrà provare, oltre il danno subito ed il nesso di causalità, anche la colpa del proprietario; se invece si applica l'art. 2050 c.c. l'onere probatorio incomberà sul proprietario danneggiante.

## PARERE SU QUESITO DI DIRITTO PENALE

### QUESITO N. 108

Tizio partecipava ad una rapina in una gioielleria in concorso con Caio e Sempronio questi ultimi entrambi armati

Nel corso della rapina di fronte alla reazione armata del marito della titolare, in quel momento addetto alla gioielleria, Caio esplose alcuni colpi di arma da fuoco che attingevano mortalmente l'uomo.

A seguito delle indagini effettuate nell'immediatezza del fatto veniva tratto in arresto Caio il quale rendeva dichiarazioni pienamente confessorie e rivelava i nomi dei complici. In particolare Caio riferiva che essi, anche se avevano accertato, mediante sopralluoghi, che all'interno della gioielleria si sarebbe dovuta trovare, come sempre, una donna, che non avrebbe opposto resistenza, poco prima della rapina avevano constatato che all'interno del negozio vi era, invece, un uomo; precisava poi che, dopo essersi riuniti, avevano deciso di eseguire ugualmente il colpo secondo i piani prestabiliti e che tutti erano a conoscenza del fatto che la rapina sarebbe stata commessa con utilizzo di due armi da sparo.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, premessa la trattazione della tematica sul rapporto tra concorso diretto e concorso anomalo, rediga parere motivato soffermandosi sulle problematiche sottese al caso in esame.

2  
0  
0  
4

#### ISTITUTI RILEVANTI

La soluzione del problema prospettato rende necessaria la trattazione della *responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto* (art. 116, cd. concorso anomalo).

In proposito bisogna precisare che:

1. si ha «reato diverso» quando si offende un *interesse di specie diversa* anche se dello stesso genere, categoria, classe di quello voluto, avente cioè un differente titolo criminoso e caratterizzato da un diverso evento.

Se, anziché di un diverso titolo criminoso, si tratta di reato solo quantitativamente diverso per la presenza di particolari circostanze, allora si applica l'art. 118 (così PANNAIN, BETTIOL).

L'art. 116 riguarda il concorrente che volle una cosa oggettivamente diversa da quella realizzata, diversamente dall'art. 117 che si riferisce a due *fatti obiettivamente uguali*, il cui titolo di reato, tuttavia, si differenzia per effetto di condizioni o qualità personali (così PANNAIN);

2. la disciplina positiva è prevista dal codice all'art. 116 per il quale «*qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione.*

*Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave.*

Per effetto della disposizione di cui all'art. 116, pertanto, il concorrente risponde del reato diverso da quello da lui voluto quando:

- ha *materialmente partecipato*, con la propria condotta, al reato;
- *ha voluto, nella situazione di concorso*, un reato diverso.

Si noti, a tal proposito, che la dottrina prevalente ritiene applicabile l'art. 116 anche quando si realizzino entrambi i reati: quello oggetto dell'accordo e quello diverso;

- il reato diverso «*è conseguenza della sua azione od omissione*». Ma quando può dirsi che tale reato è conseguenza della sua azione od omissione?

Secondo ANTOLISEI, quando esso non è dovuto al concorso di fattori del tutto eccezionali.

Secondo gran parte della dottrina (PAGLIARO, BATTAGLINI, DE MARSICO) e la giurisprudenza, occorre anche un *rapporto di causalità psicologica*, nel senso che il reato diverso da quello voluto deve essere *prevedibile* dall'agente, presentandosi come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto;

3. per quanto attiene alle varie teorie sul titolo della responsabilità, è opportuno riportare le opinioni prevalenti in dottrina e giurisprudenza.

Secondo ANTOLISEI e BETTIOL, l'art. 116 rappresenta un caso di *responsabilità oggettiva*. PISAPIA ritiene la norma in esame rigorosa applicazione del noto brocardo «*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*».

Contro questa concezione, però, si è schierata la stessa Corte Costituzionale, la quale, nella sentenza n. 42 del 1965, facendo leva sul requisito della prevedibilità del reato diverso, afferma che anche l'art. 116 richiede «*la necessaria presenza di un coefficiente di colpevolezza*».

Altra dottrina (LATAGLIATA) parla di *responsabilità a titolo di dolo*, in quanto il commesso reato diverso è il logico sviluppo dell'impresa criminosa ed è stato oggetto di *preventiva accettazione* da parte di tutti i concorrenti.

Nel volontario affidarsi del *singolo concorrente alla volontà* di colui che eseguirà materialmente il reato è (LATAGLIATA) intrinseco il significato di una preventiva accettazione dell'opera dell'esecutore così come in concreto verrà ad atteggiarsi per il conseguimento di quel fine da tutti perseguito.

Proprio sulla base di tale affidamento imprudente, la Cassazione ha sostenuto che l'art. 116 c.p. non configura una ipotesi di responsabilità oggettiva, bensì una responsabilità a titolo di dolo rispetto alla condotta ed a titolo di colpa rispetto all'evento diverso da quello voluto.

Non basta però che il partecipe abbia voluto genericamente un reato qualsiasi, occorre invece che il «*reato diverso*» realizzato dall'esecutore costituisca una modalità sottintesa nel piano d'azione concertato dai concorrenti e stia, quindi, in una *relazione di strumentalità* o di consequenzialità nei confronti del fine criminoso perseguito dai compartecipi, rappresentandone uno sviluppo logico e prevedibile.

La Cassazione richiede, per l'applicabilità dell'art. 116 c.p., l'esistenza di un *nesso psichico tra la condotta del compartecipe*, che ha voluto solo il reato meno grave concordato, e *l'evento più grave cagionato da altro concorrente*. Tale nesso psichico non consiste nell'intenzionalità e nella volizione dell'evento più grave, essendo sufficiente che il reato diverso e più grave rispetto a quello concordato commesso da uno dei concorrenti si rappresenti nella psiche degli altri, nell'ordinato e con-

catenato svolgersi dei comportamenti umani, come uno **sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto** (cd. *prevedibilità in astratto*). Da ciò deriva che la responsabilità del partecipante, *ex art. 116 c.p.*, può essere esclusa solo quando il reato diverso e più grave si presenti come un evento atipico, oppure quando si verifichi un rapporto di mera occasionalità, idoneo ad escludere il nesso causale.

Secondo la Corte di Cassazione, dunque, il rapporto di causalità psichica deve avere, al momento dell'adesione al reato concordato, i caratteri della *tipicità*, della *prevedibilità* e della *rap-presentabilità*.

Il ricorso al *criterio della prevedibilità logica ed astratta* fa divenire irrilevante l'atteggiamento dell'agente che, prospettandosi la facilità dell'impresa delittuosa concordata, ha ritenuto di escludere l'insorgenza di complicazioni relative al passaggio da una fattispecie di reato ad altra più grave, qualora le modalità concordate siano tali da rendere prevedibile e tutt'altro che eccezionale un trasmodare della condotta concordata.

Parte della dottrina (PAGLIARO, FLICK) e alcuni giudici di merito, nonché un più recente orientamento della stessa giurisprudenza di legittimità, hanno invece affermato che la *prevedibilità* deve essere analizzata *in concreto*, nel senso cioè che bisogna tenere presenti tutte le circostanze che accompagnano nel singolo caso la condotta per poter giudicare se la commissione di un reato diverso fosse prevedibile o meno.

Parte della dottrina (MANTOVANI) parla di «responsabilità anomala», in quanto il concorrente risponde di un reato doloso sulla base di un atteggiamento colposo;

4. la fattispecie disciplinata e prevista dall'art. 116 c.p. si differenzia sia dall'*aberratio ictus* sia dal delitto *preterintenzionale*.

Secondo LATAGLIATA, l'art. 116:

— né esclude l'applicabilità, nel caso di concorso di persone, delle regole dell'*aberratio delicti* (esempio: due persone si accordano per rompere la vetrina di un negozio, ma l'esecutore nel lanciare una pietra colpisce un passante e lo ferisce; entrambi i concorrenti rispondono, in applicazione dell'art. 83, di lesioni personali colpose);

- né esclude l'applicabilità del *delitto preterintenzionale* (esempio: un prepotente dà incarico ad un sicario di percuotere un individuo che gli rifiuta obbedienza, ma l'esecutore, pur mantenendosi nei limiti del mandato, cagiona involontariamente la morte della vittima che è gravemente malata di cuore; entrambi i concorrenti rispondono di compartecipazione nell'omicidio preterintenzionale, senza che si debba far ricorso all'art. 116).

Questo significa che l'art. 116 *non si riferisce alle stesse ipotesi dell'aberratio delicti e della preterintenzione*, nonostante la innegabile corrispondenza dal punto di vista della causalità oggettiva;

5. in conclusione, perché possa operare l'art. 116, occorre:

- che il «reato diverso» venga commesso da uno dei concorrenti per un'esigenza di realizzazione del proposito criminoso collettivo; cioè vi deve essere una *relazione teleologica con l'azione* che tutti i compartecipi avevano voluto;
- inoltre, occorre, nel comportamento del concorrente, un *particolare atteggiamento psicologico* che abbia la rilevanza normativa del *dolo*; più precisamente necessita un rapporto di causalità psichica, un rapporto di concreta e logica prevedibilità.

Quando il reato più grave rappresenta una conseguenza prevedibile del reato che i soggetti si erano proposti di compiere (il furto che si trasforma in rapina) tutti i compartecipi risponderanno del reato più grave, anche se quelli che vollero il reato meno grave otterranno una diminuzione di pena (art. 116, 2° comma).

Si tenga comunque presente che, secondo i principi generali, se il soggetto ha accettato la possibilità del verificarsi del reato diverso, egli allora risponde dell'evento a norma dell'art. 110 e non dell'art. 116 c.p. (così anche LATAGLIATA). E nell'art. 110 rientra anche la volontaria accettazione dell'evento che sia solo probabile. È il caso cioè del dolo eventuale e del dolo alternativo.

**GIURISPRUDENZA**

Sulla definizione del concetto di concorso di persone di cui all'art.110 c.p. si segnalano alcune sentenze della Corte di Cassazione:

- a) Il concorso di persone nel reato (art. 110 cod. pen.) **ricorre**, nelle sue componenti di contributo materiale o morale e di cosciente e volontaria partecipazione, **ogni volta che il contributo di ciascun partecipe sia tale da costituire il supporto necessario alla realizzazione criminosa**, conosciuto ed apprezzato dall'autore del reato, sicché ciascuno dei partecipi sia consapevole della situazione di fatto in cui opera e voglia contribuire, per la propria parte e nel ruolo che svolge, alla realizzazione dell'evento anti giuridico. — Sez. 6 sent. 9818 del 20-9-91 (ud. 29-1-91) rv. 188393.
- b) Ai fini della configurazione del concorso di persone nel reato, **è necessario e sufficiente che taluno partecipi all'altrui attività criminosa** anche con la semplice volontà di adesione, estrinsecandosi nel caldeggiare e rafforzare il proposito delittuoso altrui, potendosi il concorso concretizzare in atteggiamenti ed in comportamenti che costituiscano, comunque, contributi causali alla realizzazione dell'evento, anche con la semplice presenza sul luogo del delitto, sia essa attiva o semplicemente passiva. — Sez. 1 sent. 8389 del 24-7-92 (ud. 7-7-92) rv. 191452.
- c) In tema di concorso di persone nel reato, la volontà di concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo o, comunque, la reciproca consapevolezza del concorso altrui, essendo sufficiente che la coscienza del contributo fornito all'altrui condotta esista unilateralmente, con la conseguenza che essa può indifferentemente manifestarsi o come previo concerto o come intesa istantanea ovvero come semplice adesione all'opera di un altro che rimane ignaro. — **Sez. Un.** sent. 31 del 3-5-2001 (ud. 22-11-2000) rv. 218525.

La Suprema Corte, con le seguenti decisioni, si è pronunciata sia in relazione ai rapporti tra concorso diretto e concorso anomalo che in relazione al concetto di prevedibilità dell'evento diverso:

- d) In tema di concorso di persone nel reato, per la sussistenza del così detto concorso anomalo (art. 116 cod. pen.), è necessaria, da un lato, **la adesione psichica del soggetto alla commissione di un reato meno grave**, dall'altro, **la effettiva realizzazione** — da parte di altro concorrente — **di un diverso e più grave reato** ed, infine, **la esistenza di un nesso psicologico, in termini di prevedibilità, tra la condotta del soggetto che intendeva compiere il reato meno grave e l'evento diverso e più grave, che, in concreto, ebbe a verificarsi**. Per la sussistenza di tale terzo requisito, non basta il mero nesso di causalità materiale, ma è necessario che il reato diverso e più grave, commesso dal concorrente, possa rappresentarsi nella mente dell'agente come uno sviluppo, logicamente prevedibile, di quello voluto. (Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto la configurabilità, a titolo di



concorso ai sensi dell'art 116 cod. pen., nel comportamento di tre soggetti che, armati di bastoni e «bloccasterzi», presero parte ad una «spedizione punitiva», nel corso della quale, uno di essi, estratta una pistola, esplose un colpo che uccise la vittima). (V. Corte cost. sentenza n. 42 del 31 maggio 1965). — Sez. 1 sent. 3465 del 17-3-99 (ud. 19-1-99) rv. 212870.

- e) Per la configurazione del concorso di persone nel reato non è richiesto il cosiddetto previo concerto, essendo sufficiente anche un'intesa spontanea che intervenga nel corso dell'esecuzione del reato, ovviamente a condizione che l'atto riferibile all'iniziativa dell'autore principale, e addebitato al correo a titolo di concorso pieno, rappresenti una naturale conseguenza evolutiva degli atti posti in essere in precedenza di comune accordo. **Ne consegue** che se, nel momento in cui uno dei correi, per assicurare a sé e agli altri partecipi il prodotto, il profitto e l'impunità del reato in precedenza commesso, trasmoda nell'uso di una violenza in precedenza programmata con previsione dell'uso delle armi, e si serve di queste ultime per uccidere, **il risultato dell'azione individuale non può che essere riferito anche ai correi a titolo di concorso pieno, e non già a titolo di concorso anomalo.** — Sez. 1 sent. 9482 del 10-9-92 (ud. 1-7-92) rv. 191728.
- f) In tema di concorso di persone nel reato, l'applicabilità della norma di cui all'art. 116 cod. pen. — che prevede il concorso «anomalo» — è soggetta a due limiti negativi. Il primo di essi è costituito dall'accertamento che l'evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo indiretto (indeterminato, alternativo od eventuale) e, perciò, che il reato più grave non sia stato in effetti già considerato come possibile conseguenza ulteriore o diversa della condotta criminosa concordata e, nonostante la previsione, non sia stato egualmente accettato il rischio del suo verificarsi, così preventivamente approvato. In tale situazione, infatti, sussiste la responsabilità concorsuale nella ipotesi piena e non attenuata, ai sensi dell'art. 110 cod. pen. Il secondo limite è costituito dall'accertamento circa la non atipicità dell'evento diverso e più grave rispetto a quello concordato, sì che l'evento realizzato non sia conseguenza di circostanze eccezionali, imprevedibili e non ricollegabili all'azione criminosa, talché ne risulti spezzato il nesso di causalità. — Sez. 6 sent. 11352 del 10-11-94 (ud. 4-7-94) rv. 199365.

Da ultimo appare opportuno segnalare l'orientamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità sul criterio di imputazione del concorso ex art.116:

- g) Nella responsabilità concorsuale di cui all'art. 116 cod. pen. il soggetto che non volle il reato diverso e più grave, pur non avendolo previsto e anzi ritenuto evitabile, **risponde comunque di un reato doloso** — sempre che esso non venga a configurarsi come evento atipico, cagionato da circostanze eccezionali e del tutto imprevedibili, che spezzino il rapporto di causalità tra la condotta e la volizione del concorrente — **sulla base di un atteggiamento qualificabile come colposo**, consistente appunto nell'essersi affidato, per realizzare l'altra condotta dolosamente prevista e voluta, an-

che all'attività di altri, che può non essere suscettibile di controllo. — Sez. 1 sent. 9323 del 12-8-98 (ud. 15-6-98) rv. 211284.

- h) Per il carattere unitario del reato concorsuale, l'elemento psicologico che anima la condotta dell'autore materiale di esso si comunica al correo ai sensi dell'art. 110 cod. pen., a meno che non risulti dimostrato un accordo criminoso diretto alla perpetrazione di un reato diverso e meno grave di quello realizzato. In quest'ultima ipotesi **occorre distinguere fra dolo indiretto**, il quale postula comunque la effettiva previsione ed accettazione anche di un evento diverso da quello in origine voluto e pattuito con il compartecipe; **dolo eventuale** che, mirando a realizzare un determinato evento criminoso, prevede la possibilità che dalla condotta derivi un risultato diverso, il rischio del cui verificarsi accetta, comportandosi il correo anche a costo di determinarlo, **e concorso anomalo ex art. 116 cod. pen.**, caratterizzato dal fatto che in luogo della effettiva previsione v'è solo una mera prevedibilità dell'evento più grave, valutata alla stregua delle concrete circostanze, secondo la logica e la scienza dell'uomo medio. — Sez. 1 sent. 3617 del 14-3-90 (ud. 13-2-90) rv. 183698.

#### Soluzione

Tizio dovrà ritenersi responsabile dell'evento omicidiario a titolo di concorso diretto ex art. 110 c.p., in quanto dalle dichiarazioni di Caio, emergono elementi concreti tali da far ritenere che la morte del gioielliere, date le circostanze di fatto, non ha costituito un accadimento eccezionale ed imprevedibile, ma un ordinario e possibile sviluppo degli eventi e, come tale, esso sarà riconducibile a Tizio a titolo di dolo eventuale.

#### PARERE MOTIVATO

Per giungere ad un corretto inquadramento giuridico della fattispecie prospettata non può prescindersi da una analisi del rapporto tra l'istituto del concorso di persone nel reato disciplinato dall'art. 110 c.p. e l'istituto del cd. concorso anomalo tipizzato, invece, dall'art. 116 c.p.

Più precisamente il concorso diretto consiste nel porre in essere una condotta, che può estrinsecarsi in un contributo sia di carattere materiale che di carattere psicologico (cd. concorso morale), diretta alla realizzazione di un evento voluto da parte di tutti i correi.

Naturalmente per aversi un concorso nel reato è necessario che i diversi soggetti abbiano la consapevolezza e la coscienza di partecipare con altri alla perpetrazione di un crimine: ciò com-

porta che i compartecipi abbiano precisa conoscenza del reato o dei reati che intendono commettere e delle condotte che hanno posto, o porranno, in essere verso l'identico risultato da tutti perseguito (Cass. I, 9-2-1987).

Tuttavia, va precisato che la volontà di concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo o, comunque, la reciproca consapevolezza del concorso altrui, essendo sufficiente che la coscienza del contributo fornito all'altrui condotta esista unilateralmente, con la conseguenza che essa può indifferentemente manifestarsi o come previo concerto o come intesa istantanea ovvero come semplice adesione all'opera di un altro che rimane ignaro (Sez. Un. sent. 31 del 3-5-2001).

Il concorso anomalo, viceversa, è previsto dall'art. 116 c.p. il quale prevede che, qualora venga commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponderà, laddove l'evento sia conseguenza della sua azione od omissione.

La giurisprudenza di legittimità ha specificato che per la sussistenza del concorso anomalo, è necessaria, da un lato, la adesione psichica del soggetto alla commissione di un reato meno grave, dall'altro, la effettiva realizzazione — da parte di altro concorrente — di un diverso e più grave reato ed, infine, la esistenza di un nesso psicologico, in termini di prevedibilità, tra la condotta del soggetto che intendeva compiere il reato meno grave e l'evento diverso e più grave, che, in concreto, ebbe a verificarsi. Per la sussistenza di tale terzo requisito, non basta il mero nesso di causalità materiale, ma è necessario che il reato diverso e più grave, commesso dal concorrente, possa rappresentarsi nella mente dell'agente come uno sviluppo, logicamente prevedibile, di quello voluto (Sez. 1, sent. 3465 del 17-3-99).

Sul problema della prevedibilità la stessa Suprema Corte ha recentemente affermato (Cass., sez. I, 03-04-2003 (12-03-2003), n. 15678) che il concorso anomalo previsto dall'art. 116 cod. pen. ricorre nel caso in cui l'evento diverso sia rimasto nella sfera della prevedibilità, mentre ricorre la fattispecie di cui all'art. 110 stesso codice allorché detto evento sia stato in concreto previsto e accettato come rischio, dato che in quest'ultima ipotesi il coreo ha agito con dolo eventuale ed è, perciò, configurabile piena responsabilità concorsuale.

Sul punto è molto significativa, nonostante sia più risalente, anche un'altra massima della Cassazione che nel delineare i rapporti tra l'art.110 e l'art.116 ha affermato che per il carattere unitario del reato concorsuale, l'elemento psicologico che anima la condotta dell'autore materiale di esso si comunica al correo ai sensi dell'art. 110 cod. pen., a meno che non risulti dimostrato un accordo criminoso diretto alla perpetrazione di un reato diverso e meno grave di quello realizzato.

In quest'ultima ipotesi occorre distinguere fra *dolo indiretto*, il quale postula comunque la effettiva previsione ed accettazione anche di un evento diverso da quello in origine voluto e pattuito con il compartecipe; *dolo eventuale* che, mirando a realizzare un determinato evento criminoso, prevede la possibilità che dalla condotta derivi un risultato diverso, il rischio del cui verificarsi accetta, comportandosi il correo anche a costo di determinarlo, e *concorso anomalo ex art. 116 cod. pen.*, caratterizzato dal fatto che in luogo della effettiva previsione v'è solo una mera prevedibilità dell'evento più grave, valutata alla stregua delle concrete circostanze, secondo la logica e la scienza dell'uomo medio (Sez. 1, sent. 3617 del 14-3-90).

Alla luce dei suesposti principi ci si rende conto che la fattispecie concreta in esame si pone al limite tra i due diversi tipi di concorso sopra analizzati.

In particolare, date le modalità del fatto, è necessario valutare se Tizio avesse potuto rappresentarsi l'evento morte del gioielliere come conseguenza della rapina oppure no: nel primo caso dovrebbe riconoscersi la sua responsabilità a titolo di concorso diretto, nel secondo, invece, l'imputazione dell'evento più grave dovrebbe essere a titolo di concorso anomalo, con la conseguente applicazione di una pena più lieve.

In conclusione, sia in virtù delle dichiarazioni rese da Caio (ed in particolare della precisazione relativa alla riunione in cui i correi decisero di proseguire nella rapina a mano armata nonostante avessero constatato la inattesa presenza sul posto dell'uomo), che in virtù degli ultimi orientamenti della Corte di cassazione, la quale in un caso analogo ha affermato che, nel caso di omicidio conseguente ad una rapina a mano armata, l'evento omicidiario non può considerarsi eccezionale ed imprevedibile ma un ordinario possibile sviluppo dell'azione, alla luce di una

verificata regolarità causale dovuta all'uso delle armi per fronteggiare evenienze peggiorative o per garantirsi la via di fuga (Cass. I, sent. 25239 del 21-6-2001; vedi però contra Cass. I, sent. 331 del 15-1-1991), può essere affermata la penale responsabilità di Tizio ex art. 110 c.p., a titolo di dolo eventuale, per l'omicidio del gioielliere, in quanto egli pur potendo prevedere l'evento ulteriore come possibile conseguenza della propria azione ne ha ugualmente accettato il rischio.



## PARERE SU QUESITO DI DIRITTO PENALE

### QUESITO N. 109

Tizio viene ricoverato presso il reparto di chirurgia d'urgenza dell'Ospedale Alfa per forti dolori addominali. Viene operato il giorno dopo per infezione, ma rimaneva incerta la causa della patologia venivano disposti quindi esami ematologici e consulenza internistica.

Veniva trasportato nel reparto di chirurgia diretto dal Dottor Caio il quale continuava la terapia antibiotica e disponeva un nuovo emocromo senza sottoporre Tizio alla consulenza internistica.

Caio dimetteva Tizio dopo due giorni perché in via di guarigione chirurgica «senza alcuna prescrizione».

Tizio due giorni dopo accusava dolori addominali; si recava presso il nosocomio dove veniva operato d'urgenza. All'esito dell'intervento Tizio moriva per grave infezione addominale. Secondo il medico legale incaricato dall'autorità giudiziaria Caio non aveva compiuto una corretta diagnosi omettendo di valutare il risultato degli esami e di sollecitare la consulenza internistica.

Il candidato assume le vesti del legale di Caio premessi brevi cenni sul rapporto di causalità omissiva ed evento nel reato colposo omissivo improprio, rediga parere motivato soffermandosi sulle problematiche sottese al caso in esame.

2  
0  
0  
4

#### ISTITUTI RILEVANTI

La questione prospettata richiede un preliminare esame del concetto di colpa, con particolare riguardo alla cd. colpa professionale, e del delitto di omicidio colposo.

#### *La colpa*

Ai sensi dell'art. 43 c.p. il delitto è *colposo*, o *contro l'intenzione*, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di *negligenza o imprudenza o imperizia*, ovvero per *inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*.

Per la sussistenza del reato colposo occorre quindi: a) che la condotta sia attribuibile al *volere del soggetto*; b) che manchi la volontà dell'evento in quanto tale volontà caratterizza il dolo; c) che il fatto sia dovuto ad *imprudenza, negligenza, imperizia o ad inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*, sia cioè in contrasto con determinate *regole di condotta* richiamate dalle qualifiche contemplate dall'art. 43, comma 3, le quali costituiscono *elementi oggettivi della imputazione soggettiva*.

In passato si è discusso molto sull'essenza della colpa ed oggi la dottrina più recente (FIANDACA, MUSCO, PADOVANI) ha osservato come nella società moderna esistono numerose attività che, pur lecite e favorite dallo stesso legislatore, presentano rischi per i consociati: si pensi alle attività lavorative pericolose, alla circolazione dei veicoli a motore, alla stessa attività medico-chirurgica.

Il rischio che tali attività presentano fa sì che l'ordinamento esiga, da chi le esercita, particolari cautele per evitare danni effettivi: se tali regole di condotte vengono violate e l'evento dannoso si verifica, il soggetto risponde dell'evento che non voleva (se l'avesse voluto risponderebbe a titolo di dolo) a titolo di colpa.

L'essenza del delitto di colpa consiste pertanto *nella violazione di una regola di diligenza relativa all'esercizio di un'attività lecita ma rischiosa* e nella mancanza di volontà dell'evento che si è verificato.

L'art. 43 c.p. distingue le forme di manifestazione della condotta colposa: a) la *negligenza, quale mancata adozione delle cautele imposte* dalle regole cautelari, consiste in trascuratezza, mancanza di attenzione e sollecitudine; b) *l'imprudenza*, che consiste nell'*agire là dove le regole cautelari lo sconsigliano*, consiste nell'avventatezza, insufficiente ponderazione ed implica una scarsa considerazione degli interessi altrui; c) *l'imperizia*, inosservanza delle *leges artis* (per ignoranza della loro esistenza, inattitudine ad applicarle o semplice inapplicazione concreta), si risolve in una *negligenza od imprudenza qualificata*, a seconda che tali regole tecniche violate prescrivano un *facere o un non facere* (es: comune chirurgo che si avventura in un'operazione di avanguardia); d) *l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*, è la violazione di norme giuridiche o ordini di polizia o di servizio



contenenti prescrizioni di cautela; quest'ultima è la cd. *colpa specifica*.

*La c.d. colpa professionale: in particolare la colpa medica*

Particolari problemi pone la cd. *colpa professionale*, ossia la colpa nell'esercizio di una professione intellettuale, quale ad esempio quella del sanitario.

Ci si chiede cioè se il reato colposo cagionato da un professionista nell'esercizio della professione debba essere valutato secondo le regole generali, cioè nel senso che egli debba essere chiamato a rispondere di qualsiasi negligenza, imprudenza imperizia etc., ovvero se debba trovare applicazione anche in sede penale l'art. 2236 c.c., che distingue a secondo che la prestazione intellettuale comporti o meno la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

Infatti secondo le regole civilistiche, se l'attività professionale non è particolarmente difficile, il prestatore d'opera intellettuale deve ritenersi responsabile del fatto quando abbia violato norme di diligenza, prudenza o perizia ovvero disposizioni di legge che disciplinano l'esercizio della sua attività; se invece l'attività implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il professionista risponde soltanto per colpa grave, quando cioè il suo comportamento si rilevi incompatibile con il minimo di cultura e di esperienza richiesti per chi sia abilitato all'esercizio di quella particolare professione (Cass. **Sez. Un.** 6-5-1971, n. 1282; Cass. 16-2-1996, n. 1208; Cass. 1-8-1996, n. 6937).

Un orientamento risalente della giurisprudenza di legittimità (Cass. 21-10-1970; Cass. 4-2-1972) riteneva applicabile anche nel campo del diritto penale la norma civilistica, giustificando tale applicazione col fatto che l'esercizio delle attività che richiedono la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ed in particolare l'esercizio dell'attività medico-chirurgica deve essere valutato con elasticità ai fini della configurabilità della condotta colposa.

Tale orientamento venne però sottoposto a forti critiche da parte della dottrina la quale faceva notare come in tal modo si creava una sorta di privilegio a favore dei professionisti, la cui responsabilità per colpa veniva valutata con minor rigore rispetto a quella degli altri soggetti.

A seguito di tali considerazioni la stessa giurisprudenza di legittimità ha mutato orientamento, venendo a sostenere che il criterio della colpa grave dettato dall'art. 2236 c.c. non può travalicare il campo civilistico della materia dei danni perché in caso contrario si tratterebbe di applicazione analogica di una norma di carattere eccezionale rispetto ai principi generali: in materia penale, quindi, anche alla luce dei principi di uguaglianza e determinatezza della fattispecie devono trovare applicazione i principi generali sulla colpa (senza alcuna limitazione alla colpa grave) (Cass. 10-5-1995, n. 5278).

Il grado della colpa può quindi funzionare solo come criterio per la determinazione della pena, ma non può mai escludere la sussistenza del reato.

Si è poi osservato (MANTOVANI) come occorra distinguere anche in base alle qualifiche professionali dei soggetti, dovendosi esigere uno standard di diligenza variabile in funzione della qualifica specificamente rivestita (es: medico generico, specialista, cattedratico).

Problema molto delicato riguarda poi l'*attività medica di equipe*, in cui ogni membro confida sul corretto svolgimento dei compiti affidati agli altri componenti.

La dottrina (FIANDACA, MUSCO) ha osservato che in via di principio ogni membro dell'*equipe* è responsabile solo delle conseguenze della propria condotta, ma che in capo ad alcuni (es: capo *equipe*) possono sorgere *specifici obblighi di controllo* derivanti dalla posizione gerarchica ricoperta, dalla particolare difficoltà da eseguire o da qualsiasi altra circostanza.

Ne deriva che dovrà escludersi la penale responsabilità del capo-*equipe* tutte le volte in cui il comportamento negligente di uno dei medici si verifichi in presenza di una situazione di assoluta normalità (es. il medico negligente è di chiara fama e tratta di intervento di *routine*).

#### *Omicidio colposo: il problema della colpa con previsione*

Ai sensi dell'art. 589 c.p. risponde di omicidio colposo *chi per colpa cagiona la morte di un altro uomo*.

Sulla base delle considerazioni sopra esposte in tema di colpa, può affermarsi che l'omicidio colposo sussiste tutte le volte

in cui l'agente compia per negligenza, imprudenza, imperizia o violazione di norme di legge o regolamentari un atto da cui deriva la morte di una persona.

Una questione particolare è relativa all'applicabilità all'omicidio colposo dell'aggravante della colpa con previsione, che ricorre allorché l'agente non vuole commettere il reato, ma prevede come possibile la verificazione dell'evento.

Ebbene sono possibili due ipotesi: a) se l'agente ha previsto l'evento morte, ma ha agito con la sicura fiducia che esso non si sarebbe verificato, risponderà di omicidio colposo aggravato; b) se invece, pur prevedendo l'evento morte, ha agito accettandone il verificarsi, risponderà di omicidio doloso per dolo indiretto (ANTOLISEI; Cass. 27-1-1996, n. 832).

Particolarmente delicato è poi il problema della causalità omissiva nell'omicidio colposo, in particolare nel campo della colpa medica: ci si chiede infatti quando sia responsabile un medico che ha ommesso un accertamento particolarmente importante od ha tardato nell'eseguire un intervento su un paziente che sia poi deceduto.

Ebbene la giurisprudenza aveva in passato assunto una posizione piuttosto rigorosa sostenendo che il rapporto di causalità sussisterebbe ogni qualvolta l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto seri ed apprezzabili possibilità (Cass. 17-1-1992, n. 371) od addirittura scarse probabilità di successo per la salvezza della vita del paziente (Cass. 4-6-1998, n. 6613).

Tale posizione sembra essere superata dalla giurisprudenza più recente che ha rilevato come nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. (Cass. **Sez. Un.** 11-9-2002, n. 30328; conforme Cass. 2-10-2003, n. 37432).

**GIURISPRUDENZA**

Le pronunce sottoriportate sono espressive della definizione del concetto di nesso di causalità data dalla giurisprudenza di legittimità:

- a) È configurabile la sussistenza del nesso di causalità tra condotta ed evento, qualora esso sia stato accertato con giudizio controfattuale che, quantunque non fondato su una legge scientifica di spiegazione di natura universale o meramente statistica — per l'assenza di una rilevazione di frequenza dei casi esaminati — bensì su generalizzate massime di esperienza e del senso comune, sia stato ritenuto attendibile secondo criteri di elevata credibilità razionale, in quanto fondato sulla verifica, anche empirica, ma scientificamente condotta, di tutti gli elementi di giudizio disponibili, criticamente esaminati. — Sez. 4 sent. 7026 del 13-2-2003 (ud. 15-10-2002) rv. 223749.
- b) La sussistenza del nesso di causalità può essere affermata, oltre che sulla base di dati empirici o documentali di immediata evidenza, anche con ragionamento di deduzione logica purché fondato su elementi di innegabile spessore correttamente esaminati secondo le «leges artis» (Fattispecie in cui è stata ritenuta corretta la diagnosi di morte per mesotelioma pur in mancanza degli esami clinici istologico ed autoptico). — Sez. 4 sent. 5037 del 6-2-2001 (ud. 30-3-2000) rv. 219426.
- c) In tema di **accertamento del nesso di causalità**, le leggi generali «di copertura» della condotta o dell'evento accessibili al giudice sono sia quelle «universali», che sono in grado di affermare che la verifica di un evento è invariabilmente accompagnata dalla verifica di un altro evento, sia le leggi «statistiche» che si limitano, invece, ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi, con la conseguenza che queste ultime sono tanto più dotate di validità scientifica quanto più possono trovare applicazione in un numero sufficientemente alto di casi e sono suscettive di ricevere conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali e controllabili. — Sez. 4 sent. 4793 del 29-4-91 (ud. 6-12-90) rv. 191789.

Sull'accertamento del nesso di causalità nei reati omissivi impropri, con particolare riferimento alla cd. colpa medica, si sono creati negli anni due orientamenti nettamente contraddistinti.

Le seguenti sentenze rappresentano un significativo esempio della prima, e più risalente, posizione assunta dalla Corte di Cassazione:

- d) In tema di responsabilità per colpa professionale del medico, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, trova applicazione non il criterio della certezza, ma quello della **probabilità degli effetti della condotta**. — Sez. 3 sent. 1594 del 22-2-93 (ud. 20-1-93) rv. 193052.

- e) In tema di responsabilità per colpa professionale del medico, **nella ricerca del nesso di causalità** tra la condotta dell'imputato e l'evento, al criterio della certezza degli effetti della condotta, si può sostituire quello della probabilità, anche limitata, di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli. Ne consegue che il rapporto di causalità sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata. (Fattispecie in tema di omicidio colposo per tardiva diagnosi di infezione tetanica in donna sottoposta a taglio cesareo. La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso contro la sentenza di condanna che aveva ritenuto il nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento, sussistendo la probabilità del 30 per cento che un corretto e tempestivo intervento medico avrebbe avuto un esito positivo). — Sez. 4 sent. 371 del 17-1-92 (ud. 12-7-91) rv. 188921.
- f) In tema di responsabilità per colpa professionale medica, sussiste rapporto di causalità anche quando l'opera del sanitario, ove correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe solo avuto seria ed apprezzabile probabilità di successo, potendosi al criterio della certezza degli effetti della condotta sostituire quello della probabilità, anche limitata, e dell'idoneità della stessa a produrli. (Fattispecie in tema di omicidio colposo consegnata e mancato tempestivo ricovero di paziente visitato superficialmente nel reparto di pronto soccorso). — Sez. 4 sent. 6683 del 7-7-93 (ud.30-4-93) rv. 195482.

In seguito, però, sembra che la Suprema Corte abbia superato tale orientamento ritenendo necessaria, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, l'accertamento, in termini di certezza processuale (e non di probabilità, se pur elevata), della derivazione dell'evento dall'omissione:

- g) In tema di nesso di causalità (art. 40 cod. pen.), la rilevanza causale del fatto nella produzione dell'evento dannoso deve essere accertata in termini di assoluta certezza, il che è dire - in termini giudiziari - con una probabilità confinante con la certezza, non è tale una elevata probabilità anche al novanta per cento — Sez. 4 sent. 1585 del 16-1-2002 (ud. 25-9-2001) rv. 220982.
- h) Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta legittimamente affermata la responsabili-



2  
0  
0  
4

tà di un sanitario per omicidio colposo dipendente dall'omissione di una corretta diagnosi, dovuta a negligenza e imperizia, e del conseguente intervento che, se effettuato tempestivamente, avrebbe potuto salvare la vita del paziente). — **Sez. Un.** sent. 30328 del 11-9-2002 (ud. 10-7-2002) rv. 222138.

- i) In tema di reato colposo omissivo improprio, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo comportano l'esito assolutorio del giudizio. — **Sez. Un.** sent. 30328 del 11-9-2002 (ud. 10-7-2002) rv. 222139.
- l) È configurabile la sussistenza del nesso di causalità tra condotta ed evento, qualora esso sia stato accertato con giudizio controfattuale che, quantunque non fondato su una legge scientifica di spiegazione di natura universale o meramente statistica — per l'assenza di una rilevazione di frequenza dei casi esaminati — bensì su generalizzate massime di esperienza e del senso comune, sia stato ritenuto attendibile secondo criteri di elevata credibilità razionale, in quanto fondato sulla verifica, anche empirica, ma scientificamente condotta, di tutti gli elementi di giudizio disponibili, criticamente esaminati. — Sez. 4 sent. 7026 del 13-2-2003 (ud. 15-10-2002) rv. 223749.

#### Soluzione

Anche alla luce dei più recenti principi sul punto dalla Corte di Cassazione, nel caso di specie deve addivenirsi ad una soluzione «aperta».

In altri termini Caio potrà essere ritenuto responsabile del delitto di omicidio colposo solo laddove venisse dimostrato in termini di certezza (intesa, naturalmente, in senso processuale), che l'evento morte di Tizio sia una conseguenza diretta della sua omissione.

Viceversa, nel caso in cui tale accertamento, pur raggiungendo un elevato grado di probabilità, non dovesse raggiungere il crisma della certezza processuale, Caio dovrebbe andare esente da qualsiasi addebito di responsabilità penale.

#### PARERE MOTIVATO

Per la stesura del parere in esame è opportuna una analisi preliminare del concetto di nesso di causalità.

Sul punto si può tranquillamente affermare che sia la dottrina che la giurisprudenza sono pacifiche nell'aderire alla cd. «teoria condizionalistica», la quale ritiene cause penalmente rilevanti quelle condotte (anche omissive) che rappresentano la condizione necessaria per il verificarsi di un evento.

A tal riguardo la Corte di cassazione ha precisato che lo strumento per individuare il nesso di causalità rispetto all'evento lesivo, è rappresentato dal giudizio controfattuale, nel senso che, mediante l'eliminazione mentale del fattore (il comportamento umano) dato per condizionante, esso si verifica se, alla luce della massima di esperienza applicabile al caso, l'evento dato per lesivo sarebbe accaduto ugualmente o meno: la condotta dell'uomo è causale solo in questo secondo caso, perché senza di essa l'evento non sarebbe accaduto. (Cass. sent. 7266 del 19-6-98).

Nel riportare tali considerazioni alla categoria dei reati omissivi (impropri) emerge, però, una complicazione interpretativa: infatti, pur rifacendosi alla teoria condizionalistica, è difficile accertare in concreto quando una omissione sia la causa effettiva del verificarsi dell'evento.

Tale difficoltà interpretativa non può però risolversi in un accertamento meno rigoroso del nesso di condizionamento, perché altrimenti si finirebbe per giungere ad una dilatazione eccessiva della responsabilità per omesso impedimento dell'evento.

In materia di accertamento della sussistenza del nesso di causalità nei reati omissivi impropri (con particolare riferimento alla colpa medica), la giurisprudenza ha fatto registrare un netto contrasto.

Un primo assunto, più risalente, ritiene che, per giungere alla affermazione della penale responsabilità del medico che ometta di eseguire un intervento chirurgico, siano sufficienti serie ed apprezzabili possibilità di successo per l'azione impeditiva dell'evento, anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità (persino inferiori al 50%) (in tal senso vedi Cass., 7-7-1993, n.6683).

A tale posizione si contrappone un orientamento più recente della Suprema Corte, che ha ritenuto necessaria la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità prossimo alla certezza (e quindi in una percentuale vicina al 100%) (vedi da ultimo Cass., 6-4-2001, n.14006).

La Corte di cassazione è, però, recentemente intervenuta a Sezioni Unite, con la sentenza 30328 del 11-9-2002, per dirimere il segnalato contrasto giurisprudenziale.



2  
0  
0  
4

La Suprema Corte ha affermato che, nell'ambito dei reati omissivi impropri (e più specificamente nel caso della colpa medica), si può affermare l'esistenza del nesso causale quando all'esito del giudizio controfattuale, basato su una legge scientifica o su una regola di esperienza emerge che l'evento lesivo non si sarebbe verificato se l'agente avesse posto in essere la doverosa condotta impeditiva.

Tale accertamento deve essere condotto con riguardo al caso concreto: in altre parole, non essendo consentito dedurre automaticamente da un coefficiente di probabilità statistica, anche elevato, l'esistenza del rapporto di causalità, il giudice deve in ogni caso giungere, in base al materiale probatorio emerso ed alla stregua dei comuni canoni di certezza processuale, alla conclusione che la condotta dell'agente è (e non «può essere») condizione necessaria dell'evento lesivo, nel senso che ove l'azione omessa si fosse tenuta l'evento lesivo non si sarebbe verificato ovvero si sarebbe verificato in un momento posteriore o con minore intensità lesiva.

Ma c'è di più: la massima citata, infatti, afferma espressamente che nel caso in cui il riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso di causalità sia insufficiente, contraddittorio od incerto, dando vita così ad un ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante del comportamento omesso dall'agente, il giudice dovrà disattendere la tesi accusatoria e procedere alla assoluzione dell'imputato ai sensi dell'art.530, c.2.

Nel riportare tali considerazioni delle Sezioni Unite al caso in esame è evidente la necessità di un distinguo.

Caio, infatti, potrà essere ritenuto responsabile del delitto di omicidio colposo solo laddove venisse dimostrato in termini di certezza (intesa, naturalmente, in senso processuale), che l'evento morte di Tizio sia una conseguenza diretta della sua azione od omissione.

Viceversa, nel caso in cui tale accertamento, pur raggiungendo un elevato grado di probabilità, non dovesse raggiungere il crisma della certezza processuale, Caio dovrebbe andare esente da qualsiasi addebito di responsabilità penale.



## ATTO GIUDIZIARIO SU QUESITO DI DIRITTO CIVILE

### QUESITO N. 110

Con atto di citazione del 14/9/2003 la società sportiva Gamma proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo del Tribunale di Roma con il quale su ricorso di Tizio veniva ingiunto il pagamento di Euro 10.000,00 pretesi per forniture di materiale da volley assumendo che il materiale ricevuto non era conforme a quello ordinato, non era stato possibile utilizzarlo e, di conseguenza, gli sponsors avevano ridotto i contributi.

Nel costituirsi in giudizio Tizio assumeva la piena conformità del materiale ed eccepiva comunque la mancata tempestività della denuncia del vizio con decadenza, quindi, dalla garanzia.

Veniva disposta la CTU dalla quale risultava il basso livello di vestibilità delle divise in quanto le magliette erano per bambini dai 2 ai 7 anni mentre i pantaloni erano per bimbi dagli 8 ai 10 anni.

Il Tribunale con sentenza n. 920/2004 rigettava l'opposizione ritenendo redibitorio il vizio del materiale e, quindi, non esperibile l'azione in difetto di prova della tempestività della denuncia.

Cao quale legale rappresentante della società Gamma si reca da un legale per decidere il da farsi.

Il candidato assume le vesti del legale di Gamma rediga l'atto più opportuno soffermandosi sugli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie.

2  
0  
0  
4

#### ISTITUTI RILEVANTI

La natura del quesito impone una breve analisi sul contratto di compravendita e delle obbligazioni delle parti contraenti, ed un approfondimento sulla garanzia per i vizi occulti, sulla mancanza di qualità della cosa venduta, sull'ipotesi di *aliud pro alio* e sulle relative differenze. Per una risposta al quesito occorre, in particolare, verificare se il vizio nella consegna del materiale effettuato da Tizio sia redibitorio, oppure, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale, configurabile come un'ipotesi di *aliud pro alio*, nel qual caso, per-

tanto, non sarebbe stato applicabile il breve termine di decadenza previsto dall'art. 1495 c.c. e la sentenza andrebbe riformata.

#### *La compravendita*

I contratti di alienazione sono in genere quelli che hanno ad oggetto un'avvicenda derivativa, cioè il trasferimento di un diritto o la costituzione di un diritto reale limitato.

In questo ampio *genus* di contratti rientra la compravendita.

La compravendita è il contratto avente per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo (art. 1470 c.c.).

La compravendita è un contratto:

- non formale: il consenso può essere espresso con qualsiasi forma a meno che la natura dell'oggetto non richieda una forma particolare (es: la forma scritta per un bene immobile);
- consensuale: per il suo perfezionamento è sufficiente il semplice consenso delle parti, non occorrendo anche l'effettiva consegna della cosa;
- traslativo: attua il passaggio della proprietà della cosa o della titolarità del diritto da un soggetto all'altro;
- a titolo oneroso: entrambe le parti ricevono un vantaggio economico in cambio della loro prestazione;
- commutativo: è possibile, infatti, valutare i vantaggi e gli svantaggi derivanti dall'atto fin dal momento della stipulazione;
- normalmente ad effetti reali: in quanto produce il trasferimento della proprietà della cosa, ovvero l'acquisto di altro diritto. Vi sono tuttavia, alcune ipotesi in cui la compravendita ha efficacia meramente obbligatoria: non trasferisce, cioè, immediatamente la proprietà della cosa, ma obbliga il venditore a trasferirla successivamente, conferendo al compratore soltanto un diritto di credito.

#### *Obbligazioni delle parti*

Con il contratto di compravendita, mentre in capo al compratore sorge l'obbligazione principale di pagare il prezzo nel modo e nel luogo stabiliti dal contratto, diverse sono, invece le obbligazioni del venditore.

Il venditore ha l'obbligo di:

- consegnare la cosa: attuare, cioè, il materiale trasferimento del bene al compratore;
- fare acquistare al compratore la proprietà della cosa, nel caso di vendita obbligatoria;
- garantire il compratore dall'evizione e da eventuali vizi della cosa.

*Garanzia per vizi occulti*

Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. A differenza della garanzia per evizione, che attiene alla condizione giuridica dell'oggetto del trasferimento (spoglio dell'acquisto), in questo caso, la garanzia è relativa alla condizione materiale della cosa.

Si parla tradizionalmente di garanzia di vizi occulti in quanto essa è dovuta solo quando i vizi erano ignoti al compratore e non facilmente riconoscibili al momento dell'acquisto.

Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa.

Nel caso in cui la cosa venduta presenti vizi, il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo. La scelta è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale.

Se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo.

In caso di risoluzione del contratto il venditore deve restituire il prezzo e rimborsare al compratore le spese e i pagamenti legittimamente fatti per la vendita.

Il compratore deve restituire la cosa, se questa non è perita in conseguenza dei vizi.

Il venditore deve altresì risarcire al compratore i danni derivati dai vizi della cosa.

Il compratore decade dal diritto alla garanzia, se non denuncia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta, salvo il diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge.

2  
0  
0  
4

L'azione si prescrive, in ogni caso, in un anno dalla consegna; ma il compratore che sia convenuto per l'esecuzione del contratto, può sempre far valere la garanzia, purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna.

#### *Mancanza di qualità della cosa venduta*

In tema di compravendita, il vizio redibitorio (art. 1490 c.c.) e la mancanza di qualità promesse o essenziali (art. 1497 c.c.), pur presupponendo entrambi l'appartenenza della cosa al genere pattuito, si differenziano in quanto il primo riguarda le imperfezioni ed i difetti inerenti al processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa medesima, mentre la seconda è inerente alla natura della merce e concerne tutti quegli elementi essenziali e sostanziali che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie, piuttosto che in un'altra.

Quando la cosa venduta non ha le qualità promesse ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinata, il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi.

Tuttavia il diritto di ottenere la risoluzione è soggetto alla decadenza e alla prescrizione stabilite dall'articolo 1495 c.c.

#### *Aliud pro alio*

Vizi redibitori e mancanza di qualità si distinguono, a loro volta, dall'ipotesi della consegna di *aliud pro alio* la quale ricorre quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso, o presenti difetti che le impediscono di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti, facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto.

In altre parole si ha consegna di *aliud pro alio* qualora il bene venduto sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto appartenendo ad un genere del tutto diverso, si rilevi funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della *res* venduta e, quindi, fornire l'utilità richiesta.

La consegna di *aliud pro alio* dà luogo alla risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c. ed è svincolata dai termini di decadenza e di prescrizione ai quali sono soggette le azioni conseguenti in caso di vizio redibitorio e nelle ipotesi di mancanza di qualità promesse ed essenziali.

Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.

#### GIURISPRUDENZA

- La consegna di *aliud pro alio* dà luogo all'ordinaria azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'articolo 1453 del Cc, svincolata dai termini di prescrizione e decadenza cui sono soggette le azioni *ex* articoli 1490 e 1497 del Cc, perché la *res* tradita è completamente diversa da quella pattuita, in quanto, appartenendo a un genere diverso, si rivela del tutto inadatta ad assolvere alla destinazione economico sociale della *res* venduta e, quindi, a soddisfare in contratto i bisogni che hanno determinato la parte ad effettuare l'acquisto (Cass. 30-7-2004, n. 14586).
- Si ha vizio redibitorio oppure mancanza di qualità essenziali della cosa consegnata al compratore qualora questa presenti imperfezioni concernenti il processo di produzione o di fabbricazione che la rendano inadatta all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, ovvero appartenga ad un tipo diverso od ad una specie diversa da quella pattuita; si ha invece consegna di *aliud pro alio* che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione o di adempimento *ex art.* 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c., qualora il bene venduto sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inadatto ad assolvere la destinazione economico-sociale della *res* venduta e, quindi, a fornire l'utilità richiesta. La qualificazione giuridica delle relative questioni dedotte in giudizio può essere operata anche d'ufficio dal giudice, ove le circostanze a tal fine rilevanti siano state acquisite nel processo (Cass. 25-9-2002, n. 13925).

- L'azione di risoluzione del contratto di compravendita per vizi che rendono la cosa venduta inidonea all'uso si fonda sul disposto degli artt. 1490, 1492 e 1495 c.c., e soggiace ai termini di decadenza e di prescrizione di cui all'art. 1495 dello stesso codice, termini che riguardano tutte le azioni spettanti al compratore per vizi o mancanza di qualità della cosa venduta, ma non per consegna di *aliud pro alio*, ipotesi più grave di inadempimento — che si realizza quando la cosa consegnata sia completamente diversa da quella contrattata, appartenendo ad un genere del tutto diverso, o sia assolutamente priva delle capacità funzionali necessarie a soddisfare i bisogni dell'acquirente — assoggettata alla disciplina dell'azione di risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c., e, quindi, svincolata dall'osservanza dei predetti termini (Cass. 3-8-2000, n. 10188).
- I vizi redibitori e la mancanza di qualità si distinguono dall'ipotesi di consegna di *aliud pro alio* che dà luogo ad una ordinaria azione di risoluzione contrattuale svincolata dai termini e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c. la quale ricorre quando la diversità fra la cosa venduta e quella consegnata incide sulla natura e, quindi, sulla individualità, consistenza e destinazione di quest'ultima, sì da ritenere che appartenga ad un genere del tutto diverso da quello posto a base della decisione dell'acquirente di effettuare l'acquisto o che presenti i difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (cosiddetta inidoneità ad assolvere la funzione economico-sociale) (Cass. 23-3-1999, n. 2712).
- I vizi redibitori e la mancanza di qualità della cosa venduta si distinguono dall'ipotesi della consegna di *aliud pro alio*, la quale ricorre quando la *res tradita* appartenga ad un *genus* del tutto diverso, ovvero presenti difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti, facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto (Cass. 15-5-1998, n. 4899).
- In tema di compravendita, il vizio redibitorio (art. 1490 c.c.) e la mancanza di qualità promesse o essenziali (art. 1497 c.c.), pur presupponendo entrambi l'appartenenza della cosa al genere pattuito, si differenziano in quanto il primo riguarda le imperfezioni ed i difetti inerenti al processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa medesima, mentre la seconda è inerente alla natura della merce e concerne tutti quegli elementi essenziali e sostanziali che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie, piuttosto che in un'altra. Vizi redibitori e mancanza di qualità si distinguono, a loro volta, dall'ipotesi della consegna di *aliud pro alio*, la quale ricorre quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso, o presenti difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (cd. inidoneità ad assolvere la funzione economico-sociale), facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto (il giudice di merito aveva ritenuto trattarsi di vizi redibitori in una fattispecie in cui i difetti di alcune resistenze

elettriche consegnate erano inerenti al processo di produzione o di fabbricazione ed aveva escluso l'ipotesi della consegna dell'*aliud pro alio*, in quanto la merce stessa apparteneva al genere ordinato dall'acquirente ed il riscontro difetto di funzionalità era risultato rimediabile attraverso il procedimento di «essiccazione» appositamente prescritto dalla casa costruttrice per rimuoverlo e ricondurre l'anomalia in percentuali ammissibili. La S.C., in applicazione dell'enunciato principio di diritto, ha confermato la pronuncia del merito) (Cass. 13-1-1997, n. 244).

- In tema di vendita il criterio distintivo tra la consegna di *aliud pro alio* — che dà luogo all'ordinaria azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., svincolata da termini di decadenza e di prescrizione ai quali sono soggette le azioni ex artt. 1490 e 1497 — e la mancanza delle qualità essenziali della cosa compravenduta va individuato sotto il duplice profilo del riferimento sia al *genus*, sia alla destinazione economico-sociale del bene, valendo quest'ultimo ad ampliare l'ambito di operatività del criterio del *genus*, nei casi in cui il bene consegnato sia del tutto insuscettibile di assolvere alla funzione del bene contratto, in relazione ai bisogni dell'acquirente, in particolare nel caso di vendita di prodotti naturali nei quali l'origine o la varietà sono frequentemente più significativi del mero richiamo al *genus*. (Nella specie, erano state consegnate all'acquirente delle piantine di arancio di una varietà diversa e meno pregiata di quella pattuita, sì da incidere sulla stessa commerciabilità del prodotto nella zona in cui le piante erano state acquistate in vista del loro impianto in un agrumeto) (Cass. 19-1-1995, n. 593).
- Il vizio redibitorio, di cui all'art. 1490 c.c., riguarda le imperfezioni inerenti al processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione ed, in genere, ogni altra imperfezione o alterazione della cosa; l'inidoneità, invece, della stessa all'uso cui era destinata e la sua appartenenza ad un tipo diverso da quello dedotto in contratto configura consegna di *aliud pro alio*, tutelabile mediante l'ordinaria azione contrattuale di risoluzione, di cui all'art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione ai quali sono soggette le azioni degli art. 1490 e 1497 c.c. (Nella specie, la S.C., in applicazione del principio enunciato, ha confermato la sentenza del giudice di merito, la quale aveva ritenuto inidoneo all'uso per il quale era stato acquistato un «portatutto» privo di vizi di costruzione, però non adattabile all'autovettura dell'acquirente) (Cass. 19-10-1994, n. 8537).
- Il criterio distintivo fra i vizi redibitori della cosa compravenduta, i quali se tempestivamente denunciati, danno luogo ai rimedi di cui agli artt. 1492, 1495 c.c., e la consegna di *aliud pro alio* che dà luogo all'ordinaria azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., va individuata nell'appartenenza o non della cosa consegnata allo stesso *genus* della cosa pattuita, determinato alla stregua di quei criteri merceologici in base ai quali si stabilisce la collocazione di un bene in una categoria o tipologia commerciale del tutto diversa rispetto alle altre (Cass. 3-2-1998, n. 1038).
- In tema di compravendita, la consegna di *aliud pro alio* da parte dell'alienante legittima l'acquirente a proporre (oltre all'ordinaria azione contrat-

tuale di adempimento o risoluzione *ex art. 1453 c.c.*) l'azione di risarcimento dei danni per inadempimento del contratto sia contestualmente all'azione di risoluzione, sia autonomamente, poiché l'art. 1453 c.c., facendo «salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno», esclude che, di tale azione risarcitoria, costituisca presupposto necessario l'esperimento dell'azione di risoluzione del contratto (Cass. 14-1-1998, n. 272).

#### Soluzione

La mancata conformità del materiale da volley consegnato da Tizio con quello ordinato dalla società Gamma evidenzia, in ragione della principale dottrina e della giurisprudenza dominante, una vera e propria ipotesi di *aliud pro alio*. Appare inopinabile, infatti, che la consegna di completi, le cui magliette erano per bambini dai due ai sette anni, mentre i pantaloni per bimbi dagli otto ai dieci anni, era del tutto insuscettibile di assolvere alla funzione del bene oggetto del contratto, in relazione ai bisogni della società Gamma.

Ha errato, pertanto, il Tribunale a rigettare l'opposizione proposta dalla Società ritenendo redibitorio il vizio del materiale e, conseguenzialmente, il difetto della prova della tempestività della denuncia dello stesso. La società Gamma, infatti, dovrà proporre appello avverso la sentenza onde far accertare l'esperibilità — trattandosi di consegna di *aliud pro alio* — dell'ordinaria azione contrattuale di risoluzione, di cui all'art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione ai quali è soggetta l'azione di cui all'art. 1490 c.c.

#### REDAZIONE DELL'ATTO

#### CORTE D'APPELLO DI ROMA ATTO DI APPELLO

La società sportiva Gamma, in persona del legale rappresentante *pro tempore* Caio, con sede in Roma, alla via Tiburtina 1, rappresentata e difesa dall'avv. Sempronio, giusta procura a margine dell'atto di citazione in opposizione, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo sito in Roma, alla via Flaminia, 1, appellante.

Contro: Tizio, rappresentato e difeso dall'avv. Tullio.

Appellata propone appello

AVVERSO

la sentenza n. 920/2004 emessa il 25 giugno 2004 dal Tribunale di Roma, e non notificata



## FATTO

Con atto di citazione la società sportiva Gamma proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Roma con il quale, su ricorso di Tizio, alla stessa veniva ingiunto il pagamento di € 10.000,00 per la merce da quest'ultimo consegnata. Nel medesimo atto veniva rilevata la mancata conformità del materiale da volley ricevuto con quello ordinato e la conseguenziale non utilizzabilità della merce ricevuta. La società sportiva, evidenziava, inoltre, che in ragione dell'erata fornitura gli sponsors avevano ridotto i contributi.

Nel costituirsi in giudizio, il fornitore, assumeva la piena conformità del materiale ed eccepiva comunque la mancata tempestività della denuncia del vizio con decadenza, quindi, dalla garanzia.

A seguito della consulenza tecnica d'ufficio disposta dal Tribunale, dalla quale risultava il basso livello di vestibilità delle divise, il Tribunale rigettava, però, l'opposizione ritenendo redibitorio il vizio del materiale e, quindi, non esperibile l'azione in difetto di prova della tempestività della denuncia.

La sentenza è iniqua, illegittima ed errata sia perché emessa in violazione di precise norme di diritto, sia perché la motivazione addotta è errata, insufficiente e contraddittoria, ragione per cui essa va integralmente censurata e riformata per i seguenti motivi di diritto

Evidente, in ragione del consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi in merito alla questione oggetto del giudizio, è l'errore in cui è incorso il Tribunale nel ritenere redibitorio il vizio del materiale fornito da Tizio, il quale ha consegnato completi del tutto inadatti a soddisfare i bisogni della società Gamma.

Errato è, conseguenzialmente, ritenere necessaria la denuncia tempestiva del vizio, nonché la pronuncia dello stesso giudice nel rigettare l'opposizione perché mancante della prova della tempestività della denuncia.

L'azione di risoluzione del contratto di compravendita per vizi che rendono la cosa venduta inadatta all'uso si fonda sul disposto degli art. 1490, 1492 e 1495 c.c., e soggiace ai termini di decadenza e di prescrizione di cui all'art. 1495 dello stesso codice, termini che riguardano tutte le azioni spettanti al compratore per vizi o mancanza di qualità della cosa venduta, ma non per consegna di *aliud pro alio*, ipotesi più grave di inadempimento — che si realizza quando la cosa consegnata sia completamente diversa da quella contrattata, appartenendo

2  
0  
0  
4

ad un genere del tutto diverso, o sia assolutamente priva delle capacità funzionali necessarie a soddisfare i bisogni dell'acquirente — assoggettata alla disciplina dell'azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., e, quindi, svincolata dall'osservanza dei predetti termini. (Cass. civ., sez. II, 03/08/2000, n.10188)

La consegna, ad opera di Tizio, di completi, le cui magliette erano per bambini dai due ai sette anni, mentre i pantaloni per bimbi dagli otto ai dieci anni, evidenzia palesemente la mancanza assoluta della capacità funzionale della merce a soddisfare la società Gamma.

Da una attenta lettura della dominante giurisprudenza, non sembra possano sorgere dubbi circa la natura del vizio della consegna *de quo*.

Si ha vizio redibitorio oppure mancanza di qualità essenziali della cosa consegnata al compratore qualora questa presenti imperfezioni concernenti il processo di produzione o di fabbricazione che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, ovvero appartenga ad un tipo diverso od ad una specie diversa da quella pattuita; si ha invece consegna di *aliud pro alio* che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ex art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c., qualora il bene venduto sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della *res* venduta e, quindi, a fornire l'utilità richiesta. La qualificazione giuridica delle relative questioni dedotte in giudizio può essere operata anche d'ufficio dal giudice, ove le circostanze a tal fine rilevanti siano state acquisite nel processo. (Cass. civ., sez. II, 25/09/2002, n.13925).

Ed ancora, i vizi redibitori e la mancanza di qualità si distinguono dall'ipotesi di consegna di *aliud pro alio* che dà luogo ad una ordinaria azione di risoluzione contrattuale svincolata dai termini e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c. la quale ricorre quando la diversità fra la cosa venduta e quella consegnata incide sulla natura e, quindi, sulla individualità, consistenza e destinazione di quest'ultima, sì da ritenere che appartenga ad un genere del tutto diverso da quello posto a base della decisione dell'acquirente di effettuare l'acquisto o che presenti i difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti (cosiddetta inidoneità ad assolvere la funzione economico-sociale). (Cass. civ., sez. II, 23/03/1999, n.2712).

I vizi redibitori e la mancanza di qualità della cosa venduta si distinguono dall'ipotesi della consegna di *aliud pro alio*, la quale ricorre quando la *res tradita* appartenga ad un *genus* del tutto diverso, ovvero presenti difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti, facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto. Cass. civ., sez. II, 15/05/1998, n.4899

In tema di vendita il criterio distintivo tra la consegna di *aliud pro alio* - che dà luogo all'ordinaria azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., svincolata da termini di decadenza e di prescrizione ai quali sono soggette le azioni ex artt. 1490 e 1497 - e la mancanza delle qualità essenziali della cosa compravenduta va individuato sotto il duplice profilo del riferimento sia al *genus*, sia alla destinazione economico-sociale del bene, valendo quest'ultimo ad ampliare l'ambito di operatività del criterio del *genus*, nei casi in cui il bene consegnato sia del tutto insuscettibile di assolvere alla funzione del bene contratto, in relazione ai bisogni dell'acquirente, in particolare nel caso di vendita di prodotti naturali nei quali l'origine o la varietà sono frequentemente più significativi del mero richiamo al *genus*. (Cass. civ., sez. III, 19/01/1995, n.593)

Ne consegue che la mancata conformità del materiale da volley consegnato da Tizio con quello ordinato dalla società Gamma evidenzia una ipotesi di *aliud pro alio*, avendo la consegna ad oggetto materiale del tutto inidoneo ad assolvere le esigenze di quest'ultima.

Ha errato, pertanto, il Tribunale a rigettare l'opposizione proposta da Tizio ritenendo redibitorio il vizio del materiale e, conseguenzialmente il difetto della prova della tempestività della denuncia dello stesso

La consegna di *aliud pro alio* dà luogo, infatti, all'ordinaria azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'articolo 1453 del c.c., svincolata dai termini di prescrizione e decadenza cui sono soggette le azioni ex articoli 1490 e 1497 del c.c.

P.Q.M.

CITA

Tizio, elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Flaminia, 1 presso lo studio dell'avv. Sempronio, a comparire dinanzi alla Ecc.ma Corte d'Appello adita, alla udienza del giorno 00/00/00, ora di rito, ed a costituirsi nel termine di giorni 20 prima di tale udienza, nelle forme di cui all'art. 166 c.p.c., con espresso avvertimento che la mancata o tardiva costituzione in giudizio implica la decadenza dal diritto di proporre

2  
0  
0  
4

appello incidentale e la celebrazione del processo in contumacia, onde sentire accogliere le seguenti

#### CONCLUSIONI

In via preliminare, sospendere l'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado;

Nel merito, accogliere il proposto appello e per l'effetto, in totale riforma della sentenza impugnata:

— dichiarare la risoluzione del contratto di compravendita di cui in giudizio, per inadempimento di Tizio;

— revocare il decreto ingiuntivo opposto;

— condannare Tizio al pagamento, in favore dell'appellante della somma di € ..... a titolo di risarcimento dei danni subiti a seguito dell'inadempimento, oltre alla rivalutazione monetaria ed interessi legali;

— condannare, infine, Tizio, al pagamento, in favore della società sportiva Gamma, delle spese, diritti ed onorari del doppio grado di giudizio.

Data Av. Sempronio

#### RELATA DI NOTIFICA

L'anno <.....>, il giorno <.....> del mese di <.....>, ad istanza del sig. <.....>, nonché dell'avv. <.....>, io sottoscritto Aiutante Ufficiale Giudiziario addetto all'Ufficio Notificazioni presso la Corte d'Appello di <.....>, ho notificato gli antescritti motivi aggiunti a:

Tizio, in persona del legale rappresentante e difensore, avv. Tullio, domiciliati per legge in Roma alla via <.....>

## ATTO GIUDIZIARIO SU QUESITO DI DIRITTO PENALE

### QUESITO N. 111

Tizio tratto a giudizio veniva condannato dal Tribunale di Roma territorialmente competente per il reato di furto aggravato dall'uso del mezzo fraudolento di una lampada a basso consumo preventivamente occultata all'interno di una confezione vuota di un prodotto dal costo più basso.

Risultava accertato che l'imputato aveva sottratto la mercé presso un grande magazzino corrispondendo un prezzo più basso.

Il candidato assume le vesti del legale di Tizio rediga l'atto ritenuto più opportuno soffermandosi sugli istituti sottesi alla fattispecie in esame.

#### ISTITUTI RILEVANTI

I delitti contro il patrimonio sono disciplinati dal legislatore nel titolo tredicesimo del codice penale. Tale titolo è suddiviso in due capi aventi ad oggetto rispettivamente i delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone ed i delitti contro il patrimonio mediante frode.

La disamina dei delitti contro il patrimonio ha assunto via via un rilievo sempre crescente, tanto in campo dottrinario, quanto in ambito giurisprudenziale, sia per la crescente diffusione di tali reati, sia per la pregnante questione circa la valenza da dare agli istituti di diritto civile quando sono oggetto di tutela penale. L'orientamento prevalente in dottrina propende per la possibilità di valutazione dei vari istituti caso per caso, potendosi, in sede interpretativa, ampliare quei concetti privatistici che risultino eccessivamente rigorosi e che siano, pertanto, di ostacolo all'applicazione della disciplina penale (ANTOLISEI).

2  
0  
0  
4

*Il furto*

Nel caso in esame viene in rilievo il delitto di furto, che rientra nella categoria dei delitti contro il patrimonio, ed è disciplinato all'art. 624 c.p.

La norma in questione prevede la punizione di «*chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri*».

**L'oggetto giuridico** del delitto di furto non è pacificamente individuato.

Da un lato vi è, infatti, chi ritiene che l'interesse tutelato dalla disposizione normativa in esame debba rinvenirsi nella *relazione di fatto* tra persona e cosa, rappresentata dal *possesso*, o secondo taluni dalla detenzione (ANTOLISEI, CARRARA, MANZINI, DE MARSICO); dall'altro lato, si afferma che oggetto della tutela sia invece uno *stato giuridico*, in particolare la *proprietà* o gli *altri diritti reali di godimento* (SALTELLI, ROMANO, MAGGIORE). Infine, vi è una terza impostazione che considera la complessità dell'oggetto giuridico in questione evidenziando il suo *duplice contenuto offensivo*, rappresentato *dall'utilizzabilità materiale della cosa e dalla lesione dell'interesse a disporre liberamente dei propri poteri sulla cosa*.

L'individuazione del soggetto passivo subisce naturalmente di riflesso le incertezze inerenti la configurazione dell'oggetto giuridico. Ciò in quanto il soggetto passivo del furto non è altro che il *titolare dell'interesse giuridico tutelato dalla norma* (cfr. art. 12, L. 25 giugno 1999, n. 205, che ha reso il furto punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorrano una o più circostanze aggravanti *ex artt. 625 e/o 61, n. 7 c.p.*) e, pertanto, a seconda della impostazione alla quale, per quest'ultimo, si aderisca, si indicherà un diverso soggetto quale vittima del reato.

L'opinione prevalente, anche in giurisprudenza, è comunque quella che identifica il soggetto passivo con il *possessore* della cosa mobile sottratta, che è legittimato a prestare il consenso all'impossessamento della cosa mobile, che esclude la sottrazione della stessa.

**Soggetto attivo** del furto può essere *chiunque* purché:

— non abbia alcun rapporto con l'oggetto sottratto;

— oppure sia in rapporto materiale con la cosa, ma entro la sfera di sorveglianza del possessore (c.d. detentore non qualificato e disinteressato, quale ad es.: il domestico, l'ospite, il portabagagli etc.).

Quanto appena riferito consente una prima e generica individuazione del «ladro», ma una questione di particolare rilievo sorge, a tal proposito, quando si tratta di stabilire se soggetto attivo del furto possa essere anche il proprietario della cosa sottratta. La problematica appena accennata sarà oggetto di una più specifica analisi quando si parlerà del carattere della «altruità» della *res furtiva*.

Per quanto concerne l'**oggetto materiale** dell'azione, la lettera della norma fa riferimento alla *cosa mobile altrui*.

Anzitutto va detto che non vi è dubbio circa la liceità dell'appropriazione di *res nullius*, che non appartenendo a nessuno non sono da ritenersi «altrui». Lo stesso è a dirsi per quanto concerne le *res derelictae* che, pur se precedentemente appartenute a qualcuno, dal momento dell'abbandono divengono «nullius». Con le cose abbandonate non si devono confondere quelle *smarrite* rispetto alle quali vi è la volontà e la possibilità del proprietario di recuperarle.

Dopo tale premessa si rende necessario affrontare la fondamentale questione del significato della espressione: «*cosa altrui*», in quanto dalla soluzione della stessa dipende la possibilità o meno, per il proprietario, di essere chiamato a rispondere del furto, e degli altri reati che sono caratterizzati dalla «altruità» della cosa (oggetto materiale), quando la sua azione venga a ledere gli eventuali diritti che i terzi abbiano sulla cosa stessa.

In particolare, secondo l'orientamento tradizionale è altrui la cosa oggetto di un diritto di proprietà di altra persona.

Al contrario, secondo una diversa concezione, il requisito dell'altruità abbraccerebbe qualsiasi relazione di interesse rilevante secondo le norme del diritto civile tra la cosa sottratta e un soggetto diverso dall'autore del furto. Pertanto, è altrui la cosa oggetto di un diritto di proprietà, ma anche di uso o di godimento, reale o personale ovvero di garanzia. Ne deriva che il proprietario potrà essere sottoposto a sanzione penale per gli abusi compiuti a carico del possessore qualora all'espressione «cosa altrui»

si attribuisca il significato ampio appena riferito (cosa su cui altri abbia diritti di godimento o garanzia); se, invece, per cosa altrui si intenda la «cosa in proprietà di altri», il proprietario, nelle medesime circostanze, andrà esente da pena.

A favore di quest'ultima impostazione, si è rilevato che il termine «altrui», secondo l'interpretazione letterale corrente, significa «di proprietà di altri»; inoltre, si è evidenziato che si incorrerebbe in una contraddizione qualora si considerasse un *bene nello stesso tempo proprio e di altri*.

Si obietta, però, a tali affermazioni che la *cosa* su cui altri abbia un diritto di godimento o di garanzia, pur rientrando nel patrimonio del proprietario, fa *parte anche del patrimonio del titolare del diritto suddetto*; si è rilevato, inoltre, che non può escludersi che *al termine «altrui»* sia attribuito dalla legge penale un *significato diverso* da quello comune.

A favore della tesi restrittiva, oltre al dato letterale, si sono presi in considerazione ulteriori elementi suggeriti dallo stesso codice penale.

L'art. 627 punisce, infatti, il *comproprietario, il socio, o il coerede* che si impossessino della cosa comune, con una *pena più lieve* di quella sancita per il furto *ex art. 624*.

La dottrina (ANTOLISEI) ritiene che tale trattamento di favore non troverebbe giustificazione se la *persona che opera la sottrazione della cosa di sua spettanza* al legittimo possessore rispondesse di furto, perché, nella maggior parte dei casi, in tale ipotesi, *il danno risulta essere di gravità minore* rispetto a quello che si realizza quando si sottrae un bene che appartiene in parte anche ad altri soggetti.

Ancora più significativo è il richiamo alla disciplina dettata dal legislatore all'art. 334 c.p., nel caso del proprietario che sottrae o distrugge la cosa propria sottoposta a sequestro e non affidata alla sua custodia. Anche in tale ipotesi il legislatore ha previsto una pena tenue, sempre sulla base delle considerazioni già effettuate per l'art. 627c.p.

Altra parte della dottrina (MANZINI) ribatte, invece, che tale valutazione non è appropriata in quanto la sottrazione di cose comuni si differenzia dall'ipotesi tipica del furto, trattandosi di reati che presentano *oggettività giuridiche essenzialmente diverse*.



Vi è, poi, un'altra impostazione che prende spunto dall'art. 42 della Costituzione. Si afferma, infatti, che *l'esclusione del proprietario dal novero dei possibili soggetti attivi del delitto di furto contrasterebbe con il disposto dell'art. 42 Cost.* in quanto questo dispone che la proprietà è riconosciuta e garantita allo scopo di assicurarne la funzione sociale e renderla accessibile a tutti, e che, pertanto, sarebbero da considerarsi *illegittime* costituzionalmente le disposizioni della legge ordinaria che autorizzassero il proprietario a rendersi autore di abusi nei confronti di titolari di diritti di godimento o di garanzia.

Per quel che riguarda l'azione esecutiva del reato di furto, questa consiste nell'**impossessamento** della *res* da parte del soggetto attivo, che realizza sul bene sottratto una situazione di possesso, inteso come relazione di fatto tra la persona ed il bene. Secondo la giurisprudenza prevalente, l'impossessamento sarebbe equivalente alla sottrazione del bene, riferendosi tali due concetti, rispettivamente al punto di vista del soggetto attivo e del soggetto passivo. Per la dottrina, invece, la sottrazione costituirebbe un *prius* rispetto al concetto di impossessamento: se in diritto penale per possesso deve intendersi la disponibilità autonoma del bene, l'impossessamento consiste nell'acquisizione di tale disponibilità, e a tale fine non è sufficiente che taluno sottragga una cosa per configurarne l'impossessamento, essendo necessario l'esercizio di una *signoria indipendente* sulla *res* (ANTOLISEI).

### *La truffa*

*Commette il delitto di truffa chiunque con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno.*

Nucleo essenziale del delitto è pertanto l'inganno, sulla cui base la vittima viene indotta dall'agente a compiere un atto, positivo o negativo, che comporta una diminuzione del suo patrimonio, e che non avrebbe compiuto senza la frode dell'agente.

Dottrina prevalente (Antolisei, Fiandaca-Musco) e giurisprudenza dominante individuano nella tutela del patrimonio attuata mediante la tutela della libertà del consenso nei negozi patrimoniali lo scopo della norma.

La truffa presuppone una *condotta fraudolenta* consistente nell'ottenere la cosa altrui o comunque nel conseguire un ingiusto profitto con altrui danno mediante *artifici* o *raggiri*. In particolare, l'artificio consiste nel far apparire come vera una situazione non riscontrabile in realtà laddove il raggiri consiste in un discorso o ragionamento teso ad influire sulla psiche della vittima nel senso di produrre un falso convincimento nella vittima. Gli artifici od i raggiri usati dall'agente devono avere come conseguenza *l'induzione in errore* della persona, errore consistente nella positiva certezza da parte di quest'ultima dell'esistenza di una situazione che in realtà non esiste.

La vittima dell'errore può anche essere come pacificamente si ammette in dottrina e giurisprudenza una persona diversa dal soggetto passivo del reato purché l'ingannato si trovi in una condizione giuridica che lo legittima a compiere atti produttivi di effetti pregiudizievoli sul patrimonio del soggetto danneggiato dalla truffa (Cass., 11-5-1973, n. 5672). A seguito dell'errore cagionato dal comportamento truffaldino dell'agente la vittima deve compiere un atto di disposizione patrimoniale cd. *requisito tacito* della truffa, cioè l'elemento non espressamente previsto dalla norma incriminatrice ma implicitamente supposto (Antolisei). Parte della dottrina (Fiandaca-Musco) afferma che l'inserimento di tale elemento non scritto nella catena causale che sfocia nell'evento lesivo finale riflette la concezione della truffa come delitto modellato sulla cooperazione della vittima in cui lo stesso soggetto ingannato contribuisce a provocare la lesione dei suoi interessi patrimoniali.

L'atto dispositivo compiuto dalla vittima come conseguenza dell'induzione in errore deve provocare alla stessa un *danno patrimoniale*. La dottrina prevalente (Manzini, Antolisei, Fiandaca-Musco) ritiene che il danno debba avere sempre natura patrimoniale che può ravvisarsi anche in qualsiasi atto dispositivo del patrimonio che il soggetto passivo non avrebbe compiuto se fosse stato indotto con frode. Perché si abbia truffa occorre poi che vi sia un effettivo nesso di causalità fra gli artifici o raggiri, l'errore e la determinazione del consenso del truffato all'atto dispositivo. La giurisprudenza ritiene che ai fini della sussistenza del reato di truffa l'idoneità dell'artificio e del raggiri deve essere valutata in concreto, ossia con riferimento diretto alla parti-

colare situazione in cui è avvenuto il fatto, alle modalità esecutive dello stesso, allo stato psichico ed intellettuale della vittima (Cass., 7-10-1999, n. 11441). Al danno della vittima deve corrispondere un ingiusto profitto per il soggetto attivo, profitto che secondo parte della dottrina e la giurisprudenza consolidata può consistere anche in una utilità non patrimoniale o perlomeno in una situazione di vantaggio, eventualmente propedeutica ad una situazione di vantaggio (Cass., 17-7-1998, n. 8433) mentre per altra parte della dottrina (Fiandaca-Musco) ritiene che anche il profitto come il danno deve avere comunque carattere economico sotto forma di un effettivo accrescimento di ricchezza o perlomeno come mancata diminuzione di ricchezza. Il profitto deve essere in ogni caso ingiusto nel senso che non è in alcun modo, né direttamente né indirettamente tutelato dall'ordinamento.

Il delitto di truffa è reato istantaneo di danno e si consuma nel momento in cui l'agente consegue l'ingiusto profitto con altrui danno, anche se tale profitto non corrisponda in toto alla previsione o alla finalità dell'agente.

L'analisi di tale forma di reato pone la necessità di analizzare un'altra ipotesi delittuosa, il reato di insolvenza fraudolenta, la cui previsione costituisce una novità del codice Rocco rispetto alla precedente codificazione. Il reato di insolvenza fraudolenta nacque per incriminare espressamente ed autonomamente rispetto alla truffa alcuni comportamenti che, seppure fraudolenti, non potevano dirsi caratterizzati dagli artifici e raggiri propri della truffa. La frode presa in esame dall'art. 641 è una frode del tutto particolare, caratterizzata da una minore lesività perché il soggetto passivo viene ingannato circa il leale adempimento della prestazione ad opera della controparte. Si tratta anche qui, come per la truffa, di una fattispecie che garantendo l'attuazione del sinallagma contrattuale è volta a tutelare il patrimonio della vittima. Presupposto della condotta è lo stato di insolvenza dell'agente e cioè l'impossibilità economico-finanziaria di adempiere l'obbligazione assunta. La condotta incriminata consta di tre precisi comportamenti che si susseguono logicamente e cronologicamente: la dissimulazione dello stato di insolvenza, la contrazione di un'obbligazione e l'inadempimento della stessa. Per quanto riguarda il concetto di dissimulazione come ha evidenziato una parte della dottrina (Pedrazzi), essa consiste in un

2  
0  
0  
4

comportamento fraudolento capace di mantenere la controparte in uno stato di ignoranza a differenza dell'artificio o del raggiro tipico della truffa che deve invece indurre in errore: «come l'inganno è matrice di errore, così la dissimulazione è matrice di ignoranza».

La condotta di dissimulazione deve riferirsi allo stato di insolvenza dell'agente da intendersi come incapacità di soddisfare le proprie obbligazioni e deve sussistere al momento della condotta, per cui se successivamente viene meno e nonostante ciò il soggetto non adempie, il reato sussisterà ugualmente.

**GIURISPRUDENZA**

Sulla definizione di mezzo fraudolento in generale e sui rapporti tra il furto aggravato e la truffa la casistica giurisprudenziale è molto ricca.

Si segnalano, a titolo esemplificativo, le seguenti sentenze:

- a) In tema di furto aggravato, l'espressione «**mezzo fraudolento**», di cui al n. 2, comma primo, art. 625 cod. pen., comprende **ogni attività fraudolenta o insidiosa**, che sorprenda o soverchi la contraria volontà del detentore della cosa, sicché in esso rientra ogni operazione straordinaria improntata ad astuzia o scaltrezza, diretta ad eludere le cautele ed a rendere vani gli accorgimenti predisposti dal soggetto passivo a difesa delle proprie cose. — Sez. 2 sent. 7840 del 24-7-91 (ud. 27-9-90) rv. 187873.
- b) L'etichetta magnetica inserita su oggetti esposti in grandi magazzini è strumento materiale atto a garantire una più efficace difesa del patrimonio: ne consegue che la sua asportazione, finalizzata al furto dell'oggetto concreta la fattispecie di furto aggravato da violenza sulle cose ove essa ne risulti danneggiata. Infatti, ai fini della configurabilità dell'aggravante in esame, non è necessario che la violenza venga esercitata direttamente sulla res oggetto dell'impossessamento, ben potendosi l'aggravante configurare quando la violenza venga posta in essere nei confronti dello strumento materiale (quale è appunto la placca antitaccheggio magnetica) inserito sulla merce offerta in vendita nei grandi magazzini e destinato ad attivare i segnalatori acustici ai varchi d'uscita. — Sez. 4 sent. 7235 del 19-2-2004 (ud. 16-1-2004) rv. 227348.
- c) Sussiste violazione del principio di correlazione tra l'imputazione e la sentenza quando nei fatti — ivi rispettivamente descritto e ritenuto — non si rinvenga un nucleo comune, identificato dalla condotta, e si instauri quindi un rapporto non di continenza ma di incompatibilità ed eterogeneità. Tale è il rapporto tra **truffa e furto aggravato dall'uso del mezzo fraudolento**, che sotto il profilo della condotta appartengono a generi o categorie diversi e trovano collocazione in distinti capi del titolo del codice penale dedicato ai

delitti contro il patrimonio: la truffa rientra tra quelli commessi con la cooperazione della vittima ed il suo consenso all'atto di disposizione patrimoniale, ottenuto mediante «frode», **il furto** tra quelli consumati «mediante violenza» contro la volontà della vittima e quindi con atto aggressivo unilaterale, a facilitare il quale mirano anche l'artificio o il raggiro. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso la correlazione del reato di furto aggravato dall'uso del mezzo fraudolento, ritenuto in sentenza, con quello di truffa, contestato nell'imputazione). — Sez. 4 sent. 9523 del 22-10-97 (ud. 18-9-97) rv. 208784.

- d) Il criterio distintivo tra il reato di **furto, aggravato dall'uso del mezzo fraudolento**, e il **reato di truffa**, va ravvisato nell'impossessamento mediante sottrazione invito domino che caratterizza il primo e manca nel secondo, nel quale, invece, il trasferimento del possesso della cosa avviene con il consenso del soggetto passivo, consenso viziato da errore per effetto degli artifici e raggiri posti in essere dall'agente. — Sez. 5 sent. 6876 del 1-6-99 (ud. 6-4-99) rv. 213601.
- e) L'elemento differenziale tra il furto aggravato dal mezzo fraudolento e la truffa, nei quali coesistono i due elementi modali della 'vis' e della 'fraus', va ricercato nell'elemento causale prevalente nella fattispecie concreta. Tale elemento consiste in un'espressione di energia fisica nei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose e alle persone, e nell'inganno nei delitti contro il patrimonio mediante frode. Ne consegue che l'occultamento di un oggetto in una confezione contenente originariamente un altro oggetto di minor valore, così da corrispondere un minor prezzo all'operatore di cassa di un supermercato, va qualificato come truffa, in quanto è l'artificio e non l'appropriazione mediante violenza sulla cosa l'elemento causale prevalente. — Sez. 4 sent. 40457 del 29-11-2002 (ud. 26-9-2002) rv. 223199.

#### ISTITUTI PROCESSUALI RILEVANTI

Si veda il quesito n.104

#### Soluzione

Il legale di Tizio dovrà redigere un atto di appello (a Roma) avverso la sentenza di primo grado, il cui motivo principale dovrà vertere sulla richiesta di derubricazione del fatto-reato contenuto in sentenza nella ipotesi più lieve del delitto di truffa, in quanto nella condotta del suo assistito prevale l'elemento della frode rispetto a quello della violenza sulla cosa.

In conseguenza di tale derubricazione il candidato potrà, a quel punto, chiedere la emissione di sentenza di non doversi procedere per difetto di una querela che, dal tenore letterale della traccia, non sembra esistere agli atti.

2  
0  
0  
4

**REDAZIONE DELL'ATTO**

## CORTE DI APPELLO DI ROMA

Il sottoscritto Avv....., del foro di....., con studio in....., via....., nella qualità di difensore di fiducia, come da nomina in calce, del sig. Tizio, nato il....., a....., residente in....., via....., condannato in primo grado per la presunta violazione dell'art.625 c.p., con sentenza n....., del Tribunale in composizione monocratica di Roma, emessa in data....., nel procedimento penale n.....R.G., n.....R.G.N.R.

## DICHIARA

a norma dell'art.571 c.p.p. di proporre impugnazione avverso la suindicata sentenza, perché ingiusta per i seguenti:

## MOTIVI

A) DERUBRICAZIONE DEL FATTO-REATO CONTENUTO IN SENTENZA NELLA PIU' LIEVE IPOTESI DI CUI ALL'ART.640 C.P. E CONSEGUENTE DECLARATORIA DI IMPROCEDIBILITA', AI SENSI DELL'ART.129 C.P.P., PER DIFETTO DI QUERELA

A parere di questa difesa la condotta posta in essere da Tizio va ad integrare il reato di truffa di cui all'art.640 c.p. e non la più grave fattispecie del furto aggravato, sanzionata dall'art.625 c.p.

A conforto di tale impostazione vi sono delle pregnanti considerazioni di carattere giuridico, confortate, peraltro, dalle più recenti posizioni assunte dalla giurisprudenza della Corte di cassazione.

Ed invero, i delitti contro il patrimonio sono stati divisi dal legislatore in due capi separati aventi ad oggetto rispettivamente i delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone ed i delitti contro il patrimonio mediante frode.

La distinzione trova il suo fondamento nel mezzo utilizzato dal soggetto agente per compiere il reato: nei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone la condotta si appaleserà nell'uso di una *vis* (intesa come energia dinamica, forza, prevalenza fisica

sull'altro per appropriarsi di un bene), nei delitti contro il patrimonio mediante frode, invece, la condotta sarà caratterizzata da una *fraus* (intesa come mezzo psichico ingannevole, atto a sviare la libera formazione del consenso altrui, così da conseguire un effetto che nel rispetto delle normali regole non si sarebbe ottenuto).

Tale differenza è, naturalmente, la stessa che caratterizza i rapporti tra il delitto di furto aggravato e quello di truffa, così come affermato anche dalla Suprema Corte la quale, sul punto, ha precisato che il criterio distintivo tra il reato di furto, aggravato dall'uso del mezzo fraudolento, e il reato di truffa, va ravvisato nell'impossessamento mediante sottrazione *invito domino* che caratterizza il primo e manca nel secondo, nel quale, invece, il trasferimento del possesso della cosa avviene con il consenso del soggetto passivo, consenso viziato da errore per effetto degli artifici e raggiri posti in essere dall'agente (Sez. 5, sent. 6876 del 1-6-99).

Orbene, visto che Tizio ha posto in essere sia una *vis* (consistente nella sottrazione e nel successivo occultamento dell'oggetto di maggior valore in una confezione di un prodotto dal prezzo più basso), che una *fraus* (consistita nell'artificio volto ad ingannare la cassiera del grande magazzino), per dare un corretto inquadramento giuridico alla sua condotta è necessaria una valutazione su quale dei due comportamenti debba essere considerato come causalmente prevalente.

A parere di questa difesa, nel caso di specie non può non essere considerato prevalente l'artificio rispetto alla violenza sulla cosa: è, infatti, indubbio che la semplice sottrazione della cosa ed il suo occultamento non sarebbero bastati da soli a conseguire il risultato che Tizio si era prefisso.

Tale ricostruzione è, del resto, supportata da una recente pronuncia della Corte di cassazione (Sez. 4, sent. 40457 del 29-11-2002), che in un caso analogo ha ritenuto sussistente il delitto di truffa e non quello di furto aggravato, sulla scorta delle medesime considerazioni di diritto.

Alla luce di quanto suesposto, questo difensore, data la necessità, ai fini della perseguibilità del delitto di truffa semplice, della esistenza di una valida querela, e preso atto della mancanza agli atti della stessa, chiede emettasi immediata declaratoria di improcedibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

B) MINIMO PENA; CONCESSIONE BENEFICI DI LEGGE

La difesa dell'odierno appellante, in subordine al mancato accoglimento del primo motivo di appello, in virtù anche del non eccessivo



2  
0  
0  
4

disvalore della condotta posta in essere da Tizio, voglia contenere la determinazione della sanzione nei minimi edittali, concedendo altresì all'imputato i benefici di legge, ove ne ricorrano i presupposti.

P.Q.M.

Concludo perché, in riforma dell'impugnata sentenza l'On. Corte di Appello, voglia:

- 1) Ritenere la condotta posta in essere da Tizio come riconducibile nell'alveo dell'art.640 c.p. e, conseguentemente, dichiarare, ai sensi dell'art.129 c.p.p., l'improcedibilità dell'azione penale per difetto di querela;
- 2) In seconda istanza, in via del tutto subordinata al mancato accoglimento del primo motivo, voglia questa Corte applicare il minimo della pena edittale prevista, concedendo inoltre a Tizio i benefici di legge, laddove ne ricorrano i presupposti.

Confidando nell'accoglimento della presente ossequio e ringrazio

Luogo e data.....

Avv.....

#### Nomina e procura speciale

Io sottoscritto....., nato a ....., il .../.../....., residente in ....., imputato nel procedimento penale n.....R.G.N.R, per il reato di ....., nomino mio difensore di fiducia l'Avv....., del foro di....., conferendogli all'uopo ogni facoltà di legge nonché specifico mandato a proporre appello avverso la sentenza n....., emessa dal Tribunale di....., in data.../.../....., e nel suo studio in ....., alla via....., eleggo domicilio; conferisco altresì al predetto difensore il potere di rinunciare in tutto o in parte ai motivi di appello e, con il consenso del P.M., a rideterminare la pena ai sensi dell'art. 599, c. 4, c.p.p.

.....

È autentica

Avv. ....



## ATTO GIUDIZIARIO SU QUESITO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

### QUESITO N. 112

Tizio, docente di ruolo della scuola media superiore, veniva sospeso cautelarmen-  
te dal servizio con D.M. 20/11/1987 - emanato ai sensi dell'art. 91, 1° comma  
del D.P.R. n. 3 del 10/01/1957 - in quanto sottoposto a procedimento penale,  
fino alla conclusione del medesimo procedimento.

Intervenuta la sentenza definitiva che condannava Tizio alla pena della reclusione  
di 1 anno e 4 mesi, con D. M. in data 8/3/1993, veniva revocata la sospensione  
cautelare dal servizio, a partire della *data* del medesimo decreto.

Con lo stesso atto veniva, altresì, disposto che il provveditore curasse «il seguito  
che consegue a carico del docente ai fini disciplinari». Tuttavia, nessun procedi-  
mento disciplinare veniva instaurato nei confronti di Tizio. Successivamente, il  
provveditorato agli studi procedeva alla ricostruzione del trattamento economico  
e giuridico ed alla redazione del progetto di liquidazione dell'indennità di buonu-  
scita in favore dell'insegnante non computando il periodo di sospensione cautela-  
re facoltativa dal servizio.

Tizio si rivolge quindi ad un legale. Il candidato, assunto le vesti del legale, rediga  
l'atto ritenuto più idoneo a salvaguardare le ragioni del proprio assistito.

2  
0  
0  
4

#### ISTITUTI RILEVANTI

L'istituto della sospensione cautelare dal servi-  
zio è disciplinato dagli artt. 91 e 92 del D.P.R.  
3 del 10.01.1957.

L'art. 91, pur se intitolato alla «sospensione cautelare *obbliga-  
toria*», per vero contempla al primo periodo del comma 1 una  
fattispecie di sospensione *facoltativa*, prevedendo che il Ministro  
*possa* allontanare dal servizio l'impiegato sottoposto a procedi-  
mento penale, quando la natura del reato sia particolarmente  
grave. Il successivo art. 92 disciplina, invece, l'ipotesi in cui la  
sospensione sia inserita in un attivato (o attivando) procedimen-  
to disciplinare.

Il provvedimento di sospensione cautelare facoltativa si connota quale atto amministrativo di natura discrezionale, adottato all'esito di un processo valutativo che tenga conto del pregiudizio derivante dalla permanenza in servizio del dipendente pubblico coinvolto in vicende di natura penale o disciplinare, in relazione alla gravità della condotta tenuta ed alla consistenza degli elementi ascritti a carico dell'interessato.

Il provvedimento precauzionale facoltativo cessa i suoi effetti nel momento in cui ha termine il procedimento penale in conseguenza della cui attivazione l'amministrazione ha disposto l'allontanamento cautelativo del dipendente, salvo che ad esso non faccia seguito l'apertura di un procedimento disciplinare. In tal caso, l'art. 97 del D.P.R. 3/1957 cit. dispone che quando la sospensione cautelare sia stata disposta in dipendenza del procedimento penale e questo si concluda con sentenza di proscioglimento o di assoluzione passata in giudicato perché il fatto non sussiste o perché l'impiegato non lo ha commesso, la sospensione è revocata e l'impiegato ha diritto a tutti gli assegni non percepiti, escluse le indennità per servizi e funzioni di carattere speciale o per prestazioni di lavoro straordinario e salva deduzione dell'assegno alimentare eventualmente corrisposto. Diversamente, se il procedimento penale si conclude con sentenza di proscioglimento o di assoluzione passata in giudicato per motivi diversi da quelli contemplati nel comma primo, la sospensione può essere mantenuta qualora venga attivato a carico dell'impiegato un procedimento disciplinare che deve avere inizio entro 180 giorni dalla data in cui è divenuta irrevocabile la sentenza definitiva di proscioglimento od entro 40 giorni dalla data in cui l'impiegato abbia notificato all'amministrazione la sentenza stessa.

Nell'ipotesi in cui il dipendente pubblico sia stato destinatario di un provvedimento di condanna, come nel caso del docente Tizio, l'art. 9 della legge n. 19 del 7 febbraio 2004 dispone che il provvedimento disciplinare debba essere avviato nel termine di 180 giorni dalla data in cui l'amministrazione ha avuto notizia della sentenza irrevocabile.

L'art. 120 del D.P.R. 3/1957 statuisce, infine, che il procedimento disciplinare si estingue quando siano decorsi novanta giorni dall'ultimo atto senza che nessun ulteriore atto sia stato com-

piuto e che l'estinzione determina, altresì, la revoca della sospensione cautelare.

Siffatta caducazione *ex tunc* determina l'insorgere dell'obbligo dell'amministrazione a ricostruire integralmente la posizione giuridica ed economica del dipendente.

Per altro verso, il caso sottoposto coinvolge la problematica, tutt'altro che agevole, relativa al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo per le controversie di lavoro afferenti i pubblici dipendenti.

Com'è noto, infatti, nel contesto di quella che viene correntemente definita come la *privatizzazione* del pubblico impiego, l'art. 45, comma 17, del D.lgs. 31 marzo 1998, n.80 ha previsto la devoluzione al giudice ordinario delle vertenze relative a questioni inerenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998; la medesima norma dispone che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del G.A. e debbono essere proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

Il tenore letterale della disposizione, tuttavia, non è tale da fugare complesse questioni di diritto transitorio, essendo risultato presto evidente come all'elemento temporale del 14 settembre 2000 (riprodotto nella nuova formulazione dell'art. 69, comma 7, del D.lgs. 30 marzo 2001, n.165) non potesse attribuirsi il significato di un termine di decadenza la cui violazione avrebbe impedito sia la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, che al magistrato ordinario, investito di giurisdizione solo per le situazioni successive al 30 giugno 1998.

Prevale, pertanto, l'opinione che le controversie concernenti questioni attinenti al periodo anteriore al 1° luglio 1998 restano di competenza del G.A., ancorché proposte successivamente al 30 settembre 2000, nell'assunto che il termine contenuto nella norma non rivesta natura processuale, risultando piuttosto dettato ai fini della proponibilità della domanda, questione sulla quale non può che pronunciarsi il giudice titolare della giurisdizione, qual è il giudice amministrativo. Diversamente opinando, verrebbe a determinarsi un assetto di inammissibile disponibilità della giurisdizione, consentendo di radicare il potere di *ius*



2  
0  
0  
4

*dicere* non sulla base di criteri oggettivi, bensì sull'elemento temporale di proposizione della domanda, rendendo in tal modo inoperante la previsione legislativa della decadenza sostanziale.

In ordine alle vicende controverse che, nella loro dimensione materialistica, tendono a porsi a cavallo tra il periodo anteriore e quello successivo del 30 giugno 1998, l'orientamento più recente precisa che il riparto debba essere operato con riguardo al dato storico dell'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze poste a fondamento della pretesa avanzata dal ricorrente.

La giurisdizione del giudice amministrativo con riguardo al settore del pubblico impiego rappresentava, fino all'introduzione del nuovo regime di riparto, l'ipotesi di maggiore rilievo della c.d. giurisdizione *esclusiva* del G.A., caratterizzata dalla concentrazione innanzi al medesimo organo giurisdizionale sia delle questioni afferenti diritti soggettivi che di quelle coinvolgenti interessi legittimi.

Tuttavia, se la distinzione tra diritti e interessi non valeva a segnare il discrimine tra G.O. e G.A., essa rivestiva notevole importanza ai fini della disciplina del termine di proponibilità della domanda del pubblico dipendente: infatti, se le censure erano rivolte contro un atto autoritativo della pubblica amministrazione (area tipica di emersione di interessi legittimi) la domanda andava proposta nel termine decadenziale dei 60 giorni; viceversa, se si controverteva di un atto c.d. paritetico (di fronte al quale il privato è titolare di diritti soggettivi), il termine era quello dell'ordinaria prescrizione.

#### GIURISPRUDENZA

- Il «turbamento» che potrebbe derivare dalla ammissione in servizio del dipendente non deve essere ricavato *per relationem* dalla gravità dei fatti addebitati al soggetto, ma deve essere necessariamente analizzato e posto in relazione con la sua personalità, con l'eventuale risonanza e gravità della condotta ascritta, circostanze che costituiscono le cause dell'effetto che si intende scongiurare (Consiglio di Stato, V sez., 10-7-2000 n. 3855); così la presenza in servizio di un soggetto indagato per illeciti penali può indubbiamente creare un clima di non buona operatività (Consiglio di Stato, 6-7-2004 n. 5019).
- L'attribuzione di un effetto definitivo al provvedimento cautelare nel senso di cristallizzare in capo al dipendente una responsabilità per fatti, in ipotesi

sanzionabili penalmente ma irrilevanti sul piano disciplinare, urta contro la funzione propria degli atti cautelari diretti alla conservazione di situazioni giuridiche in attesa della definizione delle stesse in modo permanente ed, inoltre, con insopprimibili esigenze di giustizia (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2-5-2002, n. 2).

- Il secondo comma dell'art. 9 della legge n.19/90 fa decorrere il termine di 180 giorni «dalla data in cui l'amministrazione ha avuto notizia della sentenza irrevocabile di condanna»: non è sufficiente la conoscenza della condanna, ma necessita anche la conoscenza della sua irrevocabilità, cioè del passaggio in giudicato (TAR Marche, 20-1-2003, n. 15).
- La decorrenza del termine di conclusione previsto dall'art. 9 della legge n. 19/1990 determina la perenzione del procedimento disciplinare onde trattasi, con ogni conseguenza di legge sulla ricostruzione del servizio del ricorrente ed il relativo trattamento economico, maggiorato di rivalutazione monetaria ed interessi (TAR Campania, sez. I, 2-8-2000 n. 3102).
- I termini per promuovere l'azione disciplinare (e conseguentemente concludere il procedimento) mirano a garantire la posizione del dipendente e, al tempo stesso, il buon andamento dell'amministrazione; per tali motivi, l'azione disciplinare si deve iniziare tempestivamente, senza ritardi ingiustificati – o peggio arbitrari – rispetto al momento in cui l'amministrazione ha conoscenza della pronuncia irrevocabile di condanna (Corte cost. 12-27 luglio 2000 n. 375; cfr. anche Corte Cost. sentt. nn. 197/1999, 104/1991 e, prima dell'entrata in vigore della legge 19/1990, sent. 1129/1988).
- La data del 15 settembre 2000 non configura un limite alla persistenza della giurisdizione del giudice ordinario, ma il termine di decadenza per la proponibilità della domanda giudiziale (Cass., S.U., 4-5-2004, 8438; conf. Cass. 20-11-2003, n. 17633).
- Il termine del 15-9-2000 individua esclusivamente il termine di decadenza sostanziale per la proposizione delle controversie al g.a. senza nulla innovare in tema di giurisdizione (Tribunale di Crotone, 17-9-2002, n. 1840, nonché Cass., S.U. 27-4-2002, n. 9690).
- Per l'individuazione del giudice competente a decidere le cause di lavoro occorre fare riferimento all'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze poste a fondamento della pretesa avanzata, in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia (Cass., S.U., 4-5-2004, n. 8438, nonché Cass. S.U. 20-11-1999, n. 808, Cass. S.U. 23-11-2000 n. 1323, Cass. S.U. 19-1-2001 n. 10, Cass. 11-1-2001 n. 7856).
- La giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo deve essere in concreto identificata con riferimento all'oggetto della domanda, delineato non in base alla mera prospettazione compiutane dall'interessato, ma alla stregua del *petitum* sostanziale individuato dagli elementi oggettivi che caratterizzano la sostanza del rapporto giuridico posto a fondamento delle pretese (Cass. 23-1-2004, n. 1233).

- La valutazione circa l'attinenza della questione al periodo antecedente al 30.06.1998 va compiuta avendo riguardo agli elementi di fatto che hanno determinato il sorgere del diritto soggettivo asseritamene leso (Tribunale di Catanzaro, 27-2-2004).
- L'art. 69 del D.lgs. 165/01 mantiene ferma la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione a situazioni giuridiche soggettive maturate prima della entrata in vigore del nuovo riparto e, quindi, a pretese riferibili al periodo anteriore alla predetta data (Cass., S.U., 7-3-2003, n. 3512).
- L'art. 45, comma 17, D.Lgs. 80/98, nel definire la disciplina transitoria del trasferimento al giudice ordinario delle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato, utilizza la locuzione volutamente generica e atecnica di «questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro», sicché sarebbe inadeguata una interpretazione della disposizione che affidasse il discrimine temporale del trasferimento delle controversie alla giurisdizione ordinaria a criteri collegati alla data del compimento, da parte dell'amministrazione, dell'atto di gestione del rapporto che abbia determinato l'insorgere della questione litigiosa oppure all'arco temporale di riferimento degli effetti di tale atto o, infine, al momento di insorgenza del diritto in contestazione. Il congiunto riferimento al «periodo» ed alle «questioni» pone, invece, l'accento sul dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze (Cass., S.U., n. 808/99).

#### Soluzione

Preliminarmente, ai fini della individuazione del giudice competente a decidere delle doglianze di Tizio, va rilevato che «il dato storico dell'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze, poste alla base della pretesa avanzata» dal docente è da collocarsi in un momento antecedente al 30 giugno 1998 e pertanto, in considerazione altresì del carattere non processuale del termine del 14 settembre 2000, la richiesta volta all'ottenimento delle spettanze retributive non riconosciute andrà rivolta al giudice amministrativo.

Inoltre, il diritto al riconoscimento degli emolumenti riferiti al periodo di sospensione precauzionale dall'impiego integra gli estremi di un diritto soggettivo di natura patrimoniale, azionabile nel termine prescrizionale.

Tanto premesso, l'atto giudiziario ritenuto più idoneo a salvaguardare le ragioni di Tizio è rappresentato da un ricorso al Tribunale amministrativo territorialmente competente per l'annullamento del provvedimento di ricostruzione del trattamento economico e giuridico e per il contestuale accertamento del diritto al computo del periodo di sospensione facoltativa dal servizio, sostenendo come il mancato rispetto dei termini contenuti nell'art. 9 della L. 19/90 e nell'art. 120 del D.P.R. n. 3 del 1957 abbia determinato l'estinzione del procedimento disciplinare e, con esso, dei provvedimenti cautelari *medio tempore* adottati dalla pubblica amministrazione.

**REDAZIONE DELL'ATTO**

ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

RICORSO

per

Tizio, rappresentato e difeso come da mandato in calce al presente atto dall'avv. Sempronio ed elettivamente domiciliato presso il suo studio sito in Roma alla via Flaminia, 1

contro

Provveditorato degli studi di < .....>, in persona del legale rappresentante ed il Ministero della Pubblica Istruzione, in persona del Ministro in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato e domiciliati per legge in Roma alla via Tiburtina, 1

per l'annullamento

del provvedimento di ricostruzione del trattamento economico e giuridico e della redazione del progetto di liquidazione dell'indennità di buonuscita acquisiti a mezzo comunicazione del < .....>

nonché per la declaratoria

del diritto del ricorrente e per la condanna dell'Amministrazione al riconoscimento del periodo di sospensione cautelare facoltativa dal servizio quale rilevante ai fini del trattamento giuridico ed economico e della liquidazione dell'indennità di buonuscita, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

IN FATTO

Tizio, docente di ruolo della scuola media superiore, veniva sospeso cautelatamente dal servizio con D.M. 20/11/1987 - emanato ai sensi dell'art. 91, 1° comma del D.P.R. n. 3 del 10/01/1957 - in quanto

2  
0  
0  
4

sottoposto a procedimento penale, fino alla conclusione del medesimo procedimento.

Intervenuta la sentenza definitiva che condannava Tizio alla pena della reclusione di 1 anno e 4 mesi, con D. M. in data 8/3/1993, veniva revocata la sospensione cautelare dal servizio, a partire della *data* del medesimo decreto.

Con lo stesso atto veniva, altresì, disposto che il provveditore curasse «il seguito che consegue a carico del docente ai fini disciplinari». Tuttavia, nessun procedimento disciplinare veniva instaurato nei confronti di Tizio. Successivamente, il provveditorato agli studi procedeva alla ricostruzione del trattamento economico e giuridico ed alla redazione del progetto di liquidazione dell'indennità di buonuscita in favore dell'insegnante non computando il periodo di sospensione cautelare facoltativa dal servizio.

#### IN DIRITTO

violazione e falsa applicazione dell'art. 9 della l. 7 febbraio 1990 n. 19 e dell'art. 120 del d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3.

L'art. 9, comma 2°, della legge n. 19 del 07.02.90 dispone che nel caso in cui il procedimento penale si concluda con una sentenza penale di condanna il procedimento disciplinare debba essere avviato nel termine di 180 giorni dalla data in cui l'amministrazione ha avuto notizia della sentenza irrevocabile e concluso nei successivi 90 giorni.

È pur vero che il comma secondo dell'art. 9 L. 19/90 discorre di destituzione, ma è pacifico che la norma sia espressione di un principio più generale attinente ai rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare secondo l'assetto normativo vigente all'epoca dei fatti di cui si controverte.

L'art. 120 del D.P.R. n. 3 del 1957 prevede che il procedimento disciplinare si estingue quando siano decorsi novanta giorni dall'ultimo atto senza che nessun ulteriore atto sia stato compiuto, che il procedimento disciplinare estinto non può essere rinnovato e, per l'effetto che più interessa, che l'estinzione determina altresì la revoca della sospensione cautelare.

Il D.M. che disponeva la revoca della sospensione cautelare dal servizio conferiva mandato al provveditore per l'apertura di procedimento disciplinare a carico di Tizio, ma nessun atto è stato mai in tale direzione adottato.



Non vi è dubbio, pertanto, che il potere di procedere a fini disciplinari si sia estinto in capo all'amministrazione datore di lavoro, per inosservanza di termini della cui perentorietà non è possibile dubitare; altrettanto indubitabile è che la mancata adozione di misura disciplinare determini la caducazione *ex tunc* del provvedimento di sospensione cautelare facoltativa dal servizio con insorgenza in capo alla P.A. dell'obbligo di tenere conto del periodo di allontanamento dall'impiego per tutti gli effetti di legge in ordine alla configurazione del trattamento giuridico ed economico del dipendente.

Le esigenze di civiltà giuridica poste alla base della norma di cui all'art. 9 L. 19/90 (e con essa la *ratio* sottesa) e le ragioni dell'interpretazione, ormai prevalente, nel senso della perentorietà dei termini fissati, possono ben individuarsi ripercorrendo le fasi salienti dell'evoluzione giurisprudenziale-legislativa (nella quale la Corte Costituzionale, con numerose pronunce, ha avuto un forte ruolo propulsivo). In tale contesto il caposaldo è rappresentato dalla sentenza 12 ottobre 1988 n. 971, con la quale la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 85 lett. a) del DPR 10.1.1957 n. 3, nella parte contemplava l'ipotesi della destituzione di diritto, non prevedendo l'apertura e lo svolgimento del procedimento disciplinare. Tale decisione fu di portata tale da porre il freno al disegno di legge governativo (Camera dei Deputati, X leg., n. 1707), con il quale ci proponeva semplicemente di circoscrivere, parzialmente, la destituzione di diritto, escludendola per l'ipotesi di sospensione condizionale della pena. Si posero, pertanto, le basi per la riformulazione, da parte delle Camere, del testo vigente dell'art. 9 della L. 19/90. In tal senso, furono stabilite le due diverse scansioni temporali, di 180 (per la promozione del procedimento) e 90 giorni (per la sua conclusione), assicurando, in tal modo, un congruo lasso di tempo per esaminare, prima, le risultanze processuali culminate nella condanna del dipendente e, successivamente, irrogare la sanzione disciplinare.

Nel medesimo solco la giurisprudenza più autorevole laddove ribadisce come «i termini per promuovere l'azione disciplinare (e conseguentemente concludere il procedimento), mirano a garantire la posizione del dipendente e, al tempo stesso, il buon andamento dell'amministrazione»; per tali motivi, «l'azione disciplinare si deve iniziare tempestivamente, senza ritardi ingiustificati – o peggio arbitrari – rispetto al momento in cui l'amministrazione ha conoscenza della pronuncia irrevocabile di condanna» (Corte Cost., sent. 12-27 luglio 2000 n. 375, nonché Corte

Cost. sentt. nn. 197/1999, 104/1991 e, prima dell'entrata in vigore della legge 19/1990, sent. 1129/1988).

La necessità di garantire lo svolgimento del procedimento, secondo regole precise che ne stabiliscano precise scadenze (limitando così, garantisticamente, lo stato di incertezza in cui versano il pubblico dipendente e la P.A.), ha, per altro verso, sempre più orientato anche il giudice amministrativo nel senso della perentorietà dei termini prefissati (Consiglio di Stato, VI, 4.9.1998 n. 1217).

Il giudice amministrativo si è, inoltre, preoccupato di ricostruire i rapporti tra i termini di cui alla L. 19/90 e quello di cui all'art. 120 del Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, sottolineando come il termine di 90 giorni di cui al D.P.R. rivesta «natura sollecitatoria» (TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 2.8.2000 n. 3102).

Infine, non meno decisiva si presenta l'esame della giurisprudenza in ordine alle conseguenze del mancato rispetto dei termini perentoriamente stabiliti per la promozione del procedimento disciplinare laddove, in un caso analogo a quello che vede coinvolto Tizio, ha disposto che la «decorrenza del ripetuto termine di conclusione previsto dall'art. 9 della legge n. 19/1990 ha determinato la perenzione del procedimento disciplinare onde trattasi, con ogni conseguenza di legge sulla ricostruzione del servizio del ricorrente ed il relativo trattamento economico, maggiorato di rivalutazione monetaria ed interessi» (Tar Campania, Napoli, n. 3102/2000 cit.).

Del resto, indizi risolutivi con riguardo agli effetti retroattivi della vicenda descritta si rinvencono nel medesimo tenore letterale del provvedimento ministeriale con cui viene disposta la revoca della sospensione cautelare dal servizio: è, infatti, pacifico che la revoca, a differenza della cessazione che fa salvi gli effetti prodotti dalla sospensione fino al giorno in cui è rimasta in vigore, obbliga l'amministrazione a ricostruire integralmente *ex tunc* la posizione giuridica ed economica dell'interessato.

Può, nel caso di specie, farsi applicazione analogica del combinato disposto degli artt. 96 e 97 del D.P.R. 3/57 che riconoscono all'impiegato il diritto alla percezione di tutti gli assegni non percepiti, escluse le indennità per servizi e funzioni di carattere speciale o per prestazioni di lavoro straordinario e salva deduzione dell'assegno alimentare eventualmente corrisposto, con ciò consentendo a Tizio di vedere ricostruita la sua posizione economica e giuridica tenendo in conto anche il periodo di sospensione precauzionale dal servizio.

P.Q.M.

Voglia codesto Ecc.mo Tribunale, sulla base delle suesposte considerazioni in punto di fatto e di diritto, annullare il provvedimento del Provveditorato degli Studi di < .....> acquisto a mezzo comunicazione del < .....>, nonché accertare il diritto del ricorrente al riconoscimento del periodo di sospensione cautelare facoltativa dal servizio quale rilevante ai fini del trattamento giuridico ed economico e della liquidazione dell'indennità di buonuscita, oltre interessi e rivalutazione monetaria, con condanna dell'Amministrazione convenuta.

Conseguenze di legge anche in ordine alle spese e agli onorari di giudizio.

Con espressa riserva di motivi aggiunti.

Data

Avv. Sempronio

#### RELATA DI NOTIFICA

L'anno <.....>, il giorno <.....> del mese di <.....>, ad istanza del sig. <.....>, nonché dell'avv. <.....>, io sottoscritto Aiutante Ufficiale Giudiziario addetto all'Ufficio Notificazioni presso la Corte d'Appello di <.....>, ho notificato gli antescritti motivi aggiunti a:

Provveditorato degli studi di < .....>, in persona del legale rappresentante ed il Ministero della Pubblica Istruzione, in persona del Ministro in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato e domiciliati per legge in Roma alla via < .....>



