



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 1 - NUMERO 2 - GENNAIO 2020

L'Editoriale: Pensare, scrivere, comunicare

Approfondimenti

- **Amministrativo:** La soppressione del rito cd. super-accelerato in materia di appalti a confronto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 271/2019
- **Civile:** Nullità del contratto, diverse tipologie e rilievo
- **Penale:** Unità e pluralità di reati.
Controversi rapporti tra fattispecie del'art. 640 bis, 316 bis e 316 ter

Schede di Giurisprudenza

- **Amministrativo:** Esclusione di procedure di affidamento di appalti pubblici T.A.R. Campania, sez. IV, sentenza n 05684/2019
- **Civile:** Diritto alla genitorialità mediante procreazione
Nota a Corte Costituzionale, sentenza 18/06/2019 n. 221
- **Penale:** Vendita al dettaglio di infiorescenza di canapa
Cassazione penale, sez. IV, (udienza 19/7/2019), sentenza del 20/09/2019 n. 38850

Temi Svolti: Premessi cenni sui delitti contro la libertà individuale si tratti dei delitti di tortura e di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro con particolare riguardo ai profili di diritto intertemporale

Pillole di Diritto



Sommario

SOMMARIO.....	2
EDITORIALE	6
Pensare, scrivere, comunicare.....	7
APPROFONDIMENTI	10
Amministrativo	11
La soppressione del rito cd. super-accelerato in materia di appalti a confronto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 271/2019	11
1. La questione	11
2. I dubbi di legittimità costituzionale	11
3. La tesi del Tar Puglia: un modello di giurisdizione eccentrico	12
4. La tesi opposta della Consulta: alla ricerca dell'equilibrio fra effettività della tutela giurisdizionale e legalità dell'azione amministrativa	13
4.1. La natura dell'interesse alla corretta formazione della platea dei concorrenti	14
4.2. I limitati margini di giurisdizione di tipo oggettivo in un sistema a giurisdizione di tipo soggettivo	15
4.3 Sull'onerosità dei costi dell'impugnazione	15
5. Una decisione inaspettata?	16
6. Le sorti delle impugnazioni dei concorrenti nelle mani del legislatore	16
Civile	17
Nullità del contratto, diverse tipologie e rilievo.....	17
1. Nullità: nozione e caratteri.....	17
2. Le diverse tipologie	18
2.1. Nullità assoluta e nullità relativa.....	18
2.2.Nullità originaria e successiva. Nullità pendente o sospesa.....	18
2.3.Nullità totale e nullità parziale.....	19
3. Rilevabilità d'ufficio.....	20
Penale	22
Unità e pluralità di reati. I controversi rapporti tra le fattispecie degli artt. 640-bis, 316-bis e 316-ter c.p... ..	22
1. Questioni e forme fondamentali dell'unità e pluralità di reati.....	22
2. I tre problemi del concorso apparente di norme	26
3. L'evoluzione della giurisprudenza delle S.U. in materia di concorso apparente di norme. Il concetto di "stessa materia"	33
4. Intermezzo: Ne bis in idem sostanziale e processuale.....	35
5. La questione del rapporto tra gli artt. 640-bis e 316-bis c.p. (S.U. 20664/2017, Stalla).....	36
6. La questione del rapporto tra l'art. 640-bis e l'art. 316-ter c.p. (S.U. 16568/2007, Carchivi)	40



SCHEDE DI GIURISPRUDENZA	46
Amministrativo	47
Esclusione da procedure di affidamento di appalti pubblici.	47
TAR Campania, Sezione IV, sentenza n. 05684/2019	47
Fatto	47
Normativa	49
Inquadramento	52
Soluzione	57
Civile	60
Diritto alla genitorialità mediante procreazione	60
Corte Costituzionale, sentenza 18 giugno 2019 n. 221	60
Fatto	60
Normativa	60
Inquadramento	65
Soluzione	67
Osservazione finale	70
Penale	72
Vendita al dettaglio di infiorescenze di canapa	72
Cassazione penale, sezione IV, sentenza n.38850 del 20 settembre 2019	72
Fatto	72
Normativa	73
Inquadramento	76
Soluzione	80
TEMI SVOLTI	84
Premessi cenni sui delitti contro la libertà individuale si tratti dei delitti di tortura e di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro con particolare riguardo ai profili di diritto intertemporale.	85
PILLOLE DI DIRITTO	95
Amministrativo	96
La pillola di diritto del 16 dicembre 2019	96
#attoamministrativoinformatico #garanzie #procedimento	96
La pillola di diritto del 25 gennaio 2020	97
#rinunciaabdicativa #42bis #espropriazioni	97
L'affermazione del principio di legalità	97
Argomenti sistematici che escludono l'effetto acquisitivo	98
Le conseguenze processuali	98



Civile	100
La pillola di diritto del 22 dicembre 2019	100
#2049cc #responsabilitàpadroniecommittenti #contrattodisomministrazione	100
La pillola di diritto del 21 gennaio 2020.....	102
#solidarietà #contrattoautonomodigaranzia	102
Penale	106
La pillola di diritto del 30 dicembre 2019	106
#riciclaggio #consumazione #teorie	106
La pillola di diritto del 15 gennaio 2020.....	109
#colpamedica #primario #posizionedigaranzia #590sexies	109
La pillola di diritto del 23 gennaio 2020.....	112
#nonesigibilità #esimente #384cp #conviventemoreuxorio	112

Anno 1, n. 1, dicembre 2019

Calamus Iuris La Rivista è la rivista dell'Associazione Culturale Calamus iuris, La penna del diritto: una rivista di divulgazione e informazione giuridica, con approfondimenti mirati di diritto, di giurisprudenza e di tecniche di scrittura.

Redazione

Luisa Sarro
Michele Vitiello
Anna Vecchione

Comitato scientifico

Cestaro Luca – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania* – Presidente del Comitato
Pagano Flavio – *scrittore e giornalista*
Carlizzi Gaetano – *Magistrato militare, Giudice del Tribunale Militare di Napoli, abilitato (ASN) quale professore di prima fascia in filosofia del diritto*
Di Vita Gianluca – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania*
Scalfati Adolfo – *Professore di prima fascia di procedura penale, Università degli studi di Roma Tor Vergata*
Gentile Gianluca - *Professore di seconda fascia in diritto penale, Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli*
Catagna Linda – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*
Trotta Giuliana – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Lagonegro*
Carrozzo Danilo – *Magistrato ordinario in tirocinio*
Cerase Pio - *Magistrato ordinario in tirocinio*
Gabutti Carlo - *Magistrato ordinario in tirocinio*
Martello Chiara - *Magistrato ordinario in tirocinio*

indirizzo redazione

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



Editoriale

Pensare, scrivere, comunicare

di Flavio Pagano

In una celebre scena del film *Palombella rossa*, Nanni Moretti ammonisce una giornalista che lo intervista, dicendole: «Chi parla male, pensa male!»

Niente di più vero. Ma chi scrive male si trova in una condizione ancora più beffarda perché, per quanto il suo pensiero possa essere corretto, non potrà trasmetterlo.

Priva di accenti, di intonazioni, di ripetizioni, e priva del supporto multimediale di comunicazione non verbale con cui corrediamo, istintivamente o meno, i nostri discorsi, la forma scritta del pensiero è la più esposta alle insidie di nemici subdolo: il fraintendimento.

L'incapacità di comunicare ad altri, con semplicità e precisione, il proprio pensiero, è in fondo una forma umiliante di autotradimento. Una clamorosa svalutazione delle nostre stesse idee. Una supina accettazione del disordine all'interno del sistema in cui operiamo. Disordine che, naturalmente, può estendersi su scala ad ampie parti di un'intera società, e persino arrivare a contraddistinguere un'intera epoca.

Oggi, purtroppo, c'è molta disattenzione, a tutti i livelli dell'istruzione scolastica, nei confronti della scrittura. E la capacità di

trasmettere il pensiero in linea orizzontale, cioè a chi vive intorno a noi, o verticale, cioè a chi verrà dopo di noi, risulta seriamente compromessa.

Quando ci poniamo il problema della *qualità della scrittura*, siamo erroneamente portati a pensare prima di tutto all'ambito letterario. In qualche modo, insomma, alla bellezza della scrittura.

Ma la *scrittura tecnica* – ad esempio quella giuridica o quella scientifica – è esposta a insidie forse addirittura superiori. Infatti, quelli che spesso si ritengono essere una sorta di scudi protettivi, ad esempio un gergo e un sistema di pensiero altamente specifici, rischiano di produrre l'effetto opposto.

Non bisogna mai dimenticare che la scrittura è in sé un insieme di segni finalizzato alla pura e semplice trasmissione del pensiero, all'insegna di due caratteristiche fondamentali: la chiarezza, e la capacità di sintesi.

Il che vale sommamente per ambiti come quello giuridico, che trovano nella capacità di comunicare un dato sapere all'intera comunità, la loro stessa ragione di esistere.

Secondo il dizionario Treccani, la «scrittura» è «l'insieme dei segni grafici convenzionali con cui si realizza la rappresentazione delle



espressioni linguistiche»: *scrittura ideografica, pittografica, geroglifica, cuneiforme* e, naturalmente, *alfabetica*. La quale a sua volta si esprime in innumerevoli varianti: *scrittura insulare, beneventana, carolina, destrorsa* (non c'è alcunché di politico...), *sinistrorsa* (c. s.), *bustrofedica* (ovvero alternatamente destrorsa e sinistrorsa, e qui l'accostamento alla politica dei nostri giorni sembrerebbe purtroppo ineluttabile...).

Ma Treccani non manca di mettere in evidenza la ricchezza dei modi in cui si può *giudicare una scrittura*, soffermandosi su quello che è il vero mistero del connubio fra i tre elementi che abbiamo individuato: pensare, scrivere, comunicare/essere: *lo stile*.

Non dimentichiamo che la portata di questo tema è tale che Scrittura, con la S, è addirittura sinonimo di Parola di Dio.

Viviamo in un'epoca di parlatori. Ma il linguaggio parlato, specie in una società altamente mediatica come la nostra, è fatalmente ostaggio del più facile qualunquismo e del più infimo sentimentalismo. Si dice, con un'orrenda espressione, «parlare alle pance».

Già, ma che succede se noi non vogliamo fare questo, e vogliamo invece parlare alle menti e alle anime? Che succede se vogliamo parlare alle persone, per spiegare loro la nostra meditata verità, e non per coinvolgerle emotivamente o peggio abbindolarle?

Succede che abbiamo bisogno di padroneggiare lo strumento con il quale ci esprimiamo: la scrittura. E, per metterci nella condizione di adoperarlo nella maniera più efficace, abbiamo bisogno di alcuni esercizi di natura, per così dire, spirituale.

Non è un problema di grammatica o di sintassi, quello che si pone a persone di elevato livello culturale. Ma è un problema di autoscienza della scrittura, di capacità di sviluppare «l'orecchio narrativo», e infine la capacità di rendere oggettivo, il nostro pensiero soggettivo.

Come esempio, abbiamo scelto di fare un piccolo test, utilizzando un brano assai vicino, sotto molti punti di vista, a quello di una «scrittura sacra»: la sentenza di un giudicedella cui sapienza giuridica, è bene preciarlo, nondubitiamo certo.

L'originale suona così:

È questa, a un di presso, la logica che presiede e sorregge la previsione di cui all'art. 21, comma 2 bis, che - di là dalla sua puntuale e specifica disamina esegetica, di cui subito si dovrà passare a dire - è ispirato al criterio della abusività del vantaggio conseguito mediante il proprio fatto doloso (onde si tratta qui, come vale ribadire, di una ordinaria e ragionevole applicazione

del più comprensivo principio che vieta di salvaguardare posizioni di vantaggio conseguite in mala fede: concretando siffatta mala fides - nel consueto senso spiccatamente oggettivo - proprio la "non affidabilità" del fatto, nella sua, altrimenti ordinaria, attitudine a generale legittime aspettative dell'altrui comportamento coerente).

Proviamo a riscrivere questo paragrafo, dimezzando le battute e cercando di tenere presente quanto sin qui detto.

La logica che presiede e sorregge la

previsione di cui all'art. 21, comma 2 bis. è ispirata – al di là della disamina esegetica - al criterio della abusività del vantaggio conseguito mediante fatto doloso. Ed è sorretta dal più ampio principio che vieta di salvaguardare ogni vantaggio conseguito in mala fede, non operando, in tal caso, l'ordinario principio di tutela dell'affidamento.

Le battute si sono dimezzate, il contenuto è rimasto invariato e la sua trasmissione è più rapida, affidabile. E, vorremmo dire, persino più godibile.



Approfondimenti

Amministrativo

La soppressione del rito cd. super-accelerato in materia di appalti a confronto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 271/2019

di *Mariantonietta Milano*

1. La questione

Il recente deposito delle motivazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 271/2019 offre lo spunto per una riflessione ponderata sulla scelta del legislatore di sopprimere il rito cd. super-accelerato in materia di appalti pubblici, introdotto dall'art. 204, comma 1, lettera b) d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) e disciplinato ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis C.p.a. Esso è stato, infatti, oggetto di abrogazione, nelle more del giudizio incidentale di costituzionalità, da parte del d.l. 32/2019, convertito, con modificazioni, in legge n. 55/2019.

Il rito in questione (altrimenti detto “rito super-veloce”, “super-speciale” o “speciale del terzo tipo”) consiste nell'imposizione di un onere, nelle procedure ad evidenza pubblica, di impugnazione tempestiva – nel termine di trenta giorni - dell'atto di ammissione dei competitors alla gara della cui legittimità della partecipazione si dubiti,

pena la preclusione di ogni successiva impugnazione sul punto, anche laddove il concorrente di cui si lamenti la partecipazione alla procedura dovesse, all'esito della stessa, rivelarsi aggiudicatario del contratto. Con l'introduzione di questo rito il legislatore ha, cioè, previsto la totale separazione delle impugnazioni: immediata quella relativa alle caratteristiche dei concorrenti, posticipata all'esito della gara ogni censura relativa alle caratteristiche delle offerte presentate e all'aggiudicazione.

2. I dubbi di legittimità costituzionale

Sin dalla sua introduzione, il rito previsto ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis C.p.a. ha suscitato le perplessità di molti, trattandosi di una evidente e rilevante innovazione rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale precedente. Ratio dell'istituto è la celere definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione, con identificazione stabile e non più discutibile della platea dei concorrenti. Scopo ulteriore del rito ex art. 120, comma 2 bis C.p.a. è quello di porre una pietra tombale sulla annosa questione del ricorso incidentale,

che per lungo tempo ha contrapposto giurisprudenza interna e sovranazionale, radicando l'interesse ad agire contro l'ammissione alla gara dei concorrenti in un momento specifico della procedura.

Il dubbio sorto ha ad oggetto proprio la nozione di interesse ad agire rilevante nel vigente sistema di giustizia amministrativa, imperniato su un processo di tipo impugnatorio – non trascurabile, in questo senso, il rinvio esterno, ex art. 39 C.p.a., anche all'art. 100 c.p.c. -, che mal tollera al suo interno parentesi di giurisdizione oggettiva. E, invero, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza si sono interrogate sul se il legislatore, nell'intento di risolvere ogni questione relativa al cd. effetto perverso del ricorso incidentale, si fosse effettivamente reso conto di aver introdotto un istituto, all'apparenza, palesemente eccentrico rispetto al sistema.

Sulla scorta dei summenzionati dubbi il Tar Puglia, con ordinanze nn. 138/2018 e 141/2018 ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 120, comma 2 bis C.p.a. con riferimento ai parametri di costituzionalità di cui agli artt. 3, 24, 103, 111, 113 e 117 (quest'ultimo con riguardo agli artt. 6 e 13 CEDU), nella parte in cui “onera l'impresa partecipante alla gara

ad impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara”, pena l'incorrere nella preclusione della facoltà di far valere l'illegittimità derivata degli atti successivi della procedura di affidamento, anche con ricorso incidentale, “con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso promosso avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha ommesso di impugnare tempestivamente l'ammissione all'aggiudicazione”.

3. La tesi del Tar Puglia: un modello di giurisdizione eccentrico

Nell'opinione del Tar Puglia è imposta l'impugnazione di un atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo, perlopiù in un termine decadenziale piuttosto stringente e con oneri di carattere economico non trascurabili per il ricorrente (stante l'esosità del contributo unificato), idonea ad incardinare in capo al cittadino la tutela di un mero interesse pubblico, con illegittima deviazione dal dettato costituzionale in tema di effettività della tutela giurisdizionale. Si ritiene, infatti, che il cittadino onerato dell'impugnazione non possa dall'esito eventualmente vittorioso

della stessa trarre alcuna utilità attuale e concreta e che, all'opposto, la sua posizione di partecipante alla gara sia strumentalizzata per il perseguimento di un fine schiettamente pubblicistico come quello della legittimità in sé stessa dell'azione pubblica, la quale non potrebbe in ogni caso risolversi nell'erronea ammissione alla gara di imprese concorrenti prive delle caratteristiche o dei requisiti richiesti dal bando di gara, che è *lex specialis* della procedura, e dalla disciplina generale in tema di evidenza pubblica di cui al Codice dei contratti pubblici.

Di qui l'obiezione dell'introduzione di una porzione di giurisdizione di tipo oggettivo, finalizzata al mero interesse della legalità dell'agere pubblicistico, nell'ambito della giustizia amministrativa. Quest'ultima, invece, impostata com'è sul potere di adire l'Autorità Giudiziaria ex art. 24, comma 1 Cost. nell'interesse del ricorrente, non ammette il sacrificio dell'effettività sostanziale della tutela giurisdizionale ai fini del mero controllo di legalità sull'esercizio di un potere pubblico.

4. La tesi opposta della Consulta: alla ricerca dell'equilibrio fra effettività della tutela giurisdizionale e legalità

dell'azione amministrativa

La decisione della Corte Costituzionale giunge, tuttavia, ad opposte conclusioni, salvando la legittimità dell'art. 120, comma 2 bis C.p.a. E ciò nonostante la sua intervenuta abrogazione, stante la perdurante rilevanza della norma in esame per il contenzioso ed i procedimenti di gara in corso, avviati all'indomani della sua entrata in vigore e prima della sua soppressione. La questione è, quindi, certamente rilevante perché incentrata su di una disposizione normativa che conserva margini di operatività nonché perché offre l'opportunità alla Corte di fare chiarezza sul rapporto fra giurisdizione amministrativa e tutela della legalità dell'azione pubblica.

In primis la Consulta ricostruisce la genesi dell'art. 120, comma 2 bis C.p.a.: esso è stato introdotto per dare attuazione alle direttive 23/2014/UE, 24/2014/UE, 25/2014/UE, le quali delegavano il Governo a revisionare il rito abbreviato già previsto per i giudizi concernenti l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture "anche mediante l'introduzione di un rito speciale" sulle ammissioni dei concorrenti alla gara. Esigenza che scaturiva dalla consapevolezza di una inconciliabilità

profonda della nozione di interesse ad agire nel diritto interno (dove è interesse ad un'utilità concreta ed attuale) e nel diritto eurounitario (dove è interesse ad un'utilità anche solo potenziale) e che aveva determinato l'insorgere di tante incertezze nell'utilizzazione dello strumento del ricorso incidentale, quale contro impugnazione che l'ordinamento amministrativo riconosce al controinteressato il cui interesse ad adire il Giudice sorge soltanto in conseguenza della proposizione dell'impugnazione principale. Tale attuazione è stata operata dal legislatore italiano proprio attraverso l'interpolazione dell'art. 120 C.p.a., accogliendo una logica ulteriormente acceleratoria e con l'elaborazione di un "nuovo modello di contenzioso a duplice scadenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda".

Giova precisare, come in effetti la Corte Costituzionale fa, che il nuovo rito non incide né sulla disciplina delle esclusioni – già ritenute immediatamente lesive nel precedente rito e, conseguentemente, autonomamente impugnabili – né sul provvedimento di proposta di

aggiudicazione – anch'essa pacificamente impugnabile, sebbene non definitiva -, ma solo sulle ammissioni altrui. Queste ultime erano, fino all'introduzione della novella, ritenute contestabili solo al momento dell'aggiudicazione, quando la lesione dell'interesse del concorrente non aggiudicatario manifestava la sua effettività. Palese, in questo senso, la coerenza di tale originaria impostazione, con un sistema di giustizia amministrativa di diritto soggettivo, ovvero incentrato sull'impugnazione del cittadino interessato a ricorrere al Giudice per chiedere il perseguimento di un interesse personale, concreto ed attuale.

4.1. La natura dell'interesse alla corretta formazione della platea dei concorrenti

Eppure, spiega la Corte, la norma in esame non è in sé e per sé irragionevole: il principio di effettività della tutela giurisdizionale non è frustrato dall'aver il legislatore prediletto una soluzione che contemperi questo stesso principio con altri principi anch'essi di rango costituzionale, quali i principi di efficienza, speditezza, economicità e proporzionalità nello svolgimento del procedimento di pubblica gara. La scelta di separazione delle impugnazioni è ritenuta di per sé non

irragionevole, in quanto non indirizzata al mero perseguimento di un fine pubblicistico ma di un interesse di parte, conformemente al modello di giurisdizione amministrativa designato in Costituzione. L'interesse alla corretta formazione della platea dei concorrenti, infatti, non soddisfa un bisogno esclusivamente pubblicistico, ma è un interesse strumentale e procedimentale del cittadino: interesse autonomamente rilevante in quanto proprio e personale del concorrente, per il quale l'altrui erronea ammissione alla gara è idonea ad incidere significativamente sulle chances di aggiudicazione. La tutela di questo interesse personale e strumentale non può dirsi, nell'opinione della Corte Costituzionale, mero espediente per onerare il cittadino del controllo di legalità sull'azione amministrativa.

Così configurata l'utilità perseguibile dalla parte a mezzo dell'impugnazione tempestiva di cui all'art. 120, comma 2 bis C.p.a., non può dirsi che il provvedimento di ammissione dei concorrenti alla gara non sia un atto immediatamente lesivo (come invece sostenuto nelle ordinanze del Tar Puglia), e pertanto autonomamente ed anticipatamente impugnabile.

4.2. I limitati margini di giurisdizione di tipo

oggettivo in un sistema a giurisdizione di tipo soggettivo

La Corte rammenta, infatti, che la giurisdizione amministrativa è sempre – senza eccezioni – rivolta primariamente alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e, *solo mediamente*, al ripristino della legalità dell'agere pubblicistico. Il fine della tutela della legalità può, quindi, essere perseguito entro il perimetro delle esigenze di tutela delle situazioni giuridiche soggettive azionate dal cittadino. Del resto, il diritto di accesso al tribunale è soggetto ad un'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore nella conformazione degli istituti processuali e nella regolazione dei relativi termini di prescrizione e decadenza: costui non è tenuto a far conseguire al cittadino la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, ma deve limitarsi a non compiere scelte arbitrarie e/o irragionevoli che in concreto vanifichino, rendendo impossibile o effettivamente difficile, il diritto all'azione.

4.3 Sull'onerosità dei costi dell'impugnazione

In questo senso, neanche l'obiezione sull'onerosità dei costi di tale impugnazione risulta essere calzante per la Consulta, non essendo stata sollevata apposita questione

incidentale di legittimità costituzionale sulla normativa che impone tali oneri economici: un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale del rito cd. super-accelerato non è in grado di incidere ex se sui costi dei contributi, ma priverebbe soltanto i concorrenti di uno strumento di tutela.

Alla luce di tutto quanto detto, la Corte Costituzionale, con la sentenza in commento, ha dichiarato parzialmente inammissibile e parzialmente infondata la sollevata questione sul rito di cui all'art. 120, comma 2 bis C.p.a., salvandone la legittimità costituzionale.

5. Una decisione inaspettata?

Prima di concludere, un'ultima considerazione: la decisione della Corte non può dirsi del tutto inattesa per il legislatore che ha deciso, nonostante tutto, di procedere alla soppressione del rito. Infatti, già con parere n. 782/2017 la Commissione speciale del Consiglio di Stato aveva suggerito piuttosto di modificare la disciplina dell'art. 120, comma 2 bis C.p.a. anziché di optare per la sua definitiva abrogazione. Inoltre, su questione pregiudiziale di analogo tenore sollevata dal Tar Piemonte, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella causa C-54/18, aveva reso ordinanza del 14 febbraio 2019

con la quale sanciva la compatibilità dell'art.

120, comma 2 bis C.p.a. con i diritti di difesa, giusto processo ed effettività della tutela giurisdizionale previsti dall'ordinamento UE, "a condizione che vi sia effettiva conoscenza delle ragioni poste a fondamento delle ammissioni e delle esclusioni".

6. Le sorti delle impugnazioni dei concorrenti nelle mani del legislatore

Posta, quindi, la legittimità dell'istituto in ogni ramo dell'ordinamento giuridico, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso abolire il rito cd. super-accelerato solo sulla base di sue mutate considerazioni sull'utilità effettiva di tale impugnazione, ritenendola evidentemente non adeguata nell'economia delle procedure ad evidenza pubblica oppure volendo comunque evitare l'eccessiva frammentazione della tutela giurisdizionale. Appare legittimo, tuttavia, domandarsi se, nell'economia di tali discrezionali valutazioni, sia stata tenuta adeguatamente in conto la probabilità di riviviscenza della vexata quaestio in tema di ricorso incidentale e del relativo effetto cd. perverso, questione su cui il legislatore

stesso aveva in origine inteso porre una pietra tombale.

Civile

Nullità del contratto, diverse tipologie e rilievo

di Pio Cerase

1. Nullità: nozione e caratteri

Una definizione comunemente accettata configura come nullo quel negozio (o quella dichiarazione) che per la mancanza o la grave anomalia di elementi costitutivi, non produce gli effetti perseguiti dalle parti.

Le cause di nullità sembrano essere tipicamente definite. L'art. 1418 c.c. elenca: la contrarietà a norme imperative (**nullità virtuale**), la mancanza di uno dei requisiti indicati nell'art. 1325, la illiceità della causa, la illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 (**nullità strutturale**). Aggiunge che il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge (**nullità testuale**).

La nullità è quindi la reazione dell'ordinamento giuridico contro la programmazione negoziale lesiva dei valori giuridici fondamentali; sicché è possibile da un verso che entri in applicazione anche se non prevista da una specifica previsione

legislativa, e dal verso opposto che non entri in applicazione se una norma imperativa violata non è posta a servizio di valori giuridici fondamentali.

Il significato di questa qualificazione negativa affonda le sue radici nella particolare gravità delle anomalie negoziali che producono nullità. Ed infatti, le cause di nullità postulano difetti comunque riferibili alla forma del negozio, ai suoi elementi essenziali, ai suoi requisiti funzionali. La distinzione si fonda sulla esistenza di categorie diverse di norme: norme che attengono alla struttura del negozio e norme che attengono alla sua funzione

Sembra perciò opportuno fissare i caratteri essenziali della nullità richiamando un profilo già messo in evidenza: i negozi nulli sono improduttivi dei loro effetti tipici. La **inefficacia - insenso lato-** è una conseguenza legale delle cause di nullità e come tale è sottratta al potere dispositivo delle parti. Pertanto, **non è consentita la convalida** dell'atto nullo (art.1423 c.c.) e per questo la inefficacia dell'atto nullo si differenzia dalle altre forme di **inefficacia-**

in sensostretto - rispetto alle quali è di regola possibile l'applicazione del principio di disponibilità dei soggetti interessati. Nella prospettiva della indisponibilità vanno collocati anche gli altri caratteri della nullità: la **imprescrittibilità** della relativa azione (art.1422 c.c.) e la **rilevabilità diufficio**(art.1421c.c.).

2. Le diverse tipologie

Secondo le tradizionali classificazioni elaborate dalla dottrina e talora accolte in giurisprudenza, la nullità può ulteriormente caratterizzarsi come **assoluta o relativa, originaria o successiva, totale o parziale, pendente o sospesa**.

2.1. Nullità assoluta e nullità relativa.

La distinzione tra nullità assoluta e nullità relativa ha avuto diverse accezioni dalle quali sono derivate incertezze nella determinazione stessa del concetto di invalidità e dei suoi tipi.

Di tali diverse accezioni quella più accreditata, perché conforme all'inciso iniziale dell'art. 1421 c.c., è quella che fa leva sulla legittimazione ad agire.

La nullità relativa, dunque, è quella che può essere fatta valere solo da determinati soggetti, in quanto è il solo soggetto nel cui interesse è prevista la sanzione a poterla far

valere; mentre assoluta è la nullità che può essere fatta valere da qualunque terzo che abbia interesse a farla dichiarare.

Negli ultimi anni si è assistito a un sempre più assiduo ricorso allo strumento della nullità relativa da parte del legislatore, di pari passo all'utilizzo nella legislazione speciale della nullità come rimedio predisposto per la tutela del contraente debole. In virtù di tale caratteristica, la nullità relativa è anche comunemente definita come nullità di protezione.

Emblematiche in tal senso sono le disposizioni contenute nell'art. 36 del Codice del Consumo in materia di clausole vessatorie, nonché quelle previste dall'art. 2, comma 1 del D.Lgs. 122/2005 in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire.

2.2. Nullità originaria e successiva. Nullità pendente o sospesa.

Altra distinzione presente nella letteratura è quella tra nullità originaria e successiva. Si tratta di un fenomeno che si pone a mezza via tra l'invalidità e l'inefficacia.

La nullità è originaria quando la causa di essa sta nell'atto; successiva, quando il **negozio didurata**, originariamente

conforme al paradigma legale, per una circostanza sopravvenuta perde un suo requisito essenziale.

La categoria dommatica dell'invalidità (*rectius* nullità) successiva o sopravvenuta ha trovato fertile applicazione in materia di contratti bancari e finanziari, come è accaduto per le fidejussioni condizionali o future quando è stato introdotto l'obbligo di determinazione dell'importo massimo garantito (cfr.art. 1938 c.c.).

La nullità sospesa (o pendente) indica, invece, la nullità che può verificarsi a seconda di come si svolgeranno le circostanze del caso concreto (es. vendita di cosa futura, se la cosa non viene ad esistenza, oppure nell'oggetto del contratto, la cui determinazione è devoluta al mero arbitrio del terzo se questi non provvede o non è sostituito). Mentre l'invalidità sopravvenuta presuppone una originaria conformità dell'atto allo schema legale, la invalidità pendente o sospesa postula l'esistenza di un atto del quale originariamente sia incerta la validità.

Il codice attuale contiene una serie di disposizioni che sembrano richiamare ipotesi riportabili al fenomeno della invalidità sospesa. È appena il caso di osservare che si tratta sempre di fattispecie

mancanti di requisiti oggettivi (art. 1349 comma 2, 1347, 1472 comma 2, 1478, 1517 c.c.) o soggettivi (art. 462, 714, 784 c.c.), dalla cui sopravvenienza successiva o dalla cui determinazione, dipende la validità dell'atto, o, nel caso opposto, la sua invalidità.

2.3.Nullità totale e nullità parziale.

La nullità può distinguersi ancora in totale o parziale a seconda che investa il negozio nella sua interezza ovvero soltanto una o più disposizioni particolari o parte di una disposizione.

Nella letteratura non sono molti i contributi tematicamente dedicati alla nullità parziale; di prevalenza se ne è trattato nel quadro generale della nullità. Di recente tuttavia l'argomento ha suscitato interesse soprattutto in ragione del fenomeno sempre più ampio della sostituzione automatica di clausole. Il nostro legislatore, accanto al principio generale della inefficacia del contratto nullo (art. 1418 c.c.), ha stabilito nell'art. 1419 c.c., con apparente contraddittorietà, che il contratto affetto da nullità parziale produce gli effetti riferibili alla parte valida, subordinando il permanere di tale validità ad un giudizio di essenzialità di quella parte o clausola colpita da nullità.



La norma si spiega in funzione del principio di conservazione, sancito dall'art.1367 in materia di interpretazione e che permea l'intera disciplina contrattuale.

3. Rilevabilità d'ufficio.

Secondo quanto esposto sino ad ora ed alla luce dell'inciso finale dell'art 1421 c.c. la nullità è rilevabile d'ufficio dal giudice. Tuttavia, i poteri del giudice sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto devono essere coordinati con il **principio della domandae** della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (artt. 99 e 112 c.p.c.) al fine di evitare che la decisione risulti viziata da ultrapetizione.

Secondo l'analisi più recente della S.C. (*Cass.S.U.n. 26242/2014*) il giudice può rilevare d'ufficio la nullità del contratto non solo quando la sua **validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda**, ma in ogni altro caso in cui la domanda abbia come **presupposto la validità del contratto**. Specificamente il rilievo *ex officio* di una nullità negoziale, sotto qualsiasi profilo ed anche ove sia configurabile una **nullità speciale o di protezione**, deve ritenersi consentito, sempreché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad un'**individuata ragione più liquida**, **in tutte le ipotesi di impugnativa**

negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione).

È appena il caso di sottolineare che i maggiori problemi interpretativi sorgono in relazione al rilievo d'ufficio, ed all'eventuale e successiva di dichiarazione, delle nullità relative di protezione (in considerazione degli interessi particolari ad esse sottese) e della nullità parziale.

Sul primo versante, la Suprema Corte ha avuto modo di specificare che il principio della rilevabilità officiosa delle **nullità negoziali** deve estendersi anche a quelle c.d. **di protezione**, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle prime, tutelando anche esse **interessi e valorifondamentali** — quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) — che trascendono quelli del singolo.

Per quanto concerne il secondo aspetto, invece, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la deduzione in giudizio di una **nullità parziale** del contratto non impedisce al giudice di **rilevare d'ufficio la nullità totale, e viceversa**, ma se, all'esito

della rilevazione, la parte interessata ometta un'**espressa richiesta di accertamento in**

tal senso, l'originaria pretesa azionata deve essere rigettata.



Penale

Unità e pluralità di reati. I controversi rapporti tra le fattispecie degli artt. 640-bis, 316-bis e 316-ter c.p.

di Gaetano Carlini

1. Questioni e forme fondamentali dell'unità e pluralità di reati

1.1. Il tema dell'unità e pluralità di reati è forse il più complesso dell'intero diritto penale. Esso, infatti, non solo costituisce il crocevia di numerosi istituti di parte generale e un fenomeno di frequentissima ricorrenza nei rapporti tra le fattispecie di parte speciale, ma presuppone prima ancora competenze logiche di cui il giurista, a causa della sua formazione tecnico-giuridica, è in genere sprovvisto. Prova ne è il modo superficiale o nebuloso in cui il tema è trattato dalla prevalente manualistica, ancora in gran parte legata ad approcci assiologici ormai superati da diverse recenti pronunce delle Sezioni Unite. La principale eccezione è senz'altro il manuale di F. Mantovani, autore nel 1966 di una monografia su *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, la cui geometrica elaborazione costituisce la migliore trattazione della materia, tanto da aver ispirato autori successivi

(Padovani e G. De Francesco), nonché, tramite questi ultimi, la suddetta giurisprudenza delle Sezioni Unite. Per tali ragioni, il manuale di Mantovani costituirà il punto di riferimento privilegiato dell'analisi seguente, la quale, tuttavia, là dove necessario, procederà alle integrazioni e rettifiche che appariranno opportune (si pensi, per tutte, alla necessità di intendere il concetto di "specialità bilaterale" in termini più ampi e complessi di quelli emergenti dal manuale, peraltro in conformità alla ben più ricca fenomenologia di rapporti tra fattispecie tracciata nella suddetta monografia del 1966).

In linea di estrema sintesi, il problema in esame può essere scomposto in due quesiti:

- 1) a quali condizioni il soggetto, con la sua condotta, viola una volta o più volte la stessa norma?
- 2) a quali condizioni il soggetto, con la sua condotta, viola una sola norma o più norme diverse?

1.2. Le forme della unità e pluralità di reati possono essere individuate proprio rispondendo a questi due quesiti. Seguendo un ordine di complessità crescente, enucleiamo innanzitutto le seguenti forme, che costituiscono altrettante risposte al

primo quesito indicato.

1.2.1. Reato unico con condotta unisussistente. Si ha nel caso in cui una fattispecie criminosa sia realizzata (ovvero integrata) da un unico atto tipico a danno di un unico soggetto passivo. L'unicità di atto e di soggetto passivo è la ragione per cui qui si dà senz'altro unità di reato. Si pensi al caso in cui Tizio dia un solo schiaffo a Caio, così commettendo un solo reato di percosse; oppure al caso in cui Tizio spari un unico colpo di pistola, che uccida solo Caio, così commettendo un solo omicidio.

1.2.2. Reato unico con condotta plurisussistente. Si ha nel caso in cui una fattispecie criminosa appaia integrata da più atti tipici tenuti nello stesso contesto spazio-temporale a danno di un solo soggetto passivo oppure di più soggetti passivi titolari di beni non altamente personali. Questa figura è più controversa, dato che qui il modello di comportamento descritto dalla norma incriminatrice sembra realizzato più volte (a danno dello stesso o di diversi soggetti passivi), con conseguente apparente pluralità di reati. Sennonché, la migliore dottrina ritiene che il duplice requisito della idoneità dei plurimi atti tipici a offendere lo stesso interesse protetto (che si dà nei casi suddetti di unicità di soggetto passivo o di pluralità di soggetti passivi offesi in beni non altamente personali) e del

compimento degli stessi nel medesimo contesto spazio-temporale comportino l'unità di reato, sia pure sulla base di una condotta plurisussistente. Si pensi al caso in cui Tizio dia due schiaffi a Caio, così commettendo un solo reato di percosse (e non, come talora si afferma in giurisprudenza, plurimi reati di percosse avvinti da una fantomatica "continuazione interna"); oppure al caso in cui Tizio sottragga il portafogli di Caio e di Sempronio lo stesso giorno nel medesimo spogliatoio, così commettendo un solo reato di furto (e non plurimi reati di furto, come non di rado afferma la giurisprudenza).

1.2.3. Reato unico previsto da una norma a più fattispecie. Tale figura è espressione del fenomeno delle norme penali miste, le quali contemplano, non già un solo, bensì una pluralità di modelli di comportamento punibile. Ciò spinge a chiedersi se chi, sia pure contestualmente, compie atti che corrispondono a due o più di tali modelli commetta un solo o più reati. Per rispondere al quesito, la dottrina ha distinto – appunto – le norme a più fattispecie dalle disposizioni a più norme. Il primo caso ricorre quando appaiono integrate (in genere) contestualmente più fattispecie criminose previste alternativamente da una stessa norma. Si pensi al caso di Tizio che, minacciando Caio,

dapprima deteriori e poi distrugga il suo vaso, così commettendo un solo reato di danneggiamento. Ovviamente, stabilire se una stessa norma preveda più fattispecie in via alternativa (nel senso suddetto) è una questione interpretativa: si tratta cioè di comprendere se per la norma è indifferente che il bene giuridico sia offeso in maniera ripetuta.

1.2.4. **Reati plurimi in concorso formale omogeneo.** Si hanno nel caso in cui una fattispecie criminosa sia integrata da un unico atto tipico oppure da più atti tipici costituenti un'unica azione (od omissione) a danno di più soggetti passivi titolari di beni altamente personali. Mentre nella prima sottopotesi (unico atto tipico – es.: Tizio lancia una bomba che uccide Caio e Sempronio, così commettendo plurimi omicidi dolosi in concorso formale; oppure invia un'unica email a Mevio e Lucio, in cui dà dei “cretini” a Caio e Sempronio, così commettendo plurime diffamazioni in concorso formale) non sorgono problemi particolari, dato che l'unicità di atto tipico implica necessariamente l'unicità di azione (od omissione) ex art. 81 co.1 c.p., dunque il concorso formale omogeneo, nella seconda sottopotesi (plurimi atti tipici – es.: Tizio dà prima uno schiaffo a Caio e dopo poco uno a Sempronio) ci si chiede a quali condizioni la pluralità di atti tipici commessi a danno di più

soggetti passivi titolari di beni altamente personali costituisca una sola azione (od omissione) nel senso suddetto, anziché plurime azioni foriere di un concorso materiale omogeneo di reati (cfr. § 2.1.5.). Al riguardo si sono profilati due orientamenti. In questo senso, ai fini della sussistenza dell'unicità di azione (od omissione) ex art. 81 co.1 c.p., un primo orientamento, più restrittivo, esige la perfetta contemporaneità degli atti suddetti (l'esempio che si fa è quello del “soggetto esplosivo”, che, grazie alle sue abilità atletiche, riesce a dare contemporaneamente un pugno a Caio e uno a Sempronio; viceversa, nell'esempio immediatamente precedente, in cui Tizio dà prima uno schiaffo a Caio e dopo poco uno a Sempronio, si avrebbe concorso materiale omogeneo di reati); un secondo orientamento, più liberale, si accontenta invece della sostanziale continuità spazio-temporale del contesto in cui i plurimi atti in esame vengono tenuti (sicché nell'esempio più volte addotto di Tizio che dà prima uno schiaffo a Caio e dopo poco uno a Sempronio si avrebbe concorso formale omogeneo)¹.

¹ Al riguardo, è interessante sottolineare un dato che di solito sfugge all'attenzione degli studiosi: mentre il secondo orientamento appena indicato intende il concetto di “contestualità degli atti tipici” allo stesso modo (cioè come mera medesimezza del contesto spazio-temporale di compimento di tali atti) sia che si tratti di distinguere tra reato unico (con condotta plurisussistente) e reati plurimi, sia che si tratti

1.2.5. **Reati plurimi in concorso materiale omogeneo.** Si hanno nel caso in cui una fattispecie criminosa sia integrata da più atti tipici costituenti più azioni od omissioni a danno dello stesso soggetto passivo o di diversi soggetti passivi. Tale ipotesi ha carattere residuale rispetto alle precedenti. Al riguardo è opportuno distinguere le due sottoipotesi prospettate. Nel caso di plurimi atti tipici a danno dello stesso soggetto passivo, affinché si abbia pluralità di azioni è necessario che si dia pluralità di contesti spazio-temporali (es.: Tizio dà a Caio uno schiaffo oggi e uno domani), poiché altrimenti, a prescindere dalla natura dell'interesse offeso, si avrebbe reato unico (con condotta plurisussistente). Invece, nel caso di plurimi atti tipici a danno di diversi soggetti passivi, la pluralità di azioni dipenderà da quale concezione tra quelle esposte nel § 1.2.4 si segua. Più precisamente, se si ritiene che “una sola azione” ex art. 81 co.1 c.p. si abbia solo nel caso di perfetta contemporaneità dei plurimi atti tipici (cfr. l'esempio del “soggetto

esplosivo”), concorso materiale omogeneo si avrà sia che i plurimi atti tipici vengano compiuti in contesti spazio-temporali diversi (es.: Tizio dà oggi uno schiaffo a Caio, domani uno a Sempronio), sia che vengano compiuti nello stesso contesto spazio-temporale ma in successione tra loro (es.: Tizio dà prima uno schiaffo a Tizio e dopo poco uno a Caio); se, per contro, si ritiene che “una sola azione” ex art. 81 co.1 c.p. si abbia tutte le volte che i plurimi atti tipici siano compiuti in un contesto spazio-temporale unitario, concorso materiale omogeneo si avrà solo se i plurimi atti tipici siano compiuti in contesti spazio-temporali diversi (come nel penultimo esempio suddetto).

1.3. Sempre seguendo un ordine di complessità crescente, ulteriori forme di unità e pluralità di reati si possono individuare rispondendo al secondo quesito delineato nel § 1.1, relativo alle condizioni alle quali un soggetto, con la sua condotta, viola una sola norma o più norme diverse.

1.3.1. **Reato unico previsto da una norma in concorso apparente con un'altra.** Si ha nel caso in cui più fattispecie criminose che condividono lo stesso tipo di fatto appaiano integrate da una stessa condotta. Si pensi al caso in cui Tizio porti a casa propria senza pagarla una bottiglia di vino presa nell'enoteca di Caio, così

di distinguere il concorso formale da quello materiale omogeneo di reati, il primo orientamento intende il concetto di “contestualità degli atti tipici” diversamente a seconda che si tratti dell'uno o dell'altro problema appena indicato (infatti: solo ai fini della prima distinzione la contestualità è intesa come mera medesimezza del contesto spazio-temporale di compimento degli atti tipici, mentre, ai fini della seconda, la contestualità è intesa come stretta contemporaneità).

facendo sembrare integrate sia la sottofattispecie di furto semplice *ex* art. 624 co.1 c.p., sia la fattispecie di furto aggravato *ex* art. 625 co.1 n.7 c.p., mentre in realtà integra una sola di queste fattispecie, dato che esse condividono il tipo del furto di cose esposte per necessità alla pubblica fede. A questa forma sono dedicati i paragrafi successivi, sicché possiamo passare a forme ulteriori.

1.3.2. Reati plurimi in concorso formale eterogeneo. Si hanno nel caso in cui fattispecie criminose che non condividono lo stesso tipo di fatto, ma sono in rapporto di interferenza per la condotta, siano integrate, appunto, da una stessa azione (od omissione). Si pensi all'esempio classico del fratello che costringe la sorella a un rapporto carnale, così integrando sia la fattispecie di incesto sia la fattispecie di violenza sessuale.

1.3.3. Reati plurimi previsti da una disposizione a più norme. Si hanno nel caso in cui fattispecie criminose previste cumulativamente da altrettante norme contenute nella stessa disposizione siano integrate in contesti spazio-temporali diversi, oppure nello stesso contesto spazio-temporale. Si pensi al caso di chi dapprima distrugga fraudolentemente la cosa propria *ex* art. 642 co.1 c.p., e poi esageri fraudolentemente il danno *ex* art. 642 co.2 c.p., così

commettendo due reati. La figura in esame si distingue da quella successiva solo perché le plurime norme contemplanti le altrettante fattispecie violate sono contenute nella stessa disposizione (es.: art. 642 c.p.), anziché in disposizioni diverse.

1.3.4. Reati plurimi in concorso materiale eterogeneo. Si hanno nel caso in cui fattispecie criminose diverse siano integrate da più azioni (od omissioni) *ex* art. 81 c.p. Ciò accade o quando le fattispecie, qualunque sia il loro rapporto, siano realizzate in contesti spazio-temporali diversi (nel qual caso la pluralità di azioni od omissioni è evidente), oppure quando le fattispecie, sebbene realizzate nello stesso contesto spazio-temporale, siano in rapporto di incompatibilità o di eterogeneità, tanto da non poter essere realizzate, appunto, con una sola azione (od omissione). Si pensi al caso in cui Tizio oggi derubi Caio e domani lo rapini, oppure commetta l'uno dopo l'altro un falso ideologico in atto pubblico e una rissa.

2. I tre problemi del concorso apparente di norme

2.1. Il primo problema da affrontare in materia di concorso apparente di norme è stabilire quando, in generale,

si dà **concorso di norme *tout court***.

2.1.1. Al riguardo, la migliore dottrina individua due condizioni:

a) la pluralità di norme, essendo inconcepibile il concorso di una norma con sé stessa.

b) l'identità del fatto da esse previsto, che si ha solo quando tra le fattispecie previste dalle due norme in concorso sussista una delle seguenti quattro forme di specialità (unilaterale o reciproca):

b1) specialità *unilaterale*, la quale si può presentare in una delle seguenti due varianti:

b1a) per specificazione, allorché una fattispecie (speciale) presenti tutti gli elementi dell'altra (generale), nonché un elemento che specifica un corrispondente elemento dell'altra (Ab¹ vs. AB). In tal caso si dà coincidenza tra fattispecie (speciale) e sottofattispecie (della fattispecie generale), come, ad es., nel rapporto tra l'ipotesi speciale di furto di cose esposte per necessità alla pubblica fede ex art. 625 co.1 n.7 c.p. una sottofattispecie di furto semplice ex art. 624 c.p. Le due fattispecie, infatti condividono tutti gli elementi costitutivi e differiscono solo sotto il profilo dell'oggetto materiale, che, nel caso del furto semplice è qualunque cosa mobile (*genus*), mentre, nel caso del furto aggravato indicato, è solo la cosa mobile esposta per necessità alla pubblica fede (*species*). Ne deriva che

tutti i casi di furto aggravato sono anche casi di furto semplice, mentre non vale la reciproca.

b1b) per aggiunta, allorché una fattispecie (generale) sia contenuta nell'altra (speciale) come uno dei suoi elementi costitutivi (A vs. AB). In tal caso si dà, appunto, coincidenza tra fattispecie (generale) ed elemento costitutivo (della fattispecie speciale), come, ad es., nel rapporto tra la fattispecie (generale) di furto e la fattispecie (speciale) di rapina. Ne deriva che tutti i casi di rapina sono anche casi di furto, mentre non vale la reciproca.

b2) specialità *bilaterale* (o reciproca), la quale pure si presenta in due varianti:

b2a) specialità bilaterale bilateralmente per specificazione, allorché ciascuna delle due fattispecie, oltre a presentare eventualmente un insieme di elementi comuni, presentino anche un elemento specializzante rispetto all'altra. Ciò che conta in ogni caso è che la condotta sia condivisa dalle due fattispecie o, quanto meno, come capita più spesso, che si presenti in una delle due in forma speciale rispetto alla condotta dell'altra (ABc¹ vs. a¹BC oppure Ab¹ vs. a¹B). In tal caso si dà coincidenza tra sottofattispecie, nel senso che le due fattispecie coincidono per la sottofattispecie costituita dagli eventuali elementi comuni e dai necessari elementi specializzanti

apportati dall'una e dall'altra. Così ad esempio, le fattispecie di percosse e di maltrattamenti contro familiari o conviventi sono tra loro bilateralmente speciali per specificazione perché la prima costituisce una particolare forma della condotta di maltrattamenti, mentre la seconda presenta come elemento specializzante il soggetto passivo, che non è il generico "taluno" dell'art. 581 c.p., ma solo i particolari soggetti indicati dall'art. 572 c.p. Ne deriva che solo alcuni casi di percosse corrispondono ad alcuni casi di maltrattamenti e viceversa.

b2b) specialità bilaterale unilateralmente per specificazione e per aggiunta, allorché delle due fattispecie, che presentano eventualmente un insieme di elementi comuni, una presenti un elemento specializzante rispetto a un corrispondente elemento dell'altra, mentre quest'ultima presenti un elemento aggiuntivo. Anche qui ciò che conta in ogni caso è che la condotta sia condivisa dalle due fattispecie o, quanto meno, come capita più spesso, che si presenti in una delle due in forma speciale rispetto alla condotta dell'altra (a¹B vs. ABC oppure a¹ vs. AB). In tal caso si dà coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare nel senso che una delle due fattispecie costituisce una particolare forma di manifestazione di

un elemento dell'altra (in genere la condotta), la quale, dal canto proprio, presenta uno o più elementi aggiuntivi. Così, ad esempio, le fattispecie di getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.) e di omicidio sono legate da un rapporto di specialità bilaterale unilateralmente per specificazione e per aggiunta, in quanto la prima costituisce una forma particolare di condotta omicidiaria, mentre la seconda, dal canto proprio, presenta l'elemento aggiuntivo costituito dall'evento morte. Ne deriva che solo alcuni casi di getto pericoloso corrispondono ad alcuni casi di omicidio e viceversa.

2.1.2. Alla luce di quanto appena detto circa le relazioni strutturali tra fattispecie che rendono possibile il concorso di norme, quest'ultimo non può mai darsi nelle restanti relazioni, nelle quali si dà dunque concorso di reati:

a) relazione di mera interferenza, che si ha quando le due fattispecie condividono la condotta, mentre presentano per il resto elementi rispettivamente aggiuntivi (AB vs. BC). Così nel rapporto tra le già indicate fattispecie di incesto e di violenza sessuale, che condividono la condotta(es.: artt. 564-609-*bis* c.p.)

b) relazione di eterogeneità, che si ha quando le due fattispecie non condividono neppure un elemento costitutivo (ad eccezione del soggetto

agente) (AB vs. CD). Così nel rapporto tra le fattispecie di falso ideologico in atto pubblico e di rissa.

c) relazione di incompatibilità, che si ha quando ciascuna delle due fattispecie, oltre a condividere eventualmente con l'altra un nucleo di elementi comuni, presenta uno o più elementi incompatibili con quelli dell'altra. Così nel rapporto tra furto, che presuppone l'assenza di possesso della *res* in capo all'agente, e appropriazione indebita, che presuppone invece la sussistenza di tale possesso.

d) relazione tra fattispecie una delle quali sia contenuta in una norma che prevede una cosiddetta clausola di riserva determinata, ossia che ne afferma la sussistenza solo se non sia realizzata altra fattispecie nominativamente richiamata. Così, l'art. 489 c.p. prevede che l'agente risponde di uso di atto falso solo se non sia concorso nella falsificazione dell'atto usato (es. ex comb. disp. artt. 110-476 c.p.).

2.2. Il secondo problema da affrontare in materia di concorso apparente di norme può essere compendiato nel seguente interrogativo: una volta individuato un concorso di norme, **come si stabilisce se esso è davvero apparente?**

La risposta a questa domanda varia a seconda della teoria seguita in materia.

In estrema sintesi, tre sono le teorie che si contendono il campo.

2.2.1. La teoria monista classica, la quale, valorizzando il dato secondo cui la norma fondamentale che il codice dedica al concorso di norme, l'art. 15 c.p., contemplerebbe solo la specialità unilaterale, conclude che concorso apparente può darsi solo tra fattispecie legate da siffatta relazione, peraltro spesso ingiustificatamente ritenuta sussistente solo tra fattispecie poste a tutela dello stesso bene giuridico. Sennonché, data la presenza di numerosi casi non riconducibili a tale schema eppure chiaramente esigenti per motivi di equità la punibilità a un solo titolo di reato, la tesi in esame ha finito per intendere latamente il criterio di specialità unilaterale, ossia come specialità che può darsi non solo in astratto (guardando semplicemente al modo in cui due fattispecie si rapportano tra loro sotto il profilo dei rispettivi elementi costitutivi), ma anche in concreto (guardando al modo in cui esse risultano integrate per effetto delle particolarità del caso da decidere).

Quest'ultimo ampliamento – volto, in sostanza, a ricondurre alla specialità unilaterale, dunque al concorso apparente, casi che le due teorie che ci accingiamo a esaminare risolvono nel senso dell'apparenza secondo altri criteri, valoriali (sussidiarietà e assorbimento) o, rispettivamente,

strutturali (specialità reciproca) – è stato criticato sulla base di un argomento decisivo. Si è infatti osservato che la relazione di specialità, in quanto relazione logica, se davvero sussiste, sussiste già in astratto, mentre non è concepibile soltanto in concreto.

2.2.2. Proprio alla luce dell'osservazione critica appena illustrata e dell'esigenza pure evidenziata di non configurare un concorso di reati in casi nei quali l'equità impone di punire a un solo titolo di reato, altra parte della dottrina (ad esempio: Fiandaca-Musco, Marinucci-Dolcini-Gatta) ritiene che, oltre che nei casi di specialità unilaterale, concorso apparente si dia anche quando le fattispecie che appaiono integrate dallo stesso fatto concreto sono in rapporto di sussidiarietà oppure di assorbimento (o consunzione). Tali teorie si chiamano pluraliste perché, appunto, affermano l'apparenza del concorso o in base al criterio logico della specialità unilaterale o in base ai criteri assiologici appena indicati. Più precisamente, seguendo l'impostazione di Marinucci-Dolcini-Gatta, sussidiarietà si dà tra fattispecie di cui una offende, oltre al bene offeso dall'altra, anche un ulteriore bene oppure offende lo stesso bene giuridico offeso dall'altra, ma in grado diverso. Tale rapporto, che trova

riscontro anche nella relazione al progetto definitivo del codice penale, vale non solo nei casi in cui il legislatore lo preveda attraverso apposite clausole di riserva (cosiddetta sussidiarietà espressa, come, ad esempio, nel rapporto tra le fattispecie di sabotaggio *ex* art. 508 co.2 c.p. e incendio), ma anche, se si ritiene che tali clausole siano espressive di una scelta di sistema, nei casi in cui il legislatore taccia (cosiddetta sussidiarietà tacita, come, ad es., nel rapporto tra le fattispecie di strage e di incendio). D'altro canto, assorbimento (o consunzione) si ha quando, di due fattispecie, una è strettamente funzionale alla realizzazione dell'altra. Assorbimento, valorizzato dall'art. 84 c.p. (interpretato in termini tali da non renderlo un inutile doppione dell'art. 15 c.p.), si dà, ad esempio, nel rapporto tra sequestro di persona e rapina aggravata dal sequestro di persona, sempre che il primo sia realizzato per il tempo strettamente necessario alla realizzazione dell'altra, sussistendo altrimenti concorso tra sequestro e rapina semplice.

2.2.3. Come è evidente, le teorie pluraliste, pur perseguendo il fine lodevole di evitare che fatti sostanzialmente unitari siano puniti due volte a titoli diversi, si avvale di criteri vaghi (sussidiarietà e assorbimento) perché fondati su elementi valutativi. In particolare:

quand'è che una fattispecie offende lo stesso bene giuridico offeso da un'altra, ma in grado diverso? Quand'è che un reato è strettamente funzionale alla commissione di un altro?

L'incertezza ineliminabile che si collega a questi interrogativi ha spinto un'altra parte della dottrina (Mantovani, Padovani e G. De Francesco) a collegare l'apparenza del concorso al solo criterio logico-strutturale di specialità, inteso però come comprensivo non solo della specialità unilaterale (nelle due varianti esaminate § 2.1.1.), ma anche della specialità reciproca (anch'essa intesa nelle due varianti esaminate nel paragrafo appena esaminato). Tale teoria, che costituisce una forma evoluta di monismo, compendia poi le due forme di specialità appena indicate (unilaterale e reciproca) nel superiore principio del *ne bis in idem* sostanziale, che finisce per costituire il principio fondamentale per l'affermazione del concorso apparente di norme, giacché vieta in tutti i casi indicati di addossare due volte lo stesso fatto al suo autore. Più precisamente, il principio del *ne bis in idem* sostanziale costituisce una sorta di principio generale dell'ordinamento, frutto di una ricognizione di tutti quei dati normativi che esprimono, appunto, la scelta legislativa di non punire uno stesso fatto due volte, in base a fattispecie legate da una delle

forme esaminate di specialità unilaterale o reciproca. Ne deriva che, per la teoria in esame, i casi di concorso di norme (ricorrenti a fronte di rapporti di specialità unilaterale o reciproca) coincidono integralmente con i casi di concorso apparente di norme. In breve: ogniquale volta si dà effettivamente concorso di norme, bisogna concludere per la sua apparenza. Prima di esaminare i dati sopra richiamati, è bene evidenziare che essi non coprono tutti i rapporti di specialità riscontrabili nel sistema, i quali, secondo la teoria in esame, vanno nondimeno risolti nel senso dell'apparenza del concorso di norme, dunque ritenendo sussistente un solo reato, ma solo per effetto di un'applicazione analogica del citato principio del *ne bis in idem* sostanziale. Occupiamoci innanzitutto dei principali dati normativi indicati e dei rapporti di specialità da essi coperti:

a) l'art. 15 afferma l'apparenza del concorso, da un lato, nei casi di specialità unilaterale tra fattispecie della stessa legge, dall'altro, di specialità reciproca tra fattispecie di leggi diverse (si pensi, con riguardo a questo secondo ordine di casi, al rapporto tra le fattispecie di resistenza a pubblico ufficiale ex art. 337 c.p. e di violenza o minaccia a un inferiore ex artt. 195/196 c.p.m.p.)

b) le clausole di riserva previste dalle varie norme incriminatrici affermano

l'apparenza nella maggior parte dei casi di specialità reciproca tra fattispecie della stessa legge (soprattutto per coincidenza tra sottofattispecie) (si pensi al già esaminato rapporto tra le fattispecie degli artt. 570 e 572 c.p.).

c) l'art. 84, se riferito anche ai reati eventualmente complessi, cioè ai reati che contengono uno (reati eventualmente complessi in senso lato) o più (reati eventualmente complessi in senso stretto) reati, non già come elemento costitutivo (dunque necessario), bensì come elemento particolare, cioè occasionale, afferma l'apparenza del concorso nei casi di specialità reciproca tra fattispecie della stessa legge (si pensi al rapporto tra le fattispecie di sostituzione di persona e di truffa).

d) l'art. 68 afferma l'apparenza del concorso nei casi di specialità unilaterale e reciproca tra circostanze (si pensi al rapporto tra le ipotesi degli artt. 61 n.6 e 576 n.3 c.p.).

2.2.4. Sempre nella scia della teoria monista più avanzata, particolare attenzione va dedicata ai seguenti casi problematici:

a) reato progressivo. Si ha nei casi di fatti costituenti offesa crescente a uno stesso bene giuridico, commessi sulla base di un'unica deliberazione (es.: sequestro di persona e riduzione in schiavitù). Se si ritiene che tale figura costituisca una specie di reato

(necessariamente o eventualmente) complesso, bisogna concludere per il concorso apparente, secondo quanto detto poco sopra.

b) progressione criminosa. Si ha nei casi di fatti costituenti offesa crescente a uno stesso bene giuridico, commessi sulla base di una pluralità di deliberazioni criminose (es.: percosse e lesioni commesse da parte di chi inizialmente intendeva solo percuotere). In genere si ritiene che tale figura, pur collocandosi a metà strada tra l'unità e la pluralità di reati (della prima ricorre il rapporto di specialità, della seconda la pluralità di deliberazioni), possa essere risolta nel senso dell'apparenza del concorso applicando analogicamente il principio del *ne bis in idem*.

c) antifatto e postfatto non punibile. Si ha nei casi di fatti che costituiscono, rispettivamente, la normale premessa e il normale sbocco di altri fatti. Entrambi vanno inquadrati diversamente a seconda che:

c1) siano risolti espressamente dalla legge nel senso della non punibilità (uso di atto falso e previa falsificazione dell'atto).

c2) diano luogo a un reato eventualmente complesso, con conseguente sussistenza di un concorso apparente di norme, secondo quanto detto più volte in precedenza (es.: violazioni di regole antinfortunistiche e omicidio del

lavoratore).

c3) diano luogo a reati in rapporto di incompatibilità, esplicita o implicita, con conseguente impossibilità di commissione di entrambi i reati (es.: ricettazione e omessa denuncia di cose provenienti da delitto).

c4) diano luogo a reati in rapporto di eterogeneità, con conseguente sussistenza di un concorso di reati, unificabili, al più, nel vincolo della continuazione (ciò vale, ad esempio, a mio avviso, come preciserò nel § 5, nel rapporto tra le fattispecie degli artt. 316-*bis* e 640-*bis*)

2.3. L'ultimo problema da affrontare in materia di concorso di norme suona così: una volta stabilito che il concorso di norme è apparente, **come si individua l'unica norma applicabile?**

Al riguardo, in linea di estrema sintesi, bisogna distinguere diverse ipotesi:

a) nei casi di specialità unilaterale, per specificazione o per aggiunta, la soluzione del quesito è offerta dagli artt. 15 o, rispettivamente, 84 c.p., che impongono di applicare la norma contemplante la fattispecie speciale.

b) nei casi di specialità reciproca tra fattispecie previste da leggi diverse, la soluzione è offerta dall'art. 15 c.p., che impone di applicare la norma della legge speciale (tale ipotesi è in genere ignorata dalla giurisprudenza della Suprema Corte).

c) nei casi di specialità reciproca tra fattispecie una delle quali contiene una clausola di riserva, la norma applicabile è indicata da quest'ultima ("salvo che il fatto costituisca ...").

d) nei casi di specialità reciproca diversi da quelli appena indicati, sorgono seri problemi, essendo entrambe le fattispecie al contempo generali e speciali l'una rispetto all'altra. La soluzione preferibile è quella che fa leva sul trattamento penale più severo, capace di coprire meglio il disvalore di entrambe le fattispecie.

3. L'evoluzione della giurisprudenza delle S.U. in materia di concorso apparente di norme. Il concetto di "stessa materia"

Volendo abbracciare tale evoluzione con una formula di sintesi, può dirsi che, dopo alcune iniziali incertezze, costituite, in particolare, da tre idee – l'unica forma di specialità tra fattispecie concepibile è quella unilaterale; essa può darsi solo nel caso in cui esse offendano lo stesso bene giuridico; concorso apparente può darsi anche tra fattispecie in rapporto di sussidiarietà o di assorbimento –, la giurisprudenza delle Sezioni Unite degli ultimi 25 anni ha via via aderito alla teoria monista

più raffinata, in base alla quale concorso apparente può darsi in tutti i casi di specialità unilaterale e reciproca esaminati in precedenza.

Tale adesione, peraltro, non ha dato luogo ad acquisizioni stabili, essenzialmente per due ragioni. Da un lato, perché in nessuna delle sentenze che ci accingiamo a esaminare le Sezioni Unite trattano in maniera ineccepibile le varie forme di specialità più volte citate e i problemi che ad esse si collegano (perfino la sentenza 1963/11, forse la più puntuale tra quelle in esame, incorre in alcuni gravi fraintendimenti concettuali). In particolare, ciò che colpisce maggiormente è la tendenza a definire il concetto di “specialità bilaterale (o reciproca)” accanto al concetto di “specialità unilaterale”, per poi non impiegarlo affatto o non impiegarlo appropriatamente nella soluzione della concreta questione di concorso in giudizio. L’evoluzione in esame non ha dato luogo ad acquisizioni stabili anche per una seconda ragione. Nonostante la chiara presa di posizione delle Sezioni Unite a favore del nesso concorso apparente di norme-specialità unilaterale o reciproca, nelle pronunce delle sezioni semplici non solo tali forme di specialità sono concepite in modo altrettanto impreciso quanto nelle pronunce delle Sezioni Unite, ma spesso continuano a fare capolino

assunti ormai superati, come quello secondo cui potrebbe darsi specialità in concreto oppure l’apparenza del concorso potrebbe affermarsi anche in base ai criteri assiologici di sussidiarietà o di assorbimento.

Tanto premesso, passiamo in rassegna per rapidi cenni le principali sentenze delle Sezioni Unite in materia di concorso apparente di norme:

a) S.U. 9568/95, La Spina, nell’affrontare la questione del rapporto tra le fattispecie di inosservanza delle prescrizioni inerenti la libertà controllata e violazione della sospensione della patente di guida, ha affermato che concorso apparente si dà solo tra fattispecie che offendono il medesimo bene giuridico.

b) S.U. 22902/01, Tiezzi, nell’affrontare la questione del rapporto tra le fattispecie di uso indebito di carte di credito altrui e truffa, ha affermato che concorso apparente si dà sia nei casi di specialità unilaterale o reciproca sia nei casi di sussidiarietà o di consunzione.

c) S.U. 23427/01, Ndiaye, nell’affrontare la questione del rapporto tra le fattispecie di commercio di prodotti con segni falsi e ricettazione, ha affermato che concorso apparente si dà solo nei casi di specialità *tout court*, con esclusione, dunque, dei casi di assorbimento o consunzione.

d) S.U. 47164/05, Marino,

nell'affrontare la questione del rapporto tra le fattispecie di commercio abusivo di prodotti audiovisivi abusivamente riprodotti e ricettazione, si è allineata alla conclusione della pronuncia appena citata.

e) S.U. 1235/11, Giordano, nell'affrontare la questione del rapporto tra le fattispecie di frode fiscale e truffa ai danni dello Stato, si è orientata anch'esso nel senso appena indicato.

f) S.U. 1963/11, Di Lorenzo, nell'affrontare la questione del rapporto tra le fattispecie di sottrazione di cose sottoposte a sequestro penale e di guida di veicolo sottoposto a sequestro amministrativo, ha finalmente affermato per la prima volta a chiare lettere che concorso apparente si dà solo nei casi di specialità unilaterale, ma anche reciproca, con conseguente esclusione, ancora una volta, dei casi di assorbimento o consunzione.

g) S.U. 20664/17, Stalla-Battilana, nell'affrontare la questione del rapporto tra le fattispecie di malversazione a danno dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, ha ribadito che concorso apparente si dà in tutti i casi di specialità, sia unilaterale sia reciproca, con esclusione ancora una volta dei casi di assorbimento o

consunzione.

h) S.U. 41588/17, La Marca, nell'affrontare la questione del rapporto tra le fattispecie di porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo e porto in luogo pubblico di arma clandestina, ha affermato che concorso apparente si dà solo nei casi di specialità unilaterale o reciproca (ma, a quanto pare e per ragioni non chiare, limitata a quella bilateralmente per specificazione), con esclusione, ancora una volta, dei casi di assorbimento o consunzione.

4. Intermezzo: Ne bis in idem sostanziale e processuale

4.1. Dall'evoluzione appena illustrata, relativa, come detto, al *ne bis in idem* sostanziale, va distinta quella relativa al *ne bis in idem* processuale (art. 649 c.p.p.). I due principi, per quanto affini, si distinguono, in quanto:

a) il primo vieta di *addossare* più volte all'autore uno stesso fatto previsto da diverse norme, il secondo di *giudicare* più volte un imputato per uno stesso fatto.

b) il primo ha carattere sostanziale e riguarda il *tipo di fatto* disciplinato (cosiddetto *idem* legale), mentre il secondo ha carattere processuale e riguarda il *fatto storico* in giudizio (cosiddetto *idem factum*).

4.2. Con riguardo al *ne bis in idem* processuale, enorme importanza riveste la sentenza C. cost. 200/16, occasionata dal processo Eternit-*bis*, nel quale si discuteva se, dopo essere stato prosciolto dai reati di omissione dolosa di cautele e di disastro innominato doloso, il dirigente dell'impresa potesse essere nuovamente giudicato, questa volta per gli omicidi dolosi derivanti dal presunto inquinamento ambientale da lui provocato. Secondo tale pronuncia: a) esso è inteso dalla Corte EDU (in particolare a partire dalla sent. Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zoloutukhine v. Russia) nel senso dell'*idem factum* (che si contrappone all'*idem* legale). Tuttavia, contrariamente a quanto ritenuto dal *giudice a quo*, la Corte EDU non lo limita alla condotta, bensì vi comprende anche l'evento e il nesso causale. In questo senso, se una sentenza si pronuncia su un certo fatto che, pur essendo ascritto a un titolo di reato (es.: disastro innominato doloso), viene descritto in riferimento non solo alla condotta e all'evento che integra quest'ultima (es.: inquinamento devastante di una fabbrica e dell'ambiente circostante), ma anche a ulteriori eventi che si assumono esserne derivati (es.: morti dei lavoratori della fabbrica e di chi abita nei suoi dintorni), non sarà possibile

celebrare un secondo processo incentrato su questi ultimi eventi, sebbene contestati a un titolo diverso (es.: omicidio) da quello fatto valere nel primo processo.

b) malgrado, contrariamente anche qui a quanto ritenuto dal rimettente, le Sezioni Unite seguano sin dal 2005 un orientamento analogo (S.U., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati), vi è pure un orientamento minoritario della giurisprudenza di legittimità che intende il *ne bis in idem* processuale in riferimento all'*idem* legale, con la conseguenza che il giudizio subito per un certo reato (es.: disastro innominato doloso) non impedisce di essere giudicati per altro reato capace di concorrere formalmente con quest'ultimo (es.: omicidio doloso)

c) dunque, l'art. 649 c.p.p. va dichiarato incostituzionale nella parte in cui, come interpretato da una parte della giurisprudenza della Cassazione, non vieta la celebrazione di un nuovo giudizio per un reato formalmente concorrente con altro già giudicato.

5. La questione del rapporto tra gli artt. 640-bis e 316-bis c.p. (S.U. 20664/2017, Stalla)

La questione indicata sarà affrontata, dapprima, esaminando la soluzione data dalle Sezioni Unite, intervenute nel 2017 per dirimere un conflitto



insorto tra le sezioni semplici, poi, facendo rigorosa applicazione del modello monista avanzato, che impone di effettuare un confronto strutturale tra le fattispecie in esame e consiglia di incolonnare l'una accanto

all'altra le serie dei rispettivi elementi costitutivi.

Per esigenze di chiarezza, è opportuno partire dal testo delle norme che contemplano le suddette fattispecie.

Malversazione a danno dello Stato (art. 316-bis c.p.)	Truffa per il conseguim. di erogaz. pubbliche (art. 640-bis c.p.)
Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità Europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni	La pena è della reclusione da due a sette anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee

5.1. Nella citata pronuncia del 2017, le Sezioni Unite muovono dalla seguente questione di diritto: *“Se il reato di malversazione in danno dello stato (art. 316-bis cod. pen.) concorra con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis cod. pen.)”*

I due orientamenti che spingono ad affrontare la questione, entrambi propensi a escludere la sussistenza di un rapporto di specialità, avevano seguito il seguente percorso argomentativo:

a) secondo il primo orientamento le due fattispecie in esame concorrono tra loro. In effetti, posto che il

rapporto di specialità è l'unico rapporto che può dar luogo a concorso apparente tra due norme; posto che tale rapporto presuppone l'identità dei beni tutelati da tali norme; posto che le due norme in esame tutelano beni diversi, come emerge chiaramente dalla loro collocazione sistematica; esse non sono legate da rapporto di specialità e dunque danno luogo a concorso di reati.

b) per il secondo orientamento, invece, le due norme in esame concorrono apparentemente. In questo senso, chiarito che tra le due

relative fattispecie non si ha rapporto di specialità, non tanto perché offendono beni diversi, quanto perché sono strutturalmente diverse, va aggiunto che concorso apparente può darsi anche se tra due fattispecie sussiste un rapporto di sussidiarietà, che ricorre quando esse offendono in misura diversa lo stesso bene. Ora, le fattispecie in esame offendono proprio in misura diversa lo stesso bene, dato che la malversazione costituisce un normale sviluppo del fraudolento conseguimento delle agevolazioni pubbliche.

5.2. La soluzione delle S.U. (nel senso dell'autonomia delle due fattispecie, dunque del concorso di reati)

Gli argomenti addotti dalle due tesi in contrasto sono criticabili, sebbene entrambe contengano elementi di verità. In particolare:

a) da un lato, è vero (come riconosciuto ripetutamente dalle S.U.) che l'unico criterio di individuazione del concorso apparente di norme è quello di specialità, ma è pur vero che esso non dipende dalla identità del bene tutelato, bensì da un confronto strutturale tra le fattispecie;

b) dall'altro lato, è vero quanto appena detto, ma è pur vero che i rapporti tra le due fattispecie non si riducono al caso di ottenimento fraudolento

dell'agevolazione pubblica e successiva malversazione, bensì comprendono anche i casi di ottenimento lecito seguito da malversazione e di ottenimento fraudolento seguito da impiego corretto. Questa multiformità, unita alla diversità dei momenti consumativi dei due reati, dimostra che essi non sono legati rapporto di specialità, e dunque che possono solo concorrere tra loro.

5.3. La soluzione precisa secondo il modello comparativo della teoria monista

La soluzione delle S.U., per quanto corretta, si fonda su un ragionamento meramente casistico, ossia che valorizza il mero dato empirico della molteplicità dei modi in cui le fattispecie in esame si rapportano in concreto. In tal modo, il modello della specialità unilaterale e reciproca, che le Sezioni Unite pure dichiarano in generale di voler utilizzare per stabilire se un concorso di norme ha o non carattere apparente, viene di fatto eluso.

Piuttosto, applicare tale modello significa confrontare i rispettivi elementi costitutivi delle fattispecie indicate, ciò che risulta agevole, come detto, se si procede al loro incolonnamento nei termini seguenti.



	Malversazione a danno dello Stato (art. 316-<i>bis</i> c.p.)	Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-<i>bis</i>)
Sogg. ag.	Estraneo alla p.a. che abbia ottenuto dallo Stato, da altro ente pubblico o dall'UE contributi, sovvenzioni o finanziamenti per realizzare opere o attività di pubblico interesse (S)	Chiunque (G)
Cond.	Omessa destinazione delle suddette agevolazioni già ottenute alle indicate finalità (E)	Artifici o raggiri prodromici all'ottenimento delle sottoindicate agevolazioni(E)
Ev.	---	1) induzione in errore di organo che può erogare o concedere contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre agevolazioni dello stesso tipo comunque denominate, per conto dello Stato, di altri enti pubblici o dell'UE (A), che provoca: 2) erogazione o concessione di tali agevolazioni, con conseguente (A): 3) indebito profitto per l'agente (A) e: 4) pari danno per la p.a. (A)
Nesso caus.	---	Tra gli artifici e il primo degli eventi indicati e tra ciascuno di essi e il successivo (A)
Ogg. mater.	contributi, sovvenzioni o finanziamenti per realizzare opere o attività di pubblico interesse, concessi dagli enti suddetti (S)	Contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre agevolazioni dello stesso tipo, concessi dagli enti suddetti (G)

Legenda

S = elemento specializzante rispetto a un certo elemento dell'altra fattispecie

G = elemento generico rispetto a un certo elemento dell'altra fattispecie

E = elemento eterogeneo rispetto a un certo elemento dell'altra fattispecie

A= elemento aggiuntivo rispetto a un certo elemento dell'altra fattispecie

C = elemento comune alle fattispecie

Alla luce di tale confronto strutturale si può concludere per il seguente inquadramento teorico del rapporto tra le fattispecie in esame. Secondo quanto detto *sub* 2.2.4.c4), esse sono legate da un rapporto (eventuale: cfr. S.U.) di eterogeneità (sotto il profilo determinante della condotta) tra antefatto (truffa) a fatto (malversazione). In altre parole, dato che la condotta di malversazione, intervenendo dopo il conseguimento dei finanziamenti indicati nell'art. 316-*bis* c.p., non ha niente a che fare con la condotta di truffa, che invece presuppone che tale conseguimento non ci sia ancora stato, essendo piuttosto ad esso funzionale, le due fattispecie non possono essere mai integrate propriamente da uno stesso fatto. Ne deriva, in ultima analisi, la configurabilità di un concorso (materiale) di reati, temperabile applicando il regime del reato

continuato.

6. La questione del rapporto tra Part. 640-bis e Part. 316-ter c.p. (S.U. 16568/2007, Carchivi)

Anche tale questione relazionale sarà affrontata, dapprima, esaminando la soluzione data dalle Sezioni Unite, intervenute nel 2007 per dirimere un conflitto insorto tra le Sezioni semplici, poi, facendo rigorosa applicazione del modello monista avanzato, che ancora una volta impone di effettuare un confronto strutturale tra le fattispecie in esame e consiglia di incolonnare l'una accanto all'altra la serie dei rispettivi elementi costitutivi.

Per esigenze di chiarezza, è opportuno partire di nuovo dal testo delle norme che contemplan le suddette fattispecie

Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-ter c.p.)	Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.)
Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640bis , chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l' omissione di informazioni dovute ,	La pena è della reclusione da due a sette anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque

<p>consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è della reclusione da uno a quattro anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri.</p> <p>Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a tremilanovecentonovantanove euro e novantasei centesimi si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da cinquemilacentosessantaquattro euro a venticinquemilaottocentoventidue euro. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito.</p>	<p>denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------

6.1. I due orientamenti in contrasto

Le S.U., nel risolvere la specifica questione se il conseguimento del cd. reddito minimo di inserimento mediante false dichiarazioni sulle proprie condizioni (in quanto misura assistenziale e non puramente economico-finanziaria) integri il reato *ex art. 316-ter*, hanno modo altresì di puntualizzare i rapporti tra tale fattispecie e non solo quella dell'art. 640-*bis*, ma anche quelle degli artt. 640 co.2 n.1) e 483. Esse, come sempre, partono dai due orientamenti in

contrasto formatisi sul punto:

- a) il primo, secondo cui, sia per la *comune terminologia* usata negli artt. 316-*ter* e 640-*bis*, chiaramente ispirata alla legislazione di sostegno, sia per la elevata *gravità delle sanzioni* previste dagli artt. 316-*ter* e 640-*bis*, le erogazioni ivi previste si limiterebbero alle somme concesse a titolo di incentivo delle attività produttive, con esclusione, dunque, del titolo solidaristico;
- b) il secondo, che ritiene che le erogazioni *ex art. 316-ter* siano anche

quelle di carattere assistenziale, sulla base di un triplice argomento. In primo luogo, per la *generica formulazione* dell'art. 316-ter, che fa riferimento a varie misure, senza specificarne affatto il titolo. In secondo luogo, per il *confronto* con la *formulazione* dell'art. 316-bis, che invece specifica i contributi che ne formano oggetto (diretti a favorire la realizzazione di opere o lo svolgimento di attività di pubblico interesse). Infine, per un'*esigenza di proporzionalità*, che vieta di consegnare alla più grave punizione *ex artt. 640 co.2) n.1* fatti, come le indebite percezioni di contributi assistenziali, meno gravi delle indebite percezioni di contributi finanziari, certamente rilevanti *ex art. 316-ter*.

6.2. La soluzione delle Sezioni Unite (sostanzialmente nel senso della incompatibilità tra le due fattispecie, dunque della impossibilità che si realizzino contemporaneamente)

Ciò posto, le S.U. condividono di fatto il secondo orientamento, recependone gli argomenti, salvo l'ultimo, ma affrontano anche la più generale questione del rapporto tra le fattispecie degli artt. 316-ter e 640-bis. Al riguardo, esse recepiscono e precisano la chiara ricostruzione dell'*ord. Corte cost. 95/04*, nei termini seguenti:

a) prescindendo dall'ipotesi di "*omissione di informazioni dovute*",

l'ipotesi di utilizzo di dichiarazioni o documenti falsi può essere concepita in due modi. Il primo è come figura specifica di truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche. Il secondo come figura sussidiaria. La prima configurazione va esclusa, perché comporterebbe la punibilità in misura meno severa (*ex art. 316-ter co. 1*) o addirittura la non punibilità (*ex art. 316-bis co.2*) dei suddetti fatti, in contrasto con la volontà legislativa, che si è formata nel senso della loro punibilità *ex art. 640-bis* e della estensione dell'area di rilevanza penale *ex art. 316-ter c.p.* La seconda configurazione, che è conforme a questa volontà, ritiene che la fattispecie *ex art. 316-bis* sussista in *casi marginali* e diversi rispetto a quelli *ex art. 640-bis*, ossia, oltre che nei casi di *omissione di informazioni dovute*, in quello del *mero mendacio*, ossia della falsità cui non si accompagna l'induzione in errore dell'organo pubblico, dato che l'erogazione da questi accordata si basa sulla sola dichiarazione del soggetto agente di sussistenza dei relativi presupposti, e non sulla esistenza di questi ultimi (che verrà controllata solo eventualmente e in via postuma).

6.3. La soluzione precisa secondo il modello comparativo della teoria monista

Anche qui la soluzione delle S.U., pur

condivisibile in linea di principio, esige di essere precisata secondo il modello comparativo della teoria monista. Ne deriva, ancora una volta, l'opportunità

di incolonnare gli elementi costitutivi delle rispettive fattispecie, nonché di tener conto che quella *ex art. 316-ter c.p.* si suddivide in realtà in due figure.



	Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-ter c.p.)	Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis)
Sogg. ag.	Chiunque (C)	Chiunque (C)
Cond.	- Dichiaraz. o documenti falsi (S) - Omissione informaz. dovute (I)	Artifici o raggiri prodromici all'ottenimento delle sottoindicate agevolazioni(G/I)
Ev.	1) Erogazione di contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni per importo superiore a € 3999,96 (S), da cui deriva: 2) indebito profitto dell'importo suddetto per l'agente (S) e 3) pari danno dell'importo suddetto per la p.a. (S)	1) induzione in errore di organo che può erogare o concedere contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre agevolazioni dello stesso tipo comunque denominate, per conto dello Stato, di altri enti pubblici o dell'UE (A), che provoca: 2) erogazione o concessione di tali agevolazioni, con conseguente (G): 3) indebito profitto per l'agente (G) e 4) pari danno per la p.a. (G)
Nesso caus.	- Tra le dichiaraz. o i documenti falsi e l'erogazione suddetta (S) - Tra l'omiss. di inform. dov. e l'erogaz. sudd. (I)	Tra gli artifici e il primo degli eventi indicati e tra ciascuno di essi e il successivo (G/I)
Ogg. mater.	Contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre agevolazioni dello stesso tipo, concessi dagli enti suddetti (C)	Contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre agevolazioni dello stesso tipo, concessi dagli enti suddetti (C)

Legenda

S = elemento specializzante rispetto a un certo elemento dell'altra fattispecie

G = elemento generico rispetto a un certo elemento dell'altra fattispecie

E = elemento eterogeneo rispetto a un certo elemento dell'altra fattispecie

A = elemento aggiuntivo rispetto a un certo elemento dell'altra fattispecie

C = elemento comune alle fattispecie

I = elemento di una fattispecie, che è incompatibile con un elemento dell'altra

Ne deriva il seguente inquadramento teorico. Posto che la fattispecie di indebita percezione va scomposta in due sottofattispecie: a) la sottofattispecie di indebita percezione **mediante dichiarazioni o documenti falsi**, rispetto alla fattispecie di truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche, è in rapporto di specialità bilaterale unilateralmente per specificazione (condotta, evento e nesso **mediante omissione di informazioni dovute**, rispetto alla fattispecie di truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche, è in rapporto di incompatibilità sotto il profilo della condotta e del nesso causale, con conseguente non configurabilità di un concorso apparente di norme. Ciò sempre che non si ritenga che l'art. 640-*bis* c.p.

causale *ex art. 316-ter*) e unilateralmente per aggiunta (induzione in errore *ex art. 640-bis*). Con riguardo al caso di indebita percezione mediante induzione in errore, del concorso di norme che conseguentemente si instaura è però esclusa a monte l'apparenza dalla clausola di riserva determinata *ex art. 640-bis* c.p., che impone di applicare soltanto quest'ultima norma.

b) la sottofattispecie di indebita percezione possa combinarsi con l'art. 40 co.2 c.p., nel qual caso vale quale detto *sub a*) (specialità bilaterale unilateralmente per specificazione e unilateralmente per aggiunta nelle ipotesi di indebita percezione con induzione in errore, che dà luogo a concorso di norme, di cui è esclusa l'apparenza dalla clausola di riserva determinata *ex art. 640-bis* c.p.).



Schede di Giurisprudenza

Amministrativo

Esclusione da procedure di affidamento di appalti pubblici.

TAR Campania, Sezione IV, sentenza n. 05684/2019

di Simona Persico

Fatto

In materia di appalti pubblici, la stazione appaltante adotta nei confronti di un RTI un provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento di forniture di beni, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La stazione ritiene che in capo alla società mandante del RTI - e perciò al raggruppamento nel suo complesso - siano venuti meno i requisiti richiesti per poter partecipare alla gara. La perdita di questi viene fatta dipendere:

- dallo scioglimento di un contratto di affitto di ramo d'azienda stipulato dalla mandante con altra società poi dichiarata fallita: secondo la stazione appaltante il diritto di recesso dal contratto,

esercitato ai sensi dell'art. 79 l. fall. dal curatore della società affittante, avrebbe dovuto ritenersi immediatamente efficace e perciò produttivo dello scioglimento del contratto di affitto d'azienda una volta giunto nella sfera di conoscibilità dell'affittuario;

- dalla ritenuta estensibilità alla fattispecie concreta dei principi affermati dalla Ad. Pl. con sent. n. 6/2019 in materia di appalto di lavori. Nella menzionata sentenza i giudici chiariscono come anche in caso di scostamento minimo dal requisito di qualificazione richiesto per partecipare alla gara e quantunque nel suo insieme il raggruppamento posseda il requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori, una differenza nella quota di qualificazione, rispetto a quella con la quale in sede di

presentazione dell'offerta si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo, è causa di esclusione dell'intero RTI dalla gara;

- dalla mancata produzione delle dichiarazioni, di cui all'art. 80 cod. Appalti, richieste dal disciplinare di gara anche per gli amministratori dell'impresa affittante il complesso d'azienda e, in ogni caso, dalla perdita dei requisiti morali in capo all'affittante in conseguenza del fallimento e per effetto in capo all'affittuaria e perciò al Raggruppamento.

La mandante e la mandataria del costituendo RTI impugnano innanzi al TAR sia il provvedimento di esclusione, censurandolo sotto numerosi profili e di violazione di legge e di eccesso di potere e chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, sia l'eventuale provvedimento di aggiudicazione, se intervenuto nelle more, in favore della prima graduata.

In particolare, le ricorrenti evidenziano la

violazione dell'art. 83 del cod. app. nonché dei principi di proporzionalità e di *favor participationis*. A parere di queste non sarebbe stata riscontrabile alcuna soluzione di continuità nel possesso dei requisiti ottenuti per effetto del contratto di affitto d'azienda, anche in seguito all'avvenuto fallimento della società affittante. Il recesso, esercitato ai sensi dell'art. 79 l. fall., non sarebbe mai divenuto efficace, poiché di fatto la data della riconsegna del complesso aziendale sarebbe stata più volte posticipata proprio dalla curatela, al fine di consentire l'acquisto del suddetto complesso aziendale da parte dell'affittuaria, determinando, quindi, il permanere della disponibilità materiale dello stesso in capo alla affittuaria.

In ogni caso, il requisito speciale richiesto per partecipare alla gara e consistente in una determinata quota di fatturato sarebbe risultato sussistente in capo all'affittante/mandante anche in assenza della quota derivante dal contratto di affitto d'azienda; l'applicazione, poi, dei principi di cui alla Ad. pl. 6/2019 al caso di specie sarebbe



risultata del tutto arbitraria poiché attinente ad un settore diverso dall'appalto dei servizi e delle forniture quale è quello dell'appalto di lavori.

Le ricorrenti lamentano, poi, l'erronea applicazione degli artt. 80 e 83 co. 9 del cod. app. in riferimento agli amministratori dell'impresa affittante. Se è vero che il disciplinare del bando richiedeva le dichiarazioni di cui all'art. 80 anche per i soggetti della società affittante, è altrettanto vero che tale carenza, se presente, avrebbe dovuto essere oggetto di soccorso istruttorio.

Le difese della stazione appaltante e della società prima graduata sono incentrate sulla immediata efficacia del recesso dal momento in cui questo è entrato nella sfera di conoscibilità dell'affittuario e su una eventuale postergazione soltanto degli effetti dello stesso, di talché il permanere del complesso aziendale nella disponibilità della affittuaria sarebbe stato a mero titolo di detenzione provvisoria. Anche nel caso in cui, poi, il recesso fosse stato revocato, non avendo la revoca efficacia retroattiva, si sarebbe di fatto verificata quella soluzione di

continuità nel possesso dei requisiti che la normativa di settore ed il disciplinare vogliono escludere.

Come se non bastasse, a parere di queste, di per sé il fallimento, conformemente al principio *ubi commodabitur incommoda*, avrebbe rilevato quale autonoma causa di esclusione: il cessionario che per partecipare alle gare pubbliche si avvale dei requisiti favorevoli di altra impresa cedente risente anche delle conseguenze negative dipendenti dalla dichiarazione di fallimento.

All'esito dell'udienza camerale, il Tar accoglie l'istanza cautelare, rilevando come il recesso non avesse inciso sulla disponibilità del complesso aziendale.

Normativa

Art. 45 cod. app.

Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'art. 3, comma 1, lettera p) nonché gli operatori economici stabiliti in altri stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee che, in base alla normativa

dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento dei contratti pubblici, possono partecipare alla procedura di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice.

Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti:

a) [...]

b) [...]

c) [...]

d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b), e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti.

[...].

Art. 80 co. 5 cod .app.

[...]

Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6 qualora:

a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi

infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30 comma 3 del presente codice;

b) l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dagli articoli 110 del presente Codice e 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

[...]

f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere;

[...].

Art. 83 co. 8, 9 cod. app.

[...]

8. Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui



all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. [...]

Art 110 co. 3cod. app.

[...]

Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, possono:

- a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;
- b) eseguire contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.

[...]

Art. 2558 c.c.

Se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale.

Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questi casi la responsabilità dell'alienante.

Le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell'usufruttuario e dell'affittuario per la durata dell'usufrutto e dell'affitto.

Art. 1324 c.c.

Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi



contenuto patrimoniale.

Art. 79 l. fall.

Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro 60 giorni, corrispondendo un equo indennizzo che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'art. 111 n.1.

Inquadramento

Il d. lgs 50/2016 (Cod. appalti), per l'accesso alle procedure di evidenza pubblica, richiede la necessaria sussistenza di determinati requisiti morali (o generali), formali, economico finanziari e tecnico professionali (o speciali); il mancato possesso di questi finisce, in genere, per determinare l'esclusione dalle gare pubbliche. L'art. 80 del Cod. appalti, tra i motivi che necessariamente determinano l'esclusione, individua la carenza dei requisiti morali o di ordine generale, vale a dire di quelle qualità soggettive minime ritenute irrinunciabili, poiché volte ad assicurare affidabilità morale e professionale del concorrente nella

contrattazione con la P.A.; tant'è che, mentre ad eventuali carenze economico finanziarie o tecnico professionali può sopperirsi attraverso peculiari forme di partecipazione che consentono di cumulare le qualità di più operatori economici, ciascun soggetto singolo deve in ogni caso possedere individualmente i requisiti morali richiesti. Giova evidenziare, tuttavia, come nonostante il fallimento, la liquidazione coatta ed il concordato preventivo siano suscettibili, ai sensi del citato art. 80, di privare il soggetto economico dei requisiti morali in parola, ai sensi dell'art. 110 co.3 del Cod. appalti “*il curatore del fallimento, se autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato*”, possono sia proseguire nell'esecuzione di contratti già affidati sia partecipare ex novo alle gare pubbliche. L'art. 80 co. 5 lett. *f-bis* include tra le cause di esclusione la presentazione di dichiarazioni o documentazioni false o non veritiere rispetto a quelle richieste dalla legge e dal bando. In merito, ci si è interrogati sulla riconducibilità a tale

fattispecie anche di eventuali carenze dichiarative o documentali. Tuttavia, con orientamento consolidato la giurisprudenza ha evidenziato come tali carenze non possano equipararsi a dichiarazioni false o non veritiere, in particolare se si considera la sussistenza della procedura del soccorso istruttorio. L'art. 83 co. 9 cod. app., prevede che qualora ricorrano carenze documentali o dichiarative aventi carattere formale non attinenti al contenuto dell'offerta economica o tecnica è possibile sanarle attraverso tale procedura, la quale tende ad *“evitare che irregolarità ed inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare operatori economici meritevoli”* (ex multis cfr Consiglio di Stato, sez. V, 2242/2019). Costituiscono carenze non sanabili quelle attinenti all'offerta, in quanto non suscettibili di avere carattere meramente formale. La ratio di tale previsione si rinviene nella considerazione che, eccettuati i meri errori materiali o i refusi, l'incompletezza o l'inadeguatezza di un documento tecnico non possa mai qualificarsi come carenza formale (cfr ex multis Consiglio di Stato, sez. V,

2069/2018); il soccorso mira all'integrazione di documentazione già prodotta in gara e ritenuta incompleta o irregolare sotto un profilo formale non anche a consentire all'offerente di formare degli atti in una data successiva rispetto a quella di scadenza di presentazione delle offerte (cfr Consiglio di Stato, sez. V, 6005/2018).

Ad ogni modo, la norma richiamata nel comma precedente a quello in cui si occupa del soccorso istruttorio chiarisce come le cause di esclusione abbiano natura tassativa e sia, perciò, fatto divieto agli enti aggiudicatori di prevedere nei bandi o nelle lettere di invito ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle individuate dal codice o dalle altre disposizioni vigenti (cfr art. 83 co.8). Ne deriva che eventuali carenze non rientranti in quelle immediatamente escludenti possono e devono essere oggetto di soccorso istruttorio. D'altra parte, è proprio il principio di proporzionalità, tra quelli di importanza progressivamente crescente nel settore amministrativo, ad esigere che eventuali provvedimenti sfavorevoli

dell'amministrazione, quali sono quelli escludenti, vadano adottati se necessari ed adeguati al fine. Di conseguenza, quando sia possibile la scelta tra più mezzi alternativi ed egualmente idonei al raggiungimento dello scopo, è da preferirsi quello che determini il minor sacrificio per il privato.

All'art. 45, il codice app., nell'individuare le forme di partecipazione ammesse alle procedure di evidenza pubblica, prevede – come accennato sopra – che possano partecipare alle gare operatori economici non solo in forma singola ma anche in forma congiunta o associata tra loro. In tal modo, ciascun operatore singolo può sopperire ad eventuali carenze di requisiti individuali (eccettuate quelle morali, come già chiarito), beneficiando delle qualità possedute dagli altri operatori. Tale previsione può ritenersi un precipitato dei principi, di diretta derivazione europea, di tutela della concorrenza e di massima partecipazione alle gare.

Tra le forme di partecipazione congiunta, quella maggiormente diffusa si realizza attraverso i raggruppamenti

temporanei di imprese (RTI). Sotto il profilo strutturale, tale associazione è fondata su di un rapporto di mandato con rappresentanza finalizzato all'eventuale aggiudicazione e consequenziale esecuzione di appalti pubblici. Si tratta di un mandato gratuito ed irrevocabile, conferito da una o più imprese partecipanti – in tale ultimo caso collettivamente – (mandanti) ad altra impresa (mandataria) che viene così legittimata nei rapporti con la P.A. ad attuare ogni attività giuridica connessa con l'appalto e produttiva di effetti direttamente nei confronti delle imprese mandanti.

I requisiti generali e speciali nelle gare pubbliche devono essere posseduti non soltanto alla data di scadenza per la presentazione della domanda, ma per tutta la durata della procedura senza soluzione di continuità, passando, dunque, per l'aggiudicazione definitiva, la stipula del contratto sino a tutto il periodo di esecuzione dello stesso (cfr Ad. Pl. 8/2015).

Ciò posto, ciascun operatore economico partecipante ad una gara pubblica sia in

forma singola sia congiunta potrà, nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, aver stipulato dei contratti cosiddetti d'impresa, suscettibili di incidere sulle sue qualità e capacità finanziarie e tecnico professionali. Tra questi, molto diffuso nella prassi imprenditoriale è il contratto di affitto di complesso d'azienda o di ramo d'azienda (quale articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata dalle parti contraenti al momento del trasferimento). Con la stipula del contratto in parola, nasce in capo all'affittuario un diritto di godimento sul complesso aziendale, cioè sull'apparato strumentale di cui l'imprenditore si avvale per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale e si verifica, pertanto, il trasferimento del complesso aziendale in capo all'affittuario.

Il codice non contiene una disciplina specifica di tale tipologia contrattuale, prevedendo solamente all'art. 2562 c.c. l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 2561 in materia di usufrutto di azienda anche in caso di affitto, e all'art.

2558 co. 3 c.c. il subentro dell'affittuario nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda, salva diversa pattuizione tra le parti. Proprio tale ultima disposizione consente, ad ogni modo, di poter sostenere per effetto del contratto la successione dell'affittuario nei rapporti contrattuali dell'azienda non aventi carattere personale al pari di quanto avviene nelle ipotesi di alienazione. Per la verità, secondo l'opinione prevalente, una interpretazione estensiva dell'art. 2558 c.c. consente di poter affermare che la successione si produca ogniqualvolta un fatto di natura negoziale voluto dalle parti provochi la sostituzione di un imprenditore ad un altro. A seguito di un contratto di affitto di ramo d'azienda, quindi, l'affittuario subentra nell'eventuale *contratto di appalto pertinente all'azienda affittata, trattandosi di contratto a prestazioni corrispettive non avente, in quanto contratto d'impresa, carattere personale* (cfr Cassaz. Civ., sez. I, 31466/2018).

Giova evidenziare come il proprietario potrà concedere in godimento il bene a titolo di affitto di azienda solo nel caso in cui egli abbia già iniziato l'attività

imprenditoriale, ma anche se al momento della stipula il complesso organizzato di beni oggetto di trasferimento non era in funzione, a causa di una carenza di beni o di una inefficiente organizzazione.

L'interesse alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale spiega come neppure il fallimento determini *tout court* lo scioglimento del contratto di affitto d'azienda. L'art. 79 della l. fall. attribuisce a ciascuna delle parti contraenti il diritto di recedere dietro corresponsione di equo indennizzo qualora, in conseguenza del fallimento, il mantenimento del vincolo contrattuale risulti non più conveniente per una o per entrambe le parti. Si tratta di un diritto attribuito direttamente dalla legge. È appena il caso di sottolineare come nella pratica tale diritto potestativo, che oltre che attribuito dalla legge può essere previsto convenzionalmente dai contraenti, si manifesti con l'adozione di un negozio unilaterale recettizio il cui effetto è l'estinzione del vincolo contrattuale. Esso, dunque, incide sul rapporto obbligatorio ed in questo si differenzia

dalla revoca che, al pari del mutuo dissenso, agisce, eliminandolo, sul precedente negozio e solo come conseguenza mediata sul rapporto. La revoca opererebbe con efficacia retroattiva non così il recesso. Trattandosi di negozio, va da sé come ad esso si applichino le norme sui contratti in generale in virtù del richiamo operato dall'art. 1324 c.c., cioè sia le norme sugli elementi costitutivi sia quelle sull'interpretazione del contratto (cfr artt. 1362, 1363 c.c.). L'interpretazione risulta centrale al fine di individuare la causa di qualsivoglia tipologia negoziale. Questa, secondo la teoria concreta oggi pacificamente accolta, costituisce la realtà pratica sottintesa ad ogni singolo negozio, vale a dire la sua ragione autentica. L'individuazione della funzione o scopo cui in concreto il negozio è finalizzato esige, allora, l'indagine di tutti gli elementi del negozio, sia di quelli primari (individuati dal legislatore), sia di quelli secondari (voluti dalle parti), sia di quelli marginali ma suscettibile di incidere sull'operazione negoziale nel suo

complesso.

Soluzione

Il Tar Napoli evidenzia come l'intera questione controversa ruoti intorno al fallimento dell'impresa affittante il ramo d'azienda alla affittuaria/mandante del RTI. Tutte le motivazioni a sostegno dell'esclusione dalla gara del RTI, poi divenute contestazioni in giudizio, originano proprio dalla dichiarazione di fallimento in parola.

In merito alla perdita dei requisiti morali in capo agli amministratori della affittuaria in conseguenza del fallimento dell'affittante, il Tribunale si prodiga di fornire alcuni chiarimenti.

Posto che, il fine, sotteso all'intera normativa fallimentare, di consentire la conservazione del tessuto imprenditoriale, *non impedisce senz'altro che il compendio aziendale possa essere utilmente impiegato in conseguenza del fallimento*; il codice dei contratti consente, ricorrendo determinate condizioni, al curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa di continuare nell'esecuzione di contratti

già affidati e di partecipare alle gare ex novo (cfr. art. 110 cod. app.).

Il Tribunale amministrativo osserva, quindi, che: l'affitto del ramo d'azienda rientra in quelle tipologie contrattuali che determinano, sul piano operativo, il passaggio della gestione del complesso aziendale da un imprenditore ad un altro; l'eventuale estensione della clausola di esclusione di cui all'art. 80 co.5 lett. b all'affittuaria impedirebbe l'impiego del complesso aziendale, anche quando inserito in un diverso contesto imprenditoriale; una simile conclusione impedirebbe la salvaguardia delle realtà produttive e la tutela della massa dei creditori dell'azienda fallita.

Le cause di esclusione sono tassative, poiché derogatorie rispetto al principio pro-concorrenziale che mira alla più ampia partecipazione alle gare (art. 83 co.8). Per il Tar, allora, il fallimento non determina né la perdita dei requisiti morali in capo agli amministratori dell'affittuaria né si estende a quest'ultima.

Circa, poi, le violazioni di obblighi dichiarativi degli amministratori della

società affittante; la non estensibilità all'affittuaria del fallimento dell'affittante comproverebbe il carattere meramente formale delle carenze dichiarative in parola. Ancora una volta, posta la tassatività delle clausole di esclusione (art. 83 co.8 cod. app.), va da sé come la violazione di obblighi dichiarativi, non riguardanti il contenuto dell'offerta economica o tecnica, non possa determinare l'esclusione del partecipante, rientrando piuttosto nel campo di applicazione del soccorso istruttorio (art. 83 co.9 cod appalti). D'altra parte, *l'obbligo del soccorso istruttorio deriva direttamente dalla legge e costituisce attuazione dei principi di concorrenza, di favor participationis e di proporzionalità.*

Infine, il Tar si concentra sull'operazione negoziale nella quale si inserisce il recesso, così da individuare quale finalità con essa la curatela volesse raggiungere e se di fatto potesse parlarsi di scioglimento del vincolo contrattuale con conseguenziale perdita del requisito speciale in capo al raggruppamento.

I giudici hanno premura di evidenziare come il diritto di recesso vada a

manifestarsi per il tramite di un negozio unilaterale che, in quanto tale, non può e non deve sfuggire, nei limiti della compatibilità, alle regole di interpretazione del contratto (artt. 1324 e 1362 c.c.), a quelle sull'indagine della volontà del recedente e, perciò, all'esame dell'operazione negoziale nel suo complesso (artt. 1363, 1366 c.c.). D'altra parte, l'esame dell'intera operazione consente di decifrare la causa del negozio, da intendersi come causa concreta, rispondente cioè alla funzione pratica che al negozio la parte vuole attribuire.

Secondo i giudici, dall'esame degli atti di causa e dalle modalità con le quali il recesso veniva esercitato emergerebbe la volontà della curatela di subordinare il recesso prima alla eventuale formulazione di una proposta di acquisto e poi all'acquisto definitivo del ramo d'azienda da parte dell'affittuaria. L'intento del curatore, a dire dei giudici, era senza dubbio quello di mantenere l'affittuaria nella piena disponibilità del ramo d'azienda costituente requisito per partecipare alla gara nell'attesa che,

nell'interesse della massa dei creditori, se ne perfezionasse l'acquisto. Avendo mantenuto per tutto il tempo la piena disponibilità del complesso aziendale, non era riscontrabile alcuna soluzione di continuità nel possesso del requisito in capo al Raggruppamento. La piena disponibilità a consentire l'esercizio provvisorio dell'azienda, la volontà di posticipare l'efficacia del recesso e la restituzione del complesso sono ritenuti elementi idonei ad introdurre una condizione sospensiva del recesso, che non aveva prodotto effetti, poiché sospensivamente condizionato al mancato perfezionamento della vendita del complesso aziendale. Pur essendosi modificata rispetto al complesso

aziendale la posizione della affittuaria, poi divenuta promissaria acquirente, non ne è stata intaccata la stabilità della detenzione. La causa concreta dell'intera operazione negoziale era quella *di consentire e, anzi, di favorire il consolidamento della detenzione del complesso aziendale e la sua trasformazione in possesso (c.d. traditio brevi manu)*, pertanto l'esclusione della ricorrente dalla gara è ritenuta illegittima e violativa, in particolare, del principio di proporzionalità.

Alla luce delle esposte considerazioni, il Tar accoglie il ricorso ed annulla gli atti impugnati.



Civile

Diritto alla genitorialità mediante procreazione

Corte Costituzionale, sentenza 18 giugno 2019

n. 221

di Danilo Carrozzzo

Fatto

Una coppia di donne, avvinte dal vincolo di civile unione, presentava istanza alla Azienda Sanitaria Locale territorialmente competente per accedere alle procedure di Procreazione Medicalmente Assistita (d'ora in avanti PMA), nonostante il tenore letterale dell'art. 5, L.40/04, disposizione che riserva tale facoltà alle coppie eterosessuali in età fertile affette da patologia riproduttiva, ritenendo di averne il diritto in base alla più recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità. A fronte del diniego dell'Azienda sanitaria, le istanti proponevano domanda cautelare al Tribunale territorialmente competente, prospettando la fondatezza della propria pretesa a legislazione vigente ed in subordine chiedendo la rimessione della questione di legittimità costituzionale per il vaglio di legittimità della normativa applicabile alla Corte costituzionale. Il

Giudice, ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, rimetteva la decisione alla Consulta.

La Corte nella sentenza in commento decide la questione di legittimità dell'art. 5, l. 40/04, norma che, nel disciplinare i requisiti di accesso alle tecniche di PMA implicitamente impedisce alle coppie (femminili) dello stesso sesso l'accesso a tale prestazione sanitaria, nonché delle norme al contorno, tra le quali l'art. 12 contenente le disposizioni sanzionatorie.

Normativa

Legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)

Art. 1. (Finalità). 1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

Art. 4. (Accesso alle tecniche). 1. Il ricorso alle



tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico. 2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi: a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività; b) consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6. 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Art. 5. (Requisiti soggettivi). 1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Art. 12. (Divieti generali e sanzioni). 1. Omissis. 2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa

pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro. 3- 8 Omissis. 9. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7. 10. L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata.

Costituzione della Repubblica Italiana

Articolo 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Articolo 3. Co 1 Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua], di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Co 2 E` compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori



all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Articolo 31. Co 1 Omissis. Co. 2 (La Repubblica) Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

Articolo 32. Co 1 La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Co 2 Omissis

Articolo 117. 1 La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. 2.e ss. Omissis

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848

Articolo 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare - 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria

alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Articolo 14 .Divieto di discriminazione - Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881

Articolo 21. Ciascuno degli Stati Parti del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione.



Articolo 17.1. Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione.2. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese.

Articolo 23.1. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato.2. Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio.3. Il matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi.4. Gli Stati Parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento, deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria.

Articolo 26. Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la

nascita o qualsiasi altra condizione.

Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18.

Articolo 5 – Uguaglianza e non discriminazione.1. Gli Stati Parti riconoscono che tutte le persone sono uguali dinanzi alla legge ed hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio dalla legge.2. Gli Stati Parti devono vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione giuridica contro ogni discriminazione qualunque ne sia il fondamento.3. Al fine di promuovere l'uguaglianza ed eliminare le discriminazioni, gli Stati Parti adottano tutti i provvedimenti appropriati, per garantire che siano forniti accomodamenti ragionevoli.4. Le misure specifiche che sono necessarie ad accelerare o conseguire de facto l'uguaglianza delle persone con disabilità non costituiscono una discriminazione ai sensi della presente Convenzione.

Articolo 6 – Donne con disabilità.1. Gli Stati Parti riconoscono che le donne e le minori con disabilità sono soggette a discriminazioni multiple e, a questo riguardo, adottano misure per garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e



delle libertà fondamentali da parte delle donne e delle minori con disabilità.² Gli Stati Parti adottano ogni misura idonea ad assicurare il pieno sviluppo, progresso ed emancipazione delle donne, allo scopo di garantire loro l'esercizio ed il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali enunciati nella presente Convenzione.

Articolo 22 – Rispetto della vita privata¹.

Nessuna persona con disabilità, indipendentemente dal luogo di residenza o dalla propria sistemazione, può essere soggetta ad interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, o in altri tipi di comunicazione, o a lesioni illegali al proprio onore o alla propria reputazione. Le persone con disabilità hanno il diritto di essere protette dalla legge contro tali interferenze o lesioni.² Gli Stati Parti tutelano il carattere confidenziale delle informazioni personali, di quelle relative alla salute ed alla riabilitazione delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri.

Articolo 23 – Rispetto del domicilio e della famiglia. 1. Gli Stati Parti adottano misure efficaci ed adeguate ad eliminare le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità in tutto ciò che attiene al matrimonio, alla famiglia, alla paternità e alle relazioni personali, su base di uguaglianza con gli altri, in modo da garantire che:(a) sia riconosciuto il diritto di ogni persona con disabilità, che sia in età per contrarre

matrimonio, di sposarsi e fondare una famiglia sulla base del pieno e libero consenso dei contraenti;(b) sia riconosciuto il diritto delle persone con disabilità di decidere liberamente e responsabilmente riguardo al numero dei figli e all'intervallo tra le nascite e di avere accesso in modo appropriato secondo l'età, alle informazioni in materia di procreazione e pianificazione familiare, e siano forniti i mezzi necessari ad esercitare tali diritti;(c) le persone con disabilità, inclusi i minori, conservino la loro fertilità su base di uguaglianza con gli altri.

Articolo 25 – Salute. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità hanno il diritto di godere del migliore stato di salute possibile, senza discriminazioni fondate sulla disabilità. Gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate a garantire loro l'accesso a servizi sanitari che tengano conto delle specifiche differenze di genere, inclusi i servizi di riabilitazione. In particolare, gli Stati Parti devono:(a) fornire alle persone con disabilità servizi sanitari gratuiti o a costi accessibili, che coprano la stessa varietà e che siano della stessa qualità dei servizi e programmi sanitari forniti alle altre persone, compresi i servizi sanitari nella sfera della salute sessuale e riproduttiva e i programmi di salute pubblica destinati alla popolazione;(b) fornire alle persone con disabilità i servizi sanitari di cui hanno necessità proprio in ragione delle loro disabilità, compresi i servizi di diagnosi precoce e di intervento d'urgenza, e i servizi destinati a ridurre



al minimo ed a prevenire ulteriori disabilità, segnatamente tra i minori e gli anziani;(c) fornire questi servizi sanitari alle persone con disabilità il più vicino possibile alle proprie comunità, comprese le aree rurali;(d) richiedere agli specialisti sanitari di prestare alle persone con disabilità cure della medesima qualità di quelle fornite agli altri, in particolare ottenendo il consenso libero e informato della persona con disabilità coinvolta, accrescendo, tra l'altro, la conoscenza dei diritti umani, della dignità, dell'autonomia, e dei bisogni delle persone con disabilità attraverso la formazione e l'adozione di regole deontologiche nel campo della sanità pubblica e privata;(e) vietare nel settore delle assicurazioni le discriminazioni a danno delle persone con disabilità, le quali devono poter ottenere, a condizioni eque e ragionevoli, un'assicurazione per malattia e, nei paesi nei quali sia consentito dalla legislazione nazionale, un'assicurazione sulla vita;(f) prevenire il rifiuto discriminatorio di assistenza medica o di prestazione di cure e servizi sanitari o di cibo e liquidi in ragione della disabilità.

Inquadramento

La Corte costituzionale affronta la questione dell'esatta individuazione del contenuto del diritto alla genitorialità mediante procreazione. L'interpretazione più recente della Carta costituzionale, come avallata

dalla giurisprudenza di legittimità, e in taluni specifici casi dalla stessa giurisprudenza costituzionale, riconosce infatti l'esistenza di un vero e proprio diritto alla genitorialità mediante la procreazione, quale corollario del diritto allo sviluppo della personalità umana nell'ambito della formazione sociale familiare riconducibile all'art. 2 Cost. Il legislatore stesso accoglie tale impostazione, avendo disciplinato, mediante la legge 40 del 2004, le tecniche di PMA volte a superare gli ostacoli di natura patologica che impediscono la procreazione alle coppie in età fertile. Accanto all'art. 2 della Carta costituzionale, gli interpreti ravvisano generalmente l'addentellato normativo di tale diritto nell'art.31, secondo comma, Cost., norma posta a presidio della maternità, nell'art 32, primo comma, Cost. che garantisce il diritto alla salute psico-fisica degli individui. Inoltre, si fa riferimento agli artt. 11 e 117 Cost. in rapporto: agli artt. 8 e 14 CEDU, che prevedono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione; all'art. 2, paragrafi 1, 17, 23 e 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25



ottobre 1977, n. 881, che parimenti prevedono il divieto di discriminazione e il diritto al rispetto della vita privata e familiare; agli artt. 5, 6, 22, paragrafo 1, 23, paragrafo 1, e 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18, i quali stabiliscono il divieto di discriminazione e la promozione del diritto alla salute con specifico riguardo alle persone con disabilità, da intendere anche quale «disabilità riproduttiva». Tali sono, non a caso, i parametri di legittimità costituzionale indicati dal Giudice rimettente alla Corte al fine di vagliare la legittimità delle norme ordinarie impugnate. Il *punctum dolens* nel caso in esame consiste nell'individuazione dell'ambito di applicazione soggettivo di tale diritto, determinando se esso spetti unicamente alle coppie eterosessuali o meno. Attualmente, mediante la legge 40 il legislatore ha riconosciuto questo diritto anche ad una categoria di persone affette da incapacità riproduttiva. In particolare, al fine di consentire l'esercizio del diritto alla genitorialità anche agli individui affetti da **patologia riproduttiva**, il legislatore ha disciplinato le tecniche di procreazione

medicalmente assistita, operando una scelta che la Corte Costituzionale ha ripetutamente ritenuto politica ed insindacabile in quanto non irrazionale, di riservare tale tipo di tutela unicamente a **soggetti che, se astrattamente esenti da patologia riproduttiva, potrebbero esercitare naturalmente il diritto allaprocreazione**, ossia alle coppie eterosessuali in età riproduttiva. La Corte ha sindacato con alcuni importanti arresti le scelte adottate dallegislatore nella disciplina dell'accesso alle tecniche di PMA, estendendo le possibilità di accesso ai trattamenti di fecondazione artificiale, riconosciuta la lesione del diritto costituzionalmente protetto alla procreazione. La **sentenza n.162 del 2014** ha ammesso, in specie, alla riproduzione artificiale le coppie alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili», dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo stabilito dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004. La successiva **sentenza n. 96 del 2015** ha dischiuso, a sua volta, l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro

(«accertate da apposite strutture pubbliche»). Si è eliminata, con ciò, l'altra «palese antinomia» già censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. La legge n. 40 del 2004 vietava, infatti, alle coppie dianzi indicate di ricorrere alla PMA, con diagnosi preimpianto, quando invece «il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali [...] consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)».

Entrambe le pronunce si sono mosse, dunque, nella logica del rispetto – e, anzi, della valorizzazione – della finalità (*latosensu*) terapeutica assegnata dal legislatore alla PMA (proiettandola, nel caso della **sentenza n. 96 del 2015**, anche sul nascituro), senza contestare nella sua globalità – in punto di compatibilità con la Costituzione – l'altra **scelta legislativa di fondo: quella, cioè, di riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una**

figura materna e di una figura paterna.

Nella sentenza odierna, la Corte si trova a decidere la delicata questione se sia costituzionalmente legittima la scelta del legislatore di escludere dal novero dei soggetti aventi diritto ad accedere alle tecniche di PMA le coppie dello stesso sesso (femminile).

Soluzione

La Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale ritenendola infondata.

Per arrivare a tale conclusione la Consulta parte, in premessa, da una ricostruzione sistematica della *ratio legis* della legge 40/2004, affermando che mediante la stessa il legislatore, facendosi mediatore tra sentimenti collettivi contrastanti, **intende ovviare unicamente all'incapacità riproduttiva patologica**, al fine di ripristinare il fisiologico accesso alla genitorialità mediante procreazione delle coppie formate da soggetti di sesso diverso. Tale scelta è considerata dalla Corte come politica e non sindacabile in quanto non irrazionale. Non osta a tale scelta neppure la giurisprudenza della Corte Edu secondo la quale nella materia della PMA -che solleva delicate questioni di ordine etico e morale - gli Stati conservano un ampio margine di



apprezzamento. Resta ferma la possibilità di valutare la ragionevolezza del bilanciamento tra diritti costituzionali al fine di valutare la conformità a costituzione delle singole disposizioni.

Quindi, la Corte analizza la costituzionalità delle norme impugnate, e cioè, in sostanza dell'art. 5 della legge, il quale riserva l'accesso alla PMA unicamente alle coppie eterosessuali, rispetto ai parametri di costituzionalità indicati in ordinanza.

Rispetto all'art. 2 Cost, che tutela la personalità umana nelle formazioni sociali, la Corte non ritiene fondata la questione di legittimità costituzionale. L'articolo in esame tutela anche la famiglia formata da persone dello stesso sesso quale formazione sociale meritevole di tutela. Tuttavia, l'ampiezza ed il contenuto di tale tutela nel caso di specie, sono frutto del **bilanciamento con il diritto allo sviluppo equilibrato della personalità del minore.**

Tale bilanciamento, secondo la Corte, ha dei margini di apprezzamento politici frutto dell'interpretazione da parte del legislatore del comune sentire sociale. La preferenza accordata allo sviluppo del minore all'interno di una coppia formata da persone di sesso diverso non è per la Corte irrazionale e pertanto non è sindacabile. Una

diversa conclusione non è resa obbligata neppure dalla giurisprudenza più recente in tema di genitorialità sociale. La Consulta si sofferma a tal proposito anche sulla giurisprudenza di legittimità secondo la quale è ammissibile l'adozione non legittimante del figlio del partner in una coppia omosessuale (dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184), nonché sulla giurisprudenza secondo la quale è possibile la trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne, a seguito della medesima tecnica di procreazione assistita in quanto non contraria al principio dell'ordine pubblico. In entrambi i casi la Corte ritiene che si tratti di scelte fondate sulla *ratio* di tutela di un soggetto già esistente e quindi titolare di una tutela privilegiata, e pertanto si tratta di situazioni non comparabili a quella del concepimento di un nuovo soggetto.

Rispetto all'art. 3 Cost, la Corte effettua la cosiddetta valutazione mediante *tertiumcomparationis*, escludendo che vi sia una situazione discriminatoria delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali. La Corte osserva, infatti, che il **legislatore ha trattato in maniera diversa situazioni**



diverse. Come accennato in premessa, la legge disciplina unicamente, con una scelta discrezionale insindacabile per la Corte, i casi di infertilità patologica. Tale diversità di presupposti obiettivi giustifica la diversità di trattamento. Pertanto, non è possibile il raffronto con le coppie eterosessuali.

Neppure è ritenuta sussistente una discriminazione per censo. La discriminazione in base alle condizioni economiche sussiste, secondo i giudici rimettenti, in quanto il sistema normativo consente che si vada all'estero a praticare la PMA, opzione praticabile solo da chi è in condizioni economiche privilegiate. Di converso, la Corte afferma che l'argomento prova troppo: seguendo questo ragionamento dovrebbero dichiararsi incostituzionali tutte le norme di divieto che non trovano corrispondente negli ordinamenti delle altre nazioni.

Rispetto al **Part. 31, secondo comma, Cost.** la Corte risponde lapidariamente che, esso riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore.

Rispetto all'art. **32 co.1 Cost.**, la Corte ritiene che la disciplina non violi il diritto alla salute degli individui. Il giudice rimettente osserva che il divieto di accesso alla maternità mediante PMA violi il diritto alla salute

psico-fisica delle coppie omosessuali. Ebbene, secondo la Corte, la tutela costituzionale della «salute» non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione.

Inoltre, sotto altro profilo, la Corte ritiene che non sarebbe violato il diritto alla salute neppure di una coppia omosessuale che presentasse istanza di PMA perché affetta da specifiche patologie riproduttive. In tale caso, infatti, il disturbo riproduttivo resterebbe un fattore teorico ed astratto, vista la fisiologica incapacità riproduttiva della coppia.

Rispetto agli artt. **11 e 117 Cost in riferimento agli artt. 8 e 14 Cedu** quali parametri interposti, la Corte si sofferma sulla interpretazione che il giudice EDU ha dato delle disposizioni rispettivamente a tutela del diritto ad una vita privata e familiare ed al principio di non discriminazione. E, nonostante siano presenti affermazioni di principio che in generale deporrebbero per la tutela del diritto alla genitorialità delle coppie

omosessuali, però, si ricorda come nello specificola stessa Corte di Strasburgo abbia escluso che una legge nazionale che riservi la PMA a coppie eterosessuali sterili, assegnandole una finalità terapeutica, possa dar luogo a una disparità di trattamento, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU, nei confronti delle coppie omosessuali, stante la non equiparabilità delle rispettive situazioni.

Quanto osservato in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU può essere evidentemente esteso alle corrispondenti disposizioni del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, in tema di divieto di discriminazione e diritto al rispetto della vita privata e familiare (artt. 2, paragrafo 1, 17, 23 e 26).

Invece, per quel che attiene, da ultimo, alle previsioni della Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità (artt. 5, 6, 22, paragrafo 1, 23, paragrafo 1, e 25, in tema, rispettivamente, di eguaglianza e non discriminazione, donne con disabilità, rispetto della vita privata, rispetto della famiglia e tutela della salute), la Corte ripete quanto già osservato con riferimento alla censura di violazione del diritto alla salute, ossia sottolinea che la condizione della coppia dello stesso sesso non sia

assimilabile ad una coppia eterosessuale con impedimento alla procreazione e che se pure vi fosse tale patologia essa costituirebbe una mera condizione teorica. Inoltre, non ogni aspirazione dell'essere umano può essere considerata quale componente della sua salute psico-fisica, altrimenti ogni norma di divieto costituirebbe un *vulnus* alla salute degli individui.

Osservazione finale

La sentenza in esame ricostruisce con grande chiarezza la fisionomia del diritto alla genitorialità mediante procreazione nell'attuale ordinamento, sintetizzando tanto la normativa quanto le principali affermazioni della giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Consulta medesima.

Rispetto ad altre sentenze sullo stesso tema, seppur pregevole nelle sue argomentazioni, l'arresto in esame non adotta scelte ermeneutiche particolarmente coraggiose, esercitando l'auto-contenimento proprio di un organo giurisdizionale e non politico, rimettendo al legislatore le scelte politicamente pregnanti.

Non è da escludersi che nel futuro prossimo, nell'inerzia del legislatore, a

fronte di un mutato sentir collettivo e dell'evoluzione della giurisprudenza, la Corte possa adottare una linea

argomentativa più ardita per tutelare un'istanza che molti studiosi ritengono tutt'altro che priva di fondamento giuridico.

Penale

Vendita al dettaglio di infiorescenze di canapa

Cassazione penale, sezione IV, sentenza n.38850 del 20 settembre 2019

di Anna Vecchione

Fatto

La VI Sezione Penale della Corte di Cassazione, pronunciandosi in sede cautelare, rigettava e dichiarava inammissibili i ricorsi proposti avverso l'ordinanza del Tribunale delle Libertà di Taranto, che confermava il decreto preventivo di sequestro emesso dal GIP, per il reato di cui all'articolo 73 d.p.r. n.309/1990, relativamente a: diverse bustine e ampolle di vetro contenenti infiorescenze femminili di canapa sativa; un distributore automatico predisposto per la vendita al pubblico di cannabis sativa preconfezionata con un'etichetta recante la l. n. 242 del 2016; altri prodotti sequestrati presso la ditta individuale ed un negozio.

Il primo ricorrente lamentava la violazione di legge in relazione agli artt. 73 d.P.R. 309/90 e art. 4 L. n. 242/2016, per aver erroneamente qualificato penalmente rilevanti le condotte ascritte agli imputati. In particolare, si assumeva la liceità della commercializzazione dei derivati della canapa, sul presupposto che il legislatore, con la legge 242/2016, ritenendo lecita la coltivazione della cannabis - entro i limiti

quantitativi di THC ivi previsti (0,6%) - avesse conseguentemente sottratto all'ambito di applicazione del T.U. anche le condotte di vendita al dettaglio dei prodotti derivanti dalle suddette coltivazioni in quanto non considerate giuridicamente sostanze stupefacenti.

Inoltre, a fronte del superamento della suddetta soglia, si adduceva l'esimente di cui all'art. 4 L. 242/2016, ritenuta applicabile non solo al coltivatore ma anche al rivenditore ove esibisse la documentazione di regolarità del prodotto.

Da un lato, quindi, veniva negata la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di cui all'art.73 T.U. per l'inconsapevolezza del superamento della soglia lecita da parte del ricorrente, attesa la variabilità delle concentrazioni del principio attivo nei prodotti della coltivazione, nonché le trasformazioni cui è soggetto il materiale vegetale sottoposto ad accertamento chimico; dall'altro, s'invocava l'ipotesi di ignoranza inevitabile dovuta alla situazione di incertezza giuridica oggettiva connessa all'oscurità del testo legislativo e ai contrasti giurisprudenziali.

Il secondo ricorrente, si attestava sulle medesime censure, valorizzando altresì la circostanza che tra le finalità perseguite dalla legge rientrasse quella di florovivaismo, perseguita dalla propria impresa. A tal uopo, si evidenziava che la coltivazione e la commercializzazione di infiorescenze di canapa sativa L, non rientrando nell'elenco di cui all'art.19 d.lgs. 241/2005, non

necessitava di alcuna autorizzazione fitosanitaria.

Su tali argomentazioni, dunque, gli astanti chiedevano l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

Normativa

Art. 73 d.p.r. 309/90

Chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14 è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000.

1-bis. Con le medesime pene di cui al comma 1 è punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene;

a) sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale;

b) medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, che eccedono il quantitativo prescritto. In quest'ultima

ipotesi, le pene suddette sono diminuite da un terzo alla metà.

2. Chiunque, essendo munito dell'autorizzazione di cui all'articolo 17, illecitamente cede, mette o procura che altri metta in commercio le sostanze o le preparazioni indicate nelle tabelle I e II di cui all'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a ventidue anni con la multa da euro 26.000 a euro 300.000.

2-bis [Le pene di cui al comma 2 si applicano anche nel caso di illecita produzione o commercializzazione delle sostanze chimiche di base e dei precursori di cui alle categorie 1, 2 e 3 dell'allegato I al presente testo unico, utilizzabili nella produzione clandestina delle sostanze stupefacenti o psicotrope previste nelle tabelle di cui all'articolo 14.]

3. Le stesse pene si applicano a chiunque coltiva, produce o fabbrica sostanze stupefacenti o psicotrope diverse da quelle stabilite nel decreto di autorizzazione.

4. Quando le condotte di cui al comma 1 riguardano i medicinali ricompresi nella tabella II, sezioni A, B, C e D, limitatamente a quelli indicati nel numero 3-bis) della lettera e) del comma 1 dell'articolo 14 e non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 17, si applicano le pene ivi stabilite, diminuite da un terzo alla metà.

5. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329.

5-bis. Nell'ipotesi di cui al comma 5, limitatamente



ai reati di cui al presente articolo commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero, qualora non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, secondo le modalità ivi previste. Con la sentenza il giudice incarica l'ufficio locale di esecuzione penale esterna di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. L'ufficio riferisce periodicamente al giudice. In deroga a quanto disposto dal citato articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata. Esso può essere disposto anche nelle strutture private autorizzate ai sensi dell'articolo 116, previo consenso delle stesse. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, in deroga a quanto previsto dal citato articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, il giudice che procede, o quello dell'esecuzione, con le formalità di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena con conseguente ripristino di quella sostituita. Avverso tale provvedimento di revoca è ammesso ricorso per cassazione, che non ha effetto sospensivo. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di due volte.

5-ter. La disposizione di cui al comma 5-bis si applica anche nell'ipotesi di reato diverso da quelli di cui al comma 5, commesso, per una sola volta, da persona tossicodipendente o da assuntore abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope e in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale, per il quale il giudice infligga una pena non superiore ad un anno di detenzione, salvo che si tratti di reato previsto dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale o di reato contro la persona.

6. Se il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro, la pena è aumentata.

7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.

7-bis. Nel caso di condanna o di applicazione di pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, è ordinata la confisca delle cose che ne sono il profitto o il prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, fatta eccezione per il delitto di cui al comma 5, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto.

Art. 1 legge 242 del 2016

La presente legge reca norme per il sostegno e la promozione della coltivazione e della filiera della canapa (*Cannabis sativa* L.), quale coltura in grado di contribuire alla riduzione dell'impatto ambientale in agricoltura, alla riduzione del



consumo dei suoli e della desertificazione e alla perdita di biodiversità, nonché come coltura da impiegare quale possibile sostituto di colture eccedentarie e come coltura da rotazione.

2. La presente legge si applica alle coltivazioni di canapa delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, le quali non rientrano nell'ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

3. Il sostegno e la promozione riguardano la coltura della canapa finalizzata:

- a) alla coltivazione e alla trasformazione;
- b) all'incentivazione dell'impiego e del consumo finale di semilavorati di canapa provenienti da filiere prioritariamente locali;
- c) allo sviluppo di filiere territoriali integrate che valorizzino i risultati della ricerca e perseguano l'integrazione locale e la reale sostenibilità economica e ambientale;
- d) alla produzione di alimenti, cosmetici, materie prime biodegradabili e semilavorati innovativi per le industrie di diversi settori;
- e) alla realizzazione di opere di bioingegneria, bonifica dei terreni, attività didattiche e di ricerca.

Art 4 legge 242 del 2016

Il Corpo forestale dello Stato è autorizzato a effettuare i necessari controlli, compresi i prelievi e le analisi di laboratorio, sulle

coltivazioni di canapa, fatto salvo ogni altro tipo di controllo da parte degli organi di polizia giudiziaria eseguito su segnalazione e nel corso dello svolgimento di attività giudiziarie.

2. Il soggetto di cui al comma 1 svolge i controlli a campione secondo la percentuale annua prevista dalla vigente normativa europea e nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 1, commi 1 e 2, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116.

3. Nel caso di campionamento eseguito da parte del soggetto individuato dal soggetto di cui al comma 1, le modalità di prelievo, conservazione e analisi dei campioni provenienti da colture in pieno campo, ai fini della determinazione quantitativa del contenuto di tetraidrocannabinolo (THC) delle varietà di canapa, sono quelle stabilite ai sensi della vigente normativa dell'Unione europea e nazionale.

4. Qualora gli addetti ai controlli, ai sensi del comma 1 reputino necessario effettuare i campionamenti con prelievo della coltura, sono tenuti a eseguirli in presenza del coltivatore e a rilasciare un campione prelevato in contraddittorio all'agricoltore stesso per eventuali controverifiche.

5. Qualora all'esito del controllo il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulti superiore allo 0,2 per cento ed entro il limite dello 0,6 per cento, nessuna responsabilità è posta a carico dell'agricoltore che ha rispettato le prescrizioni di cui alla presente legge.

6. Gli esami per il controllo del contenuto di THC delle coltivazioni devono sempre riferirsi a medie tra campioni di piante, prelevati, conservati, preparati e analizzati secondo il metodo prescritto dalla vigente normativa dell'Unione europea e nazionale di recepimento.



7. Il sequestro o la distruzione delle coltivazioni di canapa impiantate nel rispetto delle disposizioni stabilite dalla presente legge possono essere disposti dall'autorità giudiziaria solo qualora, a seguito di un accertamento effettuato secondo il metodo di cui al comma 3, risulti che il contenuto di THC nella coltivazione è superiore allo 0,6 per cento. Nel caso di cui al presente comma è esclusa la responsabilità dell'agricoltore.

Art 5 cod. pen.

Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale

Inquadramento

L'introduzione nel panorama legislativo della legge 242/2016 ha dato l'avvio ad un processo di progressiva liceizzazione della c.d. "cannabis light", tanto che nella prassi si è posto in termini più generali l'interrogativo di una possibile, seppur limitata, opera di legalizzazione della commercializzazione delle droghe leggere da parte del legislatore.

Tale normativa si affianca e si interseca con la disciplina generale dettata dal d.p.r. 309/90 in materia di stupefacenti, sollevando problemi di coordinamento e di delimitazione dei rispettivi ambiti applicativi.

Da un lato, infatti, il combinato disposto degli artt. 17, 73 e 75 d.p.r. 309/90 sancisce l'illiceità delle condotte di detenzione per la vendita, la cessione e la commercializzazione delle sostanze

stupefacenti incluse nelle tabelle di cui all'art.14 dello stesso decreto; dall'altro lato, la legge 242/2016 qualifica in termini di liceità l'uso della canapa nel sistema produttivo italiano, delineando nei limiti delle prescrizioni previste, i molteplici settori in cui la stessa può essere impiegata e che, pertanto, risultano sottratti all'ambito di applicazione del T.U. stupefacenti.

In proposito, si evidenzia che la legge 242/2016, nel perseguire la finalità di promozione e incentivazione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa, stabilisce le particolari varietà di cannabis sativa L - iscritte nel catalogo di cui all'art. 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2012 - che possono essere coltivate liberamente senza necessità di autorizzazione nel limite della soglia di THC (0,2 – 0,6) stabilito nella medesima legge ex art.4 comma 5 e 7.

Invero, l'ambito di liceità della coltivazione e della commercializzazione delle suddette varietà è definito secondo determinati e tassativi utilizzi, meglio specificati dall'art. 2 e dall'art 1 della medesima legge; in particolare, la produzione è determinata in relazione alla possibilità di ottenere alimenti, cosmetici, semilavorati (quali fibra, canapulo, polveri, carburanti), materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria e utile per la bioedilizia ovvero per le coltivazioni finalizzate al florovivaismo. Inoltre, sono previste altre specifiche condizioni che, se soddisfatte rendono lecita la coltivazione. Così, per esempio, l'art 3

detta gli obblighi inerenti alla certificazione e alla documentazione di simili (lecite) attività e impieghi della canapa; ancora, l'art.4 esclude la responsabilità dell'agricoltore nell'ipotesi in cui questi, pur superando i limiti di THC consentiti, abbia comunque agito nel rispetto di tutte le prescrizioni previste.

Senonché, tale assetto normativo si è posto all'attenzione degli interpreti non tanto con riguardo alla coltivazione, pacificamente ammessa alle condizioni suddette, quanto piuttosto rispetto alla commercializzazione al dettaglio delle sostanze derivanti da tale coltivazione lecita. Difatti, la legge 242/2016 pur indicando le finalità per le quali la coltivazione è consentita, all'art. 1 comma 3 non annovera espressamente tra i fini la commercializzazione dei prodotti costituiti dalle infiorescenze e dalla resina. Le perplessità, peraltro, diventano maggiori ove si consideri che il T.U 309/90, all'art 14 comma 1, lettera b), inserisce tra le sostanze vietate la cannabis e i prodotti derivati (olio, resina, infiorescenze), la cui commercializzazione pertanto integrerebbe il reato di cui all'art. 73 comma 4 del medesimo decreto.

Sul punto, a nulla è valso l'intervento del Ministro delle politiche agricole, alimentari e del turismo teso a fornire chiarimenti sull'interpretazione delle norme dal tenore letterale generico e dal contenuto non sempre intellegibile; anzi, le due circolari emanate in materia di liceità del commercio di infiorescenza, hanno contribuito ad

acuire il contrasto ermeneutico, dando vita a due diversi filoni interpretativi nella giurisprudenza di legittimità.

Inoltre, l'avanzare sul mercato dei numerosi punti di rivendita dei derivati della canapa sativa L ha reso ancora più attuale la questione, tanto da richiedere in tempi recenti l'intervento delle Sezioni Unite.

Secondo un primo indirizzo, la commercializzazione dei derivati della coltivazione della canapa, hashish e marijuana, non ricadrebbe nell'ambito di applicazione della legge 242/2016 sulla scorta del rilievo che, già dai lavori preparatori, non emergeva la volontà del legislatore di consentire una tale commercializzazione, confermata, poi, dall'estraneità, di tali prodotti dall'elenco delle finalità di cui all'art. 1, comma 3, della suddetta legge. Per altro verso, si è evidenziato che i rapporti tra il T.U 309/90 e siffatta normativa si pongono in termini di regola - eccezione, per cui, essendo quest'ultima derogatoria di un principio generale è intesa come eccezionale e dunque non suscettibile di applicazione analogica.

Di converso, il filone interpretativo favorevole osserva che, è nella natura dell'attività economica che i prodotti della filiera agroindustriale della canapa, espressamente promossa dalla legge, siano commercializzati. La legge pur riferendosi ai produttori nonché alle aziende di trasformazione e di coltura, rendendo lecita la coltivazione, inevitabilmente si estende anche ai derivati oggetto di commercio,



contenenti un principio attivo inferiore allo 0,06% e considerati pertanto non più alla stregua di sostanze stupefacenti ai sensi del d.P.R.309/90. La circostanza, poi, che siffatta normativa, non menzioni espressamente il profilo della commercializzazione si spiega semplicemente perché riguardo ad esse non c'è nulla da disciplinare. Infatti, la soglia di THC consentita, costituisce il limite quantitativo al di sotto del quale gli effetti della cannabis non possono essere considerati analoghi a quelli delle sostanze psicotrope sotto il profilo giuridico. Pertanto, dovrebbero considerarsi penalmente irrilevanti le condotte di vendita, cessione che abbiano ad oggetto derivati che rispettino tali parametri. D'altro canto, in assenza di specifici divieti, la commercializzazione di un bene che non presenti intrinseci connotati d'illiceità, è da ritenersi ammessa in ossequio alla generale libertà d'impresa.

Senonché a comporre tale contrasto sono intervenute, **le SS.UU, che con sentenza del 30 maggio 2019 n. 30475** hanno affermato il principio di diritto della rilevanza penale delle condotte di cessione, di vendita al pubblico, dei prodotti della cannabis sativa Light, in quanto esulano dal campo applicativo della l. 242/2016 che qualifica come lecita unicamente la coltivazione della canapa.

Pertanto, la commercializzazione di foglie, infiorescenze, olio, resina, è una condotta che integra il reato di cui all'art.73, d.P.R.

309 del 1990, anche a fronte di un contenuto di THC inferiore ai valori indicati dall'art.4, commi 5 e 7, legge 242/2016, salvo che tali derivati siano, in concreto, privi di ogni efficacia drogante; in tale ultimo caso, infatti, la condotta non potrebbe essere considerata delittuosa in applicazione del principio di offensività.

Diverso il tema dell'ignoranza della legge penale che sottende il problema della c.d. coscienza dell'antigiuridicità del fatto ossia la consapevolezza del soggetto agente del disvalore penale della condotta posta in essere.

Nella parte generale del codice, l'art 5 c.p. compendia il brocardo latino "ignorantia legis non excusat", secondo cui nessuno può invocare a sua discolpa l'ignoranza della norma penale. Tale assunto trova conferma nella distinta disciplina dell'art 47 comma 3 c.p. che, nel delineare l'errore di fatto, distingue l'erronea conoscenza di una norma extrapenale che determina un errore sul precetto e come tale inescusabile ai sensi dell'art. 5, dall'errore che si riverbera sul fatto che, invece, esclude la punibilità a titolo di dolo.

La rigidità del principio sancito dall'art.5 c.p. è stata mitigata dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza 364/1988, in cui si è accolta una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, dichiarata, poi, illegittima nella parte in cui non prevedeva la scusabilità dell'errore inevitabile. La Corte ha evidenziato come "*tale disposizione negando ogni rilevanza all'errore od alla ignoranza scusabile*



derivante dall'oscurità della legge penale e dalla mancata concreta possibilità di conoscerla, appare in contrasto con l'art 27, comma terzo, Cost. che riconoscendo alla pena una funzione rieducativa pone in risalto il rapporto tra il reo ed i valori violati, nel senso che la finalità risocializzante è ipotizzabile soltanto nel caso in cui l'agente abbia dimostrato ostilità o quantomeno indifferenza verso gli interessi tutelati dall'ordinamento".

Del resto, l'assolutezza del principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, che postula una presunzione iuris et de iure di conoscenza della stessa, era pienamente giustificabile nelle società remote in cui vi era la criminalizzazione dei soli cd. delitti naturali in ragione di poche e chiare leggi espressive di valori immediatamente percepibili al comune sentire.

Nel codice Rocco, invece, l'irrilevanza dell'*ignorantia legis* si spiega in ragione del regime autoritario che diede vita al codice stesso, cui fa da sfondo l'imperatività della legge che non ammette di essere disattesa ingiustificatamente dai singoli.

Con l'avvento della Costituzione che consacra il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 comma terzo Cost.) e pone al centro dell'ordinamento la tutela della persona, si avverte l'esigenza di una risposta punitiva che intervenga a fronte di comportamenti sorretti da un coefficiente soggettivo di deliberata ostilità o quantomeno di indifferenza ai valori tutelati dal precetto penale.

D'altro canto, anche il mutato quadro

socioeconomico incide sulla materia penale, non più semplicemente codicistica ma frammentata tra le numerose e differenti leggi di settore; si pensi ai c.d. delitti artificiali che sanzionano la messa in pericolo di valori attinenti ai campi dell'edilizia, dell'urbanistica, del diritto societario, del diritto tributario che inevitabilmente rendono più complessa e difficoltosa la piena conoscenza della legge penale. Orbene, tale circostanza, se non può condizionare, in assoluto, l'efficacia precettiva della norma alla consapevolezza dell'agente, impone, in talune peculiari circostanze, di distinguere la situazione di chi agisce con la coscienza dell'antigiuridicità del fatto da quella di chi agisce senza possederla. Da questo punto di vista, si comprendono anche i recenti interventi del legislatore volti a razionalizzare e rendere intellegibile la legislazione, soprattutto speciale, e le relative sanzioni in relazione alla effettività della funzione della pena, per esempio con l'introduzione della riserva di codice di cui al recente art. 3bis c.p.

Ciò implica che, dalla sinergia dei principi fondanti il sistema penale, si ricavi il corollario della scusabilità dell'ignoranza inevitabile che presuppone la possibilità di conoscibilità del precetto penale da parte dei consociati, il che garantisce la libertà e la consapevolezza dell'agente di orientare la propria condotta. Sennonché, la pretesa di conoscibilità rivolta al singolo, intanto è possibile in quanto sia lo stesso



ordinamento ad assicurarne l'effettività. La conoscenza della legge si pone, innanzitutto, tra le finalità cui tende un ordinamento, chiamato a delimitare i confini tra la liceità e l'illiceità in aderenza al principio di legalità, di determinatezza, tassatività e irretroattività. Dal rispetto di quest'ultimi, infatti, si ricava il principio di conoscibilità della legge penale. Infatti, solo una norma chiara e precisa è in grado di orientare la condotta dei singoli. Il legislatore ha il compito di garantire la riconoscibilità del contenuto della norma così come percepita socialmente ovvero come vive nelle interpretazioni giurisprudenziali.

Il soggetto che si attivi per conoscere la legge penale, in quest'ottica, non dovrebbe rispondere del reato laddove la stessa non sia intellegibile divenendo causa dell'ignoranza o dell'errore di diritto inevitabile. In tal caso, la prevedibilità del rischio penale sarebbe, infatti, impedita dall'oscurità legislativa.

Anche la riserva di legge concorre a garantire la conoscibilità del precetto; la riserva parlamentare nelle scelte di criminalizzazione, restringendo di fatto il campo delle fonti cui attingere, agevola l'adempimento dell'obbligo di informazione che grava sui singoli consociati. Tali principi si saldano con i doveri consacrati agli artt. 2 e 3 Cost. che impongono alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo dei cittadini, tra i quali rientra la mancanza di un assetto normativo agevolmente conoscibile.

È chiaro che ai doveri posti allo Stato corrisponde l'obbligo del cittadino di attivarsi per conoscere la legge penale. L'ignoranza della legge penale, come meglio si dirà in seguito, potrà avere valore scriminante solo in casi limite, in cui l'oscurità del testo legislativo recante la norma incriminatrice e/o le peculiari condizioni del reo rendano inevitabile l'ignoranza della legge penale.

Soluzione

La Suprema Corte - dichiarato infondato il primo motivo di ricorso - affronta preliminarmente il tema delle condizioni di legittimità della misura cautelare del sequestro preventivo, chiarendo che il giudizio *de quo*, senza risolversi in una decisione anticipata di merito, deve incentrarsi sul controllo della compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale ipotizzata.

Pertanto, omessa la verifica dell'effettiva sussistenza del fatto di reato, la Corte, sia pure nell'ottica della sommarietà e provvisorietà accerta se, nel caso di specie, il fatto contestato sia sussumibile in una fattispecie astratta e dunque presenti i connotati dell'illiceità penale.

Al riguardo, la Corte richiama **le Sez. U. 30 maggio 2019, Castignani**, e ne condivide la soluzione sulla perdurante delittuosità della commercializzazione di cannabis sativa L, e in particolare di foglie, di infiorescenze, olio, resina ottenuti dalla coltivazione della predetta canapa.



In particolare, si osserva che nell'ambito dell'elenco tassativo di cui alla Legge 242/2016 - che ammette la liceità della sola coltivazione delle varietà iscritte nel catalogo comune delle specie delle piante agricole, ai sensi dell'art 17 della direttiva 2002/ 53/ CE del 13 giugno 2002 -non rientrano espressamente i suddetti derivati. Ne segue che le condotte di cessione, di vendita e in genere di commercializzazione al pubblico, a qualsiasi titolo, dei prodotti derivati dalla cannabis sativa L integrano reato ai sensi dell'art. 73, comma 4 d. P.R. 309 del 1990, salvo che gli stessi in concreto siano privi di efficacia drogante. Tale soluzione, secondo gli ermellini, sarebbe avallata anche dagli indirizzi giurisprudenziali di segno negativo formati sul tema, già prima dell'intervento delle SS.UU., secondo i quali la normativa in esame disciplina esclusivamente l'attività di coltivazione, alle condizioni previste e per i fini commerciali tassativamente enunciati. Sicché, i valori di tolleranza di THC consentiti dall'art.4, comma 5, l. 242/2016 si riferiscono solo al principio attivo rinvenuto sulle piante in coltivazione e non anche al prodotto oggetto di commercio. Sul punto, rileva, altresì, come risulta dalla motivazione del provvedimento impugnato, la circostanza che nessuno dei ricorrenti possiede le qualifiche soggettive richieste dalla siffatta normativa, non essendo coltivatori o florovivaisti, ma commercianti al dettaglio o all'ingrosso di infiorescenze di canapa che svolgono, dunque, un'attività

non consentita e sottoposta di conseguenza alla disciplina di cui al T.U. stupefacenti.

Alla luce di tali argomentazioni, si ritiene giustificata l'applicazione della misura ablatoria, tanto più se si considera che, nella specie, è stato superato il quantum di principio attivo, salvo poi, demandare al giudizio di merito l'accertamento concreto dell'idoneità di tali prodotti a provocare, ove assunti, effetti psicogeni sull'uomo. Parimenti, la Corte precisa che costituisce oggetto di un accertamento di merito la sussistenza dell'elemento psicologico ai fini dell'an della responsabilità penale.

Rispetto, invece, al secondo motivo di ricorso - anch'esso dichiarato infondato - la Corte procede ad una disamina sul fondamento da riconoscersi alla scusabilità dell'ignoranza inevitabile.

In primis, si parte dalla premessa secondo cui l'ignoranza del precetto assume rilevanza sotto un duplice profilo: o come ignoranza della legge extrapenale, nell'ottica delineata dall'art. 47, comma 3 e 4 cod. pen., o come ignoranza inevitabile della norma penale ai sensi dell'art.5 cod. pen., nel testo risultante da Corte Cost. n. 364 del 24 - 3 - 1988.

In ordine alla prima ipotesi, si osserva come la giurisprudenza distingue tra norme extrapenali integratrici del precetto che, essendo in esso incorporate, sono da considerarsi legge penale, per cui l'errore su esse non scusa e norme extrapenali non integratrici, destinate a regolarerapporti giuridici di carattere non penale non

richiamate neppure implicitamente, dalla norma penale.

L'errore che cade su di esse esclude il dolo, generando un errore sul fatto, a norma dell'art. 47, comma 3, cod. pen.

Per quanto attiene, invece, l'ignoranza inevitabile della legge, è menzionata una giurisprudenza che, sulla scia della sentenza della Consulta, ha elaborato tre distinti criteri: il criterio oggettivo; il criterio soggettivo; il criterio misto.

Il criterio oggettivo, basato su una marcata spersonalizzazione opera laddove debba ritenersi che qualsiasi consociato, in una determinata situazione di tempo, di luogo od operativa, sarebbe incappato nell'ignoranza o nell'errore sulla norma penale. Ciò può dipendere dall'oscurità o dalla contraddittorietà del testo legislativo; da un generalizzato caos interpretativo; dall'assoluta estraneità del contenuto precettivo della norma ai valori correnti nella società. Si esula dunque dal caso in disamina, in quanto si è in presenza di norme dal contenuto precettivo sufficientemente chiaro, che non presenta particolari asperità ermeneutiche. In ogni caso, precisa la Corte, **la Sez. U., 10-6-1994, Calzetta**, ha stabilito che l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale può essere ravvisata ogniqualvolta il cittadino abbia assolto, con il criterio dell'ordinaria diligenza, al cosiddetto "dovere di informazione", attraverso l'espletamento di qualsiasi accertamento utile per conseguire la conoscenza della

normativa vigente.

Alla stregua del parametro soggettivo, invece, rilevano le caratteristiche personali dell'agente che abbiano influito sulla conoscenza del precetto, come l'elevato deficit culturale, alla luce ad esempio, della condizione di straniero proveniente da aree socio-culturali molto distanti dalla nostra e da poco in Italia; o l'incolpevole carenza di socializzazione. Mentre, da ultimo, il parametro c.d. misto comprende tutte le ipotesi in cui operano, in varia misura e con diverso spessore, criteri oggettivi e soggettivi, in combinazione tra loro.

Da questo punto di vista, la giurisprudenza mette in risalto come l'esimente della buona fede possa trovare applicazione solo nell'ipotesi in cui l'agente abbia fatto tutto il possibile per adeguarsi al dettato della norma e questa sia stata violata per cause indipendenti dalla volontà dell'agente al quale, quindi, non possa essere mosso alcun rimprovero, neppure di semplice leggerezza. Conseguentemente, non è sufficiente a integrare gli estremi dell'esimente il semplice comportamento passivo dell'agente, essendo invece necessario che egli si adoperi al fine di adeguarsi all'ordinamento giuridico, ad esempio, informandosi presso gli uffici competenti o consultando esperti in materia.

Come si evince dagli atti processuali, la problematica sollevata dal ricorrente richiede l'accertamento di una serie di fatti complessi che esulano dalla fase cautelare e che pertanto sono devoluti alla cognizione

di merito.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte

conclude per il rigetto e l'inammissibilità dei ricorsi.



Temi Svolti

I temi svolti sono reali esercitazioni, giudicate brillanti e svolte da chi ha poi vinto il concorso in magistratura. Si tratta, quindi, di un efficace strumento di confronto a disposizione di chi affronta la preparazione del concorso che, tuttavia, non è comparabile, quanto a precisione e riferimenti giurisprudenziali, agli ordinari articoli di dottrina e agli altri articoli della rivista

Penale

Premessi cenni sui delitti contro la libertà individuale si tratti dei delitti di tortura e di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro con particolare riguardo ai profili di diritto intertemporale.

di Chiara Martello

Il legislatore degli anni 30 consegnava agli interpreti del diritto una compilazione codicistica nella quale risultava evidente la scelta di politica criminale in favore di una precisa gerarchia di beni/interessi rilevanti e meritevoli di tutela a livello penalistico.

In quest'ottica, dunque, una maggiore attenzione era attribuita, almeno nelle intenzioni originarie del legislatore Rocco, ai valori riguardanti la persona nella sua dimensione collettivistica come membro di una società organizzata.

Non è un caso, infatti, che il libro II del codice penale, dedicato ai delitti in particolare, si apra con un titolo volto alla tutela della personalità dello Stato, avendo riguardo, pertanto, alla salvaguardia del corretto funzionamento dello Stato-apparato nelle sue diverse articolazioni istituzionali.

Immediata e coerente conseguenza di siffatto approccio fu, allora, la scelta di

campo di collocare a livello sistematico le norme incriminatrici a tutela della persona-individuo solo e necessariamente in posizione succedanea rispetto a quelle aventi ad oggetto la tutela della persona nelle formazioni sociali.

L'orientamento tradizionale faceva discendere da questa precisa scelta operata dal legislatore la convinzione che la tutela della persona nelle sue articolazioni individuali avesse nella gerarchia dei beni/interessi meritevoli di sanzione penale una valenza e rilevanza minore o, comunque, inferiore a quella attinente ai valori che investivano una generalità di soggetti.

Tale impostazione ha, invero, subito un radicale mutamento in seguito all'adozione da parte dell'ordinamento della Carta Costituzionale, nonché all'adesione dell'Italia all'Unione Europea. Sotto il primo profilo, infatti, la Costituzione, prevedendo una disciplina immediatamente precettiva, ha imposto una rilettura dell'intera gerarchia dei valori di cui l'ordinamento si fa espressione. In quest'ottica risulta, allora, evidente la centralità dell'individuo e delle diverse manifestazioni della sua personalità, la cui tutela consente, in una dimensione di

Stato solidarista, il corretto e ragionevole funzionamento delle stesse aggregazioni sociali. In altri termini, la tutela della libertà individuale sancita a livello di principio all'art. 2 Cost. consente, conseguentemente, una tutela a tutto tondo anche delle formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo. Non è un caso, inoltre, che la stessa Carta Costituzionale faccia riferimento, ancor prima che alla tutela dei diritti della personalità sotto forma di previsione di garanzie che devono circondare gli stessi, al riconoscimento da parte dell'ordinamento della loro inviolabilità, evidenziando così la preesistenza sul piano ontologico di tali posizioni giuridiche soggettive e la loro natura di diritti fondamentali.

Il riconoscimento dei diritti della personalità come diritti fondamentali ed inviolabili non si arresta, però, soltanto a livello nazionale, trattandosi di un principio sancito ed accolto anche in ambito euro unitario.

Assumono particolare rilievo al riguardo, per un verso, le attestazioni di principio sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), per altro, le interpretazioni che delle stesse sono state fornite da parte della giurisprudenza della

Corte di Strasburgo e che formano, perciò, diritto vivente idoneo ad orientare anche la prassi interna.

La tutela penalistica della libertà individuale viene, allora, attuata a livello interno mediante la stigmatizzazione di una serie di condotte criminose volte a ledere o mettere in pericolo la sfera di autonomia del singolo. Sul piano sistematico, pertanto, nel capo del codice penale dedicato ai delitti contro la libertà individuale, lo stesso legislatore prevede una serie diversa di modalità di estrinsecazione della lesione o messa in pericolo di tale bene/interesse giuridicamente tutelato e, di conseguenza, distingue a livello categoriale i delitti contro la personalità individuale, i delitti contro la libertà personale, i delitti contro la libertà morale, i delitti contro l'invioabilità del domicilio e i delitti contro l'invioabilità dei segreti.

Da un'analisi sistematica delle norme incriminatrici poste a tutela della libertà individuale, la prevalente dottrina ha definito la stessa come la pretesa strettamente individuale all'assenza di limitazioni poste da terzi a talune specifiche forme di manifestazione della sfera di autonomia e della personalità del singolo, pertanto, il bene/interesse giuridico tutelato

risulta essere il c.d. “*status libertatis*”.

Del resto che una particolare e rinnovata attenzione sia stata posta di recente alla predisposizione di una più articolata tutela dei diritti della personalità e delle libertà individuali, specialmente in ambito penalistico, come espressione di una lettura costituzionalmente orientata dei valori fondanti l’ordinamento giuridico, risulta evidente da tutta la serie di interventi normativi volti ad incrementare le fattispecie incriminatrici a tutela della persona e del suo *status libertatis*.

In questo contesto si inserisce la recente novella legislativa n. 110/2017 che ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico il delitto di tortura, prevedendo l’inserimento all’interno del codice penale degli artt. 613*bis* e 613*ter*, rubricati rispettivamente “tortura” e “istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura”.

Vale la pena rilevare come l’incriminazione di tale pratica a livello nazionale risentadelle spinte che in tale ambito sono state poste in essere soprattutto a livello comunitario e internazionale.

A livello europeo, infatti, la norma di cui all’art. 3 della CEDU pone assoluto divieto rispetto a pratiche di tortura e all’inflizione di pene o trattamenti inumani o degradanti;

sul piano internazionale, invece, l’Italia nel 1984 risultava firmataria della Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumani e degradanti così impegnandosi a predisporre, a livello interno, tutte le garanzie idonee a scongiurare e punire tali pratiche.

Risulta evidente, pertanto, come fino all’entrata in vigore della legge n. 110/2017 l’ordinamento nazionale fosse gravemente inadempiente agli obblighi sostanziali e procedurali assunti a livello sovranazionale.

Il legislatore della novella ha disposto l’inserimento del delitto di tortura nella sezione dedicata ai delitti contro la libertà morale. Da tale scelta di campo è possibile, pertanto, desumere che il bene/interesse giuridico preso in considerazione dal legislatore stesso ai fini della tutela penalistica deve considerarsi la libertà di autodeterminazione e, in particolare, il diritto proprio ed inviolabile di ogni individuo a determinarsi senza coartazioni psichiche e sulla base di autonomi processi motivazionali (art. 13 Cost.).

La fattispecie delineata dall’art. 613*bis* c.p. pone non pochi problemi di ordine interpretativo, dovuti in massima parte alla sua formulazione per alcuni aspetti equivoca, al punto da indurre una parte



degli interpreti e dei primi commentatori ad evidenziare il *deficit* sul piano della tassatività.

Tale disposizione al 1° comma punisce con la reclusione da quattro a dieci anni chiunque, con violenza o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagioni acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, ma solo se il fatto è commesso mediante più condotte o se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Appare evidente come il riferimento utilizzato dal legislatore, nell'*incipit* della disposizione in parola, al "chiunque" come soggetto attivo del reato valga, *prima facie*, a qualificare la fattispecie di tortura in termini di reato comune. Tuttavia, accade non di rado che il legislatore opti per un modello di tecnica legislativa di tipo descrittivo che consenta di perimetrare l'ambito soggettivo di applicabilità della fattispecie incriminatrice. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla tecnica legislativa utilizzata per restringere l'applicabilità dei reati di nuovo conio di omicidio e lesioni

stradali colposi ai soli utenti della strada nonostante entrambe le norme incriminatrici abbiamo quale *incipit* "chiunque" dovendosi, perciò, a rigore annoverare tra i delitti comuni. Nel caso della tortura, quindi, gli elementi descrittivi di identificazione del soggetto passivo fungono da criterio selettivo anche rispetto all'agente. In altri termini, il riferimento a una persona offesa alla stregua di un soggetto che è affidato alla custodia, potestà vigilanza, controllo, cura o assistenza del soggetto agente impone l'accertamento della sussistenza di questa particolare relazione che pare evocare le c.d. posizioni qualificate di garanzia che, nel rispetto del principio di legalità, devono sussistere sulla base di una fonte formale.

Si tratta, comunque, a ben vedere, di un reato di evento. In particolare, il legislatore impone che le condotte connotate sul piano modale da violenze o minacce gravi, ovvero caratterizzate dall'attributo della crudeltà siano collegate eziologicamente e, quindi, si pongano come causa efficiente di due livelli alternativi e, segnatamente, di acute sofferenze fisiche o di un verificabile trauma psichico.

Invero, perché sia integrato, sul piano oggettivo, il delitto di tortura è necessario

che le violenze e minacce gravi o l'agire con crudeltà siano commessi mediante più condotte ovvero comportino un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Si tratta, secondo alcuni, di condizioni obiettive di punibilità insistenti sull'intensità dell'offesa al bene/interesse giuridico tutelato; secondo altro orientamento si tratterebbe di requisiti modali della condotta espressivi di una scelta legislativa in favore della reiterazione della condotta, e quindi, della natura abituale del reato.

Con riferimento all'elemento soggettivo, la scelta operata dal legislatore è a favore del dolo generico.

Il comma secondo dell'art. 613**bis** c.p. è, invece, deputato a punire la tortura perpetrata da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio che, distorcendo arbitrariamente i propri poteri o abusando delle proprie prerogative, vengano perciò meno agli obblighi istituzionali connessi alla funzione. Per tale fattispecie il legislatore prevede un aumento della pena rispetto a quella prevista al comma precedente e, pertanto, ci si è interrogati sulla natura giuridica della previsione, se fattispecie autonoma o circostanza aggravante.

Secondo un primo orientamento, la *relatio*

espressa alla previsione del primo comma per descrivere la condotta della fattispecie tipica farebbe propendere per la natura circostanziale dell'incriminazione di cui al comma 2.

Per diverso orientamento, invece, l'opzione per la natura circostanziale non dovrebbe ritenersi scontata applicazione del principio della *relatio* sancito in giurisprudenza. A favore della natura di fattispecie autonoma, invero, deporrebbe non solo il dato comparatistico-sistematico, in quanto tradizionalmente nel diritto pattizio le forme di tortura stigmatizzate sono almeno due, quella comune e quella di Stato, ma, soprattutto, un dato di tipo letterale. La previsione di cui al 3° comma, infatti, nell'escludere l'applicazione del secondo comma ove le sofferenze siano il risultato esclusivo dell'esecuzione legittime misure privative o limitative di diritti non sembra compatibile con la qualificazione in termini di aggravante della fattispecie prevista al comma 2. Ed infatti, si argomenta ritenendo che, se la causa di esclusione di cui al 3° comma operasse su una circostanza, non escluderebbe la rilevanza penale e la punibilità per la fattispecie base di cui al primo comma. Ma l'operatività della causa di esclusione, fondandosi sull'accertamento



della legittimità della misura adottata, non potrebbe, allora, coordinarsi con l'applicazione della sanzione al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio per la fattispecie-base di reato poiché sarebbe difficile ipotizzare una misura legittima privativa o limitativa di diritti che sia, però, connotata da violenza, grave minaccia e atteggiamento crudele.

Muovendo da tale aporia interpretativa innescata dalla previsione del comma 3 dell'art. 613*bis* c.p., tale orientamento propende, di conseguenza, per la natura di fattispecie autonoma della previsione di cui al comma 2.

Un ulteriore argomento posto a favore della natura di fattispecie autonoma si rinviene, per vero, nella previsione delle aggravanti cui al comma 4, ove si fa espresso riferimento alle "pene dei precedenti commi". Non potendo ipotizzarsi una aggravante dell'aggravante, parrebbe gioco forza doversi considerare la fattispecie prevista al secondo comma in termini di autonomia.

Infine, il comma 5 prevede, per un verso, una ipotesi di reato aggravato dell'evento ove dai fatti descritti al primo comma derivi la morte quale conseguenza non voluta, così ricalcando la previsione dell'art. 586 c.p.; per

altro, prevede la pena dell'ergastolo o la morte conseguente alla commissione di un fatto di tortura sia cagionata volontariamente.

Impregiudicati i dubbi di legittimità costituzionale in ordine alla previsione di una pena fissa quale l'ergastolo, il legislatore pare, altresì, avere preso posizione sull'applicabilità del delitto di tortura in luogo del concorso materiale o formale di reati tra omicidio volontario e fattispecie base di tortura di cui al primo comma. Così come strutturata, infatti, la fattispecie incriminatrice prevista dalla norma di cui all'art. 613*bis* c.p. pare porsi in una relazione di interferenza con altre fattispecie penalmente rilevanti a tutela della persona.

Si tratterebbe, allora, di una ipotesi di c.d. innesto normativo. Tale fenomeno si verifica quando il legislatore introduce nell'ordinamento una norma incriminatrice che risulta speciale rispetto ad altra previgente che, però, non viene abrogata. In altri termini, vi è contemporanea vigenza di due fattispecie incriminatrici che si pongono in relazione di specialità reciproca e, in particolare, quella speciale di nuovo conio sottrae alla sfera di operatività della norma generale una parte delle categorie di fatti cui questa in precedenza si riferiva.

Nell'ipotesi di tortura-base, prevista dal primo comma, i fatti di violenza e minaccia gravi erano già penalmente rilevanti di per sé, come ipotesi di reati di mera condotta, nelle fattispecie di violenza privata (art. 610c.p.) e minaccia (art. 612 c.p.), mentre con riferimento alla tortura aggravata di cui al comma 5, ove la morte sia cagionata volontariamente, la fattispecie penalmente rilevante cui verrebbe sottratto un ambito di applicazione è l'omicidio.

In generale, *ratio* dell'innesto normativo è quello di sottrarre una certa categoria di fatti alla disciplina della fattispecie generale per forme oggetto di autonoma regolamentazione, più mite ovvero più rigorosa.

Sono, invero, configurabili due diverse ipotesi in riferimento ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della disciplina speciale. In relazione ai fatti commessi prima della vigenza della norma incriminatrice speciale e a questa conformi si verifica una successione di leggi modificative con conseguente applicazione del 4° comma dell'art. 2 c.p. Si applicherà, pertanto, a tali fatti la disciplina più favorevole.

Utilizzando tale principio al reato base di tortura, la stessa sarebbe applicabile solo ai

fatti commessi dopo l'entrata in vigore della norma che ne ha previsto la punibilità, riducendosi, di fatto, nell'applicazione del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, sancito a livello di legislazione ordinaria e costituzionale e, in particolare, come semplice ipotesi di nuova *incriminatio*. Stesso discorso per l'ipotesi di tortura aggravata di cui al 5 comma.

In relazione, invece, ai fatti commessi prima della vigenza della norma incriminatrice speciale e non rientranti nella sua previsione, non potendosi applicare il principio della successione le condotte manterranno la loro rilevanza penale con l'applicazione della fattispecie generale.

In definitiva, pur volendo accedere all'ricostruzione in termini di innesto normativo della incriminazione del reato di tortura, nella sostanza la stessa produrrà effetti solo pro futuro, assurgendo, nel fenomeno successorio, ad ipotesi di *nuova incriminatio*.

Diverso il discorso del profilo intertemporale con riferimento alla differente fattispecie di reato disciplinata dall'art. 603**bis** c.p., incriminatrice del c.d. fenomeno del caporalato.

Bene/interesse giuridicamente tutelato, nell'ipotesi di intermediazione illecita e

sfruttamento del lavoro, è la personalità individuale nella sua accezione di libertà, strettamente intesa, a non vedere completamente annullata la propria personalità fino al punto di essere ridotto in schiavitù fisica e psicologica.

Nella precedente versione della norma era assoggettato a sanzione penale il solo soggetto intermediario che, mediante lo svolgimento di un'attività organizzata, reclutava mano d'opera o provvedeva ad organizzarne l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento mediante violenza, minaccia, intimidazione o approfittamento dello stato di bisogno di necessità. Era, dunque, prevista in tale ipotesi la pena della reclusione da cinque a otto anni con una multa da 1000 a 2000 euro per ciascun lavoratore reclutato.

Ai fini dell'applicazione della sanzione il legislatore operava anche una specificazione del concetto di sfruttamento prevedendo una serie di indici sintomatici dello stesso.

Prevedeva, infine, delle aggravanti specifiche comportanti l'aumento della pena da un terzo alla metà ove vi fosse il reclutamento di un numero di lavoratori superiori a tre, ove uno o più soggetti reclutati fossero minori in età non lavorativa, ove vi fosse stata esposizione dei

lavoratori a situazioni di grave pericolo avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro.

Tale previsione è stata oggetto di un recente intervento da parte del legislatore che, con la legge n. 199/2016, ha operato una serie di modifiche al dettato originario, ponendo, di conseguenza, problemi di diritto intertemporale.

Innanzitutto, la fattispecie incriminatrice si apre con una clausola di sussidiarietà espressa, definendo così l'ambito oggettivo di applicazione della norma *de qua*.

Pertanto, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1000 euro per ciascun lavoratore reclutato chiunque recluti manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento e approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori, nonché chiunque utilizzi, assuma o impieghi manodopera, anche mediante attività di intermediazione, sottoponendo, i lavoratori a condizioni di sfruttamento e approfittamento del loro stato di bisogno. Appare, *prima facie*, evidente come si tratti di una fattispecie a più norme che affianca all'incriminazione dell'intermediario una

diversa e nuova ipotesi di reato per il datore di lavoro che, in via diretta, impieghi o utilizzi manodopera in condizioni di sfruttamento.

Il legislatore, inoltre, ha operato una riduzione del carico sanzionatorio, abbassando i limiti edittali sia nel minimo che nel massimo. Che si tratti di autonome fattispecie di reato è, altresì, evincibile dal diverso tipo di elemento soggettivo richiesto dal legislatore: nell'ipotesi di reato di cui al n. 1, ove soggetto agente è l'intermediario, il legislatore richiede il dolo specifico che si concretizza nello scopo di destinare il reclutamento di manodopera al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, diversamente dall'ipotesi prevista e punita al n. 2 caratterizzata dalla sussistenza del solo dolo generico.

Evidente, inoltre, l'espunzione del riferimento all'approfittamento dello stato di necessità, lasciando integro solo quello dello stato di bisogno, nonché la traslazione della violenza e della minaccia da elemento descrittivo della modalità della condotta della fattispecie base a elemento circostanziale comportante l'aumento della pena e, quindi, la reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1000 a 2000 euro per ciascun lavoratore reclutato.

Per quel che attiene, nello specifico, al diritto intemporale occorre diversificare l'ipotesi di cui al n. 1 e l'ipotesi di cui al n. 2 della norma di cui all'art. 603**bis**.p.-.

Con riferimento alla fattispecie sanzionata al n. 2 e riferita alle condotte di utilizzazione diretta di manodopera in condizioni di sfruttamento, trattandosi di *nuova incriminatio*, la stessa soggiacerà all'applicazione del principio di irretroattività, potendosi applicare solo a fatti commessi dopo l'entrata in vigore della norma incriminatrice.

Per quel che attiene, invece, alla condotta di intermediazione, i profili di diritto intertemporale non sono di immediata soluzione, imponendosi perciò un'analisi delle diverse situazioni che possono venire in evidenza.

Innanzitutto, devono ritenersi parzialmente abrogate le condotte di approfittamento dello stato di necessità, a meno che non si voglia farle rientrare nell'approfittamento dello stato di bisogno mediante un'interpretazione estensiva di tale condizione.

Per quel che riguarda il mancato riferimento all'organizzazione dell'attività di intermediazione, un primo orientamento interpretativo ritiene che sia stato

implicitamente abrogato, con conseguente allargamento dell'area del penalmente rilevante anche alle condotte che difettano di tale connotazione. Secondo diverso orientamento, viceversa, il riferimento all'attività organizzata sarebbe recuperabile mediante la lettura congiunta del n.1 e del n. 2 ove vi è espressa menzione dell'attività di intermediazione.

Dall'analisi complessiva del dato strutturale è dato, comunque, evincere una continuità normativa tra disciplina precedente e disciplina attualmente vigente. Deve, pertanto, ritenersi applicabile il 4° comma dell'art. 2 c.p. e, dunque, le disposizioni più favorevoli al reo, ai fatti posti in essere ante riforma.

In particolare, la verifica della disciplina pur favorendo al reo andrebbe operata in concreto.

Per le condotte violente, ad esempio, la continuità normativa è fuori di dubbio, essendo penalmente rilevanti sia prima che dopo la modifica normativa intervenuta nel 2016.

La differenza in tale ipotesi è che, mentre

nella vigenza della precedente disciplina la violenza ateneva alle modalità di estrinsecazione della condotta di base, nell'attuale articolato normativo la rilevanza penale della violenza è in termini di circostanza aggravante.

Se, in astratto, la sanzione applicabile non sembra divergere, essendo prevista in eguale misura nella reclusione da cinque a otto anni e nella multa da 1000 a 2000 euro per ciascun lavoratore reclutato, purtuttavia non bisogna dimenticare che la disciplina delle aggravanti consente all'interprete di mettere le stesse in bilanciamento ed operare il giudizio di prevalenza/equivalenza con le ritenute attenuanti, potendo, pertanto, in concreto divergere. È per tale ragione che la verifica della disciplina più favorevole va operata dall'interprete stesso in concreto.

Con riferimento, invece, alle condotte non violente, le stesse assumono penale rilevanza solo a seguito della riforma operata nel 2016 ad opera del legislatore e, pertanto, per esse non può che trattarsi di *nuova incriminatio*.



Pillole di Diritto

a cura di Luca Cestaro

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



Amministrativo

La pillola di diritto del 16 dicembre 2019

#attoamministrativoinformatico #garanzie
#procedimento

Consiglio di Stato, sez. VI, Sent. n. 8472 del 13 dicembre 2019

Nel caso in cui la decisione (relativa a una procedura di mobilità) sia assunta in maniera automatizzata, mediante l'applicazione di un algoritmo, va garantita la **piena conoscibilità dei criteri utilizzati**; è, inoltre, necessario che **la decisione sia imputabile a un centro decisionale amministrativo** (organo competente) e che essa non sia basata unicamente sul processo automatizzato. Nel processo decisionale è, infatti, doveroso che intervenga un **contributo umano capace di controllare o di smentire** la decisione automatica.

Il Consiglio di Stato, con questa importante decisione, afferma una serie di principi in merito alla cd. decisione amministrativa automatizzata.

In particolare, si afferma che:

-) le decisioni automatizzate devono essere incoraggiate, in particolare per le procedure seriali o standardizzate, poiché utili a migliorare l'efficienza e la neutralità delle decisioni con correlativo miglioramento della qualità dei servizi resi;
-) tali obiettivi, peraltro, sono riferibili anche

all'attività discrezionale, specie di tipo tecnico (evidentemente, si tratterà di uno dei casi di predeterminazione/autovincolo all'esercizio della discrezionalità);

-) la legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, concepita ben prima che avesse luogo la cd. rivoluzione digitale, non è applicabile in modo "rigido e meccanico" all'attività amministrativa algoritmica;

-) tuttavia, l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa e la conformità alla legge dell'azione amministrativa va sempre dimostrata anche sul piano tecnico;

-) in tal senso, assumono un rilievo fondamentale: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo;

-) una simile conclusione viene raggiunta anche all'esito della ricognizione della normativa comunitaria e, in particolare, degli artt. 13, 14 e 22 del reg. UE 679/2016 (dati personali) i quali prevedono che: il titolare del trattamento dei dati debba dare notizia dell' "*esistenza di un processo decisionale automatizzato*"; in tal caso, debbano essere fornite "*informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato*"; la



decisione “*che produca effetti giuridici*” su di una persona fisica non può essere “*basata unicamente sul trattamento automatizzato*”;

-) lo stesso principio di legalità impone che la scelta sia imputabile al titolare del potere autoritativo, con conseguente individuazione di chi assume la responsabilità della decisione.

La pillola di diritto del 25 gennaio 2020

#rinunciaabdicativa #42bis #espropriazioni

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 2 del 20 gennaio 2020

L'affermazione del principio di legalità

Segnalazione d'obbligo di questa interessante Sentenza dell'Adunanza Plenaria che chiude il dibattito (o almeno si spera) sull'ammissibilità della rinuncia abdicativa nelle fattispecie in cui può essere applicato l'art. 42 bis del Testo unico delle espropriazioni (d.P.R. n. 327-2001).

Al fine di evitare la restituzione del bene irreversibilmente trasformato nonostante l'illegittimità (o la mancata conclusione) del procedimento espropriativo e una volta divenuto inapplicabile il controverso istituto della cd. accessione invertita, un noto orientamento giurisprudenziale ha fatto ricorso appunto all'istituto della rinuncia abdicativa. In particolare, si riteneva che la richiesta del risarcimento del danno da parte del soggetto il cui bene era stato

trasformato implicasse la rinuncia alla proprietà del bene che passava, quindi, all'autorità espropriante.

La Plenaria sostiene che tale tesi non sia (più) accettabile nella misura in cui esiste uno strumento provvedimentale tipico per determinare il passaggio della proprietà all'espropriante che è, appunto, l'acquisizione di cui all'art. 42 bis cit.

In tal senso, si rileva che la previsione di uno strumento alternativo e atipico, qual è la rinuncia, che comporti la perdita della proprietà in capo al privato ricadrebbe nei vizi che hanno indotto a ritenere la occupazione acquisitiva contraria alla Convenzione Europea – in particolare per quanto riguarda l'art. 1 del primo protocollo Addizionale (**ex multis**, sentenza CEDU 17 novembre 2005) – e, conseguentemente, alla Costituzione.

Inoltre, la soluzione appare incompatibile con il rispetto del principio di legalità. Rammenta, in proposito, il Supremo Consesso che **“ai sensi dell'art. 42, commi 2 e 3 Cost., la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge (che, peraltro, “ne determina i modi di acquisto”) e può essere, “nei casi preveduti dalla legge”, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale”**. Ebbene, **“la rinuncia abdicativa non costituisce uno dei casi previsti dalla legge”**.

La rinuncia abdicativa, infine, si sostanzerebbe nell'inammissibile attribuzione al proprietario del bene di una



sorta di diritto potestativo idoneo a trasferire la proprietà all'amministrazione espropriante previa corresponsione del risarcimento del danno, così eliminando la possibilità di scelta che l'art. 42 bis cit. attribuisce all'amministrazione.

La conclusione è che l'applicabilità della rinuncia abdicativa poteva essere accettata nell'incerto quadro ordinamentale previgente, ma non dopo che è stato introdotto nell'ordinamento un istituto tipico, tale, peraltro, da evitare i dubbi di costituzionalità (Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 71) in cui erano incorsi i primi tentativi di evitare la restituzione del bene trasformato irreversibilmente.

Conseguentemente, neppure la compresenza di una Sentenza di condanna al risarcimento e del relativo atto di liquidazione comporta il trasferimento della proprietà.

L'unica possibilità per trasferire la proprietà al di fuori dello schema dell'art. 42 bis T.U. Espr. resta quella di stipulare un contratto di natura transattiva.

Argomenti sistematici che escludono l'effetto acquisitivo

La Plenaria va oltre e contesta l'ammissibilità logico-giuridica della rinuncia abdicativa in simili fattispecie a prescindere dalla specifica tematica delle "espropriazioni indirette" e della loro compatibilità con la CEDU (e con la Costituzione).

Si afferma che la rinuncia abdicativa è istituto che può, al più, comportare la

perdita della proprietà in capo al rinunciante, ma non l'acquisizione da parte dell'autorità espropriante. L'eventuale rinuncia abdicativa alla proprietà di un immobile, infatti, comporta che l'immobile venga acquisito a titolo originario dallo Stato, mentre non può comportare un trasferimento a un soggetto pubblico determinato (l'autorità espropriante).

Inoltre, la mera richiesta risarcitoria non può comportare che implicitamente si dia per acquisita la volontà abdicativa: per un verso, la teorica degli atti impliciti, di matrice pubblicistica, non può trovare piena applicazione per gli atti di un privato e, per altro verso, non è detto che la volontà di vedere riparato un illecito comporti univocamente la volontà di rinunciare alla proprietà.

Le conseguenze processuali

Se la ricostruzione, sul piano del diritto sostanziale, è del tutto convincente, meno chiara, sul piano processuale, è la conclusione per cui un ricorso che recasse la sola domanda risarcitoria sarebbe inammissibile **"in quanto essa si porrebbe al di fuori dello schema legale tipico previsto dalla legge"**. Piuttosto, deve dirsi che la domanda risarcitoria eventualmente proposta non comporta alcun trasferimento di proprietà e non fa venir meno l'obbligo restitutorio, salvo che non sia accompagnata da un apposito negozio idoneo a trasferire la proprietà.

La stessa Plenaria, del resto, non **"esclude**



che il giudice possa, nondimeno, ove ne ricorrano i presupposti fattuali, accogliere la domanda” risarcitoria in quanto “a ben vedere” essa “al pari delle altre domande che contestino la validità della procedura espropriativa, consiste essenzialmente nell’accertamento di tale illegittimità e nella scelta del conseguente rimedio tra quelli previsti dalla legge”.

È precisato, poi, che la scelta di effettuare o meno l’acquisizione ex art. 42 bis cit. compete solo all’amministrazione che ha il potere-dovere di effettuare la relativa valutazione. In mancanza di una determinazione in merito, si potrà attivare il rimedio del silenzio ex art. 117 c.p.a. e, qualora sia nominato il commissario *ad acta* (tanto in sede di cognizione quanto in quella di ottemperanza), questi potrà emanare, in luogo dell’amministrazione, il provvedimento di acquisizione.

Coerentemente con quanto precede, è, invece, escluso che il giudice, in sede di legittimità, possa emanare pronunce che determinino l’effetto acquisitivo.



Civile

La pillola di diritto del 22 dicembre 2019

#2049cc #responsabilitàpadroniecommittenti
#contrattodisomministrazione

Corte di Cassazione, sez. III civile, del 6 dicembre 2019

Nell'ambito del contratto di somministrazione di lavoro (in cui un'azienda somministrante fornisce a un'azienda utilizzatrice dei lavoratori all'uopo formati) non v'è dubbio che il somministrante assuma la posizione di datore di lavoro in quanto forma e retribuisce, anche nel periodo in cui non è utilizzato, il lavoratore somministrato. È, quindi, il somministrante che risponde della responsabilità ex art. 2049 c.c. qualora il lavoratore sia utilizzato dall'impresa con cui la società somministrante ha stipulato il contratto di fornitura di lavoro?

La Cassazione risponde a questa domanda analizzando diffusamente le leggi che, nel tempo, hanno regolato il contratto di somministrazione di lavoro (ora, il D.Lgs. 15/06/2015, n. 81 capo IV, artt. 30 e ss.) ritenendo dirimente non il ruolo del datore di lavoro in senso tecnico (che resta il somministrante), ma l'inserimento nell'organizzazione imprenditoriale dell'utilizzatore. Questi assume, quindi, il ruolo di padrone o committente di cui

all'art. 2049 c.c. in quanto il lavoratore, per tutta la durata della missione, "svolge la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore" (art. 30 d.lgs. 81/2015).

La mancata riproposizione, nel testo di legge vigente, dell'art. 26 d.lgs. 276/2003 che attribuiva all'utilizzatore la responsabilità per i danni cagionati a terzi dal lavoratore si spiega proprio per la superfluità della norma che disegnava un regime sovrapponibile al criterio ordinario di riparto.

Inoltre, se il danneggiato è proprio l'utilizzatore, le medesime considerazioni inducono a escludere che il somministrante risponda dei danni cagionati dal lavoratore ai sensi dell'art. 2049 c.c..

.... **Lavorare "nell'interesse" (dell'utilizzatore) congiunto ai poteri di direzione e controllo di chi di detto interesse è il titolare non può non significare a questo punto - passando da un'ottica meramente sinallagmatica a una materiale/esecutiva -, essere adibiti da tale soggetto con modalità concrete nella sua organizzazione imprenditoriale.**

E' logico allora, prima ancor che giuridico (e non a caso coincide con la ratio del paradigma del generale [art. 2049 c.c.](#): la predisposizione), che, nell'ipotesi in cui il lavoratore cagioni danni a terzi, **la concreta gestione direzionale dell'utilizzatore,**



espressa dai testi normativi in modo continuo - e dunque caratterizzante - come si è visto, comporta la responsabilità extracontrattuale dell'utilizzatore stesso. Non avrebbe altrimenti alcun significato l'inserimento specifico nella struttura e la correlata individuazione dell'attività, concreta si ripete, da svolgere, ruoli riconducibili entrambi all'utilizzatore. Ciò considerato, allora, è l'art. 20 (n.d.r. del d.lgs. 276/2003, vigente all'epoca dei fatti) a dirimere, e conseguentemente l'art. 26 ne è una sottolineatura, riproducendo in ultima analisi il paradigma dell'[art. 2049 c.c.](#) la cui applicabilità discende, implicita ma inequivoca, già dall'art. 20: **il che spiega l'assenza di una norma analoga all'art. 26 nel testo normativo precedente e in quello del 2015, per il resto sostanzialmente sovrapponibili nella configurazione della fattispecie.**

Se il fatto illecito danneggia invece l'utilizzatore, è ovvio che l'utilizzatore non può rivestire sia il ruolo del danneggiato sia il ruolo del responsabile [ex art. 2049 c.c.](#) **Il che però non significa che la responsabilità extracontrattuale di cui all'[art. 2049 c.c.](#) si sposti sul somministratore, poichè il fatto illecito viene compiuto esattamente come nel caso precedente: nell'ambito dell'inserimento concreto che l'utilizzatore ha determinato per il lavoratore nella sua struttura organizzativa, assegnando al lavoratore**

le direttive specifiche. L'art. 2049, pertanto, non può dunque in tal caso ricadere su nessuno dei due imprenditori: nè sul danneggiato utilizzatore, nè sul somministratore anche se è il datore di lavoro, in quanto la "missione" trasferisce l'attività lavorativa, come oggetto di predisposizione prima ancora che di materiale fruizione, all'utilizzatore; e l'istruzione preventiva che il somministratore deve irrogare al suo dipendente non può far venir meno gli effetti della conformazione concreta del lavoro che viene effettuata dall'utilizzatore. L'utilizzatore è divenuto, pertanto, il predisponente che inserisce nella struttura lavorativa il lavoratore. E ciò discende dal contratto di somministrazione, così come è legalmente configurato laddove si assegna all'utilizzatore l'interesse nel senso di elezione/identificazione dell'incombenza lavorativa, nonchè la direzione e il controllo della stessa. **Attribuire la responsabilità a chi non ha, finchè e perchè il lavoratore è "in missione", potere alcuno di direzione e di controllo sulla sua attività non è compatibile con l'[art. 2049 c.c.](#), che reca insito il precetto del padrone o committente concretizzante il lavoro da svolgere come fonte di responsabilità di chi lo impone per l'attività di chi lo riceve.** Chi infatti adibisce il lavoratore all'esercizio delle concrete incombenze è, per legge, l'utilizzatore



La pillola di diritto del 21 gennaio 2020

#solidarietà #contrattoautonomodigaranzia

Corte di Cassazione, sez. I civile, n. 32402 dell'11 dicembre 2019

La Corte, dopo aver operato una ricostruzione dell'istituto della solidarietà passiva, la esclude nel caso di specie.

La solidarietà debitoria ben può scaturire da fattispecie diverse collegate da nessi che valgano a farle considerare come un unicum o, comunque, quando, l'adempimento di uno sia tale da liberare gli altri debitori.

La solidarietà dipende, quindi, non tanto dall'unicità del fatto costitutivo, ma dall'identità della prestazione (*eadem res debita*), identità di tipo funzionale da valutare su un piano qualitativo più che quantitativo.

Nel caso del contratto autonomo di garanzia, l'obbligazione del garante e quella del debitore principale non sono qualitativamente omogenee per la natura indennitaria dell'obbligazione del garante che deve tenere indenne il creditore dall'inadempimento del debitore principale. L'identità naturalistica della prestazione, quindi, non corrisponde a un'identità funzionale delle due obbligazioni che restano distinte nonostante che il rapporto di valuta e quello di garanzia non siano del tutto slegati per l'applicazione di istituti quali l'*exceptio doli generalis*.

“La causa concreta del contratto autonomo è, infatti, quella di trasferire da un soggetto a un altro

il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, mentre con la fideiussione, come nelle obbligazioni solidali in genere, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, a differenza della fideiussione, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione essendo qualitativamente diversa da quella garantita e non necessariamente sovrapponibile ad essa, in quanto non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore”.

Alla luce di queste argomentazioni, la Corte ha escluso la solidarietà tra garante e obbligato principale in una fattispecie contraddistinta dalla presenza di un contratto autonomo di garanzia.

2.1. È infatti vero che secondo la giurisprudenza di questa Corte il carattere della solidarietà ben può prescindere da una rigida applicazione della c.d. eadem causa obligandi, affermandosi che la solidarietà sussiste non già quando sia fonte dell'obbligazione, ma quando più soggetti siano tenuti ad eseguire la medesima prestazione, sicchè l'adempimento di uno abbia effetto liberatorio nei confronti di tutti (Cass. 13 luglio 2010 n.16391): si precisa al riguardo che la eadem causa si riscontra non solo quando la fonte o il titolo sia unico, ma anche in presenza di fattispecie diverse, collegate da nessi che valgano a farle considerare come un complesso unitario (Cass. Sez. U. n.423/1988).



2.1.1. L'unicità dal fatto costitutivo non è invero previsto dall'art.1292 c.c., né appare desumibile dalla ricostruzione sistematica dell'istituto, che pone anzi, all'art. 1294 c.c. una presunzione di solidarietà tra più condebitori, se non risulti diversamente dal titolo o dalla legge.

2.1.2. A parte l'espressa previsione dell'art. 2055 c.c., del resto, il nostro ordinamento conosce diverse ipotesi di solidarietà, in presenza di differenti fonti contrattuali di responsabilità come nell'ipotesi di responsabilità di appaltatore e progettista o direttore dei lavori nei confronti del committente (ex multis Cass. 20294 del 2004), o in materia di concorrente inadempimento del venditore ai propri obblighi traslativi e del notaio in relazione all'obbligo di diligenza nella propria prestazione professionale (Cass. 15305/2013).

3. Ciò che qualifica la solidarietà è dunque l'identità della prestazione (eadem res debita), "essendo essenziale che tutti i debitori siano obbligati non già a più prestazioni identiche, ma ad un'unica prestazione" (così, Cass. 2120 del 1996).

3.1. Identità della prestazione implica che tutti i debitori sono obbligati per la medesima prestazione, cioè che la prestazione ha il medesimo contenuto per tutti. **La valutazione della prestazione, ai fini della sua identità, deve dunque effettuarsi non su base meramente "quantitativa", ma "qualitativa", quale identità funzionale.**

3.2. Tale requisito va distinto dall'identità della fonte dell'obbligazione ed implica una valutazione dell'intrinseco contenuto delle prestazioni, quali espressione della medesima regolazione di interessi.

4. Se così va intesa l'identità di prestazioni ai fini della solidarietà, appare arduo ravvisare tale

elemento nel caso del contratto autonomo di garanzia, il cui contenuto quale concretamente pattuito dalle parti nella presente fattispecie non viene peraltro riportato nel ricorso.

4.1. Nel contratto autonomo di garanzia non può ravvisarsi una prestazione omogenea rispetto a quella del debitore principale atteso la natura indennitaria della relativa obbligazione: l'obbligo del garante non è quello di adempiere la medesima prestazione dell'obbligato principale, ma di tenere indenne il creditore dall'inadempimento del debitore principale.

4.2. Lo schema negoziale della garanzia autonoma, secondo la ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie, infatti, assume quale elemento essenziale del rapporto di garanzia l'inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale, sì che l'elemento caratterizzante della fattispecie viene individuato nell'impegno del garante a pagare illico et immediate, senza alcuna facoltà di opporre al creditore le eccezioni relative ai rapporti di valuta e provvista: analogamente alla garanzia cauzionale, dunque, viene attribuito al creditore un potere di autotutela, potendo egli incamerare la somma di in caso di inadempimento dell'obbligazione, svincolandosi in tal modo il rapporto di garanzia dal rapporto principale. (Così Cass., Sez. U. n. 3497 del 2010).

Se dunque in tal caso, in una prospettiva meramente naturalistica, l'oggetto delle prestazioni è corrispondente (ma nella loro autonomia le parti potrebbero ben prevedere un diverso contenuto dell'obbligazione di garanzia) ciò non implica identità delle prestazioni che restano disomogenee e



qualitativamente distinte.

5. E' vero che non è configurabile la assoluta insensibilità tra il rapporto di valuta e quello di garanzia avuto riguardo **all'exceptio doli generalis** **eu presentis**, opponibile dal garante all'escussione del debito, ed è altresì vero che lo scollamento tra il rapporto di valuta e quello di garanzia non può spingersi sino alla stessa esistenza del rapporto principale, che costituisce il termine di riferimento della garanzia autonoma (Cass. 15216 del 2012).

5.1. Al riguardo vale richiamare la già citata pronuncia n. 3497 del 2010 delle Sez. U. secondo la quale il regime autonomo del "garantievertrag" trova un limite quando: a) le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia, ovvero al rapporto tra garante e beneficiario; b) il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito; c) la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta; d) sia proponibile la c.d. exceptio doli generalis perché risulta evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa.

6. La limitata rilevanza del rapporto principale sul rapporto che nasce dal contratto autonomo di garanzia, peraltro, è del tutto irrilevante ai fini della valutazione di omogeneità delle prestazioni.

6.1. Ed invero è ben possibile, come appunto nella fattispecie presa in esame dalla pronuncia n. 3947/2010 delle sezioni unite di questa Corte, che la prestazione principale e quella oggetto del contratto autonomo siano del tutto difformi,

rientrando nell'ambito di applicazione del contratto autonomo l'ipotesi di polizza fideiussoria che accede ad un contratto di appalto.

In tal caso la prestazione - di fare - dell'appaltatore viene garantita da una polizza fideiussoria, quale strumento che, non potendo surrogare l'adempimento specifico di detta obbligazione, connotata dal carattere della infungibilità, ha la funzione di assicurare il soddisfacimento dell'interesse economico compromesso dall'inadempimento.

7. Una volta affermato che funzione essenziale del contratto autonomo di garanzia (ed a tal riguardo esso è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c.) è quella di attribuire al creditore un potere di autotutela, che può essere conferito al creditore solo da una garanzia a prima richiesta, deve altresì ritenersi che la prestazione principale e quella di garanzia, quando anche corrispondenti, non siano però omogenee, con conseguente venir meno dell'identità (anche funzionale) richiesta dall'art. 1292 c.c., che giustifica da un lato l'aggravamento della posizione obbligatoria dei condebitori e dall'altro la estensione, con i limiti di legge, delle vicende che concernono i singoli rapporti.





Penale

La pillola di diritto del 30 dicembre 2019

#riciclaggio #consumazione #teorie

Corte di Cassazione, sez. II, Sentenza n. 44853 del 5 novembre 2019

Il delitto di riciclaggio ex art. 648 bis c.p. punisce, fra l'altro, le “*altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni o delle utilità*” provenienti, appunto, da delitti non colposi; in merito a tale fattispecie, la giurisprudenza non è giunta a una soluzione univoca circa la sua natura di reato a consumazione anticipata o meno.

L'adesione all'uno o all'altra tesi è rilevante in tema di configurabilità del tentativo.

La prima teoria, che ritiene il reato ‘*a consumazione anticipata*’, esclude la rilevanza dell'evento attribuendola alla sola condotta (de commettere atti diretti a ostacolare l'identificazione). Essa è punita a prescindere dall'insorgenza di un effettivo ostacolo all'identificazione della provenienza del bene: il tentativo non sarà configurabile poiché la mera commissione di simili atti integrerà il reato nella forma consumata.

Per la seconda teoria, il reato si consuma quando il bene viene effettivamente privato dei segni che lo contraddistinguono come di provenienza delittuosa.

In particolare, se qualcuno è sorpreso

nell'atto di rimuovere targa e numero identificativo di un veicolo rubato, solo per la seconda teoria è rilevante, ai fini della consumazione del reato, che tali segni distintivi del veicolo siano o meno stati effettivamente rimossi: in caso contrario (es. poiché il numero identificativo non è stato ancora abraso o completamente rimosso dal veicolo), il reato sarà punibile a titolo di tentativo. La prima teoria, invece, ritiene che il reato si sia consumato tanto in un caso quanto nell'altro.

La Corte opta per la prima teoria, circostanza che, tuttavia, non sembra assumere un rilievo assorbente nel caso di specie in quanto la norma richiede che gli atti in questione siano tali da semplicemente “ostacolare” l'identificazione della provenienza delittuosa del bene e l'imputato aveva già rimosso taluni segni identificativi del veicolo (circostanza che, di per sé, ostacola l'identificazione della provenienza del bene).

Si deve dare atto al riguardo che la giurisprudenza sul punto di questa Corte di legittimità circa il momento di consumazione del reato di riciclaggio non è univoca.

*La problematica nasce per effetto del testo dell'art. 648-bis cod. pen. che, nel descrivere le azioni che consentono di ritenere integrato il predetto reato, dopo avere indicato le condotte di sostituzione o trasferimento di denaro, beni od altre utilità provenienti da delitto non colposo, così testualmente recita: «ovvero **compie in relazione ad essi altre operazioni in modo da ostacolare***



L'identificazione della loro provenienza delittuosa».

Proprio in relazione a quest'ultimo tipo di condotta sorge il problema di comprendere se sia possibile - e se del caso in che termini - **configurare il tentativo atteso che non è facile immaginare quali possano essere in concreto degli atti idonei diretti a sostituire in modo da ostacolare, posto che l'idoneità ad ostacolare caratterizza la condotta rilevante ai fini della consumazione.**

Sul punto, in occasione dell'esame di una vicenda nella quale l'imputato era stato sorpreso dalla Polizia Giudiziaria nell'atto di smontare un'autovettura di provenienza furtiva questa Corte ha rilevato che «Risponde del delitto consumato e non tentato di riciclaggio il soggetto sorpreso dalla polizia giudiziaria nell'atto di smontare un'autovettura rubata, in **quanto l'art. 648 bis cod. pen. configura un'ipotesi di reato a consumazione anticipata**» (Sez. 2, n. 5505 del 22/10/2013, dep. 2014, Lumicisi, Rv. 258340). In motivazione, la Corte ha giustificato l'indicata natura del reato sulla scorta dell'espressione contenuta nell'art. 648 bis "operazioni in modo da ostacolare l'identificazione della ... provenienza" che non indica un evento etiologicamente connesso alla condotta, **ma descrive le caratteristiche dell'atto punibile.**

In senso contrario, si pongono però altre decisioni secondo le quali «risponde del **delitto tentato di riciclaggio il soggetto sorpreso dalla polizia giudiziaria nell'atto di smontare un motociclo, in quanto la fattispecie di**

cui all'art. 648-bis cod. pen., nella vigente formulazione, non è costruita come delitto a consumazione anticipata» (Fattispecie nella quale le operazioni di smontaggio delle diverse componenti del veicolo erano state interrotte prima che si determinasse la perdita della connessione con i dati identificativi del mezzo) (Sez. 2, n. 55416 del 30/10/2018, Caruso, Rv. 274254; in senso conforme: Sez. 2, n. 1960 del 11/12/2014, dep. 2015, Pileri, Rv. 262506; Sez. 5, n. 17694 del 14/01/2010, Errico, Rv. 247220).

Ritiene l'odierno Collegio di aderire al primo degli indicati orientamenti osservando che comunque i principi evidenziati devono essere necessariamente collegati ai fatti concreti di volta in volta sottoposti a giudizio. Nel caso in esame risulta dalla ricostruzione dei fatti emergenti dalla sentenza di merito, sul punto non contestata dall'odierno ricorrente, che all'atto dell'intervento della polizia giudiziaria "il mezzo era privo di targa e di documenti, oltre che parzialmente smontato nella parte anteriore; i pezzi appena smontati erano ancora in terra". L'imputato aveva quindi già manomesso varie parti del veicolo rubato e le relative targhe, condotta quest'ultima che, unitamente all'alterazione dei numeri di serie del telaio costituisce **atto tipico di "riciclaggio" (nella forma consumata) essendo già intervenuta una separazione fisica tra il veicolo inteso nella sua completezza funzionale ed alcuni pezzi dello stesso (in particolare la targa) indubbiamente idonei ad identificarne la provenienza ed il fatto che fossero in corso ulteriori operazioni di smontaggio di altri pezzi**

del veicolo non consente comunque una retrocessione della condotta a mero livello di tentativo. In punto di diritto deve solo essere ricordato che è ormai consolidata la giurisprudenza di legittimità sulla riconducibilità al delitto di cui all'art. 648-bis codpen. delle operazioni di cancellazione dei dati identificativi di veicolo o parti di esso nonché di manomissione di pezzi di esso, da rendere irrecuperabilmente ignota la loro origine (Sez. 2, n. 44305 del 25/10/2005, Rv. 232770), costituenti - queste - tipiche attività di riciclaggio e ciò vale anche nel caso di rimozione o sostituzione della targa (ex multis: Sez. 2, n. 56391 del 23/11/2017, Quattrocchi, Rv. 271553). In sostanza, si ha riciclaggio ogniqualvolta si pongono in essere operazioni in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza del bene, attraverso una attività che, con riferimento al caso dei veicoli, impedisce il collegamento delle stesse con il proprietario che ne è stato spogliato, in ciò distinguendosi dal delitto di ricettazione.

A ciò si aggiunge l'osservazione che per la configurabilità del reato la norma non è necessario che sia efficacemente "impedita" la tracciabilità del percorso del bene provento di reato, ma è sufficiente anche che essa sia solo "ostacolata" (Sez. 2, n. 26208 del 09/03/2015, Steinhauslin, Rv. 264369) L'azione di smontare le singole componenti meccaniche di un veicolo rubato, cannibalizzandolo - e, come detto, nel caso in esame di avere "già" smontato alcuni pezzi identificativi del veicolo stesso - integra quindi la violazione dell'art. 648-bis c.p. nella forma consumata.



La pillola di diritto del 15 gennaio 2020

*#colpamedica #primario #posizionedigaranzia
#590sexies*

Cassazione penale, sez. IV, Sent. n. 50619 del 10 dicembre 2019

La Corte chiarisce che un 'primario' può essere chiamato a rispondere penalmente delle lesioni arrecate a un paziente per la condotta colposa dei sanitari del reparto da lui diretto, nonostante che egli non sia mai venuto in contatto con il paziente e che, nel periodo (natalizio) in cui le lesioni sono state provocate, la presenza in reparto sia stata minima.

Il dirigente del reparto, infatti, **resta titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute dei pazienti affidati alla struttura**, sebbene i decreti legislativi n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999 di modifica dell'ordinamento interno dei servizi ospedalieri abbiano attenuato la forza del vincolo gerarchico con i medici che con lui collaborano; persiste, infatti, il potere - dovere in capo al dirigente medico in posizione apicale di dettare direttive generiche e specifiche, di vigilare e di verificare l'attività autonoma e delegata dei medici addetti alla struttura, ed infine il potere residuale di avocare a sé la gestione dei singoli pazienti.

Aggiunge la Corte che il testo dell'art. 590 sexies c.p., come modificato dalla cd. Legge Gelli-Bianco, non è applicabile a una simile

fattispecie in quanto le omissioni ascrivibili al 'primario' erano ascrivibili a negligenza piuttosto che a imperizia e, comunque, "non potrebbero dirsi rispettate nel caso di specie le raccomandazioni previste dalle linee guida adeguate alla specificità del caso concreto, né tanto meno le buone pratiche clinico-assistenziali" (all'indagato, siamo in fase cautelare, sono ascritte: l'inadeguata programmazione del lavoro dei collaboratori; il mancato controllo del rispetto dei criteri di organizzazione fissati; l'omissione dei compiti di indirizzo terapeutico e di vigilanza).

*il C**ò non aveva adeguatamente programmato il lavoro dei collaboratori e non aveva controllato l'ottemperanza ai criteri di organizzazione e di assegnazione a sé o ad altri medici dei pazienti ricoverati (ciò che, secondo il Collegio adito, sarebbe stato del resto confermato dallo stesso C**ò in sede di interrogatorio), omettendo in specie di adempiere agli obblighi sia di indirizzo terapeutico, sia di verifica e vigilanza sulle prestazioni di diagnosi e cura affidate ai medici da lui delegati. Sul punto, non colgono nel segno le censure del ricorrente in ordine al fatto che egli era stato presente in reparto unicamente nei giorni 25 e 31 gennaio e 10 febbraio 2018, atteso che in quei giorni egli - come correttamente osservato dal Tribunale del Riesame - avrebbe potuto e dovuto ottemperare ai compiti di verifica e di vigilanza a lui affidati.*



Né coglie nel segno quanto rilevato dal ricorrente in riferimento ai riconoscimenti professionali a lui attribuiti sul piano delle capacità organizzative, essendo necessario accertare se tali capacità fossero state dimostrate in occasione della vicenda per cui è giudizio, ciò che sembra escluso sulla base degli atti. È lo stesso percorso argomentativo della sentenza Sez. 4, n. 18334 del 21/06/2017, dep. 2018, De Luca, evocata tanto dal Tribunale del Riesame quanto dal ricorrente, a precisare - richiamando altra precedente giurisprudenza - che **«il medico in posizione apicale con l'assegnazione dei pazienti opera una vera e propria «delega di funzioni impeditive dell'evento» in capo al medico in posizione subalterna** (Sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39609, Rv. 237832, in cui si legge che gli obblighi di garanzia connessi all'esercizio della organizzazione ospedaliera consentono al medico in posizione apicale **di trasferire al medico subordinato funzioni mediche di alta specializzazione o la direzione di intere strutture semplici (con riferimento al medico in posizione intermedia) oppure la cura di singoli pazienti ricoverati nella struttura (con riferimento al medico in posizione iniziale).**

Ovviamente anche attraverso detta delega il medico apicale "delegante" non si libera completamente della propria originaria posizione di garanzia, conservando una posizione di vigilanza, indirizzo e controllo sull'operato dei delegati.

Obbligo di garanzia che si traduce, in definitiva, nella verifica del corretto espletamento delle funzioni delegate e nella facoltà di esercitare il residuale potere di avocazione alla propria diretta

responsabilità di uno specifico caso clinico».

E', poi, la stessa sentenza n.18334/2018 a chiarire che la responsabilità del primario ospedaliero è esclusa **«allorché il medico apicale abbia correttamente svolto i propri compiti di organizzazione, direzione, coordinamento e controllo e, ciononostante, si verifichi un evento infausto causato da un medico della propria struttura»**; con ciò implicitamente affermando a contrario che la responsabilità è ipotizzabile allorché il medico apicale non abbia svolto in modo adeguato quei compiti. Ma, ancor più chiaramente - e facendo specifico riferimento alle regole cautelari ricavabili dall'ordinamento ospedaliero vigente - si esprime in proposito Sez. 4, Sentenza n. 47145 del 29/09/2005, Sciortino e altri, Rv. 232843, laddove afferma che il dirigente medico ospedaliero **è titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute dei pazienti affidati alla struttura, perché i decreti legislativi n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999 di modifica dell'ordinamento interno dei servizi ospedalieri hanno attenuato la forza del vincolo gerarchico con i medici che con lui collaborano, ma non hanno eliminato il potere - dovere in capo al dirigente medico in posizione apicale di dettare direttive generiche e specifiche, di vigilare e di verificare l'attività autonoma e delegata dei medici addetti alla struttura, ed infine il potere residuale di avocare a sé la gestione dei singoli pazienti.**

Sul piano del quadro normativo, peraltro, non riverbera alcun effetto sulla fattispecie in esame



*quanto stabilito dall'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge n. 24/2017 (c.d. legge Gelli - Bianco): invero, nella specie gli addebiti mossi al C**ò sembrano connotarsi essenzialmente in termini di negligenza, piuttosto che di imperizia; e comunque, per quanto si é detto, non potrebbero dirsi rispettate nel caso di specie le raccomandazioni previste dalle linee guida adeguate alla specificità del caso concreto, né tanto meno le buone pratiche clinico-assistenziali. Con la conseguenza che non é ipotizzabile neppure un innalzamento della soglia di gravità della colpa penalmente rilevante rispetto agli standard ordinari.*

La pillola di diritto del 23 gennaio 2020

#nonesigibilità #esimente #384cp
#conviventemoreuxorio

Corte di Cassazione n. 1825 del 17 gennaio 2020

Gran parte dei reati contro l'amministrazione giudiziaria (tra cui, nel caso di specie, il favoreggiamento) non sono punibili qualora la condotta sia commessa per la necessità di salvare sé stessi o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore (art. 384 c.p.).

La dottrina è divisa sulla natura di tale esimente che è ascritta allo stato di necessità o all'inesigibilità della condotta.

Sia che la si intenda come causa di esclusione della colpevolezza sia che la si intenda come causa di esclusione della stessa anti giuridicità del fatto sia che la si ritenga una mera causa di non punibilità, la giurisprudenza ha generalmente escluso la sua applicazione nei confronti di soggetti non espressamente contemplati dalla norma.

Ciò sulla base dell'orientamento maggioritario secondo cui il principio di non esigibilità "non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti

dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultra legali di esclusione della punibilità attraverso l'"analogia juris" (v, tra le altre, Cassazione pen., sez. III n. 38593 del 23 gennaio 2018). L'ordinanza che si annota, peraltro, dà atto della sussistenza di un contrasto in merito alla nozione di prossimo congiunto (si cui all'art. 307 c.p.) che non comprende il convivente more uxorio. Due recenti Sentenze, infatti, hanno ritenuto di estendere analogicamente l'applicazione dell'esimente "*in bonam partem*" a favore del convivente more uxorio e ciò sulla base dell'art. 8 CEDU che considera la famiglia "in senso dinamico, come una formazione sociale in perenne divenire, e non come un istituto statico ed immutabile, essendo irrilevante che il rapporto familiare sia sanzionato dall'accordo matrimoniale".

La Sezione, nel rinviare la questione alle Sezioni Unite, mostra di preferire l'interpretazione letterale (che non include il convivente tra i prossimi congiunti) e rammenta che tale esclusione è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale (ord. n. 121/2004 e Sent. n. 140/2009) per le sostanziali differenze che sussistono tra la famiglia legittima, protetta direttamente dall'art. 29 Cost., e la mera convivenza che è protetta solo dall'ampia formulazione dell'art. 2 della Costituzione. La scelta del legislatore di non estendere l'esimente al convivente ha, quindi, superato il vaglio di ragionevolezza per la non omogeneità delle situazioni contemplate. È anche precisato



che la parificazione del convivente al coniuge non è possibile in via interpretativa, trattandosi di norma eccezionale insuscettibile di applicazione analogica, e non è necessitata dall'art. 8 CEDU come riconosciuto dalla stessa Corte di Strasburgo allorché ha stabilito che gli stati ben possono limitare la facoltà di astensione nel testimoniare ai soli coniugi e ai conviventi registrati. La cd. Legge Cirinnà, poi, (d.lgs. 6/2017) ha esteso l'esimente ai soli soggetti legati da un'unione civile sulla base di una chiara scelta legislativa che non può essere disattesa dal Giudice (con l'eccezione della Corte costituzionale se sarà nuovamente chiamata a pronunciarsi in materia).

*...Due ... recenti decisioni hanno espresso un opposto orientamento. Secondo Sez. 2, n. 34147 del 30/04/2015, Agostino e altri, Rv. 264630, in tema di favoreggiamento personale, la causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma primo, cod. pen. in favore del coniuge opera anche in favore del convivente "more uxorio" confutando l'attualità dell'opinione espressa dal Giudice delle leggi in ordine alla concezione di famiglia cui fare riferimento e richiamando la **giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale considera la famiglia in senso dinamico, come una formazione sociale in perenne divenire, e non come un istituto statico ed immutabile, essendo irrilevante che il rapporto familiare sia sanzionato dall'accordo matrimoniale;***

nello stesso solco si è posta Sez. 6 n. 11476 del 19/09/2018, Cavassa Samuel, Rv. 275206 che

*ha affermato che la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 cod. proc. pen. è applicabile anche nei confronti dei componenti di una famiglia di fatto e dei loro prossimi congiunti, **dovendosi recepire un'interpretazione "in bonampartem" che consenta la parificazione, sul piano penale, della convivenza "more uxorio" alla famiglia fondata sul matrimonio, argomentandosi che l'equiparazione ai coniugi dei soli componenti di un'unione civile, prevista dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, non esclude l'estensione della causa di non punibilità ai conviventi "more uxorio", trattandosi di soluzione già consentita dal preesistente quadro normativo, oltre che dalla nozione di famiglia desumibile dall'art.8 CEDU, ricomprensente anche i rapporti di fatto.***

*3. Le due decisioni innovative sono state criticate dalla dottrina secondo la quale il discostamento dal precedente consolidato orientamento, innanzitutto, si pone in tensione con le regole generali dell'interpretazione estendendo oltre il dato letterale una norma eccezionale e tassativa quanto ai soggetti che la possono invocare, tanto da far prospettare - all'epoca della prima delle due decisioni - un necessario interpello della Giudice delle leggi o un più auspicabile intervento del legislatore. Con riferimento alla ultima decisione del 2019 è stato osservato che **la riscrittura giurisprudenziale dell'esimente in parola involge poteri dei quali è istituzionalmente affidataria la Corte Costituzionale per superare i limiti che il giudice comune incontra nella «correzione» delle norme.***

4. Le critiche della dottrina, peraltro, appaiono in linea con lo specifico orientamento di legittimità - riguardante il tema della c.d. inesigibilità della condotta, ambito nel quale la prevalente dottrina situa la disposizione in parola - secondo il quale **il principio della non esigibilità di una condotta diversa** - sia che lo si voglia ricollegare alla "ratio" della colpevolezza riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi da lui "umanamente" pretendere un comportamento diverso, **sia che lo si voglia ricollegare alla "ratio" dell'antigiuridicità** riferendolo a situazioni in cui non sembri coerente ravvisare un dovere giuridico dell'agente di uniformare la condotta al precetto penale - non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, **in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'"analogia juris"** (Sez. 3, n. 38593 del 23/01/2018, Del Stabile, Rv. 273833).

5. Ove si dovessero, in qualche modo, ritenere superabili il limite letterale e **la natura eccezionale della norma in parola**, la interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dichiaratamente posta a base dell'orientamento innovativo e l'obiettivo dell'ermeneusi, vanno confrontati - da un lato, come ricordato dalla sentenza Migliaccio - con i ripetuti interventi della Corte Costituzionale che ha ritenuto costituzionalmente non illegittima l'esclusione dal

novero dei soggetti indicati dall'art. 384, comma 1, cod. pen. con riferimento all'art. 307, comma 4, cod. pen. del convivente di fatto giustificando il diverso trattamento delle diverse situazioni **e non costituendo l'estensione una soluzione costituzionalmente necessaria**; dall'altro, con la decisione espressa dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso *Van derHeijden v. Netherlands* del 3 aprile 2012 che ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU laddove la legislazione interna costringa una persona a testimoniare nell'ambito di procedimenti penali a carico del convivente **senza conferirle la facoltà di astensione riconosciuta invece al coniuge e al convivente registrato**. Con tale ultima decisione, si è annotato, la Corte di Strasburgo, seguendo la dottrina del margine di apprezzamento riservato agli Stati, ha in qualche misura fornito argomenti per sostenere la non irragionevolezza di trattamenti differenziati fra coniugi e conviventi, quantomeno nel settore processuale.

6. La dichiarata interpretazione valoriale a sostegno della innovazione deve, inoltre, confrontarsi con quanto emerge dal più recente intervento legislativo del d.leg.vo n. 6 del 2017, conseguente alla c.d. legge Cirinnà del 2016 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze»), con il quale si è ampliata la cerchia dei «prossimi congiunti» per ricomprendervi i soggetti uniti civilmente e non anche i conviventi di fatto. A tal proposito, la dottrina ha osservato che quella compiuta dal legislatore delegato del 2017 **nell'ammodernare il concetto di prossimità con il riferimento alla sola**



*parte dell'unione civile, è stata una scelta ben precisa - e non una svista involontaria - derivante dal limitato oggetto della delega legislativa, che non lasciava all'esecutivo alcun margine per includere anche i conviventi more uxorio nell'articolo 307, comma 4, cod. pen. 7. Ritiene, pertanto, il Collegio che il rilevato contrasto giurisprudenziale - che esplicita l'emersione di questioni che coinvolgono lo stesso esercizio della funzione nomofilattica in rapporto ai suoi presupposti, contenuti e limiti - impone di sottoporre alle Sezioni unite la seguente questione di diritto: «**se l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen. sia applicabile al convivente more uxorio**».*