



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE – ANNO 1 - NUMERO 6 - MAGGIO 2020

Approfondimenti

- **Civile:** Autonomia contrattuale e tipicità dei diritti reali: una convivenza possibile. Commento a Cass. SS.UU 30 aprile 2020 n. 8435 e 8434.

di Massimo Marasca

- **Penale:** Il concorso di persone e l'elemento soggettivo: la diversità degli atteggiamenti psicologici.

di Rosa Monopoli

- **Amministrativo:** Illegittima l'ordinanza della Regione Calabria di parziale apertura delle attività di ristorazione

di Luca Cestaro

Schede di Giurisprudenza

- **Amministrativo:** All'Adunanza plenaria l'applicabilità del divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche dalle gare di appalto in relazione a quelle che vietano o limitano l'avvalimento.

di Fabrizia Pignalosa

- **Civile:** Contratti finanziari e nullità selettiva di protezione: la buona fede come parametro di riequilibrio contrattuale

di Carmen Voria

- **Penale:** Coltivazione di piante da cui siano ricavabili sostanze stupefacenti

di Jessica Tornincasa

Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro



Sommario

SOMMARIO.....	2
APPROFONDIMENTI	6
Civile	7
Autonomia contrattuale e tipicità dei diritti reali: una convivenza possibile. Commento a Cass. SS.UU 30 aprile 2020 n. 8435 e 8434.....	7
1. Autonomia contrattuale e tipicità dei diritti reali.....	7
2. I principi di diritto nelle sentenze a SS.UU 30 aprile 2020 n. 8435 e 8434.....	8
3. Le fattispecie.....	9
4. Le questioni.....	11
5. Il percorso motivazionale.....	11
6. Le osservazioni alla pronuncia delle SS.UU.....	16
Penale	19
Il concorso di persone e l'elemento soggettivo: la diversità degli atteggiamenti psicologici.....	19
1. Il concorso di persone: inquadramento generale della fattispecie.....	19
2. Gli elementi costitutivi del concorso di persone.....	20
3. Il concorso doloso.....	21
4. La cooperazione colposa.....	22
4.1. La diversità degli atteggiamenti psicologici: la tesi dell'unicità dell'elemento soggettivo e la concezione pluralistica.....	24
5. Il concorso doloso nel reato colposo.....	25
6. Il concorso colposo nel reato doloso.....	25
Amministrativo	28
Illegittima l'ordinanza della Regione Calabria di parziale apertura delle attività di ristorazione	28
La competenza primaria per la gestione dell'emergenza epidemiologica è dello Stato	28
T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sentenza n.841 del 9.05.2020.....	28
La questione	28
Il conflitto di attribuzione e il T.A.R.	28
La natura dell'ordinanza regionale e del d.P.C.M.	29
La sussidiarietà letta in chiave "stato centrica"	30
Le ragioni dell'illegittimità dell'ordinanza regionale	31
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA.....	33
Amministrativo	34



All'Adunanza plenaria l'applicabilità del divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche dalle gare di appalto in relazione a quelle che vietano o limitano l'avvalimento.....	34
Cons. St., sez. V, Sent. n. 1920 del 17 marzo 2020.....	34
Fatto.....	34
Inquadramento.....	37
La questione.....	40
Conclusione.....	42
Civile.....	45
Contratti finanziari e nullità selettiva di protezione: la buona fede come parametro di riequilibrio contrattuale.....	45
Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza n. 28314 del 4 novembre 2019.....	45
Quesito.....	45
Normativa.....	45
Inquadramento.....	48
Soluzione.....	50
Coltivazione di piante da cui siano ricavabili sostanze stupefacenti.....	52
Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, Sent. n. 12348 del 16 aprile 2020.....	52
Quesito.....	52
Fatto.....	52
Inquadramento.....	56
Soluzione.....	60
PILLOLE DI DIRITTO.....	62
Civile.....	63
La pillola di diritto del 19.05.2020.....	63
Il contratto di gestione patrimoniale è nullo in mancanza di accettazione scritta del cd. benchmark.....	63
#formascritta #contrattiinvestimento #nullità #benchmark.....	63
Corte di Cassazione, sez. I, ordinanza n. 9025 del 15.05.2020.....	63
Penale.....	65
La pillola di diritto del 29.05.2020.....	65
Il proprio profilo Facebook come luogo aperto al pubblico: c'è apologia di reato anche se il messaggio è rivolto ai soli 'amici'.....	65
#apologia #terrorismo #socialnetwork.....	65
Corte di Cassazione, sez. I penale, Sentenza n. 2442 del 22.01.2020.....	65
Amministrativo.....	67
La pillola di diritto del 23.05.2020.....	67
Quando l'ente fiera è organismo di diritto pubblico (ancora...)	67



#organismodirittopubblico #entifieristici.....	67
Consiglio di Stato, sez. V, Sentenza n. 2335 del 9.04.2020	67



Anno 1, n. 6, maggio 2020

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
Anna Vecchione
Michele Vitiello

Comitato scientifico

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

indirizzo redazione

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



Approfondimenti



Civile

Autonomia contrattuale e tipicità dei diritti reali: una convivenza possibile. Commento a Cass. SS.UU 30 aprile 2020 n. 8435 e 8434.

di Massimo Marasca

magistrato ordinario "fuori ruolo" presso il MIT

1. Autonomia contrattuale e tipicità dei diritti reali.

L'autonomia contrattuale dei privati è un universo di libertà in continua espansione fino agli angoli più remoti dei poteri di autoregolamentazione. Uno degli ambiti nei quali l'autonomia contrattuale si sta muovendo con sempre maggiore scioltezza rispetto al passato è, in effetti, quello dei diritti reali, connotati, tra l'altro, dall'immarcescibile, ma sempre più diverso nel significato, principio della tipicità, che è solitamente invocato in contrapposizione a quello discendente dall'art. 1322 cc.

Il principio di tipicità¹, nella sua duplice declinazione tradizionale, rappresenta, infatti, unlimite per l'iniziativa economica. Sotto un primo aspetto la tipicità implica che

i diritti reali siano quelli e soltanto quelli individuati dal legislatore: si tratta del cd *numerusclausus*. Non è dunque possibile crearne di nuovi senza attingere dagli schemi legali. Sotto un aspetto esso impedisce ai privati di intervenire sul contenuto del diritto reale, che può essere solo quello fissato dal Codice civile. È di tutta evidenza, infatti, che, laddove fosse consentito ai privati di mutare e perfino stravolgere i poteri e i doveri connessi alle situazioni giuridiche reali, si avrebbero dei diritti nuovi e atipici: diritti reali *sui generis*, secondo una radicata e tralatizia espressione dottrinale.

La dottrina più recente evidenzia, però, che le rammentate declinazioni sono un retaggio della visione prettamente dominicale degli scambi economici, in cui la proprietà sia il principale strumento di produzione della ricchezza.

Si osserva ancora che i suddetti principi non hanno un'espressa previsione legislativa: d'altronde il codice stabilisce espressamente la tipicità dei modi di acquisto della proprietà (922 CC) e degli atti soggetti a trascrizione (art. 2643 c.c.). Diversamente il divieto di alterare gli schemi legali o di crearne altri è

¹ Sul principio di tipicità si rinvia a Proprietà, Possesso, Diritti reali di Daniele Minussi in Trattato Organico di Diritto Civile, ed Simone pag.453 e ss.



desunto da un'interpretazione sistematica sin troppo rigorosa: l'art. 832 cc impedirebbe la creazione di vincoli o pesi alla proprietà non giustificati dall'ordinamento giuridico; l'art. 1372 cc farebbe sì che con il consenso traslativo il diritto di sequela andrebbe a gravare anche sui successivi acquirenti del bene, che non acquisterebbero mai il medesimo bene degli alienanti; gli artt. 2720 e 1988 cc escluderebbero atti ricognitivi di diritti reali, giustificando indirettamente trasferimenti privi di causa. In senso contrario, si constata che l'autonomia contrattuale è principio che garantisce la massima circolazione della ricchezza, intesa in senso moderno (ovvero svincolata dalla proprietà, ma collegata ad asset immateriali). In sostanza occorre consentire ai privati di modulare il contenuto dei diritti reali esistenti per soddisfare nuovi interessi economici. Equilibrio questo rinvenibile laddove non si intacchi il nucleo fondamentale dei diritti reali e si perseguano interessi meritevoli. Inoltre, l'interpretazione sistematica richiamata non appare essere un ostacolo reale: vi sono figure giuridiche di nuovo conio che ampliano il novero dei diritti reali (multiproprietà, trust); la stessa proprietà è declinata al plurale con la proprietà temporanea e la proprietà fiduciaria, che

minano i caratteri dell'assolutezza e dell'esclusività; le norme in tema di iura in re aliena lasciano chiaramente un ampio spazio all'autonomia privata, nella determinazione concreta dei poteri, delle facoltà, dei limiti e degli obblighi costituenti il contenuto delle varie situazioni reali, stabilendo che, in certe ipotesi, il titolo si discosti dalla disciplina normativa (es. 899, 934, 957 cc, 980 cc, 1118 cc, 1127 cc; 1030; 1063; 1100; 1117).

2. I principi di diritto nelle sentenze a SS.UU 30 aprile 2020 n. 8435 e 8434.

È proprio nel solco del mutato significato del principio di tipicità dei diritti reali, che si collocano le sentenze a SS.UU 30 aprile 2020 n. 8435 e 8434, nelle quali emerge il trionfo dell'autonomia contrattuale anche in un settore come quello delle situazioni reali: le parti possono modulare il concreto assetto degli interessi sotteso alla concessione del lastrico solare per l'installazione del ripetitore con lo schema negoziale ritenuto concretamente più idoneo a perseguire la funzione economico-individuale avuta di mira.

Le SS.UU affermano, infatti, i seguenti principi di diritto: «*I) Il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda cedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e*



mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito sia attraverso un contratto ad effetti reali, sia attraverso un contratto ad effetti personali. La riconduzione del contratto concretamente dedotto in giudizio all'una o all'altra delle suddette categorie rappresenta una questione di interpretazione contrattuale, che rientra nei poteri del giudice di merito.

II) *Lo schema negoziale a cui riferire il contratto con il quale le parti abbiano inteso attribuire al loro accordo effetti reali è quello del contratto costitutivo di un diritto di superficie, il quale attribuisce all'acquirente la proprietà superficaria dell'impianto installato sul lastrico solare, può essere costituito per un tempo determinato e può prevedere una deroga convenzionale alla regola che all'estinzione del diritto per scadenza del termine il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione. Il contratto con cui un condominio costituisca in favore di altri un diritto di superficie, anche temporaneo, sul lastrico solare del fabbricato condominiale, finalizzato alla installazione di un ripetitore, o altro impianto tecnologico, richiede l'approvazione di tutti i condomini.*

III) *Lo schema negoziale a cui riferire il contratto con il quale le parti abbiano inteso attribuire al loro accordo effetti obbligatori è quello del contratto atipico*

di concessione ad aedificandum di natura personale, con rinuncia del concedente agli effetti dell'accessione. Con tale contratto il proprietario di un'area concede ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa, di godere e disporre dell'opera edificata per l'intera durata del rapporto e di asportare tale opera al termine del rapporto. Detto contratto costituisce, al pari del diritto reale di superficie, titolo idoneo ad impedire l'accessione ai sensi dell'articolo 934, primo comma, c.c. Esso è soggetto alla disciplina dettata, oltre che dai patti negoziali, dalle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del Codice civile (art. 1323 c.c.), nonché, per quanto non previsto dal titolo, dalle norme sulla locazione, tra cui quelle dettate dagli artt. 1599 c.c. e 2643 n. 8 c.c. Il contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale stipulato da un condominio per consentire ad altri la installazione di un ripetitore, o altro impianto tecnologico, sul lastrico solare del fabbricato condominiale richiede l'approvazione di tutti i condomini solo se la relativa durata sia convenuta per più di nove anni».

Occorre esaminare la fattispecie, le questioni e il percorso argomentativo, che hanno condotto le SS.UU. all'enunciazione degli esposti principi.

3. Le fattispecie.

Le fattispecie poste all'attenzione della



Sezione remittente² riguardavano rispettivamente la rimozione di ripetitori di radiofrequenze posti sul lastrico solare e le maggioranze necessarie per deliberarne l'installazione.

Nella prima fattispecie nel 2008 due società acquistavano separatamente tutte le unità abitative di un edificio in precedenza appartenente ad un singolo proprietario, determinando con ciò la costituzione del condominio. Delle due società, quella titolare della proprietà sulla gran parte delle porzioni esclusive concedeva, pochi mesi più tardi, ad una nota compagnia operante nel settore della telefonia mobile, il diritto all'uso di una porzione del lastrico solare comune al fine di collocarvi un ripetitore di segnale collegato, tramite cavi passanti per altre parti comuni, ad un ulteriore impianto collocato in uno dei locali adibiti a cantina di proprietà esclusiva del concedente. Di tale negozio si faceva menzione anche nel regolamento condominiale di natura contrattuale, dove era denominato "servitù". Il regolamento era, peraltro, accettato dai successivi acquirenti delle singole unità abitative. Il condominio, unitamente a taluni condomini

in proprio, sette anni dopo la stipula del predetto atto negoziale, qualificato dalle parti come "locazione", citavano in giudizio la società di telefonia e la parte "locatrice" al fine di sentirle condannare alla rimozione dell'impianto opponibile agli altri condomini e, per l'effetto, si richiedeva la rimozione degli impianti. La domanda, inizialmente rigettata dal giudice di primo grado, veniva invece accolta dalla Corte d'Appello di Genova. Proponevano quindi ricorso in Cassazione sia la società concedente che quella di telefonia, sostenendo la legittimazione alla stipula del contratto della società locatrice, che aveva disposto solo della sua quota e non dell'intero, ex art. 1105 c.c., e l'opponibilità del contratto agli altri condomini, in quanto menzionato, quale "servitù", anche nel regolamento condominiale.

Nella seconda fattispecie i proprietari di un'unità abitativa posta all'ultimo piano del condominio impugnavano la delibera con cui il condominio aveva approvato l'installazione sul lastrico solare condominiale di un ripetitore di telefonia cellulare. Ad avviso degli attori, tale delibera

² Ordinanze nn. 8943 e 8944 del 29 marzo 2019 in contratti, 2019, 6, 647 (nota a sentenza): la concessione del lastrico solare per l'installazione di impianti di radiotelefonia di FRANCESCA PAROLA; v. anche in

immobili e proprietà, 2019, 8-9, 488 (dottrina) la "concessione ad aedificandum" sul suolo comune: gli impianti di radiotelefonia alle sezioni unite di DAVIDE LAURINO.

doveva considerarsi illegittima perché approvata a maggioranza e non all'unanimità, come invece richiesto dal regolamento condominiale in caso di innovazioni che andassero ad inficiare il godimento della cosa comune da parte di tutti i condomini. I giudici di merito, tanto di primo che di secondo grado, avevano accolto la prospettazione dei condomini e, in particolare, i giudici d'appello avevano citato un precedente di merito in base al quale la delibera che approva la locazione di una parte o di tutto il lastrico solare finalizzata all'installazione di un'antenna per la telefonia mobile è costitutiva di un diritto di superficie in favore del conduttore e, come tale, deve essere adottata all'unanimità. Anche in questo caso ricorrevano in Cassazione il condominio concedente e la società di telefonia, affermando la natura meramente obbligatoria del rapporto fra gli stessi instaurato e, conseguentemente, la legittimità della delibera approvata a maggioranza dei condomini.

4. Le questioni.

Le Ordinanze di rimessione ritenevano che nelle due fattispecie venissero in rilievo la seguente questione di massima particolare importanza: «se è necessario il consenso di tutti i partecipanti, ai sensi dell'art. 1108, comma 3, c.c.,

per l'approvazione del contratto col quale un condominio conceda in godimento ad un terzo, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo precipuo di consentirgli l'installazione di infrastrutture ed impianti (nella specie, necessari per l'esercizio del servizio di telefonia mobile), che comportino la trasformazione dell'area, riservandocomunque al detentore del lastrico di acquisire e mantenere laproprietà dei manufatti nel corso del rapporto come alla fine dello stesso».

Per risolvere il quesito, secondo le SS.UU. è necessario qualificare risolvere due quesiti:

1. Se l'installazione dei ripetitori sul lastrico solare si tratti o meno di innovazione ex art. 1120 cc da approvare con le maggioranze dell'art. 1136 cc oppure si versi nella fattispecie dell'art. 1108 cc;
2. Se il contratto costitutivo abbia effetti reali o obbligatori, poiché nella prima ipotesi si verserebbe nella regola dell'unanimità e nella seconda in quella della maggioranza qualificata prevista dall'art. 1108 cc.;
3. Se ritenuta la natura obbligatoria sia applicabile la disciplina delle locazioni.

5. Il percorso motivazionale.

Le SS.UU motivano la declinazione dei principi di diritto in precedenza ricordati



attraverso i seguenti passaggi:

- a) non viene in rilievo la disciplina dettata dall'articolo 1120 c.c. per le innovazioni.
- b) I ripetitori di segnali sono beni immobili.
- c) la questione della qualificazione del contratto, con cui il proprietario di un lastrico solare attribuisca ad altri, a titolo oneroso, il diritto di installarvi e mantenervi per un certotempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto contrattuale, riguarda l'interpretazione del contratto, che è rimessa al giudice del merito, il quale è tenuto a chiarire se si tratti di contratto a effetti reali o a effetti obbligatori, potendo le parti utilizzare entrambi i tipi contrattuali.
- d) nel caso in cui il giudice di merito qualifichi il contratto in termini di contratto atipico ad effetti obbligatori – tesi per la quale la stessa SS.UU appare propendere – si applica la disciplina della locazione (compresi l'articolo 1599 c.c., in tema di opponibilità del contratto al terzo acquirente, e l'articolo 2643 n. 8 c.c., in tema di trascrizione dei contratti di locazione immobiliare di durata

superiore ai nove anni).

Rinviando alla sentenza per le approfondite argomentazioni di cui ai punti a e b, atteso che ripercorrono consolidati orientamenti di giurisprudenza con puntuali riferimenti dottrinali, i passaggi motivazionali c e d sono un precipitato della nuova dimensione del principio di tipicità dei diritti reali che convive con quello di autonomia contrattuale.

La Corte articola il proprio pensiero ritenendo che l'autonomia contrattuale consenta alle parti di regolare la fattispecie dell'installazione del ripetitore sul lastrico solare attraverso i seguenti moduli negoziali alternativi:

- 1) Contratto costitutivo di un diritto di superficie;
- 2) contratto atipico di concessione dello *jus ad aedificandum* ad effetti obbligatori.

Secondo le SS.UU, che fanno propria un'autorevole posizione dottrinale, *la demarcazione tra concessione ad aedificandum atipica ad effetti obbligatori e contratto tipico di locazione corre lungo una linea troppo sottile per assicurare una separazione netta tra i due modelli negoziali.*

In ogni caso la questione della differenza tra concessione atipica ad aedificandum di

natura obbligatoria e contratto tipico di locazione non presenta significative ricadute sull'individuazione della disciplina applicabile giacché, come già precisato da questa Corte nella sentenza n. 18229/2003, ai contratti atipici, o innominati, possono legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche le norme regolatrici dei contratti nominati, quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla norme dettate per i contratto tipici.

È compito del giudice di merito stabilire se le parti abbiano voluto stipulare l'una o l'altra tipologia di contratto, atteso che l'interpretazione di quanto pattuito è una *quaestio facti*. La Cassazione detta un vero e proprio decalogo per il giudice di merito: «*al fine di attribuire al contratto di cui si discute effetti reali o effetti obbligatori, bisogna innanzi tutto valutare l'effettiva volontà delle parti, desumibile, oltreche dal nomen juris (di per se stesso non determinante, ma nemmeno del tutto trascurabile nel processo interpretativo), anche da altri elementi testuali, quali la previsione relativa alladurata, la disciplina negoziale della sorte del manufatto al momento della cessazione del rapporto, la determinazione del*

corrispettivo come unitario o come canone periodico, la regolazione degli obblighi del cessionario in ordine alla manutenzione della base della installazione, l'eventuale richiamo a specifici aspetti della disciplina delle locazioni non abitative; nonché da elementi extra-testuali, quali la forma dell'atto e il comportamento delle parti. A quest'ultimo riguardo può, ad esempio, evidenziarsi come la stipula del contratto per atto pubblico può essere valorizzata a favore della qualificazione dell'atto come contratto a effetti reali ed altrettanto può dirsi, ai sensi dell'articolo 1326, secondo comma, c.c., in relazione al comportamento delle parti, successivo alla conclusione del contratto, consistente nella decisione di trascrivere l'atto nei registri immobiliari pur quando il diritto di utilizzazione del lastrico solare sia stato concesso per una durata inferiore a nove anni».

All'esito di questo percorso euristico il giudice di merito conclude per la natura reale od obbligatoria degli effetti del contratto.

In particolare, per inquadrare l'accordo sul ripetitore come involgente un diritto reale di superficie sarà peraltro necessario riscontrare che le parti abbiano inteso attribuire al suddetto diritto le caratteristiche tipiche della realtà:

➤ l'efficacia erga omnes (ossia la possibilità

di farlo valere nei confronti di tutti e non solo del concedente);

- la trasferibilità a terzi;
- l'assoggettabilità al gravame ipotecario.

D'altronde, occorre rammentare come secondo la dottrina³ il contenuto del diritto di superficie possa essere modulato "in senso atipico" dalle parti senza intaccare il nucleo fondante del diritto reale.

La Corte sostiene la qualificazione giuridica in termini di diritto di superficie escludendo che si tratti di servitù⁴ o di diritto d'uso⁵.

Alternativamente al contratto ad effetti reali le parti possono stipulare un contratto

atipico di concessione dello jus ad aedificandum ad effetti obbligatori. Secondo il giudice di legittimità "Non vi è infatti ragione per negare alle parti la possibilità di scegliere, nell'esercizio dell'autonomia privata riconosciuta dall'articolo 1322 c.c."

Si tratta, di un negozio ad effetti obbligatori, qualificabile come tipo anomalo di locazione, in cui al locatario si concede il godimento di uno spazio, con facoltà di farvi delle costruzioni di cui godrà precariamente come conduttore e che, alla fine del rapporto, dovranno essere rimosse a sua cura: tale cornice giuridica si può sussumere al contratto con cui il proprietario di un lastrico

³ Secondo C. GRANELLI in *Diritti reali tra innovazione e continuità*, in *juscivile.it*, 2014, n.10 «occorre osservare che, secondo l'opinione che sembra decisamente destinata a prevalere (cfr., per tutti, GUARNERI, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in *Trattato dei diritti reali Gambaro-Morello*, II, Milano, 2011, p. 39 s.), nudo proprietario e superficiario ben potrebbero convenzionalmente regolamentare nel dettaglio i reciproci rapporti, di cui la legge sostanzialmente si disinteressa. In tal senso l'art. 954, comma 3, cod. civ. legittima espressamente il patto con cui le parti derogano alla regola legale, secondo cui "il perimento della costruzione non importa (...) l'estinzione del diritto di superficie": patto – si concorda – che, con la trascrizione, può essere reso opponibile ai terzi aventi causa.

Del pari – si rileva unanimemente – nulla osta a che le parti limitino convenzionalmente l'utilizzo che il superficiario potrà fare della costruzione, gli impongano di mantenerla in buono stato manutentivo per tutta la durata del suo diritto, ecc.; così come nulla osta a che le parti, nel dar vita ad una concessione ad aedificandum, concordino caratteristiche della costruzione da realizzare, tipologia dei materiali da impiegare, tecnologia degli impianti, ecc.: e – questo è il punto – dette previsioni sono destinate, secondo l'opinione prevalente, ad avere effetti non solo e non tanto sul piano obbligatorio, ma sul piano della conformazione del diritto di superficie cui danno vita, con conseguente loro opponibilità all'eventuale avente causa. Senza necessità di ricorrere alla – pur ammessa – costituzione di vere e proprie servitù prediali a carico (della proprietà superficiaria) dell'edificio ed a favore (del nudo proprietario) del suolo».

⁴ Scrive la Cassazione: «In primo luogo va esclusa la utilizzabilità del modello della servitù volontaria (anche industriale, ex art. 1028, ultima parte, c.c.), per l'assorbente considerazione che la servitù presuppone una utilitas per il fondo dominante e, quindi, l'esistenza di un fondo dominante, nella specie non configurabile».

⁵ Il passaggio motivazionale sul diritto d'uso è ancora più pregnante: la Corte, premesso che tra le facoltà dell'usuario, vi è quella di edificazione, osserva che «l'ampiezza del potere dell'usuario di servirsi della cosa traendone ogni utilità ricavabile, se può incontrare limitazioni derivanti dalla natura e dalla destinazione economica del bene, non può soffrire condizionamenti maggiori o ulteriori derivanti dal titolo... Donde la non utilizzabilità del paradigma del diritto reale di uso, giacché il principio del numerusclausus dei diritti reali non consente di ritenere che il nucleo di poteri e di modalità di godimento che connotano l'utilità che il titolare di un determinato diritto reale può trarre dal bene che ne forma oggetto possa essere conformato dall'autonomia privata; quest'ultima, infatti, può conformare, ai sensi dell'articolo 1322 c.c., i rapporti obbligatori, ma non le situazioni reali, in ciò sostanziosamente, in ultima analisi, la differenza tra "tipo contrattuale" e "tipo di diritto reale». In realtà l'argomento è sovrabbondante e si pone in contrasto con la linea motiva seguita fino a questo punto. La Corte poteva semplicemente limitarsi a evidenziare la natura personale del godimento scaturente da questo diritto e l'incidibilità a titolo di locazione».



solare intenda concedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento del ripetitore, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto.

In questo caso la causa concreta del contratto consiste nel permettere il godimento di una specifica area: infatti, *"l'utilità che un ripetitore fornisce non discende dalla sua natura di costruzione, ma dalla sua posizione topografica; esso viene fissato al lastrico per ovvie ragioni di stabilità e sicurezza, ma potrebbe svolgere la propria funzione anche se fosse semplicemente poggiato sull'impianto"*.

Peraltro, lo schema contrattuale ad effetti obbligatori si presenta preferibile, poiché il riconoscimento del diritto di superficie *"implicherebbe la necessità di riconoscere alla compagnia telefonica concessionaria la qualità di condomina (con conseguente necessità di revisione della tabella millesimale); il che sembra un effetto tendenzialmente eccedente l'intenzione delle parti, almeno secondo l'id quod plerumque accidit"*.

La Corte a questo punto sancisce che la disciplina applicabile a questo contratto atipico è quella della locazione. Sebbene la Corte non espliciti l'addentellato teorico su cui si fonda questa conclusione, è chiaro che si tratta di un'applicazione del criterio della

prevalenza, più volte applicato dalla giurisprudenza per delineare la disciplina dei contratti atipici.

Si applicano, quindi, tanto l'art. 1599 c.c., secondo cui *"emptio non tollit locatum"* quanto l'art. 2643 co 8 cc, che regola la trascrizione dei contratti di locazione di durata ultranovennale.

Altro punto problematico affrontato dalla Corte è quello di verificare la compatibilità della previsione per cui gli impianti di trasmissione rimangono di proprietà del conduttore con il principio dell'accessione di cui all'art. 934 c.c., in forza del quale tutto ciò che si costruisce sopra il suolo appartiene al proprietario dello stesso.

La Corte in proposito afferma che la locazione costituisce titolo idoneo ad impedire l'accessione. D'altronde, secondo il giudice di legittimità, la regola dell'accessione delle opere fatte dal terzo, con materiali propri, su suolo altrui - sancita dall'art. 936 cod. civ. - non ha carattere assoluto e trova applicazione solo nel caso in cui il costruttore possa effettivamente considerarsi terzo per non essere legato al proprietario del suolo da un vincolo contrattuale o comunque negoziale. In senso contrario non ha pregio richiamare Sezioni Unite n. 3873/2018, in tema di accessione



dell'opera costruita su un'area in comproprietà da uno dei comproprietari. Sebbene la sentenza n. 3873/2018 abbia, infatti, superato il tradizionale orientamento secondo cui presupposto indefettibile dell'accessione sarebbe la qualità di "terzo" del costruttore, tale conclusione si riferisce al tema della operatività dell'accessione nei rapporti tra comproprietari, mentre non tratta il tema dell'operatività dell'accessione nei rapporti tra il proprietario del suolo e colui che al medesimo sia legato da un rapporto contrattuale. Le Sezioni Unite ritengono, quindi, di dover dare continuità all'orientamento, già seguito da questa Corte nella sentenza n. 4111/1985, che l'art. 934 c.c. - là dove prevede che il principio *superficies solo cedit* possa essere derogato dal titolo, non esclude, proprio per l'indeterminatezza della menzione del "titolo" - che le parti, nell'esercizio della autonomia contrattuale loro riconosciuta dall'art. 1322 c.c., possano, anziché addivenire alla costituzione di un diritto reale di superficie, derogare al principio dell'accessione dando vita ad un rapporto meramente obbligatorio.

La conclusione del ragionamento delle SS.UU si percepisce sul piano delle ricadute pratiche allorquando l'installazione riguardi

beni condominiali ex art.1117 cc, perché:

- ai sensi dell'articolo 1108, terzo comma, c.c., per la costituzione di un diritto reale di superficie sul lastrico condominiale è necessario il consenso di tutti i condomini;
- per contro, per il rilascio di una concessione ad aedificandum, di durata non superiore a nove anni è sufficiente la maggioranza prevista per gli atti di ordinaria amministrazione dagli articoli secondo e terzo comma c.c., a seconda che si tratti di prima o di seconda convocazione dell'assemblea condominiale.

6. Le osservazioni alla pronuncia delle SS.UU.

Tra i tanti ricordati e sviluppati un passaggio del percorso argomentativo delle SS.UU merita di essere approfondito, perché segna il passaggio dal conflitto tra i principi di autonomia contrattuale e tipicità alla possibile convivenza.

Le SS.UU evidenziano, infatti, come **«In ogni caso la questione della differenza tra concessione atipica ad aedificandum di natura obbligatoria e contratto tipico di locazione non presenta significative ricadute sull'individuazione**



della disciplina applicabile...».

Si tratta di poche righe che lasciano intravedere l'annoso dibattito sulla necessità di distinguere ancora oggi tra diritti di credito e diritti reali. Plurime sono, infatti, mosse alla tradizionale distinzione⁶.

A) Riguardo al profilo ontologico il diritto reale è preso in considerazione per la sua essenza ovvero l'inerenza, mentre il diritto di credito è considerato per la struttura ovvero la relazione con il debitore;

B) In merito al carattere dell'immediatezza dei diritti reali si osserva come alcuni *iura in re aliena* siano privi dell'immediatezza, necessitando per l'attuazione della collaborazione di altri soggetti (es servitù negative e diritti reali di garanzia) così come avviene per i diritti di credito;

C) Quanto all'assolutezza, essa riguarda il piano dell'efficacia che è estraneo al piano definitorio è riscontrabile anche nei diritti di credito, essendo ormai pacificamente ammessa la tutela aquiliana del credito; inoltre, vi sono diritti di credito che sono opponibili anche ai titolari dei diritti reali (es emptio non tollit locatum; trascrivibilità preliminare);

D) circa l'inerenza, vi sono obbligazioni che

si trasferiscono insieme alla proprietà, gravando sul bene (obbligazioni reali). Inoltre, vi sono i titoli di credito, che circolano come i beni mobili, tanto che si dice che il credito è incorporato nel documento che lo rappresenta. Vi sono, infine, i diritti personali di godimento, figura a mezza via tra diritti di credito e diritti reali, che consistono nell'effetto principale di contratti di godimento con cui il titolare di diritto reale attribuisce ad altri il diritto di godere dell'immobile: godimento che per i terzi è difficilmente distinguibile da quello esercitato dal titolare del diritto reale e che a volte si sovrappone (si pensi alla legittimazione del locatario nell'esercizio della tutela possessoria).

La sentenza in commento segna un ulteriore passaggio per la caduta del muro divisorio tra diritti reali e diritti di credito, andando a intaccare l'ultimo baluardo che ancora resiste in questa antica distinzione, ovvero quello della disciplina giuridica. La Corte sminuisce l'importanza pratica della distinzione tra contratto a effetti obbligatori e contratto a effetti reali, rimettendo alla volontà delle parti la scelta dell'uno o altro schema negoziale (e al giudice di merito la ricostruzione della

⁶ Sia consentito rinviare a PAOLO FRANCESCHETTI, MASSIMO MARASCA, *Le obbligazioni Volume 2 di Legale - Trattato di Diritto civile*, Maggioli Editore, 2008, p. 85 e ss.



stessa). Si tratta di affermazione che funge da prelude e da chiosa, ma che desta qualche perplessità.

Una prima perplessità si desume in un possibile attrito tra alcuni capi della motivazione: da un lato la Corte sviscerla la distinzione tra diritto di credito e diritto reale in ordine al regime giuridico, ma dall'altro afferma anche che il riconoscimento del diritto reale di superficie implicherebbe anche l'acquisizione della qualità di condomino.

Una seconda perplessità è di ordine più generale e non si desume dalla

motivazione. Attiene a un profilo di insuperabile differenza tra diritti di credito e diritti reali: solo i secondi sono, infatti, caratterizzati **dall'inerenza passiva o sequela.**

Volendo trarre le fila del discorso, la convivenza tra autonomia contrattuale e tipicità dei diritti è possibile, ma si presenta ancora difficile per le peculiarità della disciplina dei diritti reali.

Penale

Il concorso di persone e l'elemento soggettivo: la diversità degli atteggiamenti psicologici.

di Rosa Monopoli

1. Il concorso di persone: inquadramento generale della fattispecie.

Il concorso eventuale di persone, così definito per distinguerlo dal concorso necessario in cui la plurisoggettività costituisce presupposto essenziale di configurazione della fattispecie, rinviene il proprio fondamento tecnico-formale nell'articolo 110 c.p. La *ratio* di tale norma è quella di estendere la tipicità del reato ossia attribuire rilievo penale a condotte di per sé atipiche, in quanto non sussumibili in un modello astratto di incriminazione, ma comunque idonee ad apportare un contributo significativo alla commissione dell'illecito. In altri termini, l'articolo 110 c.p. consente di attribuire rilievo penale anche a quelle condotte

di esecuzione frazionata dell'illecito penale che di per sé considerate, in ossequio al principio di tassatività, non rientrerebbero nel campo di applicazione della norma incriminatrice.

Negli ordinamenti in cui manca una norma di parte generale paragonabile al succitato articolo 110 c.p. viene, non di rado, utilizzata la teoria dell'accessorietà di matrice tedesca. I fautori di tale teoria ritengono che la fattispecie concorsuale sia configurabile solo laddove ci sia un autore principale che compie da solo l'intero fatto tipico: solo in tal caso possono assumere rilievo le condotte degli altri soggetti accessorie rispetto alla condotta principale⁷.

Con riferimento alla responsabilità dei concorrenti occorre evidenziare che mentre nel codice Zanardelli è stato adottato il modello di *responsabilità differenziata*, nel codice Rocco il legislatore ha inteso propendere per il diverso modello della *pari responsabilità*.

Più nel dettaglio, nel codice Zanardelli veniva effettuata una tipizzazione già in astratto delle diverse categorie di concorrenti⁸ adottando un modello di responsabilità differenziata dei compartecipi primari e secondari. Siffatto

⁷La teoria dell'accessorietà conosce tre diverse visioni che possono essere qualificate come visione minima (viene richiesto che l'autore principale ponga in essere un fatto conforme al modello legale), visione intermedia (si richiede che l'autore principale ponga in essere non solo un fatto conforme al modello legale ma anche antiggiuridico), visione estrema (viene richiesta anche l'imputabilità e la colpevolezza dell'autore principale). La teoria dell'accessorietà non consente di prendere in considerazione quelle ipotesi in cui manchi un autore

principale che realizzi l'intero fatto tipico essendoci, invece, un'esecuzione frazionata. Non consente, inoltre, di spiegare la punibilità dell'estraneo che abbia concorso nella realizzazione del reato proprio ogni qualvolta sia quest'ultimo a porre in essere la condotta materiale ritagliata dal legislatore sull'intraneo.

⁸Nel codice Zanardelli, agli artt.63 e 64, si distingueva tra compartecipi primari (esecutore, cooperatore immediato, determinatore) e secondari o complici, sottraendo quest'ultimi all'equiparazione sanzionatoria con i primi.

modello, se da un lato risultava conforme al principio di tassatività, dall'altro è stato fortemente criticato in quanto dava vita ad eccessivi schematismi.

A fronte di tali rilievi critici, con il codice Rocco si è rifiutata qualsivoglia differenziazione aprioristica di pena basata su un'astratta suddivisione dei tipi di concorrenti. È compito del giudicante, avuto riguardo al caso concreto, differenziare il *quantum* della pena in considerazione del reale contributo apportato da ogni concorrente.

2. Gli elementi costitutivi del concorso di persone.

La combinazione dell'articolo 110 c.p. con la norma di parte speciale dà vita ad una nuova fattispecie autonoma di reato, lasciando però insoluto il problema della tipicità in quanto gli elementi costitutivi della fattispecie concorsuale non sono stati espressamente previsti dal legislatore.

In assenza di una precisa determinazione legislativa, gli elementi del concorso di persona vanno ricostruiti sulla base dei principi generali del diritto penale di guisa che, anche con riferimento ai reati concorsuali, è possibile distinguere tra elementi oggettivi della fattispecie ed elementi soggettivi.

Con riferimento agli elementi oggettivi, affinché si possa configurare un concorso di persone, devono necessariamente sussistere la **pluralità di agenti, la commissione di un fatto**

materiale di reato ed il nesso causale.

In ordine alla pluralità degli agenti si evidenzia che secondo la teoria dell'autoria mediata il soggetto che non compie egli stesso materialmente il fatto-reato ma si avvale della cooperazione di altro soggetto non imputabile o non punibile, risponde non sulla base delle norme sul concorso di persona ma a titolo di reato monosoggettivo. La tesi dell'autoria mediata, che costituisce un portato della teoria della accessorietà, non trova accoglimento nell'ordinamento italiano in quanto fondata su un'occulta analogia in *malam partem* della norma incriminatrice. La stessa, inoltre, è altresì inutile dal punto di vista pratico in quanto il codice Rocco (artt. 111, 112/4, 119) prevede espressamente che il soggetto che determini una persona non imputabile o non punibile alla commissione di un reato risponde personalmente non a titolo di autore mediato ma di concorrente.

Come innanzi anticipato, altro requisito oggettivo necessario affinché si possa avere concorso di persone è la realizzazione di un fatto materiale di reato consumato o anche solo tentato. Dunque è possibile il concorso di persone nel delitto tentato *ex* artt. 56 e 110 c.p. ma non può assumere rilievo penale il tentativo di concorso in ossequio al principio di materialità, offensività nonché dell'articolo 115 c.p.

In merito al nesso causale, in considerazione della circostanza che nel concorso di persone

viene in rilievo non solo il comportamento dell'autore materiale del reato ma anche di coloro che hanno apportato un contributo accessorio che di per sé non è causa dell'evento, non potrà adottarsi la teoria della *condicio sine qua non* come applicata ai reati monosoggettivi. Piuttosto troverà applicazione il principio della **causalità agevolatrice** in virtù del quale risponde penalmente non solo chi ha causato l'evento ma anche chi lo ha agevolato. L'accertamento andrà effettuato *ex post* con la conseguenza che non saranno penalmente rilevanti quelle condotte *ex ante* necessarie o agevolatrici ma rilevatesi *ex post* inutili o addirittura dannose⁹.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo è possibile distinguere le forme di concorso omogeneo dalle forme di concorso eterogeneo. Nella prima categoria rientrano il concorso doloso nel reato doloso e la cooperazione colposa. Nell'alveo delle forme di concorso eterogeneo rientrano, invece, le discusse ipotesi di concorso doloso nel reato colposo e di concorso colposo nel reato doloso.

3. Il concorso doloso

Il dolo di concorso è coscienza e volontà di

realizzare un fatto di reato nonché coscienza e volontà di concorrere con altri alla realizzazione del reato.

Per verificare la coscienza e volontà di realizzare il fatto di reato si utilizzeranno le medesime coordinate elaborate da dottrina e giurisprudenza per le verifiche svolte in tema di reati monosoggettivi.

Quanto alla coscienza e volontà di concorrere con altri alla realizzazione del reato, che costituisce l'aspetto peculiare dell'elemento soggettivo del concorso di persone, occorre evidenziare che il diritto moderno non richiede più il previo concerto non essendo necessario che i soggetti si siano preventivamente accordati per commettere il reato. E' sufficiente anche un accordo improvviso fermo restando che non si configura il concorso di persone allorché ciascun soggetto agisce all'insaputa degli altri. In tale ultimo caso, infatti, si ha una semplice convergenza accidentale di comportamenti umani nella produzione dell'evento che costituiscono distinti reati monosoggettivi e danno luogo a responsabilità indipendenti.

Non occorre, inoltre, la volontà comune di tutti

⁹Occorre dare atto di un orientamento dottrinale minoritario secondo cui l'accertamento del nesso causale deve essere effettuato in base alla regola prognosi postuma. Siffatto orientamento, facendo leva sui modi di accertamento dell'idoneità dell'azione nel tentativo, ritiene che l'idoneità della condotta del concorrente ad agevolare la commissione del reato vada valutata *ex ante*.

Il richiamo all'articolo 56 c.p. è stato considerato non pertinente dai più in quanto nel tentativo l'accertamento avviene *ex ante* perché il fatto-reato non giunge a consumazione. Diversamente, viene precisato, si finirebbe

con il dar rilevanza penale al tentativo di partecipazione che non è ammesso nel nostro ordinamento. Inoltre, seguendo tale impostazione, si finisce con l'attribuire veste dogmatica ad una prassi giurisprudenziale che identifica in modo automatico e indiscriminato nelle condotte *ex ante* agevolatrici, quali la fornitura di uno strumento per la commissione del reato, altrettante forme di istigazione morale a prescindere dalla verifica della concreta utilità del mezzo e della effettiva influenza psicologica che la messa a disposizione dello stesso abbia causato sugli esecutori materiali.

i concorrenti essendo sufficiente che uno solo abbia la coscienza e volontà di cooperare nella commissione del reato (concorso unilaterale). In questo caso i soggetti che non hanno la coscienza e volontà di cooperare non risponderanno a titolo di concorso ma a titolo di reato monosoggettivo laddove la loro condotta sia tipica.

Si può, inoltre, avere concorso con dolo generico in un reato a dolo specifico a condizione che uno di concorrenti abbia agito con le finalità richieste dalla legge.

4. La cooperazione colposa

Sotto la vigenza del codice Zanardelli era discusso se fosse possibile il concorso di persone con riferimento ai reati colposi dato il carattere involontario di quest'ultimi. Si riteneva, in particolare, che il concorso colposo fosse incompatibile con il previo accordo, all'epoca ritenuto necessario ai fini del concorso di persone.

Nel codice Rocco è stata introdotta una norma *ad hoc* ossia l'articolo 113 c.p. secondo cui nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso. Trattandosi di reati colposi, l'elemento psicologico del concorso colposo si differenzia dal dolo di concorso non dovendo l'agente voler partecipare alla realizzazione dell'evento. Dovrà invece sussistere la prevedibilità ed evitabilità dell'evento da

accettarsi secondo le comuni regole adottate per i reati colposi.

Tra le questioni maggiormente controverse emerse nel corso del tempo in sede di interpretazione e di applicazione del disposto di cui all'art. 113 c.p., si ricordano quelle concernenti la funzione dell'articolo 113 c.p. nonché l'individuazione degli elementi di distinguo tra cooperazione colposa e concorso di cause indipendenti art. 41, co.3, c.p.

Con riferimento alla prima questione problematica, ossia alla funzione dell'articolo 113 c.p., secondo un primo orientamento la norma in parola, diversamente dall'art. 110 c.p., avrebbe una mera funzione di disciplina consentendo l'applicazione delle norme concorsuali richiamate dal secondo comma della disposizione stessa (a titolo esemplificativo si pensi all'estensione a tutti i concorrenti delle cause di giustificazione o all'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 114 c.p.).

Tale orientamento parte dal presupposto che i reati colposi sono reati a forma libera e che, dunque, le condotte che hanno efficienza causale rispetto all'evento sono punibili già in base alla norma di parte speciale che prevede il reato monosoggettivo.

Tale indirizzo ha suscitato il rilievo critico di quanti hanno evidenziato che l'ordinamento italiano non conosce soltanto reati colposi di evento a forma libera ma prevede fattispecie colpose strutturate in vario modo.

Muovendo da tale presupposto una seconda teoria ritiene che l'articolo 113 c.p. abbia una funzione incriminatrice ma solo per i reati a forma vincolata nei quali la condotta è tipizzata e, dunque, si possono ipotizzare condotte agevolatrici di concorrenti non previste dalla norma incriminatrice.

Una terza teoria, infine, ritiene che l'articolo 113 c.p. assolva una funzione incriminatrice sia nei reati a forma libera che a forma vincolata.

Nei reati a forma vincolata l'articolo 113 c.p. consentirebbe l'estensione della tipicità a condotte diverse da quelle previste dalla norma incriminatrice. Nei reati a forma libera, invece, l'estensione della tipicità si avrebbe nei confronti di quelle condotte che concorrono ad incrementare il rischio della verifica dell'evento ma che non violano la regola cautelare destinata ad evitare quel determinato evento e che, quindi, isolate dal contesto delle altre azioni oggetto di cooperazione, non costituirebbero in nessun caso delitti colposi a sé stanti.

Il rischio in cui si incorre adottando tale teoria è di violare il principio di colpevolezza dando vita a forme di responsabilità oggettiva.

Il secondo profilo problematico, come osservato, attiene alla distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause indipendenti.

Tradizionalmente si ritiene che [ciò che differenzia il concorso di cause indipendenti rispetto alla cooperazione colposa è la mancanza](#)

[di un legame psicologico con l'agire altrui](#) tale che nel concorso di cause indipendenti, nonostante l'unicità dell'evento, si è in presenza di più reati monosoggettivi.

La distinzione tra concorso di cause indipendenti *ex art.41 c.p.* e cooperazione colposa non è meramente teorica in quanto solo nell'ultimo caso, essendoci un unico reato, potranno trovare applicazione tutta una serie di norme quali l'art. 123 c.p. secondo cui la querela si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato; l'art. 155, co.2, c.p. che dispone che la remissione fatta a favore anche di uno soltanto tra coloro che hanno commesso il reato si estende a tutti; l'art. 114 c.p. che prevede l'attenuante del contributo di minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato. Si aggiunga che in caso di concorso di cause indipendenti non si avrà quella estensione della tipicità che è alla base delle norme sul concorso di persone. Diverse, inoltre, saranno le regole da applicare in ordine all'accertamento causale in quanto, come osservato, solo per il concorso di persone troverà applicazione la teoria della causalità agevolatrice in luogo della teoria della *condicio sine qua non* come intesa per i reati monosoggettivi.

Posto dunque che nella cooperazione colposa deve sussistere un legame psicologico il vero problema è individuare i confini di siffatto legame.

Alcuni interpreti ritengono che affinché ci possa essere cooperazione colposa sia sufficiente la



mera consapevolezza di collaborare con la propria condotta all'azione materiale altrui. Non sarebbe necessaria la rappresentazione della reale e precisa consistenza materiale della condotta dei compartecipi.

La critica che viene mossa a tale indirizzo è che si estenderebbe troppo l'area della punibilità soprattutto se si riconoscesse all'articolo 113 c.p. una funzione incriminatrice.

Per tale motivazione un secondo orientamento ritiene necessaria la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta. Si deve cioè sapere che gli altri concorrenti stanno violando una regola cautelare.

Anche tale teoria non è esente da critiche in quanto viene evidenziato che se chi coopera deve sapere che l'altro soggetto versa in colpa, la cooperazione colposa sarebbe configurabile solo per le ipotesi di colpa cosciente.

La giurisprudenza più recente sembra adottare la tesi dell'*interazione prudente* secondo cui è sufficiente la mera consapevolezza di cooperare, senza la coscienza che gli altri soggetti hanno violato la regola cautelare, solo quando la cooperazione è prevista dalla legge o da esigenze connesse alla gestione del rischio o ancora risulti da contingenze oggettivamente definite delle quali gli stessi soggetti risultano pienamente consapevoli.

Queste circostanze legittimano una pretesa di *interazione prudente* dell'ordinamento, preordinata a che ciascunotenga conto del ruolo e della condotta altrui secondo una razionale e

giustificata deviazione rispetto al principio di affidamento.

4.1. La diversità degli atteggiamenti psicologici: la tesi dell'unicità dell'elemento soggettivo e la concezione pluralistica.

Un profilo problematico dell'elemento soggettivo nel reato realizzato da più persone in concorso tra di loro concerne la possibile concretizzazione in capo ai concorrenti di un diverso atteggiamento psicologico. Vengono in rilievo, al riguardo, le discusse ipotesi di concorso doloso nel reato colposo e di concorso colposo nel reato doloso.

Un primo orientamento ritiene che l'articolo 110 c.p., utilizzando la locuzione "*medesimo reato*", richieda l'unicità del titolo di imputazione. Il concorso di persona, dunque, si potrà concretizzare solo quando tutti i partecipanti versino in dolo o in colpa, salvo diversa disposizione di legge.

La tesi dell'unicità dell'elemento soggettivo è criticata dalla concezione pluralistica secondo cui la locuzione "*medesimo reato*" utilizzata dall'art. 110 c.p. attiene all'offesa e non coinvolge la punibilità, il titolo di reato e l'elemento psicologico.

Per quanto qui di interesse, a sostegno della possibile differenziazione dell'elemento psicologico vengono utilizzate argomentazioni di ordine sistematico e logico.

Le argomentazioni di ordine sistematico vengono basate su quelle disposizioni del codice

Rocco che prevedono la possibilità di titoli diversi di responsabilità in capo ai compartecipi. Il richiamo è *in primis* all'articolo 116 c.p. il quale, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, contempla un'ipotesi in cui l'esecutore del reato effettivamente commesso agisce con dolo mentre altri, ossia coloro che volevano un reato diverso, rispondono sulla base di un atteggiamento colposo.

Altra norma che viene richiamata dai sostenitori della concezione pluralistica è l'articolo 48 c.p. che disciplina un'ipotesi in cui coesistono la responsabilità a titolo di dolo dell'ingannatore e la responsabilità a titolo di colpa del soggetto ingannato, laddove il fatto reato sia previsto anche a titolo di colpa¹⁰.

Infine, viene posto in rilievo che se gli articoli 111 e 112 c.p. disciplinano il concorso doloso nel fatto incolpevole è assurdo escludere il concorso di persone in caso di semplice diversità e non già di totale carenza dell'elemento psicologico.

5. Il concorso doloso nel reato colposo

Se si consente in astratto, in ossequio alla concezione pluralistica, il concorso di persone in caso di eterogeneità degli atteggiamenti psicologici, occorre verificare se sussistono ulteriori elementi critici in ordine alla possibile configurazione di un concorso doloso nel reato colposo e di un concorso colposo nel reato doloso.

Principiando dalla prima ipotesi, che è quella che fa sorgere minori problematiche in punto applicativo, la stessa si concretizza quando un soggetto concorre nell'altrui fatto colposo ossia strumentalizzando l'altrui condotta colposa.

Parte della dottrina sostiene che se non si ammettesse il concorso doloso nel reato colposo si finirebbe con il sottrarre da sanzione penale tutte quelle condotte dolose atipiche rispetto a fattispecie incriminatrici a forma vincolata.

L'applicazione della normativa sul concorso, inoltre, conserva una sua utilità anche nei casi in cui la condotta di chi agisce con dolo sia già punibile in base ad una norma di parte speciale. Applicare la disciplina sul concorso di persone anche in questi casi, infatti, risponde ad una esigenza di equità sostanziale. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'applicazione dell'art. 119 c.p. secondo cui le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che hanno concorso o ancora all'applicazione dell'art. 114 c.p. che prevede una diminuzione di pena per chi non ha avuto un ruolo decisivo.

Alla luce di tali considerazioni la maggioranza degli interpreti ritiene configurabile un concorso doloso nel reato colposo.

6. Il concorso colposo nel reato doloso

Il concorso colposo nel reato doloso, a differenza del concorso doloso nel reato

¹⁰Per completezza occorre ricordare che la punibilità dell'ingannatore e dell'ingannato a titolo di concorso non

è da tutti condivisa in quanto parte della dottrina riconduca la cennata ipotesi nell'alveo dell'autoria mediata.

colposo, suscita perplessità anche in chi ritiene di superare il principio dell'unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti.

La dottrina maggioritaria ne nega l'ammissibilità sulla base di tre considerazioni fondate sul dato positivo.

In primis viene evidenziato che l'art. 113 c.p. disciplina la cooperazione nel delitto colposo e non la cooperazione colposa nel delitto doloso. L'art. 42 c.p., inoltre, stabilisce che i reati colposi devono essere espressamente previsti. Viene inoltre evidenziato come il legislatore, quando ha voluto, ha espressamente previsto forme di agevolazione colposa nel delitto doloso. Il riferimento è agli artt. 254, 259 e 350 c.p.

La tesi opposta, utilizzando un'argomentazione di tipo logico, evidenzia che se è prevista la partecipazione colposa nel reato colposo, non può non essere prevista la partecipazione colposa nel reato doloso che rappresenta un *minus* rispetto alla prima ipotesi.

Con riferimento alla previsione dell'art. 42 c.p. viene posto in rilievo come il costrutto normativo in parola riguarda solo le norme incriminatrici e, dunque, la parte speciale del c.p. In altri termini, l'art. 42 c.p. non costituirebbe un limite all'applicazione degli artt. 110 e 113 c.p. Anche la Cassazione, superando i precedenti orientamenti restrittivi, ha fatto proprie le critiche mosse alla teoria dell'inammissibilità del concorso colposo nel reato doloso ritenendo, dunque, che nell'alveo dell'art. 113 c.p. rientrino sia le ipotesi di cooperazione colposa nei reati

colposi sia le ipotesi di cooperazione colposa nei delitti dolosi. Viene ribadito, però, che in ogni caso la cooperazione colposa deve essere distinta dal concorso di cause indipendenti dovendo sempre sussistere la consapevolezza di concorrere.

È proprio dalla distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause indipendenti che viene tratto un ulteriore argomento a favore della configurabilità di un concorso colposo nel reato doloso. Se, infatti, si tende a punire secondo la regola delle cause indipendenti le ipotesi in cui il soggetto non sa di cooperare a maggior ragione l'agente è consapevole della condotta colposa di altri non può andare esente da responsabilità. Il di più costituito da questa consapevolezza aggrava e non attenua il disvalore sociale della condotta.

La Cassazione, però, una volta affermato in astratto la possibilità di un concorso colposo nel reato doloso ha specificato più volte come andranno verificati di volta in volta:

- 1) l'influenza causale della condotta colposa dell'agente;
- 2) la sussistenza della colpa sotto il profilo soggettivo. Occorrerà, dunque, verificare se la regola cautelare inosservata era diretta ad evitare la condotta delittuosa del terzo e se era prevedibile l'atto doloso del terzo.

Da ultimo, la Cassazione con la sentenza 7032/2019, ha ulteriormente precisato le condizioni per l'ammissibilità di tale tipologia di



concorso.

In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato come il rinvenimento di una disciplina implicita deve risultare in modo incontrovertibile allorquando la tesi non opera una contrazione dell'area del penalmente rilevante ma una sua espansione, tanto in ossequio al principio di legalità.

L'argomentazione logica secondo cui l'articolo 113 c.p. se disciplina il concorso colposo nel reato colposo disciplina anche il concorso colposo nel reato doloso perché nel più c'è il meno non è dimostrata. Non c'è alcuna previsione legale che dimostri tale intenzione del legislatore. In altri termini, non si può sostenere che nulla osti al concorso colposo nel reato doloso piuttosto è necessario dimostrare che vi è una previsione legale che contempra l'istituto.

Al di là dell'assenza di un reale substrato normativo che legittimi la configurabilità dell'istituto in parola, la Corte evidenzia come sia già problematico sul piano concettuale ipotizzare una cooperazione colposa nel delitto doloso.

Si è osservato che affinché ci sia cooperazione *ex art. 113 c.p.*, non è sufficiente la prevedibilità dell'agire altrui. La prevedibilità, così intesa, attiene alla colpa in cui deve versare il cooperante e non alla premessa strutturale della cooperazione. È necessario che l'agente abbia la consapevolezza di cooperare.

Deve, inoltre, esserci una regola cautelare volta ad evitare il fatto doloso del terzo in ossequio a quell'indirizzo, innanzi richiamato, secondo cui

la funzione incriminatrice dell'art.113 c.p. non può comunque comportare un addebito colposo che prescindendo da una violazione di regole cautelari.

Ancora, secondo i criteri propri della colpa deve esserci la prevedibilità del fatto del terzo. A tanto si aggiunga la necessità dell'erronea convinzione che il terzo non versi in dolo in quanto la rappresentanza dell'altrui contegno doloso, evidentemente, comporterebbe concorso doloso nel reato doloso.

Anche se la Corte non esclude in astratto la configurabilità di un concorso colposo nel reato doloso, nel delimitarne il campo di applicazione, rende palese la circostanza che in ogni caso si tratta di ipotesi di difficile verifica.

Amministrativo

Illegittima l'ordinanza della Regione Calabria di parziale apertura delle attività di ristorazione

La competenza primaria per la gestione dell'emergenza epidemiologica è dello Stato

di Luca Cestaro

T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sentenza n.841 del 9.05.2020

La questione

Il T.A.R. Calabria è evocato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri affinché annulli l'ordinanza n.37/2019 con cui la Regione Calabria ha, in contrasto con il d.P.C.M. del 26 aprile 2020, consentito *“la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto”*.

La Sentenza, pur resa in forma semplificata già nella fase cautelare, è stata motivata con ampiezza e presenta molti spunti di interesse.

Il conflitto di attribuzione e il T.A.R.

La Regione eccepisce che si tratti di un vero e proprio conflitto di attribuzione, come tale “giustiziabile” solo innanzi alla Corte costituzionale.

La possibilità di sollevare il conflitto di attribuzione in relazione alla delimitazione della sfera di competenza costituzionale dei diversi livelli di Governo e il conflitto di attribuzione (art. 134 Cost. e art. 37 L. n. 87 dell'11 marzo 1953) trova un proprio terreno di elezione proprio con riferimento agli atti amministrativi, quali sono quelli di cui si discute (d.P.C.M. e ordinanze regionali).

In questo senso la controversia presenta il richiesto ‘tono costituzionale’. Esso sussiste, appunto, quando non sia lamentata *“una lesione qualsiasi, ma una lesione delle proprie attribuzioni costituzionali”* e non è escluso dalla possibilità – pacifica nel caso di specie – che l'atto sia impugnabile in sede giurisdizionale. In merito, l'alternatività tra i due rimedi è espressamente sancita dalla giurisprudenza puntualmente citata dalla Corte calabrese.

La Corte di Cassazione ha, in merito, chiarito come siano diversi, per struttura e finalità, il conflitto di attribuzione Stato - Regione e il sindacato giurisdizionale davanti al giudice amministrativo. Il primo è, infatti, finalizzato a restaurare l'assetto complessivo dei rispettivi ambiti di competenza, mentre il secondo opera sul piano oggettivo di verifica di legalità dell'azione amministrativa, avendo l'esclusiva mira della puntuale repressione dell'atto illegittimo.



I differenti obiettivi perseguiti con l'instaurazione dei due giudizi ben legittimano, dunque, l'alternativa proposizione di uno dei due rimedi (v. Corte di Cassazione n. 17656/2013).

Il T.A.R. fa propria questa conclusione chiarendo che *“il soggetto legittimato ad impugnare l'atto autoritativo dinanzi al giudice amministrativo può valutare se sussistono i presupposti per sollevare un conflitto di attribuzione, ovvero se avvalersi del rimedio di carattere generale della giurisdizione generale di legittimità. Tale conclusione risulta corroborata dalla considerazione per cui, mentre la Corte costituzionale può decidere le censure attinenti al riparto delle attribuzioni, il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 113 Cost., può decidere su ogni profilo di illegittimità dell'atto, anche su dedotti aspetti di eccesso di potere, sicché, anche per esigenze di concentrazione, l'Ente in conflitto ben può scegliere se, anziché proporre due giudizi e devolvere alla Corte costituzionale l'esame dei profili sul difetto di attribuzione, sia il caso di proporre un solo ricorso al giudice amministrativo, deducendo tutti i possibili motivi di illegittimità dell'atto”*.

La natura dell'ordinanza regionale e del d.P.C.M.

La qualificazione dell'ordinanza regionale operata dal T.A.R. è quella di un “atto

generale” non normativo.

La conclusione è condivisibile nella misura in cui tali ordinanze *“in tema di igiene e sanità pubblica”* sono adottate ai sensi dell'art. 32 co. 3 L. 833/1978 (istituzione del servizio sanitario nazionale) e, quindi, sebbene abbiano una portata generale, sono ascrivibili a delle ordinanze di necessità e urgenza. Il dibattito circa la natura normativa o meno di tali ordinanze non si è mai del tutto sopito; prevale, tuttavia, la tesi che nega la natura normativa per essere gli effetti di simili ordinanze -anche derogatori della normativa primaria- destinati a venir meno con il cessare della situazione di urgenza che ne ha determinato l'emanazione.

La stessa natura viene riconosciuta al d.P.C.M. statale che assume i caratteri dell'atto necessitato in quanto i presupposti e il contenuto sono determinati dal decreto-legge 19/2020. Il T.A.R. chiarisce che è, infatti, la legge a predeterminare il contenuto delle restrizioni alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la sola commisurazione dell'estensione delle limitazioni medesime.

Entrambi gli atti, quindi, devono essere impugnati direttamente e non possono essere oggetto di disapplicazione.



La sussidiarietà letta in chiave “stato centrica”

Il T.A.R. richiama quelle statuizioni della Corte costituzionale che hanno inteso il principio di sussidiarietà in chiave “stato-centrica”, nel senso che la devoluzione di funzioni amministrative allo Stato determini l'avocazione allo Stato della competenza legislativa pur se vengano in rilievo materie a competenza concorrente (tutela della salute e protezione civile) oltre che a competenza esclusiva (profilassi internazionale; v., in merito, Corte costituzionale, Sentenza 14 luglio 2006, n. 284).

La natura nazionale (e internazionale) dell'emergenza determina, in sostanza, che la competenza legislativa venga ascritta allo Stato e ciò perché *“l'avocazione della funzione amministrativa si deve accompagnare all'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina, onde rispettare il principio di legalità dell'azione amministrativa”*. In simili, ipotesi, peraltro l'intervento legislativo per esigenze unitarie deve accompagnarsi *“a forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa (cfr., sul punto, Corte cost. 22 luglio 2010, n. 278)”* che, nel caso di specie, sono previste dalla norma che impone di sentire i Presidenti delle Regioni interessate o il Presidente della Conferenza delle Regioni se le misure

riguardino l'intero territorio nazionale (art. 2 decreto-legge 19/2020).

Nessuna violazione, poi, vi sarebbe dell'art. 41 Cost. (*“l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana...”*) in quanto, da un lato, la norma non prevede una riserva di legge e, dall'altro, è la legge, come si è detto, a predeterminare il contenuto dei provvedimenti restrittivi della libertà economica per prevalenti esigenze di salute pubblica.

Sulla base delle due argomentazioni appena riportate, il T.A.R. ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata dalla Regione Calabria rispetto ai limiti posti al potere regionale da parte dell'art. 3 del decreto-legge 19/2020.

Va osservato, peraltro, che la regola del decreto-legge 19/2020 per cui le Regioni possono introdurre solo misure *“ulteriormente restrittive”* rispetto a quelle previste dai d.P.C.M. presenta delle criticità rispetto ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza che regolano l'attribuzione delle funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 Cost. (tale specifica questione non sembra essere stata sollevata dalle parti, motivo per

cui il T.A.R. non la affronta).

Non è in discussione l'avocazione allo Stato della competenza legislativa secondo quanto si è detto sopra, ma la possibilità per la legge statale di ripartire le funzioni amministrative limitando in modo così rilevante le possibilità di azione per le autorità regionali; come sostenuto da parte della dottrina, l'applicazione dei principi di cui all'art.118 Cost. porterebbe a ritenere preferibile una soluzione che consentisse di adeguare le misure all'emergenza tanto in senso più restrittivo (come consentito dal decreto-legge) quanto in senso meno restrittivo (il che non è consentito dal decreto-legge). Secondo questa tesi, nel quadro delle misure indicate dallo Stato e senza sovrapporre il proprio indirizzo politico-amministrativo a quello statale (ad es. come avverrebbe se inammissibilmente una Regione disponesse misure di maggiore apertura in applicazione della strategia che mira al rapido perseguimento della cd. immunità di gregge), non si sarebbe dovuto escludere a priori che -in applicazione del principio di sussidiarietà- talune circostanze concrete potessero indurre a una maggiore apertura in talune zone della Regione (si pensi, a livello teorico, a delle isole prive di contagio e con limitati contatti con la terraferma).

Le ragioni dell'illegittimità dell'ordinanza regionale

L'esposizione di cui al paragrafo precedente chiarisce come la misura di maggiore apertura disposta dalla Regione Calabria si ponga in contrasto con l'art. 3 del decreto-legge. Tale circostanza, come puntualmente rilevato dal T.A.R., induce all'accoglimento del ricorso.

Inoltre, il ricorso è ritenuto fondato anche rispetto al difetto di motivazione in quanto l'ordinanza regionale è stata motivata solo con riferimento al limitato valore di replicazione del virus e non ha tenuto conto di altri elementi *“quali l'efficienza e capacità di risposta del sistema sanitario regionale, nonché l'incidenza che sulla diffusione del virus producono le misure di contenimento via via adottate o revocate (si pensi, in proposito, alla diminuzione delle limitazioni alla circolazione extraregionale)”*. In merito, il T.A.R. sembra evocare anche la violazione del principio di precauzione *“per cui ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche”*.

Infine, l'ordinanza regionale è ritenuta illegittima anche per il mancato rispetto del



principio di leale collaborazione, inteso come elemento sintomatico del vizio di eccesso di potere, nel procedimento che ha portato alla sua emanazione. Essa, infatti, non è stata preceduta da alcuna *“forma di intesa, di consultazione o anche solo di informazione nei confronti del Governo”*.



Schede di Giurisprudenza



Amministrativo

All'Adunanza plenaria l'applicabilità del divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche dalle gare di appalto in relazione a quelle che vietano o limitano l'avvalimento.

Cons. St., sez. V, Sent. n. 1920 del 17 marzo 2020

di Fabrizia Pignalosa

La quinta sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria la perimetrazione dell'ambito applicativo del divieto di clausole di esclusione atipiche dalla gara di appalto. Segnatamente ci si riferisce alle clausole con cui le stazioni appaltanti, vietando o limitando la possibilità per i concorrenti di fare ricorso all'avvalimento precludono, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale.

In particolare, si è chiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire se sia nulla la clausola con cui, per gli appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a euro 150.000, sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che posseggono una propria

attestazione SOA.

Fatto

La vicenda oggetto della recente ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria trae l'abbrivio dall'esclusione, da una gara di lavori, di un operatore economico. Lo stesso, non essendo provvisto dei requisiti di attestazione SOA partecipa, in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese, alla procedura ad evidenza pubblica indetta dal Ministero della Difesa - Aeronautica Militare - 2° Reparto Genio A.M., avente ad oggetto "*l'ampliamento capacità di base deposito carburanti?*", beneficiando del prestito dei requisiti da parte di un'impresa avvalsa.

I presupposti sui quali la stazione appaltante fonda l'esclusione vanno rinvenuti nell'articolo 20 del bando di gara. Esso, infatti, accorda ai concorrenti la possibilità di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi dell'attestazione SOA di altro soggetto (ex art 89 co 11 D.lgs. 50/17), ad esclusione delle categorie di cui all'art. 2, comma 1, del Decreto ministeriale del 10 novembre 2016, n. 248.

Nella parte conclusiva, la medesima norma

aggiunge che “*ai sensi del combinato disposto degli articoli 84 e 89 co. 1 del Codice dei contratti pubblici, i concorrenti che ricorrono all’istituto dell’avvalimento devono, a pena di esclusione, essere in possesso di propria attestazione SOA da attestare*”, secondo le modalità previste da altra norma del medesimo bando di gara.

Tale ultima previsione normativa rappresenta il principale addentellato normativo su cui si fonda il ricorso dell’impresa estromessa dalla procedura di gara.

Segnatamente, l’operatore economico escluso, ritenendo che la clausola suddetta violi il principio di tassatività delle clausole escludenti (art. 83 co.8 D.lgs.n. 50/16), propone gravame dinanzi al Tar Toscana.

Il giudice di prime cure, ritenuto fondato il ricorso, decide di valorizzare la latitudine applicativa dell’istituto dell’avvalimento, attraverso plurime valutazioni di ordine testuale e sistematico.

Con riguardo al primo aspetto il Tar Toscana, al fine di avallare la possibilità di ricorrere all’avvalimento anche con riguardo ai requisiti SOA, si sofferma sulla portata contenutistica dell’articolo 83 co.8 D.lgs. n. 50/16, così come modificato dalla legge n. 56 del 2017 (c.d. correttivo appalti).

Secondo l’orientamento ermeneutico che si

commenta, infatti, il correttivo suddetto, eliminando dal corpo dell’articolo *de quo* il riferimento all’articolo 84, avrebbe inteso fugare definitivamente ogni dubbio interpretativo legato all’ambito di operatività dell’avvalimento. Pertanto, con riguardo all’aspetto *strictosensu* normativo non sembrano esseri ostacoli ad un ampliamento dell’operatività dell’istituto di cui si discorre. Inoltre, a sostegno della tesi favorevole all’ammissibilità dell’istituto in parola rispetto ai requisiti SOA, la giurisprudenza richiama il principio del *favorparticipationis* di derivazione sovranazionale la cui ratio è quella di favorire la più ampia partecipazione delle imprese alle procedure di gara.

Alla luce delle suddette argomentazioni, il giudice amministrativo accoglie il gravame proposto dall’impresa ricorrente e ritiene che il provvedimento di esclusione vada stigmatizzato con la più grave sanzione della nullità.

Tale conclusione si giustifica ritenendo che il disciplinare di gara abbia imposto, a pena di esclusione, un requisito ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge; così ponendosi in violazione dell’art. 83, comma 8, D.lgs. n. 50 del 2016.

Avvalorando tali considerazioni, con riguardo al profilo strettamente processuale,

il Tar Toscana reputa ammissibile il ricorso, malgrado lo stesso sia stato proposto dopo il decorso dei termini brevi sanciti dall'articolo 120 c.p.a. per l'impugnazione delle clausole immediatamente lesive.

A ben vedere, infatti, ritenere che la clausola contenuta nell'articolo 20 del bando sia nulla, significa invocare il regime processuale dell'articolo 31 co. 4 c.p.a. e, quindi, l'operatività del termine di 180 giorni per la proposizione dell'istanza.

A fronte della sentenza di primo grado, l'aggiudicataria propone appello innanzi al Consiglio di Stato, e ribadisce l'eccezione (già proposta e rigettata dal giudice di prime cure) di tardività del ricorso di primo grado. La stessa si fonda sul fatto che gli atti di gara e la specifica clausola autonomamente escludentesi sarebbero dovuti impugnare immediatamente ai sensi del suddetto articolo 120 c.p.a.

Inoltre, ad essere oggetto di contestazione è anche la scelta del giudice di primo grado di qualificare in termini di nullità e non di annullabilità la clausola contenuta nel menzionato articolo 20 della *lex specialis*.

Preso atto di tali doglianze, il Consiglio di Stato, nella sentenza in epigrafe, ritiene che la stazione appaltante eserciti *contra legem* un suo potere, tanto nel caso in cui regoli le

modalità dell'avvalimento in violazione della norma che lo disciplina, quanto ove limiti o vieti il prestito dei requisiti al di fuori dei casi consentiti.

In tali evenienze, tuttavia, si sostiene che il vizio ascrivibile alle suddette clausole le renda non nulle, ma annullabili, con tutto ciò che ne consegue sul piano processuale (non rilevabilità d'ufficio, irricevibilità del ricorso introduttivo per decorso dei termini, etc).

Tale conclusione viene giustificata sulla base della tradizionale dicotomia tra cattivo esercizio del potere e carenza di potere, avendo riguardo alla previsione di cui all'art. 89 del D.lgs. n. 50 del 2016.

Ciononostante, palesando la propria incertezza su tali aspetti e dando atto della *querelle* ermeneutica registratasi sul punto, il Collegio deferisce la questione all'Adunanza Plenaria, formulando i seguenti quesiti:

- a) *se rientrino nel divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche, di cui all'art. 83, comma 8, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016, le prescrizioni dei bandi o delle lettere d'invito con le quali la stazione appaltante, limitando o vietando, a pena di esclusione, il ricorso all'avvalimento al di fuori delle ipotesi consentite dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, precluda, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori*

economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale;

b) in particolare, se possa reputarsi nulla la clausola con la quale, nel caso di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che posseggono una propria attestazione SOA.

Inquadramento

La questione oggetto dell'ordinanza di rimessione che si commenta intercetta plurimi istituti giuridici di pregnante rilievo e si colloca nel solco di un recente dibattito ermeneutico di cui è necessario dare atto.

Preliminare rispetto all'indagine dello stesso risulta essere una breve disamina concernente il contratto atipico di avvalimento ed il principio di tipicità delle cause escludenti.

Per quanto afferisce al primo aspetto va evidenziato che si è a cospetto di una peculiare tecnica caratterizzata dal prestito dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria a favore dell'impresa avvalente.

Tradizionalmente si suole collocare l'istituto in parola nel novero degli strumenti volti a consentire la più ampia partecipazione degli operatori economici sul mercato, *ad instar* del

raggruppamento temporaneo di imprese e del subappalto.

Ciò posto, è d'uopo evidenziare che, mentre i primi due operano in fase di partecipazione degli operatori economici alla procedura ad evidenza pubblica, il subappalto viene in rilievo in fase esecutiva.

Inoltre, non può essere in questa sede sottaciuto che, mentre il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI- ATI) si sostanzia in un cumulo dei requisiti posseduti dalle più imprese concorrenti, l'avvalimento promana da un prestito dei requisiti.

Il precipitato applicativo più rilevante di tale affermazione è rappresentato dal fatto che, con riguardo all'ATI, è necessario che tutti gli operatori economici partecipino alla procedura ad evidenza pubblica e concorrano alla stipula del contratto tipico di mandato.

Ex adverso, laddove venga stipulato un contratto atipico ed oneroso di avvalimento, a prendere parte alla gara pubblica sarà solo l'impresa che si avvale dei requisiti dell'operatore ausiliario;tuttavia, questi, sarà tenuto a rispondere in via solidale con l'impresa avvalente nei confronti della stazione appaltante.

In seno a ciascuno dei suddetti istituti la

dottrina più autorevole ha operato delle ulteriori partizioni.

Il particolare, con riguardo al RTI si è soliti operare un distinguo tra raggruppamenti orizzontali e verticali, nonché tra ATI costituite, costituende, miste e sovrabbondanti.

Per quanto afferisce invece all'avvalimento, va dato atto della dicotomia tra avvalimento operativo, caratterizzato dal trasferimento dei mezzi necessari all'esecuzione dell'opera e avvalimento di garanzia.

Quest'ultimo ha suscitato, in giurisprudenza, plurimi contrasti originati dalla specificità dell'oggetto del contratto; infatti, in tal caso, l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria e non già le proprie risorse tecnico organizzative.

Pertanto, in tale ultima ipotesi, non occorre il trasferimento di mezzi, operai e risorse e si assiste al prestito di un requisito di capacità economico- finanziaria e non più tecnico-economica.

Proprio in ragione di tali peculiarità parte della giurisprudenza, nel rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, ha sostenuto che, in deroga all'articolo 1346cc, il contratto di avvalimento di garanzia potesse ritenersi valido solo ove fosse

caratterizzato da un oggetto determinato e non anche meramente determinabile.

Inoltre, avvalorando la teoretica delle "forma contenuto" di matrice civilistica, l'orientamento pretorio di cui si sta dando atto ha sostenuto la necessità di una forma scritta *adsubstantiam* un'ottica di responsabilizzazione del consenso.

Tali considerazioni, benché suggestive, sono state disattese *in toto* dalla pronuncia 23/2016 del Massimo Consesso di giustizia amministrativa.

L'Adunanza Plenaria ha infatti ritenuto che solo in esigenze eccezionali, non sussistenti nel caso di specie, il legislatore possa imporre aggravii procedurali ulteriori e più onerosi; pertanto bisogna rifuggire da formalismi eccessivi che possano contrastare con il fine rappresentato dalla flessibilizzazione della partecipazione.

Ciò posto, si è evidenziato che il contratto di avvalimento di garanzia possa ritenersi connotato da un oggetto specifico, anche ove il requisito prestato sia solo determinabile.

In materia di avvalimento la dottrina ha poi operato ulteriori classificazioni.

Preliminarmente è d'uopo evidenziare che si tratta di figure la cui operatività è fortemente dibattuta in giurisprudenza e la cui

perimetrazione non risulta agevole già solo a livello teorico.

Particolarmente interessanti sono gli istituti dell'avvalimento cumulativo o frazionato, plurimo e a cascata.

Il primo risulta essere integrato nelle gare di appalto suddivisibili in lotti funzionali; in tal caso l'operatore economico può avvalersi di più imprese ausiliarie ex articolo 89.6 del summenzionato Codice dei contratti pubblici. Questo significa che il concorrente si può avvalere di più soggetti ausiliari per la medesima gara.

Per quanto afferisce all'avvalimento plurimo, invece, si tratta di una figura non prevista *nominatim* dal legislatore e da taluni ritenuta sovrapponibile all'avvalimento frazionato.

Ad una tesi diversa accedono coloro i quali ritengono si tratti di una fattispecie ricorrente laddove per il medesimo lotto dato in appalto, il concorrente si avvalga di più ausiliari i quali, presi singolarmente non possiedono i requisiti, ma, nel loro insieme soddisfano la condizione posta della stazione appaltante.

Al contrario, si discorre di avvalimento a cascata quando l'ausiliario si avvalga, a sua volta, di un altro ausiliario. Tale modalità operativa è vietata espressamente dal suddetto articolo 89.6 D.lgs. 50/16 ed è

oggetto della recente ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n.2331/20.

Per quanto concerne l'operatività del principio di tipicità delle cause di esclusione era evidenziato che si è cospetto di canone introdotto in tempi relativamente recenti (art. 4, secondo comma, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, che ha modificato l'art. 46 del D.Lgs.n.163 del 2006).

Prima di allora, infatti, alle Stazioni appaltanti era riconosciuta un'ampia discrezionalità nell'individuare il contenuto del bando di gara e delle cause di esclusione degli operatori economici.

Il principio *de quo* è stato introdotto per consentire la migliore tutela degli interessi pubblici, in ossequio ai principi di legalità, trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa; valori tutti compendati nei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. Lo stesso mira, da un lato, a tutelare il *favor participationis* ed è funzionale al divieto di aggravio del procedimento e, dall'altro, è volto a correggere la prassi amministrativa e pretoria sovente culminante in esclusioni per violazioni puramente formali.

La riforma del 2011 ha rafforzato il principio di tassatività attraverso la previsione testuale

della nullità di ciascuna clausola difforme ed ulteriore contenuta nella *lexspecialis*.

La sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole del disciplinare esorbitanti dai casi tipici; pertanto, si dovrà fare applicazione dei principi civilistici sanciti in tema di nullità parziale ex art. 1419 co. 2 c.c. Il principio di tassatività delle cause di esclusione è attualmente disciplinato dall'art. 83, comma 8 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Rispetto alla formulazione precedente, tale norma non ripropone l'elencazione delle cause di esclusione, ma si limita a confermare il divieto in capo alla Stazione Appaltante di introdurre cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal codice stesso o da altre disposizioni di legge.

Infine, seppur senza pretesa di esaustività, va brevemente indagato il rapporto tra la suddetta prescrizione e il principio di eterointegrazione del bando di gara recentemente valorizzato in materia di oneri di sicurezza.

Si è a cospetto di precetto imperativo introdotto dalla giurisprudenza finalizzato ad introdurre un requisito di ammissione degli operatori economici

ulteriore e tacito.

A ben vedere, infatti, lo stesso, anche se non esplicitato dalla *lexspecialis*, la etero-integra implicitamente ai sensi dell'art. 1339 c.c., pertanto, la sua inosservanza è valida a determinare l'esclusione dalla gara (cfr. Cons. Stato, Ad.Plen., n. 7, del 2014).

Tale principio non mira a tutelare la più ampia concorrenza tra i partecipanti (e, dunque, i principi di trasparenza e parità di trattamento), bensì la diversa e complementare necessità di assicurare il pubblico interesse alla realizzazione dell'opera da parte di soggetti adeguatamente qualificati.

La questione

Così brevemente ricostruito il *milieu* giuridico sotteso alla pronuncia oggetto della presente analisi, è d'uopo soffermarsi sull'interessante *querelle* giurisprudenziale da cui è gemmata la necessità di chiarimento, definitivo ed autorevole, promanante dal massimo Consesso di Giustizia Amministrativa.

In primo luogo, è opportuno premettere che la pronuncia di cui si discorre menziona i dei due orientamenti antitetici su cui, negli anni, si sono stagliati gli orientamenti pretori. Secondo una prima ricostruzione ermeneutica, avallata *ex multis* dal Tar Toscana rimettente, la clausola escludente

prevista arbitrariamente dal disciplinare di gara¹¹ sarebbe da stigmatizzare con la più grave sanzione della nullità.

Tale conclusione si giustifica in ragione del fatto che, *rebus sic stantibus*, si imporrebbe un requisito ulteriore (a pena di esclusione) rispetto a quelli previsti dalla legge, in violazione dell'art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50 del 2016¹².

Il giudice di prime cure è pervenuto a siffatta conclusione argomentando dalla formulazione dall'art. 89 del D.lgs. n. 50 del 2016. Lo stesso, infatti, *“conferisce massima ampiezza all'istituto dell'avvalimento, così come imposto dalle norme europee”* e *“può riguardare anche il possesso dell'attestazione SOA”*, senza che sia consentito *“alle stazioni appaltanti di porre limitazioni all'utilizzo dell'avvalimento o di conformare il suo utilizzo, se non nei limiti di cui alle previsioni dei commi 3 e 4 del medesimo art. 89 cit.”*. Se ne inferisce che la pretesa della Stazione Appaltante volta ad imporre il possesso della categoria SOA anche all'impresa avvalente, risulti illegittima.

L'approccio ermeneutico di cui si è dato atto

si pone in continuità rispetto ad una coeva sentenza del Consiglio di Stato (sez. V, n. 5834, del 23 agosto 2019), avente ad oggetto la clausola di un bando di gara del Ministero della Difesa in tutto coincidente con la clausola n. 20 del disciplinare oggetto della pronuncia *de qua*.

In tale precedente si afferma che, nei casi in cui la disposizione contenuta nel bando di gara non si limiti meramente a regolare le modalità di esercizio dell'avvalimento, ma ne circoscriva indebitamente l'utilizzo, in palese antitesi rispetto alle prescrizioni europee, la stessa debba ritenersi nulla.

Nello specifico si sostiene che *“quella delineata dall'art. 20 del bando non sia una disciplina, sia pur restrittiva, delle “modalità” con cui ricorrere all'avvalimento, ma un vero e proprio divieto (di fatto) di ricorrere a tale istituto, incompatibile con la norma cogente attualmente prevista all'art. 89 del Codice dei contratti pubblici”*. La stessa, inoltre, dà vita ad *“un potere esercitato (dalla stazione appaltante) praeter legem”*, che si sostanzia nella richiesta di requisiti non contemplati dalla norma codicistica, *“il cui effetto sarebbe*

¹¹ *“I concorrenti possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti nel disciplinare di gara, avvalendosi dell'attestazione SOA di altro soggetto ad esclusione delle categorie di cui all'art. 2, comma 1 del Decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248, ex comma 11 dell'art. 89 del Codice. Ai sensi del combinato disposto degli articoli 84 e 89, comma 1 del Codice i concorrenti che ricorrono all'istituto dell'avvalimento devono, pena*

esclusione, essere in possesso di propria attestazione SOA da attestare secondo le modalità indicate nel precedente punto 17 [...]”.

¹² *“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”*.

quello di vanificare la stessa ratio applicativa di quest'ultima?

Ciò posto, va evidenziato che nell'ambito del crinale giurisprudenziale che si sta analizzando, si colloca anche la pronuncia del Tar della Campania Napoli, del 9 novembre 2018, n. 6691, confermata in appello dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 5834 del 2019.

La ricostruzione pretoria delineata nei termini suddetti viene revocata in dubbio da una diversa opzione interpretativa. La stessa è testimoniata, *ex pluribus*, dal precedente cautelare del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 344 del 25 gennaio 2019. In tale pronuncia si afferma che *“la clausola del bando che limita l'avalimento non appare affetta da nullità, in quanto, da un lato, è espressione di un potere amministrativo in astratto esistente (quello di disciplinare le modalità dell'avalimento in corso di gara) e, dall'altro, non può essere qualificata come causa di esclusione <atipica>”*.

Pertanto, *in limine*, la previsione normativa oggetto di doglianza risulterebbe passibile della sanzione dell'annullabilità (ex articolo 21-octies, L. n. 241 del 1990) per violazione dell'articolo 83 D. Lgs. 50 del 2016 e sarebbe soggetta al più ristretto termine di

impugnazione prescritto dall'art. 120, comma 5 c.p.a.¹³

Le conclusioni appena evidenziate sono state, tuttavia, sottoposte a revisione critica dall'orientamento avverso prima menzionato. Lo stesso, infatti, ha sostenuto che le considerazioni da ultimo riportate non fossero condivisibili in quanto *“non pare che la stazione appaltante abbia un potere di condizionare l'avalimento di un certo requisito (pena la contrarietà alla disciplina europea), con l'effetto che quella proposta in gara appare proprio causa di esclusione diversa dalle cause di esclusione contemplate dalla legge”*.

Alla luce del suddetto contrasto ermeneutico, la definitiva perimetrazione della questione è stata affidata al massimo Consesso di giustizia amministrativa di cui, ad oggi, si attende il responso.

Conclusioni

Nelle more del sollecitato intervento dell'Adunanza Plenaria va specificato quanto segue.

In primo luogo, così come evidenziato dall'ordinanza di rimessione, non è in contestazione che l'avalimento sia

¹³ In tal senso si vedano Cons. Stato, Sez. V, ord. 14 giugno 2019, n. 2993; Cons. Stato, Sez. V, ord. 25 gennaio 2019, n. 344.

consentito per soddisfare la richiesta relativa al possesso di tutti i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, ai sensi dell'art. 83, lettere b) e c), compreso il caso in cui, per la prova del possesso di tali requisiti di qualificazione, sia richiesta l'attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato (SOA) autorizzati dall'ANAC (ex articolo 84 del D.lgs. n. 50 del 2016).

Del pari non è dubbio che l'avvalimento della categoria SOA posseduta da altra impresa sia consentito anche da parte di un operatore che ne sia del tutto privo, purché lo stesso operi nel settore economico di riferimento, e, quindi sia fornito del corrispondente requisito di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. a) D. Lgs. n. 50 del 2016.

Inoltre, rappresenta un dato incontrovertito, ricavabile già dal testo dell'art. 89, D. Lgs. n. 50 del 2016, che la stazione appaltante abbia il potere di limitare il ricorso all'avvalimento soltanto a determinate condizioni (in specie, delineate dal comma 4).

Inoltre, è indiscusso che, posta la necessità che ciascun concorrente possieda *ex se* i requisiti di idoneità professionale e non incorra nelle cause di esclusione ex art. 80 D. Lgs. n. 50 del 2016, l'avvalimento rappresenti

un istituto di generale applicazione volto a conseguire il possesso dei requisiti di partecipazione, che può essere escluso soltanto nelle ipotesi tipizzate dal legislatore (in specie ai commi 10 e 11 dell'art. 89).

Rebus sic stantibus non può che concludersi ritenendo che l'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante, esercitato al di fuori delle ipotesi consentite (introduzione di cause di inammissibilità o divieti ulteriori di avvalimento), vizi la corrispondente previsione della *lex specialis*.

Ciò posto, i maggiori problemi ermeneutici afferiscono al tipo di vizio ascrivibile al provvedimento oggetto di scrutinio giurisdizionale.

La risoluzione della questione non può che principiare dalla corretta interpretazione dell'art. 83, comma 8 ultimo inciso del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Lo stesso, facendo applicazione del principio della tassatività delle clausole di esclusione, sancisce la nullità testuale delle prescrizioni contenute nei bandi (o nelle lettere di invito) che sanciscano l'esclusione dalla selezione per motivi *ulteriori* rispetto a quelli previsti *ex lege*.

La previsione della nullità testuale di cui all'articolo 83, comma 8 del D. Lgs. n. 50 del 2016 va letta, inevitabilmente, in combinato

disposto con l'art. 31 co. 4 c.p.a. e pone la questione della sua eventuale prevalenza tutte le volte in cui la prescrizione del bando, seppur autonomamente e immediatamente lesiva, perché riguardante *requisiti soggettivi*, sia riconducibile al divieto di cause di esclusione "atipiche".

D'altro canto, tuttavia, ai sensi dell'articolo 120 c.p.a., le clausole del disciplinare di gara afferenti ai requisiti di partecipazione devono essere tempestivamente impugnate laddove, contenendo cause impeditive dell'ammissione dell'interessato alla procedura, si configurino come escludenti. Ciò accade tutte le volte in cui, le stesse, risultando idonee a generare una lesione immediata, diretta e attuale nella situazione soggettiva dell'operatore economico, siano stigmatizzabili con il vizio dell'annullabilità intesa come forma di invalidità tradizionale del provvedimento amministrativo.

A ben vedere, infatti, si suole ritenere che, in antitesi con quanto previsto dalla branca civilistica, la categoria dell'annullabilità rappresenti "la regola" e quella della nullità "l'eccezione".

Tanto premesso va evidenziato che le conseguenze processuali derivanti dall'adesione all'una piuttosto che all'altra categoria di invalidità non sono di poco

momento in quanto il regime della nullità del provvedimento amministrativo è profondamente differente da quello dell'annullabilità, come testimonia la formulazione degli articoli 21 nonies L.241/90 e 31.4 c.p.a. da un lato e del combinato disposto delle norme di cui agli articoli 21 octies L.241/90 e 29 c.p.a.

Tale reticolato normativo testimonia la differente declinazione della categoria dell'invalidità dell'atto amministrativo rispetto al diritto civile.

Come è noto, infatti, nel diritto amministrativo "sbiadisce e perde senso" la dicotomia tra norme imperative e dispositive propria del diritto privato, in quanto si è sempre a cospetto di norme imperative.

Inoltre, si suole evidenziare che, mentre nel diritto civile la forma cardine di invalidità è rappresentata dalla nullità, nel diritto amministrativo la categoria generale di invalidità è l'annullabilità al fine di preservare l'efficacia dell'atto.



Civile

Contratti finanziari e nullità selettiva di protezione: la buona fede come parametro di riequilibrio contrattuale

*Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili,
Sentenza n. 28314 del 4 novembre 2019*

di Carmen Voria

Quesito

Una volta domandata ed accertata la nullità del contratto quadro per violazione dell'art. 23 TUF, che ne richiede la stipulazione in forma scritta e che una copia venga consegnata al cliente, l'investitore è legittimato a selezionare gli ordini di acquisto da colpire con la sanzione della nullità, oppure la dichiarazione di nullità del contratto quadro travolge anche le operazioni di acquisto che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente ma che comunque derivano dall'esecuzione di quello?

Fatto

Nel caso di specie, un investitore aveva agito, nel primo giudizio, lamentando la nullità del contratto quadro stipulato con un istituto bancario, per assenza della forma scritta richiesta ad substantiam dall'art. 23 del TUF. Sulla scorta di tali premesse, l'investitore aveva chiesto al Giudice di dichiarare la

nullità dei due contratti d'investimento aventi ad oggetto l'acquisto di obbligazioni argentine, con condanna della banca convenuta alle relative restituzioni pecuniarie. A fronte di tale pretesa, l'istituto bancario aveva formulato, una difesa volta a far valere la circostanza che l'investitore aveva incassato alcune cedole, in forza di operazioni poste in essere in esecuzione del contratto quadro.

Normativa

Art 23 del Testo Unico Finanziario (D.Lgs. n. 58/1998)

I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la

determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tal caso nulla è dovuto.

Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

Le disposizioni del titolo VI, del T.U. bancario non si applicano:

ai servizi e attività di investimento;

al collocamento di prodotti finanziari;

alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina degli articoli 25 bis e 25 ter ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito nonché ai servizi e conti di pagamento disciplinati dai capi I-bis, II, II-bis e II-ter del T.U. bancario si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario.

Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori non vengono conclusi contratti di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà con clienti al dettaglio al fine di assicurare o coprire obbligazioni presenti o future, effettive o condizionate o potenziali dei clienti. Sono nulli i contratti conclusi in violazione della presente disposizione. La Consob disciplina le modalità di svolgimento dell'attività di cui al presente comma in caso di clienti professionali e di controparti qualificate.

Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile.

Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta.

Artt. 117 del Testo Unico Bancario (D.Lgs. n. 385/1993)

I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.

Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.

Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.

I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti

di quelli pubblicizzati.

In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano:

il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione.

gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.

La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia.

**Artt. 127 del Testo Unico Bancario
(D.Lgs. n. 385/1993)**

Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal

presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela. A questi fini la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, può dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni.

Ai confidi iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 112, le norme del presente titolo si applicano secondo quanto stabilito dal CICR.

Le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente.

1-bis. Le informazioni fornite ai sensi del presente titolo sono rese almeno in lingua italiana.

Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice.

Le deliberazioni di competenza del CICR previste nel presente titolo sono assunte su proposta della Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB.

**Art. 36 del Codice del Consumo (D.Lgs.
n. 206/2005)**

Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.

Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:

escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;

escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;

prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive.

È nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente titolo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea.

Inquadramento

Nella sentenza in commento, le Sezioni Unite, sono state chiamate a comporre il contrasto, sorto in seno alla prima sezione e riguardante la legittimità o meno della

limitazione degli effetti derivanti dall'accertamento della nullità del contratto quadro ai soli ordini oggetto della domanda proposta dall'investitore oppure al complesso ordine di investimenti. Le conseguenze pratiche dell'una o dell'altra soluzione non sono di poco conto. Se si aderisce all'impostazione della legittimità dell'uso della cd "nullità selettiva", deriva che l'investitore può, una volta accertata la nullità del contratto quadro per difetto di forma scritta, scegliere quali ordini di investimento annullare (in pratica quelli che per lui si sono rivelati svantaggiosi) e quindi recuperare quanto investito; e conseguentemente, conservare i vantaggi che gli sono derivati da altri ordini di investimento, che, anche se effettuati a valle di un contratto quadro viziato per difetto di forma, si sono comunque rivelati redditizi. Al contrario, se si segue l'impostazione secondo cui una volta domandata ed accertata la nullità del contratto quadro essa inevitabilmente travolge tutti gli ordini di acquisto, senza possibilità da parte dell'investitore di loro selezione, ecco allora che per l'intermediario si aprirebbe la possibilità, in via di eccezione o di domanda riconvenzionale, di formulare richiesta di compensazione o di restituzione. Infatti, in quest'ottica, in forza della



normativa in materia d'indebito, il cliente sarebbe tenuto a restituire alla banca i titoli acquistati, le cedole riscosse ed ogni altra utilità, al netto dell'importo erogato per l'acquisto dei titoli. Già nel 2017 era stato invocato l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite in ordine all'uso selettivo, da parte dell'investitore, della nullità del contratto quadro per i servizi di investimento. I tentativi allora compiuti si erano rivelati infruttuosi, posto che le Sezioni Unite nel pronunciarsi sulla validità dei contratti di investimento monofirma, non avevano proceduto all'esame dell'ulteriore questione, avendo escluso la nullità dei contratti su cui vertevano le cause sottoposte al loro esame. Sul finire del 2018 la prima sezione civile è tornata alla carica, ritenendo che non fosse più tollerabile il protrarsi dell'incertezza in ordine alle ricadute, sul piano sostanziale e processuale, della strategia dell'investitore che chieda di porre nel nulla soltanto alcuni ordini di investimento eseguiti in esecuzione del contratto viziato. Orbene, le Sezioni Unite nella sentenza in commento, nel dare composizione al contrasto, pongono preliminarmente l'accento, da un lato, sul carattere funzionale dell'obbligo della forma scritta, stabilito dall'art. 23 TUF a pena di

nullità in favore del cliente, volto in primis a riequilibrare l'asimmetria informativa-conoscitiva in favore del soggetto contrattualmente più debole, così richiamando anche i principi espressi nel 2018 sul contratto monofirma; dall'altro si soffermano sull'obbligo solidaristico, di matrice costituzionale, di buona fede, gravante anche sull'investitore, che impone che l'esercizio del diritto, potestativamente riconosciutogli, di far valere la nullità di protezione, non possa travalicare in abuso, traducendosi in ingiustificato pregiudizio in danno dell'altra parte. Ritengono quindi le Sezioni Unite che criterio guida nel valutare la legittimità dell'uso selettivo della nullità di protezione nei contratti d'investimento debba pertanto essere il principio di buona fede, per evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di protezione è stato introdotto. Sotto questo profilo le Sezioni Unite precisano che l'avvenuto uso selettivo della nullità non comporta, di per sé, la violazione del principio di buona fede perché, diversamente ragionando, si determinerebbe un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione,



dal momento che si stabilirebbe un'equivalenza, senza alcuna verifica di effettività, tra uso selettivo delle nullità e violazione del canone di buona fede. Dall'altro canto le Sezioni Unite giudicano insufficiente la esclusiva valorizzazione della buona fede soggettiva, ritenendo invece necessario anche effettuare in concreto un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al petitum azionato. Dovendo ritenersi, in questa ultima ipotesi, che l'investitore abbia agito coerentemente con la funzione tipica delle nullità protettive, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere. Occorre porsi nell'ottica di impedire che l'uso selettivo della nullità venga obiettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario. Ciò vuol dire che si deve procedere a un confronto tra le ricadute economiche degli ordini selezionati e quelle degli ordini esclusi, di modo che, se i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione di nullità superino il petitum, l'effetto impeditivo è integrale, ove invece si determini un danno per

l'investitore, anche all'esito della comparazione con gli altri investimenti non colpiti dalla nullità selettiva, l'effetto paralizzante dell'eccezione opererà nei limiti del vantaggio ingiustificato conseguito. In tutti i casi, ribadiscono le SS.UU., in relazione ai contratti d'investimento, della dichiarata invalidità del contratto quadro può avvalersi soltanto l'investitore, sia sul piano sostanziale della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso. L'intermediario, alla luce del peculiare regime giuridico delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 cod. civ., potendo solo, quando sussistono i presupposti e nei limiti precisati, opporre l'eccezione paralizzante di buona fede, che, pur non configurando eccezione in senso stretto, tuttavia deve essere oggetto di specifica allegazione.

Soluzione

La Corte di Cassazione Civile a Sezioni Unite, nella sentenza in commento, ha pronunciato il seguente principio di diritto:

«La nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, 3° comma, D.lgs. n. 58 del 1998, può essere fatta valere



esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione

della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro».



Coltivazione di piante da cui siano ricavabili sostanze stupefacenti

Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, Sent. n. 12348 del 16 aprile 2020

di Jessica Tornincasa

Quesito

Alle Sezioni Unite è stata rimessa la seguente questione di diritto:
"Se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, è sufficiente che la pianta, conforme al tipo botanico previsto, sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo, non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato".

Fatto

Con sentenza del 13 marzo 2013, il GUP del Tribunale di Torre Annunziata, con rito abbreviato ex art 444 c.p.p., ritenuta la continuazione ex art 81 c.p. ha dichiarato l'imputato colpevole dei reati di cui: a) all'art. 110 c.p. e D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, per avere, in concorso con altro

soggetto, detenuto a fini di spaccio ed in parte effettivamente ceduto gr. 11,03 di marijuana; b) al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, per avere detenuto nella sua abitazione a fini di spaccio 25 dosi di marijuana; c) al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, per avere coltivato, per farne commercio, due piante di marijuana dell'altezza di mt. 1 (con 18 rami) e di mt. 1,15 (con 20 rami); d) all'art. 697 c.p., per avere illegalmente detenuto munizioni per armi da sparo.

Con sentenza del 28 febbraio 2018, la Corte d'appello di Napoli, in riforma della sentenza di primo grado, ha assolto l'imputato dal reato di cui al capo b) per insussistenza del fatto; ha dichiarato non doversi procedere in relazione al reato di cui al capo d), perché estinto per prescrizione; ha rideterminato la pena per i residui reati di cui ai capi a) e c), unificati nel vincolo della continuazione, nella misura di un anno di reclusione ed Euro 3.000,00 di multa, confermando le ulteriori statuizioni.

A fondamento della decisione, rispetto al reato di cui al capo c), *rectius*, reato di coltivazione non autorizzata di sostanze stupefacenti, la Corte territoriale ha ritenuto

che dovesse prescindere dalla destinazione ad uso personale, confermando la offensività della condotta, pur in assenza di principio attivo rinvenibile nell'immediatezza, potendosi desumere comunque l'idoneità a rendere quantità significative di prodotto.

L'imputato propone, a mezzo difensore, ricorso avverso la sentenza della Corte di Appello chiedendone l'annullamento, contestando, rispetto al reato di cui al capo a) un travisamento dei fatti di prova, e rispetto al reato di cui al capo c), ovvero il reato di coltivazione, che è quello su cui si è sollevata la rimessione alle SS.UU., una violazione del principio di offensività, nella misura in cui, non è stata accertata la effettiva idoneità delle piante a produrre effetto drogante, lamentando altresì, che le stesse avessero comunque raggiunto un apprezzabile grado di sviluppo.

Si prospetta ancora, l'erronea applicazione degli artt. 62-bis (circostanze generiche), e 163 c.p., (sospensione condizionale della pena), che sarebbero state negate dalla Corte che aveva finito con il qualificare ostativo un reato che è stato commesso in epoca successiva ai fatti oggetto di addebito.

Il procedimento è stato assegnato alla

Settima Sezione, la quale, con ordinanza dell'8 marzo 2019, lo ha trasmesso alla Terza Sezione, rilevando l'insussistenza di cause di inammissibilità.

Con ordinanza dell'11 giugno 2019, la Terza Sezione ha evidenziato l'esistenza di contrasti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità, in relazione alla nozione della "coltivazione" di piante da cui siano ricavabili sostanze stupefacenti, da sottoporre al vaglio delle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 c.p.p., comma 1.

Nell'ordinanza di rimessione si pongono a confronto due differenti indirizzi delineatisi nella giurisprudenza di legittimità. Per un primo indirizzo, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, non è sufficiente la mera coltivazione di una pianta conforme al tipo botanico vietato che abbia raggiunto la soglia minima di capacità drogante, ma è altresì necessario verificare se tale attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato (Sez. 3, n. 36037 del 22/02/2017, Compagnini, Rv. 271805; Sez. 6, n. 8058 del 17/02/2016, Pasta, Rv. 266168; Sez. 6, n. 5254 del 10/11/2015, Pezzato, Rv. 265641; Sez. 6, n.



33835 del 08/04/2014, Piredda, Rv. 260170). Per altro orientamento, invece, ai fini della punibilità della coltivazione di stupefacenti, l'offensività della condotta consiste nella sua idoneità a produrre la sostanza per il consumo, sicché non rileva la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ma la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente, nell'obiettivo di scongiurare il rischio di diffusione futura della sostanza stupefacente (Sez. 6, n. 35654 del 28/04/2017, Nerini, Rv. 270544; Sez. 53337 del 23/11/2016, Trabanelli, Rv. 268695; Sez. 6, n. 52547 del 22/11/2016, Losi, Rv. 268938; Sez. 6, n. 25057 del 10/05/2016, Iaffaldano, Rv. 266974; Sez. 3, n. 23881 del 23/02/2016, Damioli, Rv. 267382). La Sezione remittente sollecita, dunque, le Sezioni Unite ad un intervento di nomofilachia che definisca la nozione di offensività in concreto del reato di coltivazione non autorizzata di sostanze stupefacenti.

Con decreto del Primo Presidente Aggiunto del 10 ottobre 2019, il ricorso è stato

assegnato alle Sezioni Unite Penali per l'udienza del 19 dicembre 2019. Il pubblico ministero ha depositato note di udienza, con le quali ritiene non condivisibile l'orientamento secondo cui il reato è configurabile per il solo fatto della coltivazione, a prescindere dal principio attivo ricavabile nell'immediatezza, sostenendo che la punibilità dovrebbe dipendere, invece, dalla positiva verifica dell'idoneità della coltivazione a ledere la salute pubblica e a favorire la circolazione della droga, alimentandone il mercato.

Art 73 D.P.R. 309/1990

Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope

1. 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, e' 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 e' 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 questa 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 ,e' punito con la reclusione da sei a ventidue anni e 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 e C, di cui all'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. Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità', si applicano le pene della reclusione da uno a sei a anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000. 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 dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, il lavoro di pubblica utilità' ha una durata

corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata. Esso puo' 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 utilita', in deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, su richiesta del Pubblico ministero o d'ufficio, il giudice che procede, o quello dell'esecuzione, con le formalita' di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dell'entita' dei motivi e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena con conseguente ripristino di quella sostituita. Avverso tale provvedimento di revoca e' ammesso ricorso per Cassazione, che non ha effetto sospensivo. Il lavoro di pubblica utilita' puo' sostituire la pena per non piu' di due volte . 6. Se il fatto e' commesso da tre o piu' persone in concorso tra loro, la pena e' aumentata. 7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla meta' a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attivita' delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorita' di polizia o l'autorita' giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione

Inquadramento

La disamina del quesito rimesso alle SS.UU. deve prendere le mosse da un inquadramento sistematico del reato di

coltivazione di droga, come descritto ex art 73 comma I D.P.R. 309/1990 e le interferenze che presenta rispetto al principio di offensività.

Il reato di coltivazione senza autorizzazione di sostanze psicotrope o stupefacenti, infatti, è emblematico della distinzione tra i due piani in cui viene declinato oggi il principio di offensività; nella sua accezione astratta, come monito al Legislatore di stilare fattispecie penalmente rilevanti che presentino una effettiva lesione, o quantomeno una esposizione a pericolo per il bene giuridicamente rilevante, pena il vizio di incostituzionalità della norma, e nella sua accezione in concreto, quale monito al giudice che, nel sussumere il fatto nella fattispecie deve constatare la idoneità offensiva della condotta.

È un reato, quello della coltivazione non autorizzata di sostanze stupefacenti che ha animato a lungo il dibattito giurisprudenziale, in ragione della diversità di trattamento cui soggiace rispetto a finitime condotte, la cui rilevanza penale è stata invece esclusa, ove destinata ad uso personale.

Il confronto tra reato di coltivazione da un lato, e reato di detenzione, importazione e acquisto di sostanze stupefacenti dall'altro, che sono relegati all'area del penalmente

illecito, ove destinate ad uso personale, passibili di sola sanzione amministrativa, ha investito la Corte costituzionale per contrasto con i principi di uguaglianza ed offensività.

Orbene, la Corte costituzionale, con sentenza **1995 n. 360** ha dichiarato la questione infondata, escludendo la violazione, tanto del principio di ragionevolezza, quanto di quello di offensività.

Rispetto alla ragionevolezza, infatti, la Corte costituzionale giustifica il diverso trattamento riservato alla coltivazione, punita anche se destinata all'uso personale, in ragione di una carica offensiva superiore rispetto alle condotte di detenzione, acquisto e importazione, di cui il Legislatore esclude la rilevanza penale, ove destinate ad uso personale.

E giustifica la diversa scelta normativa in ragione del diverso rapporto di contiguità temporale che le condotte di detenzione, acquisto e importazione da un lato, e quella di coltivazione dall'altro, intessono rispetto all'uso delle sostanze psicotrope e stupefacenti

Ed infatti, la esclusione della rilevanza penale delle condotte di detenzione, acquisto e importazione, quando destinate all'uso

personale, trova una sua giustificazione nella contiguità temporale che presentano rispetto al consumo della sostanza; ne rappresentano antecedenti necessari, e difatti, l'acquisto, l'importazione e la detenzione rappresentano momenti prodromici rispetto al consumo.

La linea di confine di queste condotte, che, ove non superano la soglia dell'uso personale non rilevano penalmente è segnata da interventi giurisprudenziali, che nel tempo hanno mostrato una sensibilità verso il tema e un favor per la non punibilità, passando dalla modica quantità, alla dose media giornaliera, per finire all'uso personale.

Non si rintraccia invece, rispetto alla condotta di coltivazione non autorizzata di sostanza stupefacente un pari atteggiamento di tolleranza, anzi, pare la giurisprudenza attestarsi su posizioni ben lontane da atteggiamenti di favor, e questo, molto probabilmente in ragione, innanzitutto, della mancanza di una contiguità tracciabile tra condotta di coltivazione e uso, e soprattutto, non può trascurarsi di considerare che la condotta di coltivazione, a differenza di quella di detenzione, acquisto e importazione, da cui si trae in maniera certa, ed ex ante il quantitativo utilizzabile, accresce indiscriminatamente i quantitativi coltivabili, determinando una maggiore diffusività delle



sostanze stupefacenti.

Rispetto invece, al principio di offensività, configurando il reato *de quo* come un reato di pericolo, fa salva la sua portata offensiva, sul versante astratto, passando a verificare la compatibilità della norma con il principio di offensività in concreto, la cui mancanza al più implicherebbe un giudizio di merito.

Facendo applicazione dei principi espressi dalla Corte costituzionale, le SS.UU., nel 2008, con due sentenze gemelle affermano il seguente principio di diritto: *‘costituisce condotta penalmente rilevante, qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale, a prescindere dalla distinzione tra coltivazione in senso agrario e domestico’.*

Ne segue quindi che, ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, spetta al giudice verificare in concreto l'offensività della condotta, ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile; sicché, l'offensività della condotta di coltivazione deve essere esclusa soltanto se la sostanza ricavabile non sia idonea a produrre un "effetto stupefacente in concreto rilevabile". Quanto all'oggettività giuridica, la sentenza

Di Salvia, la individua nella salute collettiva, ma anche, in parziale continuità con le Sez. Uu., n. 9973 del 21/09/1998, Kremi, Rv. 211073, nella sicurezza e nell'ordine pubblico, che giustificano, rispetto al reato di spaccio, che presenta una offensività astratta maggiore rispetto alla coltivazione non consentita, che la condotta conservi rilevanza penale sul piano della offensività in concreto, anche se la dose ceduta non abbia effetto drogante, in ragione della tutela della sicurezza e ordine pubblico.

Si evidenzia quindi, una contrapposizione di orientamenti giurisprudenziali, da un lato, si vuole indagare la rilevanza penale della condotta di coltivazione attraverso la bussola della offensività in concreto, finendo così per incriminare quelle condotte idonee a realizzare un effetto stupefacente; di converso, altra giurisprudenza, facendo leva sulla importanza dei beni giuridici lesi, quali l'ordine pubblico, il mercato concorrenziale, oltre alla salute, richiedono un *quid pluris*, ovvero il concreto pericolo di aumento di disponibilità dello stupefacente e di ulteriore diffusione dello stesso.

Le Sezioni unite, preso atto del frastagliato quadro giurisprudenziale, cercano di tracciare dei punti fermi e principiano con la differenza tra le categorie della tipicità e



dell'offensività, e in seno a questa distinguono ancora, il piano astratto da quello concreto.

Sul piano della tipicità, perché vi sia una coltivazione penalmente rilevante è necessario, non solo che la stessa abbia per oggetto una pianta, che sia in concreto idonea a produrre sostanze vietate, ma anche che siano utilizzate pratiche agricole tecnicamente adeguate, finendo con l'operare una distinzione tra coltivazione imprenditoriale e domestica, così superando la soluzione raggiunta dalle SS.UU. Di Salvia 2008, che avevano equiparato, sul piano della offensività e conseguente punibilità le due species di coltivazione.

L'irrelevanza penale della coltivazione di minime dimensioni, finalizzata esclusivamente al consumo personale deve essere ancorata, non alla sua assimilazione alla detenzione ma, alla sua non riconducibilità alla definizione di coltivazione, come attività penalmente rilevante; dandosi, così, un'interpretazione restrittiva della fattispecie penale.

La coltivazione, a differenza della detenzione, è attività suscettibile di creare nuove e non predeterminabili disponibilità di stupefacenti, tale affermazione non si attaglia

alle coltivazioni domestiche di minime dimensioni, intraprese con l'intento di soddisfare esigenze di consumo personale, perché queste hanno una produttività ridottissima e insuscettibile di aumentare la provvista di stupefacenti; sono tracciati, al fine di qualificare una coltivazione come domestica una serie di indici sintomatici, di matrice oggettiva, individuabili nella minima dimensione della coltivazione, nel suo svolgimento in forma domestica e non in forma industriale, nella rudimentalità delle tecniche utilizzate, nello scarso numero di piante, nella mancanza di indici di un inserimento dell'attività nell'ambito del mercato degli stupefacenti, o ancora, nell'oggettiva destinazione di quanto prodotto all'uso personale esclusivo del coltivatore.

Alla luce di queste considerazioni, può essere ritenuta pienamente conforme con il principio di ragionevolezza la valutazione prognostica di potenziale aggressione al bene giuridico protetto, sottesa all'incriminazione della coltivazione, con la sola esclusione di quella domestica, alle condizioni sopra richiamate.

L'utilizzazione dello schema del reato di pericolo presunto rende superfluo, infatti, il richiamo a concetti come la sicurezza,

l'ordine pubblico o il mercato clandestino, che, con riferimento alla fattispecie in esame, appaiono declinati in forma eccessivamente generica, perché privi di un collegamento sufficientemente diretto con quello della salute, il quale trova un solido ancoraggio costituzionale nell'art. 32, che lo qualifica addirittura come diritto soggettivo.

Sul piano dell'offensività, deve dunque concludersi che il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficiente **la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e produrre sostanza stupefacente.**

Le conclusioni raggiunte si pongono in armonia con la decisione quadro 25 ottobre 2004, n. 2004/757/GAI.

Soluzione

La Cassazione, alla luce del persistente contrasto interpretativo, ritiene opportuno operare una graduazione della risposta punitiva rispetto all'attività di coltivazione di piante stupefacenti, nelle sue diverse accezioni: a) devono considerarsi lecite la coltivazione domestica, a fine di autoconsumo - alle condizioni sopra elencate

- per mancanza di tipicità, nonché la coltivazione industriale che, all'esito del completo processo di sviluppo delle piante non produca sostanza stupefacente, per mancanza di offensività in concreto; b) la detenzione di sostanza stupefacente esclusivamente destinata al consumo personale, anche se ottenuta attraverso una coltivazione domestica penalmente lecita, rimane soggetta al regime sanzionatorio amministrativo del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 75; c) alla coltivazione penalmente illecita restano comunque applicabili l'art. 131-bis c.p., qualora sussistano i presupposti per ritenere la particolare tenuità, nonché, in via gradata, il D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, qualora sussistano i presupposti per ritenere la minore gravità del fatto.

Si deve dunque affermare il seguente principio di diritto:

"Il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente; devono però ritenersi escluse, in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione della



norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che, per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore".



Pillole di Diritto

a cura di Luca Cestaro

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

Civile

La pillola di diritto del 19.05.2020

Il contratto di gestione patrimoniale è nullo in mancanza di accettazione scritta del cd. benchmark

*#formascritta #contrattiinvestimento #nullità
#benchmark*

*Corte di Cassazione, sez. I, ordinanza n. 9025
del 15.05.2020*

La controversia attiene a un contratto di investimento (di gestione patrimoniale) e, in particolare, alla mancata accettazione scritta del parametro di riferimento (cd. *benchmark*) per l'effettuazione degli investimenti.

Nel caso di specie, infatti, la società di investimento aveva gestito il contratto secondo una delle linee di investimento già esistenti che prevedevano una composizione dell'investimento e, quindi, un parametro di riferimento diverso da quello recato nel contratto sottoscritto dalla risparmiatrice.

La società di investimento ha sostenuto in giudizio che la modifica del parametro di riferimento equivalga a una mera precisazione dell'accordo contrattuale e che, comunque, il proprio comportamento, consistito nel dare informazioni scorrette nella fase precontrattuale, potrebbe, al più,

determinare una responsabilità risarcitoria, ma non la nullità per violazione di una norma imperativa.

La Corte respinge entrambi gli argomenti.

Quanto al primo, la Sezione evidenzia che il benchmark non è un parametro secondario; esso, sebbene non imponga al gestore di acquistare titoli nelle proporzioni indicate, “*rappresenta, infatti, un modo per valutare la razionalità e l'adeguatezza dell'attività dell'intermediario, per modo che, ove la gestione sia risultata in contrasto con il predetto parametro e, quindi, con i rischi contrattualmente assunti dagli investitori, l'intermediario risponde delle perdite che gli stessi abbiano, per l'effetto, subito*”.

Inoltre, l'indicazione del “*parametro oggettivo di riferimento al quale confrontare il rendimento della gestione*” (ossia del *benchmark*) era richiesta dal combinato disposto degli articoli 30, 37, 38 e 42 del regolamento CONSOB allora vigente (11522/1998) che lo includevano nel contenuto obbligatorio del contratto di investimento. E il d.lgs. 58/1998 (T.U.F.) oltre a rimandare, appunto, al regolamento CONSOB per la regolazione del settore (art. 6), prescrive la forma scritta a pena di nullità (art. 23) dei contratti di investimento. In altri termini, le richiamate disposizioni del regolamento Consob completano la portata

precettiva dell'art. 23 del T.U.F. "*chiarendo quale contenuto debba presentare il contratto di investimento da redigersi per iscritto*". La mancata indicazione, nel contratto scritto, degli elementi richiesti dalla normativa regolamentare comporta, quindi, la nullità del contratto per difetto di forma scritta.

È, altresì, respinto il secondo argomento svolto dalla ricorrente.

L'orientamento giurisprudenziale (v. Cass. Sez. U. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725) richiamato dalla ricorrente è quello secondo cui solo la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità mentre tale effetto non è riconducibile alla violazione di norme, anch'esse

imperative, ma riguardanti il comportamento dei contraenti, violazione che può essere semmai fonte di responsabilità. Tale orientamento, tuttavia, è riferito alle ipotesi di contrarietà del comportamento a norme imperative a cui la legge non riconduca espressamente la sanzione della nullità (e, quindi, alle ipotesi in cui opera la sola nullità «virtuale», contemplata dall'art. 1418, comma 1, c.c.).

Nel caso di specie, come si è detto, l'art. 23, comma 1, T.U.F. "*considera espressamente la nullità per difetto di forma (elevando, così, la forma stessa a requisito del contratto, ex artt. 1325 e 1418, comma 2, c.c.)*" il che rende inapplicabile il principio giurisprudenziale appena menzionato

Penale

La pillola di diritto del 29.05.2020

Il proprio profilo Facebook come luogo aperto al pubblico: c'è apologia di reato anche se il messaggio è rivolto ai soli 'amici'

#apologia #terrorismo #socialnetwork

Corte di Cassazione, sez. I penale, Sentenza n. 2442 del 22.01.2020

Alcuni individui sono imputati per la condotta consistita nell'aver pubblicamente inneggiato e fomentato sentimenti antidemocratici, di odio religioso e di esaltazione della guerra santa e del martirio religioso, in tal modo pubblicamente istigando un numero indeterminato di persone a commettere i reati di cui agli articoli 270-bis, 270-sexies, 280 e 422 cod. pen., facendone al contempo apologia (art. 414 c.p.).

La difesa rileva, fra l'altro, l'inidoneità della condotta perché proveniente da individui riconoscibili per comportamenti antisociali che li screditano agli occhi della comunità religiosa di riferimento e perché diretta in prevalenza ai propri "amici" di Facebook e non a ogni fruitore del social network.

Il delitto di istigazione a delinquere, anche

nella forma apologetica in contestazione, è reato di **pericolo concreto**. Non basta, quindi, l'esternazione di un giudizio positivo su uno o più episodi criminosi, ma occorre che *"il comportamento dell'agente sia tale per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, da determinare il rischio effettivo della consumazione di altri reati lesivi di interessi"*.

Seppur, quindi, la condizione dell'autore è rilevante al fine di valutare la concreta capacità istigatoria, la Suprema Corte giudica favorevolmente il ragionamento della Corte d'Appello secondo cui la scarsa **autorevolezza degli istigatori** non può valere, nel caso di specie, a limitare la pericolosità della condotta.

Infatti, da un lato, i fruitori dei social network ben possono essere ignari delle condizioni personali degli individui che veicolano un determinato messaggio e, dall'altro, simili messaggi di odio hanno trovato terreno fertile proprio nel medesimo ambiente in cui si muovono gli imputati, caratterizzato da disadattamento e disagio sociale; in tale ambiente, ha maggior peso, nella considerazione di coloro che ricevono il messaggio, il proposito di riscatto e di ribellione sociale, veicolato mediante



condotte terroristiche, piuttosto che l'autorevolezza sul piano religioso degli istigatori.

La Sezione chiarisce, quindi, che l'elemento soggettivo del reato è il **dolo generico** che consiste nella cosciente volontà di commettere il fatto in sé, con l'intenzione di istigare alla commissione concreta di uno o più delitti, essendo del tutto irrilevanti il fine particolare perseguito ed i motivi dell'agire.

Da ultimo, viene analizzata la compatibilità tra l'apologia "pubblica" (la norma richiede che sia effettuata "pubblicamente") e la veicolazione del messaggio ai soli **amici di Facebook e non a tutti gli utenti del social network**.

Ebbene, la Corte afferma che il carattere pubblico del messaggio va affermato "*non solo per il rilevante numero di amici che gli account dei ricorrenti annoveravano, con la potenzialità di ulteriore diffusione ad altri amici, in una catena di continue moltiplicazioni dei destinatari dei messaggi, ma anche perché l'adesione alla cerchia di amici avviene sulla base di un semplice modulo - richiesta e successiva accettazione di amicizia nella rete del social network - che rende il profilo Facebook un luogo virtuale inquadrabile quanto meno nella categoria normativa di luogo aperto al pubblico, secondo la definizione di cui all'art. 266 cod. pen. 7*".

Amministrativo

La pillola di diritto del 23.05.2020

Quando l'ente fiera è organismo di diritto pubblico (ancora...)

#organismodidirittopubblico #entifieristici

Consiglio di Stato, sez. V, Sentenza n. 2335 del 9.04.2020

Numerose pronunce del giudice amministrativo hanno riguardato la qualificazione degli enti fieristici quali organismi di diritto pubblico o meno.

Anche la Sentenza in commento si occupa di un ente che ha quale proprio fine statutario la promozione e l'organizzazione *“in Italia e all'estero di manifestazioni fieristiche e di ogni altra iniziativa che, promuovendo l'interscambio, contribuisca allo sviluppo dell'economia”*.

Lo scopo statutario dell'Ente autonomo Fiere di Foggia trascende, quindi, *“l'interesse di profitto dell'imprenditore privato, per rivolgersi all'interesse generalizzato presso il tessuto economico locale, attraverso la creazione di opportunità di crescita commerciale grazie alla promozione dei prodotti e dei servizi in occasione degli eventi fieristici organizzati dall'Ente appellante”*: ricorre il requisito dell'essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale (art. 3 co. 1 lett. d n. 1., d.lgs. 50/2016).

Sempre lo statuto dell'ente, peraltro, prevede l'esercizio di un'«attività commerciale» consistente nell'utilizzo di immobili nei quali organizzare gli eventi fieristici e nell'offrire sul mercato beni e servizi, secondo criteri di azione propri dell'imprenditore privato, dichiaratamente finalizzati nel loro complesso alla conservazione e all'incremento del patrimonio dell'Ente; lo statuto, quindi, sembra escludere l'ulteriore requisito del carattere non industriale né commerciale dell'esigenza perseguita attraverso l'attività dell'ente (art. 3 co. 1 lett. d n. 1., d.lgs. 50/2016).

La Sezione, citando ampiamente la giurisprudenza della C.G.U.E., afferma che lo svolgimento di attività commerciali non è incompatibile con il perseguimento di interessi generali e che la sussistenza di profili commerciali dell'attività non preclude senz'altro la qualificazione di organismo di diritto pubblico. Del resto, un'analisi che si fondi solo sul *«modo di porsi dell'organismo in rapporto al mercato»* potrebbe portare, per la sua *“mutevolezza nel tempo e la sua soggezione alle contingenze economiche”*, a svalutare il requisito della generalità delle esigenze alla base dell'istituzione dell'ente.

Si afferma, quindi, che è necessario verificare se l'attività dell'ente comporti o meno



l'assunzione del rischio di impresa ed esaminare, a tal fine, le relazioni finanziarie con l'ente pubblico che, eventualmente, assicurino la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'organismo.

Qualora, pur in presenza di attività astrattamente commerciale, il sostegno finanziario pubblico sia tale da comportare l'esclusione del rischio di mercato tipico dell'attività imprenditoriale, afferma il Consiglio di Stato, va escluso il carattere "industriale o commerciale" dell'attività e l'ente va qualificato come organismo di diritto pubblico tenuto, quindi, ad applicare le regole dell'evidenza pubblica.

Nel caso specifico, la notevole ampiezza del canale di finanziamento pubblico, ha portato il Collegio a qualificare l'ente fieristico quale organismo di diritto pubblico.

È appena il caso di notare che l'argomentare della Sezione comporta una sostanziale sovrapposizione tra il requisito di cui ai numeri 1 e 3 dell'art. 3 lett d del codice degli appalti (il n. 1 riguarda come si è detto le "esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale" e il n. 3, invece, riguarda specificamente la quantità del finanziamento pubblico).