



# Calamus iuris

*La penna del diritto*

*La RIVISTA*

**RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 14 - MARZO 2021**

## **Approfondimenti**

**Civile:** L'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità precontrattuale  
*di Maria Giovanna Murrone*

**Penale:** La nuova legittima difesa tra legislazione simbolica e i dubbi di costituzionalità  
*di Giuseppe Langellotto*

**Penale:** Rapina impropria mediante violenza che cagiona lesioni personali o è diretta ad uccidere la vittima. Unità o pluralità di reati?  
*di Federica Crescioli*

**Amministrativo:** Il procedimento sanzionatorio delle Autorità Indipendenti e garanzie dell'incolpato, alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 584/2021.  
*di Antonella Rosato*

## **Schede di Giurisprudenza**

**Civile:** Il doppio binario della pubblicità dei registri di stato civile e della pubblicità dei registri immobiliari: la prevalenza dell'ordinario sistema pubblicitario.  
*di Ester Moccagighe*

**Penale:** Gli atti persecutori ed il delitto tentato  
*di Maria Laura Nardo*

**Amministrativo:** Giudizio di ottemperanza e ordinanza cautelare  
*di Monica De Cristofano*

*Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro*



## Sommario

SOMMARIO.....	2
APPROFONDIMENTI .....	6
CIVILE .....	7
L'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità precontrattuale .....	7
La responsabilità precontrattuale: nozione e delimitazione della trattazione.....	7
Evoluzione della disciplina in tema di culpa in contrahendo e brevi cenni di diritto comparato.....	7
L'ambito oggettivo della responsabilità precontrattuale.....	11
L'ambito soggettivo.....	15
La natura giuridica della responsabilità ex art. 1337 c.c.....	17
PENALE .....	21
Rapina impropria mediante violenza che cagiona lesioni personali o è diretta ad uccidere la vittima. Unità o pluralità di reati? .....	21
Introduzione.....	21
Unicità o pluralità di reati: il concorso di reati e il concorso di norme .....	22
Il delitto di rapina ex art. 628, II co., c.p.....	28
I reati di violenza personale .....	31
La soluzione giurisprudenziale.....	33
Conclusioni.....	36
La nuova legittima difesa tra legislazione simbolica e i dubbi di costituzionalità.....	38
Introduzione.....	38
La triplicazione della legittima difesa.....	39
La presunzione di proporzione di cui al secondo comma del novellato art. 52 c.p.: Cass. 49883/2019.....	40
La presunzione di legittima difesa di cui al quarto comma dell'art. 52 c.p.....	43
I presupposti dell'eccesso colposo in materia di legittima difesa domiciliare: Cass. 29365/2019.....	46
L'esclusione o limitazione della responsabilità civile: l'art. 2044 c.c.....	49
Gli effetti della novella.....	50
Conclusioni e prospettive.....	51
AMMINISTRATIVO .....	53
Il procedimento sanzionatorio delle Autorità Indipendenti e garanzie dell'incolpato, alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 584/2021.....	53
Considerazioni introduttive con riguardo alle Autorità indipendenti .....	53
Il procedimento sanzionatorio.....	54
Garanzie partecipative e diritto a un "procedimento giusto".....	55



Natura del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio.....	60
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA .....	63
CIVILE .....	64
Il doppio binario della pubblicità dei registri di stato civile e della pubblicità dei registri immobiliari: la prevalenza dell'ordinario sistema pubblicitario.....	64
Quesito .....	64
A seguito di separazione personale tra i coniugi, l'acquisto di un bene immobile effettuato in via esclusiva da uno degli stessi è opponibile ai terzi, quando tale circostanza risulti dal titolo, ma non sia specificamente indicato nella nota di trascrizione il regime patrimoniale adottato dai coniugi? .....	64
Fatto.....	64
Norme.....	64
Inquadramento.....	66
PENALE .....	73
Gli atti persecutori ed il delitto tentato.....	73
Cassazione Penale, quinta Sezione, sentenza n.1943 del 18 gennaio 2021.....	73
Quesito : è configurabile il delitto tentato nella fattispecie degli atti persecutori? .....	73
Fatto.....	73
Norma.....	73
Inquadramento.....	74
Soluzione.....	81
AMMINISTRATIVO .....	83
Giudizio di ottemperanza e ordinanza cautelare .....	83
Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 17 febbraio 2021, n. 1463.....	83
Quesito: è ammissibile un giudizio di ottemperanza avente ad oggetto un'ordinanza cautelare ex art 700 cpc?.....	83
Fatto.....	83
Normativa .....	84
Inquadramento.....	85
Soluzione .....	86
PILLOLE DI DIRITTO .....	89
Civile .....	90
<i>La pillola di diritto del 18.03.2021</i> .....	90
<i>La differenza tra indicizzazione del leasing e contratto "derivato"</i> .....	90
Corte di Cassazione, sez. III civ., Sentenza n. 4659 del 22.02.2021 .....	90
Penale .....	92



<i>La pillola di diritto del 13.03.2021</i> .....	92
<i>Gli ovuli sono cosa mobile ai fini penalistici</i> .....	92
Corte di Cassazione, sez. II penale, Sentenza n. 37818 del 30.12.2020.....	92
Amministrativo .....	95
<i>La pillola di diritto del 20.03.2021</i> .....	95
<i>Il ritiro di provvedimenti che erogano illegittimamente finanziamenti comunitari e la tutela dell'affidamento</i> .....	95
T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, Sentenza n. 875 del 16.3.2021 .....	95
1. Il riparto di giurisdizione per il ritiro di un atto illegittimo.....	95
2. La doverosità dell'autotutela nel caso di contrarietà alla disciplina comunitaria in tema di aiuti di Stato .....	96
3. Il risarcimento del danno per lesione dell'affidamento .....	96



**Anno 2, n. 14, marzo 2021**

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

**Redazione**

Luisa Sarro  
Anna Vecchione  
Michele Vitiello

**Comitato scientifico**

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

**indirizzo redazione**

**Via Santa Lucia 15, Napoli**  
T. +39 – 3479966161  
[pennadeldiritto@gmail.com](mailto:pennadeldiritto@gmail.com)



## **Approfondimenti**



## CIVILE

### L'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità precontrattuale

di Maria Giovanna Murrone

#### *La responsabilità precontrattuale: nozione e delimitazione della trattazione*

La responsabilità precontrattuale, detta anche *culpa in contrahendo*, è la peculiare forma di responsabilità che viene in rilievo allorché taluna delle parti, nella fase delle trattative e nella formazione del contratto<sup>1</sup>, tenga una condotta contraria all'obbligo di buona fede o non assolva agli oneri di informazione, violando in tal modo le regole di comportamento poste dagli artt. 1337 e 1338 c.c. che ne costituiscono il riconoscimento normativo.

Si tratta di istituto foriero di numerosi quesiti problematici sui quali si sono confrontate la dottrina e soprattutto, ai fini che qui rilevano, la giurisprudenza, la cui opera ha, nella esiguità della relativa disciplina normativa, “concretizzato” le stesse previsioni

codicistiche e fornito risposta a diverse domande tra le quali si distaccano, per la loro particolare rilevanza, quelle relative alla individuazione delle figure suscettive di dar luogo a responsabilità precontrattuale; all'ambito soggettivo e, in specie, alla assoggettabilità a tale forma di responsabilità anche del soggetto pubblico; alla relativa natura, se contrattuale o aquiliana.

Proprio tali aspetti costituiranno oggetto delle presenti note, occorrendo a tal fine ripercorrere in via preliminare, quand'anche brevemente, l'evoluzione dell'istituto la cui regolamentazione di diritto positivo costituisce acquisizione relativamente recente – anche in un'ottica comparatistica – e la cui particolare problematicità deriva, oltre che da tale circostanza, anche dal suo collocarsi al crocevia tra il contratto e la responsabilità civile<sup>2</sup>.

#### *Evoluzione della disciplina in tema di culpa in contrahendo e brevi cenni di diritto comparato*

dall'esistenza di una trattativa formale e non può essere circoscritto alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o comunque esista una trattativa in fase così avanzata da generare il ragionevole affidamento circa la conclusione dello stesso.

<sup>2</sup> BEVIVINO G., *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della “pre-contrattualità”*, in *Giustizia civ.*, 3/2019, p. 567

<sup>1</sup> Nel senso che l'ambito “temporale” di riferimento dell'art. 1337 deve essere inteso in senso estremamente ampio, come comprensivo non solo delle trattative in senso stretto ma anche agli atti idonei a generare l'aspettativa della conclusione del contratto, MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, Torino, 1984, p. 118. In giurisprudenza cfr. Trib., Salerno, sez. I, 03/01/2020, n. 34 a mente del quale il dovere di buona fede prescinde



Occorre dunque evidenziare come la regolamentazione di diritto positivo della responsabilità precontrattuale costituisca elemento caratterizzante del codice civile del 1942 che, mediante le disposizioni di cui agli artt. 1337 e 1338, ha inteso superare, e per primo rispetto ad altre esperienze di codificazione, una lunga tradizione di “indifferenza” per la fase delle trattative contrattuali che affondava le proprie radici nel diritto romano.

Anche tale complesso sistema normativo era difatti caratterizzato da una scarsa attenzione per la condotta delle parti nella fase propedeutica alla stipulazione dell'accordo.

Le fonti classiche tributavano, infatti, rilevanza solo al c.d. *dolus in contrahendo* rispetto al quale interveniva in funzione rimediabile la *actio doli*, azione penale esperibile entro l'anno e avente carattere personale, in quanto tale intrasmissibile agli eredi. La parte danneggiata dunque poteva invocare una tutela circoscritta sostanzialmente ai soli vizi della volontà e nelle ipotesi specificamente previste. Soltanto nel periodo giustiniano e in quello post-classico inizia ad emergere tra i cultori

del diritto una maggiore attenzione per la corretta formazione del contratto e per più intense esigenze di tutela delle parti, anche a prescindere dalla sussistenza di un vincolo obbligatorio, non idonea tuttavia a tradursi in regole di diritto positivo<sup>3</sup>.

Anche le prime opere di codificazione moderna si pongono in una posizione di continuità con tale scelta.

Così il code Napoleon del 1804 nel quale non si rinviene riferimento alcuno alla fase delle trattative, secondo una opzione, destinata ad influenzare anche il codice civile Pisanelli del 1865, tributaria della imperante ideologia liberale, volta a tutelare in maniera piena ed incondizionata la libertà contrattuale delle parti che ravvisa esclusivamente nella intervenuta stipulazione di contratto l'insorgenza di obblighi in capo alle parti<sup>4</sup>. Si tratta di un assetto – nel quale il recesso dalle trattative costituisce diritto non sindacabile e non suscettivo di dar vita all'obbligo di risarcire gli eventuali pregiudizi causati alla controparte – destinato peraltro a protrarsi sino al 2016 allorchè, a seguito della adozione della Ordennance n. 131, viene riformato il diritto dei contratti e delle obbligazioni con

<sup>3</sup> BEVIVINO P., *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della “pre-contrattualità”*, cit., pp. 568 e ss.

<sup>4</sup> E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 4/2017, pp. 1301-1302



l'introduzione, agli artt. 1112 e ss., dell'espresso riconoscimento della rilevanza della buona fede oggettiva anche nella fase delle trattative.

Non è differente l'esperienza dell'ordinamento tedesco nell'ambito del quale è stato necessario attendere la riforma del diritto delle obbligazioni realizzata nel 2002 affinché nel § 311 BGB venisse espressamente sancita la rilevanza degli obblighi derivanti dalla trattative, indipendentemente dalla conclusione del contratto, con il riconoscimento di rapporto obbligatorio in ragione anche del mero avvio delle stesse<sup>5</sup>.

L'esperienza tedesca si pone in evidenza peraltro per un profilo di particolare singolarità atteso che, pur stante la protratta indifferenza del legislatore per la condotta delle parti nella fase delle trattative, proprio alla dottrina di tale Paese si deve la "riscoperta" della culpa in contrahendo e delle sottese esigenze di tutela dell'affidamento incolpevole e meritevole della parte.

E' infatti stato Jhering, ritenuto padre della moderna precontrattualità, ad aver dato nuova linfa alle riflessioni sulla

precontrattualità con uno studio del 1861 a partire proprio dalle pur scarse previsioni presenti nel diritto romano e a conferire a tale forma di responsabilità un volto autonomo, individuandone il fondamento nella violazione non di una pretesa di adempimento, caratteristica della obligatio di diritto romano, ma nella incrinatura di una relazione resa giuridicamente rilevante dall'ordinamento.

Tale tesi si fonda infatti sulla individuazione di obblighi, ulteriori rispetto a quelli di prestazione derivanti dalla obbligazione, estendendosi l'obbligo di buona fede anche alla fase di formazione del contratto. Il solo dato dell'avvio di trattative determina il sorgere tra le parti di un rapporto obbligatorio di natura contrattuale che, pur privo di obbligo di prestazione, ha ad oggetto il rispetto di doveri di lealtà e correttezza la cui violazione dà luogo all'obbligo di risarcire il danno cagionato alla stregua della disciplina prevista in tema di responsabilità contrattuale nel cui alveo la responsabilità precontrattuale viene dallo Jhering ricondotta.

La responsabilità precontrattuale in tale elaborazione viene dunque ad essere iscritta

<sup>5</sup> FAVA P., *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema di responsabilità civile verso la European Civil Law*, in

FAVA P. (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 178

nella teorica degli obblighi di protezione e di conservazione dell'altrui sfera giuridica valorizzandosi il contatto sociale qualificato tra le parti coinvolte nelle trattative.

Mutuata dalla dottrina italiana con gli “aggiustamenti” necessari in ragione del diverso contesto normativo – significativamente differente in punto di responsabilità aquiliana – l'elaborazione jherighiana è poi transitata nel codice civile del 1942 che ha inteso moralizzare la fase delle trattative e della formazione del contratto con le previsioni di cui agli artt. 1337 e 1338<sup>6</sup>.

Tali due disposizioni – la cui introduzione ha costituito espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa<sup>7</sup> e che è stata accolta con iniziale freddezza dalla dottrina – costituiscono dunque il corpus normativo della responsabilità precontrattuale, ponendosi in rapporto di complementarità. La prima, disposizione fondamentale, impone alle parti di comportarsi nella fase delle trattative e della formazione del contratto secondo buona fede, così operando una scelta di tipizzazione della fattispecie specularmente inversa rispetto a quella fatta propria dagli artt. 1218 e 2043 c.c.

La seconda, che specifica la prima, pone a carico della parte che conosca o debba conoscere una causa di invalidità dello stipulando contratto l'obbligo di informarne la controparte che ne sia incolpevolmente ignara. Concordemente si ritiene che l'obbligo di informazione non si estenda alla convenienza, alla opportunità economica dell'affare.

Oggetto di tutela sono rispettivamente l'interesse alla stipulazione del contratto e quello alla validità dello stesso, mediante l'approntamento di regole di comportamento alle quali devono conformarsi le parti che vengano ad interagire in vista della stipulazione di un contratto e che sono complessivamente volte a tutelare la libertà negoziale<sup>8</sup> – ossia il diritto di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte senza subire illecite interferenze derivanti da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza – così ponendo il soggetto al riparo da comportamenti che possano coinvolgerlo in trattative del tutto inutili. Tanto ciò vero che il danno risarcibile è rappresentato dal c.d. interesse negativo, ossia dalle conseguenze immediatamente derivanti dalla violazione del dovere di

<sup>6</sup> SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, Milano, 2016, p. 1183

<sup>7</sup> Cons. Stato, Ad. Pl., sent. n. 5 del 4/05/2018

<sup>8</sup> BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, 2011, p. 139.



comportarsi secondo buona fede nella fase preparatoria del contratto che si identificano nelle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto nonché dalle perdite di ulteriori occasioni per la stipulazione di diverso contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso. E' dunque esclusa la risarcibilità dei danni che si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto<sup>9</sup>.

La disciplina legislativa persegue peraltro un equo temperamento tra due contrapposti interessi: la pur persistente libertà negoziale, che comporta la libera recedibilità dalle trattative salvo che non sia diversamente convenuto, e l'affidamento della controparte. Non si esige infatti che si addivenga comunque alla stipula del contratto in ragione dell'avvio o dell'esperimento delle trattative, ma in maniera più circoscritta si impone quale paradigma al quale le parti devono conformare la propria condotta quello della buona fede che, rilevante di già nella fase dell'esecuzione e dell'interpretazione del

contratto, interviene anche nella fase prodromica alla sol eventuale stipulazione del contratto. E tanto, in un'ottica costituzionalmente orientata, non più al fine di enfatizzare l'afflato produttivistico dell'ordinamento, ma in virtù del dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2, Cost., del quale i doveri di buona fede e correttezza sono espressione.

Tanto posto occorre dunque concentrare l'attenzione su taluni dei profili di maggiore interesse dell'istituto, rappresentati, per come di già anticipato, dalla delimitazione del relativo ambito oggettivo e soggettivo nonché dalla natura giuridica.

### *L'ambito oggettivo della responsabilità precontrattuale*

Il primo quesito che si è imposto all'attenzione degli interpreti è di certo quello relativo alla individuazione delle fattispecie suscettive di configurare responsabilità precontrattuale, atteso che, fatta eccezione per la previsione di cui all'art. 1338, la disposizione cardine di cui all'art. 1337 pone

<sup>9</sup> Cass., sez. II civ., sent. n. 4718 del 10/03/2016; Cass., sez. III civ., sent. n. 24625 del 3/12/2015; Trib. Busto Arsizio, sez. III civ., sent. n. 807 del 10/07/2020; Trib. Trieste, sent. n. 57 del 22/01/2020; Trib. Siena, sent. n. 17 del 5/01/2019; Trib. Grosseto, sent. n. 68013/07/2018,. Si tratta di principio pacifico anche nella giurisprudenza

amministrativa: si vedano tra le altre Cons. Stato, sez. V, 29/12/2014, n. 6406; T.A.R. Sicilia, Palermo, sent. n. 1397 del 20/06/2018; T.A.R. Sicilia, Palermo, sent. n. 605 del 5/03/2015; T.A.R. Lazio, Latina, sent. n. 602 del 17/07/2014.

una regolamentazione affidata ad una “tipizzazione” quanto mai ampia ed elastica<sup>10</sup>, conformemente al suo carattere di clausola generale<sup>11</sup>.

Pacifica dunque la rilevanza della violazione degli specifici obblighi di informazione di cui all’art. 1338 e su cui ci si soffermerà a breve, la giurisprudenza è venuta via via individuando le “ulteriori” fattispecie ascrivibili a tale particolare forma di responsabilità, tradizionalmente individuate nel recesso ingiustificato dalle trattative<sup>12</sup>, dunque nella mancata stipulazione del contratto, e nella stipulazione di contratto invalido.

La portata della prima ipotesi menzionata è stata definita assumendo come punto di riferimento il necessario coordinamento tra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e l’altro secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente<sup>13</sup>.

Proprio per tale ragione, al fine della configurazione del recesso ingiustificato, la elaborazione giurisprudenziale costante richiede che il recesso non sia sorretto da alcuna giusta causa ed abbia leso il ragionevole affidamento ingenerato nella controparte circa la conclusione del contratto<sup>14</sup>, da apprezzarsi anche alla luce dello stato di avanzamento delle trattative ed a prescindere dalle ragioni che abbiano indotto il primo alla relativa interruzione o a rifiutare la conclusione del contratto. Più nello specifico, ancora, l’affidamento in ordine alla conclusione del contratto è ragionevole e giustificato quando sussistano elementi oggettivi che facciano ritenere serie le trattative, per capacità delle parti, durata e stato della contrattazione e per la considerazione degli elementi essenziali del contratto da concludere, mentre il recesso è privo di giusta causa quando non sia determinato dalla modifica dell’altrui

<sup>10</sup> ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011, p. 167.

<sup>11</sup> RINALDO M., *La questione del rapporto tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. Notariato*, 2019, p. 72.

<sup>12</sup> In termini di già Cass., sez. II civ., sent. n. 5830 del 14/06/1999.

<sup>13</sup> Cass., sez. III civ., sent. n. 12313 del 10/06/2005; Cass., sez. III civ., sent. n. 15172 del 10/10/2003; Cass., sez. I, sent. n. 9157 del 30/08/1995.

<sup>14</sup> Principio affermato da Cass. sez. un., sent. n.3152 del 9/05/1983. Più di recente per la giurisprudenza di merito Trib. Brindisi, sent. n. 542 del 30/04/2020; Trib. Parma, sent. n. 45 dell’8/01/2019, a mente del quale “In tema di

responsabilità precontrattuale dell’istituto bancario per recesso ingiustificato dalle trattative ex art 1337 c.c., è necessario che tra le parti siano in corso trattative, che le stesse siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l’altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell’ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento nella conclusione del contratto”; Trib. Milano, sez. X civ., sent. n. 14578 del 10/12/2008; Trib. - Bari, 19/04/2004

proposta negoziale o avvenga in malafede o sia comunque privo di ragionevole giustificazione<sup>15</sup>.

Tanto, sempre a condizione che il soggetto sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza<sup>16</sup>.

L'accertamento di tali concorrenti circostanze è peraltro demandato alla esclusiva competenza del giudice di merito, incensurabile in cassazione se adeguatamente motivato<sup>17</sup>.

Quanto poi alla seconda ipotesi, le pronunce intervenute sul punto hanno posto in evidenza come questa ricorra anche a fronte di contratto invalido o inefficace e sia suscettiva di dar luogo ad obbligo risarcitorio ai sensi dell'art. 1337 c.c. anche a prescindere dall'esperimento degli ordinari rimedi contrattuali in tema di nullità e annullabilità<sup>18</sup>.

Allorché peraltro la conclusione di contratto invalido sia conseguenza dell'omesso assolvimento dell'obbligo di informazione circa l'esistenza, conosciuta o conoscibile, di

una causa di invalidità si verte nell'ambito di applicazione dell'art. 1338 che, per come esposto, costituisce specificazione della disposizione che lo precede.

Anche in tal caso l'attività della giurisprudenza si è appuntata nell'esplicare gli elementi costitutivi della fattispecie.

Esclusa la possibile rilevanza di causa di invalidità derivante da previsione di legge<sup>19</sup>, la cui conoscenza è esigibile da qualsiasi consociato<sup>20</sup>, la giurisprudenza ha evidenziato come la insorgenza di obbligo risarcitorio sia ancorata al carattere non colpevole della ignoranza della controparte, ravvisabile allorché la causa di invalidità avrebbe potuto essere conosciuta con l'ordinaria diligenza<sup>21</sup>, da accertarsi in concreto<sup>22</sup>.

I predetti doveri di informazione, anche in ragione della formulazione testuale della disposizione, non comportano un onere di avvertire della opportunità economica del

<sup>15</sup> App. Trento, sent. n. 70 del 9/05/2020

<sup>16</sup> Trib. Roma, sent. n. 19463 del 10/10/2019; Trib. Pescara, 04/03/1978

<sup>17</sup> Cass., sez. II civ. sent. n. 6587 del 14/03/2017. Conforme Trib. Bergamo, sent. n. 143 del 19/01/2018.

<sup>18</sup> Cass., sez. III civ., sent. n. 21255 del 17/09/2013.

<sup>19</sup> Cass., sez. lav., sent. n. 1283626/06/2020; Cass., sez. III civ., sent. n. 16149 dell'8/07/2010; Trib., Agrigento, sent. n. 666 del 26/08/2020.

<sup>20</sup> Di presunzione assoluta parla Trib., Prato, sent. n. 382 del 5/08/2020. Così di già Cass., sez. I civ., sent. n. 968220/08/1992. In senso critico BIANCA C.M., *Il contratto*, op. cit., 142 con riferimento alle ipotesi in cui sia richiesta una particolare competenza tecnica o la conoscenza di diritto straniero.

<sup>21</sup> Cass., sez. III civ., sent. n. 10156 del 18/05/2016; Cass., sez. I civ. sent. n. 3272 del 7/03/2001

<sup>22</sup> Cass., sez. lav., sent. n. 2327 del 5/02/2016,

contratto<sup>23</sup>.

L'attività giurisprudenziale peraltro è stata particolarmente significativa nella individuazione di una ulteriore ipotesi di responsabilità precontrattuale, determinata non già dal recesso ingiustificato dalle trattative e, dunque, dalla mancata conclusione del contratto o dalla conclusione di contratto invalido, ma dalla stipulazione di contratto valido, ma meno vantaggioso per la controparte.

Si tratta di fattispecie particolarmente interessante, la cui emersione è stata resa possibile proprio in forza della stessa formulazione dell'art. 1337, "clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto"<sup>24</sup>: proprio per tale ragione, la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura

ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto.

Si tratta di affermazione che è venuta emergendo progressivamente nell'ambito della elaborazione giurisprudenziale a composizione anche degli interrogativi insorti riguardo la possibile rilevanza, ai fini della validità del contratto, di profili patologici in certa misura involgenti la formazione della volontà nel procedimento di progressiva definizione del regolamento contrattuale, ma comunque non precipuamente afferenti agli elementi strutturali dello stesso.

Affermatane la rilevanza nei termini sopra esposti di già con sentenza n. 19024 del 29 settembre 2005 della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, tale principio è stato successivamente ed autorevolmente ribadito dal Giudice di legittimità nella sua più autorevole composizione con le pronunce nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre

<sup>23</sup> Critico ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011, p. 170 il quale evidenzia come il ricorso al criterio della validità rischi di lasciare impunito condotte comunque censurabili.

Preferibile anche in tal caso sarebbe il ricorso al parametro duttile della buona fede.

<sup>24</sup> Cass., sez. I civ., sent. n. 5762 del 23/03/2016.

2007.

Posta la perdurante distinzione tra le regole di validità e le regole di comportamento o condotta<sup>25</sup> e ribadita la idoneità della violazione soltanto delle prime a ridondare sulla validità del contratto sub specie di nullità o annullabilità in quanto involgenti elementi strutturali del contratto<sup>26</sup>, la Suprema Corte ha tuttavia riconosciuto la possibilità di invocare la tutela risarcitoria di cui all'art. 1337 quando, pur essendo valido il contratto, esso, in ragione della condotta illegittima serbata dalla controparte nella fase delle trattative prenegoziali conduca alla stipulazione di contratto pregiudizievole o comunque contenente un assetto di disciplina deteriore a quello che sarebbe conseguito a trattative corrette<sup>27</sup>.

In tali ipotesi peraltro il danno risarcibile deve essere commisurato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che

risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

### *L'ambito soggettivo*

Particolarmente significativa è stata l'attività giurisprudenziale anche in ordine alla delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità ex art. 1337 c.c.

In un primo momento è stato affermato, ed in via esclusiva, l'assoggettamento a tale forma di responsabilità di coloro i quali assumeranno la qualifica di parte una volta stipulato il contratto: solo tali soggetti sarebbero pertanto tenuti alla obbligatoria osservanza dell'obbligo di correttezza e buona fede nella fase delle trattative.

La perentorietà di tale affermazione è venuta attenuandosi in ragione del progressivo orientamento giurisprudenziale che ha ravvisato responsabilità precontrattuale anche in capo al terzo dal quale pure possa esigersi il rispetto del dovere di correttezza e

<sup>25</sup> E quindi della teorica dei cc.dd. vizi incompleti del contratto su cui cfr. MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedi risarcitori*, TORINO, 1995, nonché RINALDO M., *La questione del rapporto tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. Notariato*, 2019, pp. 63 e ss.

<sup>26</sup> A meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore, come nel caso dell'inefficacia delle clausole vessatorie non oggetto di specifica trattativa nei

contratti dei consumatori ricorda Cass., sez. I civ., sent. n. 19024 del 29/09/2005,

<sup>27</sup> In senso assolutamente concorde la successiva elaborazione giurisprudenziale, tanto di legittimità quanto di merito. In termini, ex plurimis, Cass., sez. VI civ., sent. n. 23873 del 21/10/2013; Cass., sez. III civ., sent. n. 24795 dell'8/10/2008,; Cass., sez. I civ., sent. n. 19024 del 29/09/2005; App. Firenze, sez. II civ., sent. n. 2807 del 30/11/2018; Trib. Firenze, sez. III civ., 18/10/2005

buona fede nello svolgimento di trattative contrattuali inter alios ove ricorrano particolari condizioni rappresentate dalla sussistenza di un particolare status professionale o dalla ravvisabilità di un interesse qualificato alla positiva conclusione delle trattative.

In tal senso è stata affermata la responsabilità da prospetto non veritiero anche in capo agli intermediari finanziari<sup>28</sup>, nonché la responsabilità ex art. 1337 c.c. delle società di revisione per erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società nei confronti degli acquirenti di quote societarie che non avrebbero concluso il contratto ove avessero conosciuto il reale ed inferiore valore della società<sup>29</sup>.

Ancora più significativa è peraltro l'opera del formante giurisprudenziale che ha condotto al riconoscimento della configurabilità della responsabilità precontrattuale anche in capo alla pubblica amministrazione.

Proprio assumendo quale dato di partenza la valorizzazione del dovere di correttezza, anche a prescindere dalla esistenza di trattative precontrattuali in senso stretto, si è

addivenuti al progressivo superamento del risalente orientamento, maturato sia in dottrina che nella stessa giurisprudenza, in forza del quale si riteneva che l'istituto in esame non si attagliasse alla attività della p.a.<sup>30</sup>: tanto in ragione della sussistenza di posizioni di interesse legittimo del privato, della ritenuta insindacabilità del comportamento discrezionale della parte pubblica durante lo svolgimento delle trattative ed infine della esistenza di un sistema di controlli e di procedure ad evidenza pubblica sulla attività negoziale degli enti pubblici<sup>31</sup>.

Il punto di svolta è stato costituito dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 1675 del 12 luglio 1961 che, recependo le indicazioni maturate nell'ambito della dottrina, hanno operato una significativa distinzione tra il piano del corretto amministratore e quello del corretto contraente, rispettivamente assoggettati alla disciplina pubblicistica ed a quella civilistica, riconoscendo la possibilità ed il dovere per il giudice di vagliare la rispondenza della condotta del soggetto pubblico a quella del

<sup>28</sup> Cass., SS.UU. civili, sent. n. 8034 dell' 8/04/2011

<sup>29</sup> Cass., sez. I civ., sent. n. 10235 del 27/09/2005

<sup>30</sup> DI MAJO A., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2020, p. 291.

<sup>31</sup> GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, p. 901



corretto contraente.

Inizialmente circoscritta alle sole ipotesi in cui la pubblica amministrazione agiva a trattativa priva c.d. pura, e dunque alla stregua di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, la configurabilità di tale forma di responsabilità è venuta progressivamente ampliandosi sino a ricomprendere non solo tutti i casi nei quali il soggetto pubblico, nelle trattative con i terzi, compia azioni o incorra in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui osservanza è tenuto anche e di già nella fase del procedimento amministrativo, funzionale alla scelta del contraente, in una fase dunque antecedente la aggiudicazione, ma anche con riferimento all'esercizio di attività autoritativa<sup>32</sup>.

Anche in tale fase, infatti, viene in rilievo la libertà di autodeterminazione negoziale che può essere negativamente pregiudicata dalla violazione delle norme generali che impongono anche al soggetto pubblico di agire con lealtà e correttezza, ben potendo la estraneità dell'agere pubblico rispetto a tali parametri essere apprezzata anche a fronte di provvedimento legittimo.

Anche nel caso di culpa in contrahendo della

P.A. – ai fini della cui sussistenza è comunque necessario non solo la condotta illegittima del soggetto pubblico, ma anche il legittimo affidamento del privato nella correttezza del proprio interlocutore<sup>33</sup> – dunque viene in rilievo la distinzione tra regole di validità (del provvedimento in tal caso) e di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)<sup>34</sup>.

Tale forma di responsabilità, peraltro, viene in rilievo per la complessiva attività provvedimentale posta in essere e dunque, ove si controverta in tema di procedure ad evidenza pubblica, anche per la fase previa all'aggiudicazione.

### *La natura giuridica della responsabilità ex art. 1337 c.c.*

L'ultimo quesito – non certo per importanza – rispetto al quale dirimente è stata l'opera chiarificatrice della giurisprudenza è quello relativo alla natura della responsabilità precontrattuale: discussa ne è stata infatti la riconduzione al modello della responsabilità contrattuale (rectius da inadempimento) o a quello extracontrattuale, non essendo stata

<sup>32</sup> Così di già T.A.R. Campania, Napoli, sent. n. 607 dell'1/02/2016

<sup>33</sup> Cass., sez. II civ., sent. n. 477 del 10/01/2013

<sup>34</sup> In termini Cons. Stato, Ad. Pl. 5/2018 cit.

unanimente accolta sul punto l'elaborazione di Jhering che sosteneva la natura contrattuale in ragione del sottostante contatto sociale qualificato che viene ad instaurarsi tra le parti nel corso della trattativa.

Si tratta di interrogativo che accompagna la precontrattualità sin dalla sua primigenia elaborazione e la cui perdurante rilevanza è dovuta alla circostanza che, pur stante il progressivo avvicinamento tra le due forme di responsabilità, permangono significativi profili di diversità in ordine, solo per citarne alcuni, alla individuazione del termine prescrizione, alla modalità di costituzione in mora, al riparto dell'onere probatorio, alla determinazione del danno risarcibile.

Si comprende, pertanto, come non sia indifferente l'affermazione dell'una o dell'altra forma di responsabilità.

Assolutamente minoritaria, sinanche isolata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza la posizione volta a ravvisare nella responsabilità precontrattuale una forma a sé stante di responsabilità, occorre sin da subito

evidenziare come nel nostro ordinamento sia assolutamente maggioritaria e consolidata l'affermazione della natura aquiliana della culpa in contrahendo<sup>35</sup>, con tenacia difesa ricollegata alle previsioni di cui agli artt. 2043 e ss.<sup>36</sup>, in ragione della ritenuta estraneità delle regole di comportamento poste dagli artt. 1337-1338 c.c. rispetto agli obblighi derivanti dal contratto e configurabili solo a seguito della stipulazione dello stesso<sup>37</sup>.

Pur essendo stata tale tesi affermata anche nell'ambito della giurisprudenza sovranazionale ed in particolare della Corte di Giustizia UE la quale, con la sentenza n. 334 del 17 settembre 2002, ne ha affermato la riconducibilità alla materia dei delitti e quasi delitti di cui all'art. 5, co. 3 della Convenzione di Bruxelles<sup>38</sup>, merita ricordare come, in maniera certo meno vivace che in dottrina ove il confronto sul punto è improntato ad una maggiore dialettica, anche nell'ambito della elaborazione giurisprudenziale, sia di legittimità che di merito, siano venute talvolta in considerazione pronunce che hanno

<sup>35</sup> FRANZONI M., *L'illecito*, Milano, 2004, p. 1064

<sup>36</sup> In termini MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, p. 360.

<sup>37</sup> Cass., sez. II civ., sent. n. 24738 del 3/10/2019; Cass., sez. II civ., sent. n. 477 del 10/01/2013; Cass., sez. III civ., sent. n. 16735 del 29/07/2011; Cass., sez. lav., sent. n. 8723 del 7/05/2004; Cass., sez. II civ., sent. n. 10649 del 13/12/1994; Cass., sez. I civ., sent. n. 4051

dell'11/05/1990; T.A.R. Puglia, Bari, sent. n. 1191 del 14/06/2012; App. Milano, sent. n. 1056 del 6/05/2020; Trib. Milano, sent. n. 7191 del 17/07/2019; Trib. Bergamo, sent. n. 143 del 19/01/2018; Trib. Padova, sent. n. 2593 del 29/09/2004; Trib. Napoli, 15/07/2003.

<sup>38</sup> CONTE G., DI MARZIO F. (diretto da), *Codice di contratti*, Milano, 2019, p. 412

affermato la natura contrattuale della culpa in contrahendo

Il fondamento di tale affermazione viene rinvenuto nella valorizzazione del rapporto che comunque si instaura tra le parti nella fase delle trattative le quali devono perciò comportarsi secondo buona fede, canone non riconducibile al divieto di *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.<sup>39</sup>. Viene in rilievo tra le parti, dunque, il c.d. "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli art. 1175 e 1375 c.c.<sup>40</sup>, con conseguente assoggettamento al regime di disciplina di cui agli artt. 1218 e ss. c.c.<sup>41</sup>, atteso che pur se "atipica, si è pur sempre in presenza di responsabilità contrattuale"<sup>42</sup>.

Tale tesi recepisce le osservazioni della dottrina volte ad evidenziare per un verso la pluralità delle fonti dalle quali possono, per espressa previsione legislativa, originare le obbligazioni, e per un altro verso il carattere

solo imparziale e in certa misura fuorviante della locuzione "responsabilità contrattuale" con la quale si individua la responsabilità di cui agli artt. 1218 e ss. c.c.: più correttamente definibile da inadempimento, quest'ultima origina infatti dal mancato adempimento non solo delle obbligazioni aventi ad oggetto obblighi di prestazione, ma anche di quelle che contemplino obblighi di protezione, come nel caso di specie<sup>43</sup>.

Si tratta di posizione, si ripete, allo stato minoritaria e che tuttavia, ad avviso di chi scrive, potrebbe progressivamente affermarsi ove venissero coerentemente valorizzate le affermazioni pure poste dagli Ermellini con la sentenza a Sezioni Unite n. 8236 del 28 aprile 2020, suscettibili di trovare applicazione ben oltre il caso "contingente" rappresentato dalla configurabilità (e relativa natura) di responsabilità della pubblica amministrazione da c.d. comportamento per la lesione dell'affidamento ingenerato nel privato.

Ai fini che qui rilevano ha infatti la S.R. affermato la idoneità del contatto sociale qualificato – che viene in rilievo ove vi sia tra

<sup>39</sup> Cass., sez. I civ., sent. n. 27648 del 20/12/2011

<sup>40</sup> Cass., sez. I civ., sent. n. 14188 del 12/07/2016

<sup>41</sup> Trib. Ravenna, sent. n. 186 del 21/02/2019

<sup>42</sup> Trib. Brindisi, sent. n. 542 del 30/04/2020

<sup>43</sup> In senso critico, tra gli altri BIANCA C.M., *Il contratto*, op. cit., p. 155, che evidenzia come l'obbligazione costituisca vincolo tra soggetti determinati, laddove il dovere di non ledere l'altrui libertà negoziale sarebbe generico dovere valevole nei confronti della generalità dei consociati.

i soggetti un momento relazionale caratterizzato da un *quid pluris* rispetto al generico precetto del *neminem laedere* tale da ingenerare affidamento nella controparte – quale fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell’ordinamento giuridico e dal quale promanano reciproci obblighi di protezione e di informazione, giusta le

previsioni di cui agli artt. 1175, 1176 e, per l’appunto e per quanto qui specificamente rileva, 1337 c.c.

Il tempo dimostrerà se tali affermazioni avranno la capacità di inaugurare un *revirement* nel tradizionale e granitico orientamento in tema di natura delle responsabilità precontrattuali.



## PENALE

### **Rapina impropria mediante violenza che cagiona lesioni personali o è diretta ad uccidere la vittima. Unità o pluralità di reati?**

di Federica Crescioli

#### *Introduzione*

Il presente contributo si propone di analizzare una tematica attuale e parzialmente controversa nella giurisprudenza di legittimità, ovvero se il delitto di lesioni personali ex articolo 582 c.p. o il tentato omicidio ex art. 56 e 585 c.p. concorrono con il reato di rapina cd. impropria ex articolo 628, II co., c.p. oppure se debba ritenersi configurato un concorso apparente di norme.

L'annosa questione sorge poiché il delitto di rapina cd. impropria, che si configura, come si vedrà, alla stregua di un reato complesso ex articolo 84 c.p., prevede quale elemento costitutivo della condotta penalmente rilevante l'adoperare *“violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità”*, ma la violenza è elemento costitutivo anche del

delitto di lesioni personali ex articolo 582 c.p. e non viene in esso ripetuta una clausola del tenore di cui all'articolo 581, II co., c.p. che espressamente esclude la configurabilità del delitto di percosse -che prevede la violenza come elemento costitutivo- in ipotesi in cui la violenza stessa sia elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato.

Da tale premessa, è ben possibile comprendere che il punto di frizione fra le due fattispecie si realizza proprio nel tratto distintivo che le accomuna: la presenza di una condotta violenta diretta a ledere o lesiva diretta ad uccidere.

Ora, è necessario inquadrare sistematicamente la *quaestio iuris*: il punto focale consiste nel comprendere se debba applicarsi la disciplina del concorso apparente di norme, da risolversi sulla base del principio di specialità ex articolo 15 e del reato complesso ex articolo 84 c.p., secondo i quali la violenza sarebbe in astratto assorbibile dal reato di rapina impropria, o se esso configura un'ipotesi di concorso di reati. La soluzione che sembra essere stata sposata, almeno in tempi recenti, dalle pronunce nomofilattiche è quella di considerare che i delitti citati diano luogo ad un concorso formale di reati, ma la questione è ulteriore



dibattuta in ragione del fatto che, in tali ipotesi, è stata applicata anche l'aggravante del nesso teleologico ex articolo 61, I co., n. 2), c.p., ponendo ciò delle perplessità circa il *bis in idem* valutativo, comportando tale riconoscimento una duplicazione della valutazione della violenza.

A tal fine, non pare possibile prescindere da una breve trattazione di tali istituti, nonché da una concisa disamina delle fattispecie criminose che vengono in rilievo in un'ottica di efficace analisi delle pronunce di legittimità che se ne sono interessate.

### ***Unicità o pluralità di reati: il concorso di reati e il concorso di norme***

“L'unità e la pluralità di reati è crocevia ed intreccio di numerosi profili sistematici e di molteplici problematiche”<sup>1</sup>, così la dottrina definisce lo spinoso tema della unità e pluralità di reati, che presenta più sfaccettature. Infatti, l'argomento attraversa trasversalmente sia le forme di manifestazione del reato, mediante gli istituti del concorso formale di reati e del reato continuato, sia il campo sanzionatorio, mediante la figura del concorso materiale di reati, sia la teoria delle norme, mediante il concorso

reale e concorso apparente di norme.

Normalmente ad una condotta umana corrisponde un reato, a più condotte più reati, ma può anche accadere che rispetto ad una medesima condotta confluiscono più norme incriminatrici: tale confluenza può dar luogo ad un concorso di reati o ad un concorso di norme.

Può più genericamente dirsi che occorre differenziare il concorso di reati, in cui si realizza una pluralità di reati poiché le condotte risultano sussumibili in più fattispecie incriminatrici, e il concorso di norme<sup>2</sup>, ove la pluralità è solamente apparente configurandosi un'unica incriminazione: concorso di reati e concorso apparente di norme rappresentano fenomeni simmetrici e contrari.

In estrema sintesi, il concorso formale di reati si verifica allorché il soggetto agente con una sola azione o omissione commetta più violazioni di una medesima disposizione normativa (cd. concorso omogeneo) o di differenti disposizioni normative (cd. concorso eterogeneo). Viceversa, qualora il soggetto compia più azioni o più omissioni integranti esse più violazioni di disposizioni

<sup>1</sup>MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale -X edizione*, Milano, 2017, p. 457.

<sup>2</sup> La suddivisione è mutuata da MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2019, p. 557.

penalmente tipiche, si configura il concorso materiale di reati<sup>3</sup>.

Alla verifica di uno dei due istituti corrispondono conseguenze sanzionatorie differenti; nell'ipotesi del concorso formale di reati è il codice, all'articolo 81, I co., c.p., a prevedere che si applichi una disciplina di cumulo giuridico del trattamento sanzionatorio, applicando la pena per la violazione più grave aumentata fino al triplo. Nell'ipotesi, invece, del concorso materiale, niente è previsto, dovendo quindi ritenersi da applicare il cumulo materiale (somma di ciascun trattamento sanzionatorio).

La ratio di tale differenziazione è da rinvenire nel fatto che, nel caso del concorso formale di reati, l'azione od omissione è stata solamente una e il dolo è solo in riferimento ad esso, anche se di fatto la condotta è commissiva di più fattispecie tipiche.

<sup>3</sup>MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale -X edizione*, cit., p. 459.

<sup>4</sup> In tal senso, si distingue il reato continuato c.d. omogeneo, quando le singole condotte criminose violano la medesima disposizione di legge, e reato continuato c.d. eterogeneo, quando le azioni delittuose violano differenti disposizioni normative; si veda *funditus* MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale -X edizione*, cit., pp. 489-490.

<sup>5</sup> La Corte di cassazione con la sentenza n. 749 del 2018, ha affermato che l'agente deve essersi previamente rappresentato e deve aver unitariamente deliberato una serie di condotte criminose volte alla realizzazione di un unico scopo; l'accertamento della sussistenza di tale identità deve avvenire sulla base della presenza di elementi significativi (c.d. indicatori), quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la distanza cronologica tra i fatti, le modalità della condotta, la tipologia dei reati, il bene

Il cumulo materiale delle pene per il concorso materiale trova una deroga nell'istituto della continuazione di reati, previsto e disciplinato dall'articolo 81, II co., c.p., il quale stabilisce che, qualora i reati<sup>4</sup> siano stati commessi nell'esecuzione di un medesimo disegno criminoso, si applica il cumulo giuridico in egual misura rispetto al concorso formale di reati. Per medesimo disegno criminoso<sup>5</sup> si intende un'unica determinazione criminosa il cui dolo non ha ad oggetto ogni singola condotta penalmente rilevante, bensì l'intero disegno composto dalla commissione di una pluralità di fatti tipici. Tale volontà criminosa è ritenuta dall'ordinamento meno grave rispetto a più volizioni di condotte tipiche le une distinte dalle altre<sup>6</sup>.

Ai fini, poi, dell'applicazione della disciplina del concorso di reati è opportuno

tutelato, la causale, le condizioni di tempo e di luogo; Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. n. 15955 del 18.04.2016; Cass. pen., Sez. I, sent. n. 11564 del 13.11.2012. Circa, poi, l'interpretazione del termine "disegno" criminoso finalisticamente orientato si v. Cass. pen., Sez. I, sent. n. 7452 del 25.2.2020 la quale afferma che il soggetto deve essersi rappresentato "almeno nelle linee essenziali" la commissione di una pluralità di fatti.

<sup>6</sup> Risulta anche evidente come, essendo necessaria una netta deliberazione criminosa, possano essere dedotti in continuazione reati sorretti dal dolo quale elemento soggettivo, ritenendo la giurisprudenza da escluderne l'applicazione anche in presenza di dolo d'impeto o di occasionalità della condotta; Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. n. 35639 del 28.08.2013; Cass. pen., Sez. III, sent. n. 896 del 13.01.2016.

comprendere quale sia la definizione di “azione” e quando si può ritenere che essa (in caso di concorso omogeneo) violi più disposizioni di legge.

Innanzitutto, circa il termine “azione” deve essere puntualizzato che non può essere inteso come una qualsiasi condotta naturalisticamente verificatasi, ma esso deve essere corretto sulla base di un criterio normativo, ovvero deve ritenersi che l’ “azione” si compia ogni qualvolta il soggetto agente ponga in essere un comportamento, naturalisticamente verificatisi, ma normativamente tipizzato<sup>7</sup>.

Tale condotta può violare una o più disposizioni di legge, ma anche più volte la stessa disposizione di legge. Occorre domandarsi, quindi, quando si verifica un concorso formale omogeneo, ovvero quando un’unica azione, così come tipizzata, integri più violazioni della medesima fattispecie. La linea di discriminazione è rappresentata dall’offesa che tale comportamento criminoso arreca, ovvero, si

verifica concorso omogeneo di reati, quando la condotta offende lo stesso bene giuridico appartenente, però, a soggetti diversi.

Definito il concorso di reati, è opportuno comprendere quando una medesima azione violi più disposizioni di legge in concreto o ciò si verifichi in astratto. In altri termini, quando un’unica azione è suscumbibile in più fattispecie penalmente rilevanti, occorre domandarsi se debbono essere contestate entrambi o se, invece, l’una escluda l’altra, integrando il c.d. concorso apparente di norme.

L’istituto del concorso apparente di norme si verifica, appunto, quando un determinato fatto in astratto risulta integrare gli estremi di più comportamenti tipici, ma in realtà è suscumbibile in un solo titolo di reato<sup>8</sup>. Tale fenomeno, affinché venga ad esistenza, necessita di una pluralità di norme, non essendo concepibile il concorso di una norma con sé stessa, nonché l’identità del fatto, che appare contemplato da più norme<sup>9</sup>. Queste circostanze si verificano, nello

<sup>7</sup>FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 721. A favore della teoria prettamente normativistica, si L.MUSCATIELLO V. B., *Concorso di norme. I presupposti e la disciplina della pluralità apparente*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2013, pp. 956-959; a favore della teoria naturalistica, GALLO M., *Diritto penale italiano, appunti di parte generale*, Torino, 2014, pp. 247-249.

<sup>8</sup>FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, pp. 721 ss.

<sup>9</sup> La definizione è mutuata da MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale -X edizione*, cit., p. 464, ma occorre dar conto di una differente classificazione operata da MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2019, p. 558, che suddivide le casistiche in due differenti gruppi: quelle in cui si verifica un unico fatto concreto suscumbibile in più norme e quelle, invece, ove più fatti concreti cronologicamente separati



specifico, quando fra due fattispecie intercorre un rapporto di specialità, regolato ai sensi dell'articolo 15 c.p. nel senso che, quando due disposizioni regolano una stessa materia<sup>10</sup>, la norma speciale deroga alla generale.

Ad onor del vero, il problema non sussiste nell'ipotesi in cui fra le due fattispecie vi sia un rapporto di specialità cd. unilaterale, descrivibile alla stregua di due cerchi fra loro concentrici poiché la norma speciale contiene tutti gli elementi costitutivi di quella generale e inoltre uno o più elementi specializzanti. L'apporto che questi ultimi conferiscono alla fattispecie generale permette poi di distinguere la specialità in specialità per specificazione, qualora l'elemento specifichi un fatto previsto dalla norma generale, e specialità per aggiunta, qualora l'elemento semplicemente si aggiunga a quelli previsti nella norma generale<sup>11</sup>.

Una più ampia esegesi della nozione di legge speciale permette di ricomprendervi anche quelle fattispecie che si trovino fra loro in un rapporto di specialità bilaterale, esemplificabile alla stregua di due cerchi intersecantisi, in cui le due norme incriminatrici contengono uguali elementi costitutivi, più elementi specificativi differenti. Ora occorre comprendere, nell'ipotesi in cui un fatto sia sussumibile in entrambi, quale fattispecie debba essere contestata al singolo soggetto agente, dal momento che il principio di specialità non pare essere dirimente, almeno per parte della dottrina contraria all'indirizzo affermatosi in giurisprudenza<sup>12</sup>.

A tal fine, infatti, si sono contraddistinte due differenti teorie: quella pluralista, che ha elaborato criteri integrativi valoriali, e quella monista, che invece argomenta sulla scorta del principio di specialità.

La teoria pluralistica si contraddistingue per

---

però riconducibili ad un'unica fattispecie. Non prevedendo, quindi, l'unicità del fatto come presupposto di esistenza, identifica, piuttosto, come requisito quello dell'unicità della norma applicabile.

<sup>10</sup> Circa la definizione di «stessa materia», si contrappongono due orientamenti. Secondo un primo, essa va intesa come «identità di un bene protetto di almeno uno, anche se una o entrambe le norme tutelano poi altri beni: ecco il minimo necessario e sufficiente per imprimere alle norme considerate quella finalità comune di tutela indispensabile perché vi sia concorso apparente, perché vi sia quella "omogeneità" dei beni protetti», VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, I, Padova, 1999, p. 545; secondo un altro, accolto dalla giurisprudenza di

legittimità, la formula «stessa materia» richiede soltanto un confronto strutturale fra le fattispecie astratte, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie, interpretando quindi la locuzione *in concreto*, Cass. Sez. Un., sent. n. 20664 del 28.04.2017, criticata da MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale -X edizione*, cit. p. 467.

<sup>11</sup>MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2019, p. 559.

<sup>12</sup>MARTIN F., *Il reato complesso e il concorso di reati. Profili applicativi nel delitto di omicidio stradale*, in *Giurisprudenza Penale* n.11/2020.



risolvere il concorso apparente di norme sulla base o del principio di sussidiarietà o del principio di consunzione/assorbimento.

Secondo l'uno, qualora il bene giuridico tutelato sia il medesimo e fra le due fattispecie intercorra una modifica solo in relazione all'intensità dell'offesa allo stesso, la fattispecie con il grado di offesa più elevato assorbe la seconda. In altri termini, una norma è sussidiaria rispetto ad un'altra, quando quest'ultima tutela, accanto al bene giuridico protetto dalla prima norma, uno o più beni ulteriori ovvero reprime un grado di offesa più grave dello stesso bene<sup>13</sup>. A suffragio di tale teoria, vi sono le clausole di sussidiarietà inserite in alcune norme "salvo che il fatto non costituisca reato".

Secondo l'altro, quando ai fini del compimento di un determinato reato da parte di un soggetto, ne vengono compiuti altri, essi rimangono assorbiti dal fatto più grave, ovvero la previsione del più grave reato assorbe in sé la commissione di un reato ad esso strettamente funzionale,

consumando esso l'intero disvalore del fatto concreto. In tal senso si fa riferimento ad una «consunzione espressa» avendo riguardo della fattispecie del reato complesso ex articolo 84 c.p. e ad una «consunzione tacita» in relazione alle ipotesi di post fatto e ante fatto non punibili o di reato eventualmente complesso<sup>14</sup>.

La teoria monista ritiene, invece, che tali contrasti debbano essere risolti sulla base del principio di specialità affiancato a quello del *ne bis in idem*, il quale porta a affermare che una è la norma applicabile sulla base dell'analisi del rapporto strutturale fra le fattispecie che vengono in considerazione, lasciando al di fuori un giudizio valoriale sul bene giuridico protetto e l'intensità dell'offesa.

Nel 2015 le Sezioni Unite<sup>15</sup> hanno accolto la tesi monistica, secondo cui, appunto, gli unici criteri utilizzabili siano quelli di specialità e di continenza, in quanto ritengono che essi siano i soli che permettono il rispetto del principio di

<sup>13</sup>MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale – parte generale*, cit. p. 564, circa, invece, una trattazione più ampia dei criteri per l'operatività del principio di sussidiarietà si v. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale -X edizione*, cit. p. 467.

<sup>14</sup>MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale -X edizione*, cit. p. 483.

<sup>15</sup>Cass. Sez. Un., sent. n. 47164 del 20.12.2005 "i criteri di consunzione e di assorbimento sono privi di fondamento normativo, perché l'inciso formale dell'articolo 15 allude evidentemente alle

*clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono talora l'applicazione della norma generale, anziché quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo ai casi determinati, non generalizzabili. Inoltre i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale".*

legalità, sia in senso formale, poiché espressamente tipizzati, sia in senso sostanziale, inteso come prevedibilità e accessibilità della norma penale, e ciò perché si basa su parametri strutturali e formali che non evocano giudizi di valore opinabili e soggettivi. Il principio di specialità deve essere inteso, però, come specialità in astratto e unilaterale, con conseguente esclusione delle nozioni di «specialità in concreto» e «specialità bilaterale».

In tal senso, conforme a tale statuizione, sarebbe proprio la normativa del reato complesso, la quale permette la non duplicazione della valutazione sugli elementi del fatto concreto in ordine alla sussumibilità in astratto. Se, infatti, fosse accolta una teoria pluralista, volta a risolvere i contrasti mediante dei criteri valoriali e non strutturali, l'articolo 84 c.p., che, disciplinando il reato complesso, esclude l'applicazione delle norme circa il concorso di reati, si ridurrebbe ad un'inutile ripetizione dell'articolo 15 c.p.<sup>16</sup>

La disciplina del reato complesso stabilisce

che, allorché una fattispecie incriminatrice consideri come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti di un solo reato fatti che costituirebbero di per sé stessi reato, non si applica il concorso di reati, in virtù del fatto che viene applicata la sola disposizione complessa. In tale ipotesi, infatti, le fattispecie sarebbero entrambi punibili, ma sussisterebbe anche un rapporto di specialità bilaterale (la fattispecie è A+B, speciale rispetto al fatto A per l'aggiunta di B e viceversa): il reato complesso deroga a questa disciplina. Dunque, quanto ai rapporti tra il reato a struttura complessa e reato semplice, avrebbe luogo un concorso apparente di norme, risolto, attraverso la tipizzazione di un criterio strutturale, dalla medesima disposizione normativa<sup>17</sup>.

La funzione pratica cui assolve l'art. 84, è quella di evitare che l'interprete si indotti ad applicare il regime del concorso di reati laddove il legislatore ha proceduto ad una unificazione normativa di fatti che integrerebbero autonome fattispecie incriminatrici<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale - X edizione*, cit. p. 480.

<sup>17</sup> Secondo MORONE A.F., *Nota sul rapporto fra i delitti di rapina impropria e lesioni*, in *Giur. It.*, fasc. n. 6/2007, «l'art. 84 c.p. (...) ha la capacità di assorbire: a) il fatto concreto conforme al modello legali di reato e che costituisce contemporaneamente modalità di esecuzione della condotta di un altro reato; b) il fatto (di reato) costituente il passaggio obbligato per la realizzazione di un

altro reato; c) il fatto (di reato) costituente la conseguenza necessaria di un altro reato: è la stessa situazione della lettera precedente, ma considerata dalla visuale del reato successivo».

<sup>18</sup> Ad onore del vero, la *ratio* è tutt'altro che pacifica in dottrina, sebbene a parere di chi scrive questa debba essere ritenuta la più coerente al dettato normativo, si v. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit.; per una più completa disamina circa le differenti



Tale esegesi è necessaria per la risoluzione della questione *de quo* dal momento che occorre comprendere se il delitto di rapina impropria assorbe in sé anche l'eventuale delitto di lesioni o meno. Infatti, essendo la violenza elemento costitutivo di entrambi, la soluzione cambierebbe in base alla teoria accolta; qualora la questione venisse risolta alla luce del principio di consunzione, secondo cui la violenza dovrebbe essere assorbita dalla fattispecie di cui al secondo comma dell'articolo 628 c.p., qualora, invece, fosse seguita la giurisprudenza prevalente, fra le due fattispecie non si ha un rapporto di continenza formale-strutturale e, dunque, si configurerebbe un concorso di reati.

Occorre, comunque, dar conto che il dibattito sul reato complesso non si esaurisce in questi termini; discusso è infatti se la nozione debba intendersi in senso ampio ovvero restrittivo. In guisa di ciò, si può distinguere reati complessi in senso stretto, per l'esistenza dei quali sono necessari almeno due reati, ma anche reati complessi in senso lato, per la sussistenza dei quali è sufficiente un solo reato con l'aggiunta di

elementi ulteriori<sup>19</sup>. Ancora, un'ulteriore distinzione riguarda i reati cd. necessariamente complessi, in cui almeno un reato è elemento costitutivo, e i reati cd. eventualmente complessi, in cui il reato è elemento specializzante<sup>20</sup>. La parte della dottrina che ritiene ammissibile l'accogliersi della nozione ampia argomenta che l'articolo 84 non debba essere ritenuto alla stregua di una inutile ripetizione dell'articolo 15 c.p. e che, accogliendo la teoria restrittiva, lo stesso sarebbe svuotato di significato. Inoltre, a favore della interpretazione lata, non esistono ostacoli né concettuali né letterali<sup>21</sup>.

### ***Il delitto di rapina ex art. 628, II co., c.p.***

L'articolo 628 c.p. sotto la denominazione di «rapina» prevede due differenti fattispecie: 1) la rapina propria e 2) la rapina impropria.

Gli elementi costitutivi sono i medesimi e la linea di discriminazione è rappresentata dall'*iter criminis*, ovvero dal fatto che, nella prima, la violenza è il mezzo per entrare nel possesso della cosa, mentre, nella seconda, è il mezzo per assicurarsi il possesso del bene o procurarsi l'impunità.

Procedendo con ordine, la rapina è un reato

prospettive che sono state rinvenute in dottrina si v. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliari, Milano, 2007.

<sup>19</sup>FROSALIERA., *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, p. 73.

<sup>20</sup>DI GENNARO F., *Criteri risolutivi del concorso apparente di norme. La questione in materia di stupefacenti*, in *Ius in itinere*, pubblicato il 20.01.2020, p. 4.

<sup>21</sup>MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale - X edizione*, cit. pp. 476-477.



comune ed è, appunto, un reato complesso, che si compone dei reati di furto e il corrispondente reato di “violenza”, quali percosse e minaccia. Presenta, quindi, gli elementi costitutivi dell’articolo 624 c.p. e la condotta tipica si sostanzia nella sottrazione al detentore della cosa mobile altrui e conseguente impossessamento della stessa, al fine di trarne, per sé o altri, profitto<sup>22</sup>.

Per sottrazione deve intendersi la privazione della disponibilità materiale della cosa, in modo che la vittima è privata dalla possibilità di stabilire, quando vuole, il contatto con la stessa, ovvero, viceversa, ciò è consentito al soggetto attivo. È necessario, però, che la cosa venga sottratta al detentore, la cui nozione non è da ricondurre alla nozione civilistica di detenzione qualificata, bensì al generico senso di disponibilità materiale della cosa, come pieno ed autonomo potere della stessa; non è, peraltro, rilevante che il soggetto la detenga *nomine alieno*, potendone ben disporre anche *nomine proprio*, e ciò indipendentemente dal titolo.

In riferimento all’impossessamento, esso si sostanzia nella acquisizione della piena ed

autonoma disponibilità materiale della cosa sottratta, sorretta anche soltanto dall’*animus rem sibi habendi*, cioè di tenere la cosa presso di sé.

Alla luce di ciò, il momento perfezionativo del furto si ha quando vengono invertite queste duplici relazioni, ovvero sottrazione ed impossessamento<sup>23</sup>. Il più delle volte le due condotte si verificano contestualmente.

L’oggetto materiale del comportamento tipizzato è la cosa mobile altrui, ovvero la cosa in proprietà o in godimento ad altri e non «comune» o «nullius». Di tal guisa, si comprende che l’oggetto giuridico si sostanzia nella proprietà e il godimento della cosa e, dunque, l’offesa è di tipo patrimoniale.

In relazione all’elemento soggettivo, il furto è reato a dolo specifico, richiedendo esso il fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto.

Nella rapina, la condotta criminosa tipizzata dal furto è ulteriormente connotata dalla violenza personale e dalla minaccia. In tal senso, violenza fisica e minaccia<sup>24</sup> corrispondono a due *species* dello stesso

<sup>22</sup>MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2016, pp. 53 ss.

<sup>23</sup> In tal senso, si segnala una consistente e recente giurisprudenza in materia di furto tentato e furto consumato con riferimento alla casistica del furto “nel

supermercato” soggetto a vigilanza, cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 12860 del 25.03.2018.

<sup>24</sup>MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, cit., p. 56.



*genus* dal momento che la violenza personale, che ha cioè come oggetto immediato la persona e si differenzia dalla violenza reale (che ha ad oggetto la *res*), può distinguersi in violenza fisica e in violenza psichica, ovvero minaccia. La prima si identifica, nella sua accezione propria, nella cd. *vis corporis corpori data*, e, nella sua accezione impropria, nei comportamenti subdoli che determinano una coazione della volontà. La seconda si sostanzia nella prospettazione alla persona di un male futuro o prossimo ed ingiusto, male dipendente dalla stessa volontà del soggetto attivo e idoneo ad esercitare una effettiva potenzialità coattiva, potenzialità da accertare sulla base della proporzionalità, serietà e percepibilità della stessa. L'effetto di tale minaccia consiste nella coazione del soggetto passivo, ma anche in un'autentica paura.

Nell'ipotesi della rapina impropria la violenza così caratterizzata deve essere stata il mezzo per assicurarsi il possesso o procurarsi l'impunità. Se in riferimento alla prima ipotesi parte della dottrina ritiene che sia una superfetazione dell'articolo 628, I co., c.p., poiché quest'ultimo tassonomizza il

comportamento insidioso come mezzo per l'impossessamento e in tale nozione vi rientra anche il successivo consolidamento del possesso, non è sicuramente superflua la previsione della seconda casistica<sup>25</sup>.

Dunque, per ritagliare spazio ad entrambe le ipotesi, la rapina impropria presuppone l'avvenuta sottrazione, ma non il necessario impossessamento, nonché la violenza immediatamente dopo la necessaria sottrazione<sup>26</sup>. La *vis*, infatti, serve per neutralizzare pericoli o ostacoli insorti dopo la sottrazione, consolidatasi o meno.

Inoltre, il requisito dell'impossessamento, ove verificatosi, non è necessario che sia definitivo, ma si realizza quando l'agente abbia conseguito la disponibilità materiale della cosa sottratta sia pure per un breve intervallo di tempo<sup>27</sup>.

Per impunità si intende, ancora, non solo il mancato riconoscimento, ma anche la sottrazione a qualsiasi conseguenza penale del commesso reato<sup>28</sup>.

L'elemento soggettivo è in parte mutuato da quello dell'articolo 624 c.p., richiedendo almeno implicitamente il dolo specifico del furto, in parte autonomo, ovvero la

<sup>25</sup>MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, cit.p. 108.

<sup>26</sup>Cass. pen., Sez. II, sent. n. 30476 del 24.5.2019.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. n. 2064 del 1.06.2010.

<sup>28</sup>MESSINA D. S., SPINNATO G., *Manuale breve di diritto penale*, Milano, 2020, p. 808.



coscienza e volontà di usare violenza o minaccia per assicurarsi il possesso o l'impunità.

### *I reati di violenza personale*

La violenza personale fisica rappresenta elemento costitutivo di più fattispecie incriminatrici, che si differenziano fra loro in virtù del differente grado della lesione.

A parere dello scrivente, appare opportuno darne rapidamente conto al fine di comprendere quale livello di intensità dell'offesa stessa possa ritenersi assorbita nel reato complesso.

Innanzitutto, il bene giuridico tutelato da tali norme è l'incolumità individuale del soggetto passivo ed è rispetto ad esso che deve valutarsi la forza lesiva della condotta.

In *primis*, il minor livello di incidenza è quello tipizzato nel reato di percosse ex articolo 581 c.c., che incrimina la violenta manomissione dell'altrui persona fisica, implicante la sensazione fisica dolorosa senza che abbia a determinarsi la malattia. È proprio quest'ultimo elemento che differenzia il delitto di percosse da quello di lesioni.

Di fondamentale importanza rispetto a tale previsione è la disposizione di cui al secondo comma, la quale dispone l'applicazione

dell'articolo 84 c.p., ovvero stabilisce l'assorbimento della violenza in altri reati qualora essa presenti il grado di intensità delle percosse.

In *secundis*, vi sono i differenti reati di lesioni personali, i quali puniscono la condotta sia a titolo di dolo che a titolo di colpa. L'elemento distintivo che accomuna tutte le fattispecie è quello della verifica di una «malattia» nel corpo e nella mente, per tale intendendosi un processo patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso, che implichi una sensibile menomazione funzionale dell'organismo.

La tassonomizzazione di tale malattia si estrinseca in tre livelli di intensità, diversificati in base alla temporaneità, nel termine della durata della stessa, o alla definitività e permanenza. Si distinguono, infatti, lesioni di

- lievissima entità, con prognosi inferiore ai 20 giorni;
- lieve entità, con prognosi fra i 21 e i 40 giorni;
- grave entità, se la malattia mette in pericolo la vita della persona o la rende incapace di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai 40 giorni o se la condotta ha prodotto un indebolimento

permanente di un senso o di un organo<sup>29</sup>;

- gravissima entità, se dalla condotta è derivata una malattia certamente o probabilmente insanabile, o la perdita di un senso, o di un arto o anche una mutilazione che ha reso l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero la deformazione o lo sfregio permanente del viso, nonché l'aborto della persona offesa.

Al crescere della gravità della lesione corrisponde un inasprimento del trattamento sanzionatorio.

In *tertiis*, può ritenersi integrare comunque un delitto che lede l'incolumità individuale, il tentato omicidio, il quale, nella pratica non realizza un'offesa alla vita della persona offesa (sebbene voluta), ma ben può realizzare quantomeno una lesione del soggetto passivo.

Ora, il delitto di omicidio è punito sia a titolo di dolo che a titolo di colpa e tipizza la condotta di colui il quale cagiona la morte di

un altro soggetto<sup>30</sup>.

In tal senso, la condotta nella forma tentata ex art. 56 c.p. è realizzata da colui il quale pone in essere atti diretti in modo non equivoco a cagionare la morte della persona offesa.

In estrema sintesi, i requisiti pacifici in virtù dei quali può ritenersi integrata la fattispecie tentata sono, in senso positivo, l'univocità, quale direzione finalistica della condotta, e la idoneità degli atti, quali atti in astratto in grado di cagionare a morte della vittima o comunque un pericolo di lesione del bene, e, in senso negativo, il mancato compimento dell'azione o il mancato verificarsi dell'evento<sup>31</sup>.

Per quanto ai fini del presente contributo, non è necessario trattare espressamente del delitto di omicidio, essendo esso *ictu oculi* non integrabile nel delitto di rapina, potendo, semmai, contribuire alla tipizzazione dell'intera condotta ex art. 584 c.p. o 586 c.p., in virtù del differente elemento soggettivo che ha sorretto la condotta lesiva. In tal senso, appare comunque opportuno

<sup>29</sup> In tale definizione rientra, ad esempio, la perdita di un occhio, si v. Cass. pen., Sez. V., sent. n. 4130 del 12.04.1994.

<sup>30</sup> Per quanto ai fini del presente contributo, non è necessario trattare espressamente del delitto di omicidio, essendo esso *ictu oculi* non integrabile nel delitto di rapina, potendo, semmai, contribuire alla tipizzazione dell'intera

condotta ex art. 584 c.p. o 586 c.p., in virtù del differente elemento soggettivo che ha sorretto la condotta lesiva. In tal senso, si v. TURCHETTI S., *Rapina seguita dalla morte della vittima e omicidio preterintenzionale*, in *Giur. IT*, n.1/2010, pp. 174 ss.

<sup>31</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale – X edizione*, cit., pp. 438/439.



ricordare che il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice di cui al 575 c.p. è il bene vita sia come diritto individuale che come interesse della collettività.

Delineati i confini essenziali di queste fattispecie, occorre quindi comprendere fino a quale grado di intensità di lesione del bene giuridico incolumità il delitto di rapina può ritenersi assorbente, configurando sicché un concorso apparente di norme, e quando, invece, i reati debbano ritenersi concorrenti.

### ***La soluzione giurisprudenziale***

La dottrina propendeva per l'esclusione del concorso formale di reati tra il reato complesso e il reato semplice, con addirittura l'aggravante eventualmente della connessione ex art. 61 n.2) c.p.<sup>32</sup>, in quanto violativa del *ne bis in idem sostanziale* addossando il medesimo fatto illecito due volte al suo autore<sup>33</sup>. In tal senso, le soluzioni prospettate per fare fronte ad un eventuale cortocircuito del sistema sono quella o di non contestare il reato complesso e

ammettere il concorso fra reati componenti da contestare l'aggravante della connessione teleologica oppure tenendoli avvinti dal vincolo della continuazione, o di ritenere possibile il concorso formale tra reato complesso e reato non assorbito, ma, essendo necessario mitigare il trattamento sanzionatorio, escludere la circostanza ex art. 61 n. 2) c.p. e adeguatamente applicare l'articolo 133 c.p.

Tali approdi dottrinali non sono stati sposati dalla giurisprudenza di legittimità, che è giunta, come si vedrà, ad ammettere il concorso formale tra reato complesso e reato non assorbito uniti dalla connessione teleologica prevista dall'aggravante *de quo*.

Inizialmente, la Corte, chiamata a pronunciarsi sul concorso tra rapina impropria e violenza privata, aveva concluso per l'assorbimento della violenza privata nel delitto di rapina impropria con una motivazione coerente con quanto sostenuto dalla dottrina, avendo stabilito che *«la violenza, al pari della minaccia, è tra gli elementi costitutivi del delitto di rapina, può essere esercitata*

<sup>32</sup> Circa tale aggravante, può dirsi che trattasi di una circostanza aggravante soggettiva, la cui la *ratio* è quella della più severa repressione della maggiore pericolosità dimostrata da chi, al fine di commettere un reato, non esita a metterne in atto un altro, sia permesso rinviare per una sintetica esposizione a CARNINO L., *Nota sulla configurabilità del delitto di rapina impropria*, in *Dir. Proc. Pen.*, in *Giur. It.* fasc. n. 4/2006, pp. 838 ss.

<sup>33</sup> In *primis* MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale – X edizione*, cit. p. 480: *«in base al principio del ne bis in idem va respinta la comune opinione per cui si avrebbe concorso formale tra il reato complesso e il reato semplice, con addirittura l'aggravante della connessione, in quanto addossa, almeno in parte, il medesimo fatto illecito due volte al suo autore»*.



*direttamente contro il possessore ovvero nei confronti di altra persona diversa dal detentore della cosa, purchè tra la violenza e l'impossessamento interceda un nesso di causalità tale che abbia carattere di immediatezza, sicchè l'impossessamento sia derivazione della violenza stessa» e di tal guisa affermando che «la violenza (...) non può essere valutata una seconda volta a titolo di circostanza aggravante del nesso teleologico»<sup>34</sup>.*

Tale impianto nomofilattico viene dapprima parzialmente rivisitato da una sentenza della Corte di Cassazione<sup>35</sup> che, in una fattispecie diversa ma del tutto comparabile, aveva affermato che il delitto di resistenza a pubblico ufficiale assorbe soltanto quel minimo di violenza che si concreta nelle percosse e non negli atti che siano causa di lesioni personali, ciò permette la configurazione del concorso formale di reati, ma non solo, realizza anche il presupposto per la sussistenza dell'aggravante del nesso teleologico.

Tale principio è stato ribadito successivamente in una pronuncia della Suprema Corte<sup>36</sup> in cui oggetto di processo era la contestazione della rapina impropria in concorso con il reato di lesioni, unificati dal

nesso teleologico ex art. 61 n.2) c.p.. Il Collegio ha, in tale ipotesi, sottolineato come alle censure rivolte dalla difesa in punto di *ne bis in idem* sostanziale debba opporsi una valutazione negativa del comportamento di colui che «oltre ad usare quel gradiente di violenza idoneo a perpetrare la sottrazione del bene aggredito, innesca una vera e propria colluttazione, mettendo in atto una violenza ulteriore, da cui deriva una lesione personale alla vittima. In tal caso è da condividere la valutazione dei giudici di merito che abbiano ritenuto sussistente il concorso tra i delitti di rapina e quello di lesioni, ed abbiano confermato per quest'ultimo l'aggravante della connessione teleologica».

Ancora, tornata a pronunciarsi sul tema, la giurisprudenza di legittimità<sup>37</sup> ha confermato che, se pure la violenza costituisce elemento costitutivo del delitto di rapina, essa è elemento costitutivo anche del reato di percosse e di lesioni.

Quanto in riferimento al primo, è lo stesso legislatore che al secondo comma dell'articolo 581 c.p. esclude il concorso formale di reati, potendosi così ritenere assorbito ex art. 628, II co., c.p.. Quanto in riferimento al secondo, stabilisce la Suprema Corte che, attesa sia la maggiore gravità del

<sup>34</sup>Cass. pen., Sez. I, n. 193519 del 30.1.1992, in senso conforme anche Cass. pen., Sez. I, sent. n.1335 del 18.03.1996.

<sup>35</sup>Cass. pen., Sez. I, sent. n. 167 del 14.01.1997

<sup>36</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. n. 15560 del 07.03.2006.

<sup>37</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. n. 36091 del 22.09.2011.

delitto di lesioni sia la mancata ripetizione di una clausola di riserva, non possa ritenersi che tale fattispecie incriminatrice sia assorbita nel delitto di rapina impropria. Infatti «*la sussistenza del delitto di rapina impropria, pur genericamente condividendo l'elemento di fattispecie della violenza, non sprigiona effetti sul secondo*». In guisa di ciò, il delitto di lesioni resta autonomamente apprezzabile accanto alla rapina impropria ancorchè gli stessi siano frutto della medesima condotta materiale.

Tale pronuncia si spinge oltre, affermando anche la presenza del nesso teleologico aggravante, in virtù della natura della pretesa circostanza dal momento che l'evidenza del nesso finalistico si coglie nella rilevanza del rapporto tra reato fine -la rapina- e reato mezzo -le lesioni-. Infatti, l'autonoma rilevanza del delitto di lesioni fa sì che venga in rilievo il collegamento fra le due fattispecie, non essendo lesa il principio di *ne bis in idem* sulla scorta del fatto che uno stesso fatto può determinare autonomi apprezzamenti e, dunque, niente si oppone al fatto che si consideri anche il nesso teleologico fra i due reati. In pratica, è dalla sussistenza del reato mezzo e del reato fine

che deve trarsi la logica conseguenza derivante da quel rapporto se sussunta, come in questa ipotesi, in una specifica norma di legge.

Questi approdi sono stati confermati anche dalle decisioni più recenti della giurisprudenza nomofilattica che ha ritenuto non assorbiti dal delitto di rapina impropria quei comportamenti violenti del tutto esorbitanti rispetto a quelli idonei a configurare la fattispecie tipica<sup>38</sup>.

Da ciò è ben possibile desumere e dedurre che anche l'eventuale condotta diretta a uccidere la vittima della rapina non possa essere assorbita nel delitto di cui all'articolo 628, II co., c.p. dal momento che anche l'eventuale condotta tentata si sostanzia in un'offesa al bene giuridico tutelato di grado superiore e differente rispetto a quello delle lesioni. Non solo, ma il tentato omicidio non annovera quale oggetto giuridico della condotta la sola incolumità individuale della persona offesa, laddove lesa in virtù della condotta omicidiaria non portata a termine, bensì anche e soprattutto il bene della vita, che può ritenersi bene presupposto della stessa incolumità<sup>39</sup>: ciò deve portare a

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. I, sent. n. 18116 del 21.03.2017; Cass. pen., Sez. II, sent. n. 21458 del 05.03.2019.

<sup>39</sup>Si v. per la definizione del bene-vita MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I: Delitti contro la persona*, Milano, 2014, pp. 94 ss.



ritenere che non possa in alcun modo instaurarsi fra i due delitti né un rapporto di continenza formale e strutturale, per i fautori della tesi monistica, né un rapporto di continuità valoriale, per i fautori della tesi pluralista.

Appare, quindi, pacifico che i reati che prevedono lesioni o comunque offendono il bene giuridico della vita concorrono con il reato di rapina quando l'offesa è superiore a quella contemplata dal delitto di percosse ex articolo 581 c.p. e ciò non in virtù della clausola prevista dal secondo comma della norma, bensì in relazione al fatto che una violenza maggiore esorbita quella necessaria e sufficiente a integrare il delitto di rapina impropria anche in concreto.

Il punto che ad oggi sembra essere ancora controverso è quello riguardante la possibilità di riconoscere l'aggravante del nesso teleologico fra le due fattispecie ex articolo 61 n. 2) c.p.<sup>40</sup>.

In tal senso si differenzia un orientamento, favorevole alla sua applicazione, il quale sostiene che la valutazione della circostanza non comporta alcuna duplicazione in riferimento alla valutazione della violenza, anche considerato che il nesso teleologico

svolge una funzione esterna al reato, legando due autonome fattispecie che fra di loro non sono sovrapponibili<sup>41</sup>.

Un secondo orientamento, invece, nega il riconoscimento dell'aggravante poiché assorbita nel delitto di rapina impropria, in applicazione del principio di specialità, atteso che la volontà dell'agente di assicurarsi con violenza sulla persona il prodotto del bene sottratto o l'impunità è già di per sé elemento costitutivo del delitto. In virtù di ciò, l'affermazione della sussistenza dell'aggravante si risolverebbe nella duplicazione dell'elemento intenzionale, che rivelerebbe una prima volta come elemento costitutivo del reato e una seconda come circostanza aggravante.

### *Conclusioni*

Volendo trarre delle conclusioni e osservare con spirito critico quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, il concorso formale di reati sembra essere da sposare in virtù di condotte che ledano in maniera esorbitante la violenza necessaria per il delitto di rapina impropria, ciò anche in conformità del principio di legalità,

<sup>40</sup>SANTALUCIA G., *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1/2020, p. 8.

<sup>41</sup> In tal senso, Cass. pen., Sez. I, sent. n. 21730 del 5.02.2019; Cass. pen., sent. n.18116 del 21.03.2017



considerato che il diritto positivo ha previsto il solo assorbimento del reato di percosse.

Alla luce di questa riflessione, occorre chiedersi se fosse realmente necessario risolvere il contrasto giurisprudenziale sulla base del principio di specialità e continenza formale strutturale o fosse sufficiente effettuare un'esegesi normativa secondo il principio *ubilexvoluit, dixit, ubinoluit, non dixit*.

Circa la successiva aggravante del nesso teleologico, pare, secondo chi scrive, che effettivamente la sua applicazione realizzi una superfetazione valutativa dell'elemento della violenza che già è stato valutato come elemento costitutivo sia della fattispecie di rapina impropria, entro il coefficiente richiesto dalla norma, sia dell'incriminazione del delitto di lesioni o di tentato omicidio. Potrebbe, quindi, sostanziarsi nella contrarietà al principio di *ne bis in idem* sostanziale. Senza considerare che, eventualmente, le modalità della condotta e del comportamento criminoso ben possono rilevare in punto di dosimetria del trattamento sanzionatorio ex art. 133, I co., c.p..



## La nuova legittima difesa tra legislazione simbolica e i dubbi di costituzionalità di Giuseppe Langellotto

### *Introduzione*

Con la L. n. 36/2019<sup>1</sup> il legislatore ha modificato nuovamente, a distanza di tredici anni, in modo significativo la disciplina della legittima difesa. Tale riforma era uno dei punti del ‘Programma per il governo del cambiamento’ del Governo Conte I, fortemente voluto da una delle forze politiche di maggioranza che già si era prodigata per la riforma del 2006.

Se allora vi era una domanda reale, che vedeva nella legittima difesa una possibile risposta all'emergenza rappresentata da una criminalità che si avvertiva in continua ed incontrollata crescita, questa volta il Parlamento è stato condizionato dall'amplificazione populista del discorso pubblico sulla politica criminale senza che siano state registrate nella prassi particolari esigenze giuridico-processuali tali da giustificare la riforma.

Le ragioni, dunque, vanno ricercate nelle

potenti tensioni politico-criminali<sup>2</sup>, intensificate dal dibattito mediatico, che da sempre percorrono la categoria dell'antigiuridicità.

In particolare, si registra la tendenza dei mass-media a rappresentare i sentimenti sociali di paura e rabbia, al punto tale da richiedere interventi normativi urgenti, esemplari e definitivi a tutela dei cittadini<sup>3</sup>. A tal riguardo, due sono stati gli slogan simbolo della questione: “ la difesa è sempre legittima” (per garantire più ampi margini di impunità a chi rischia di essere vittima, estendendo le condotte scriminate) e “mai più vittime sul banco degli imputati” (per sottrarre i fatti alla discrezionalità giudiziale attraverso una disciplina che esclude l'accertamento processuale).

Con il moltiplicarsi dei bisogni di sicurezza della collettività e delle istanze sociali libertarie si è registrato, così, un graduale incremento della domanda collettiva di giustificazione, specialmente nell'ambito della difesa del domicilio rappresentando l'abitazione un luogo particolarmente delicato<sup>4</sup>, dove l'agredito risulta essere maggiormente vulnerabile ed insicuro. In

<sup>1</sup> L. 26/04/2019 n. 36, in GU n. 102 del 03/05/2019.

<sup>2</sup> CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2019, p. 3.

<sup>3</sup> Così CORNELLI, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Sistema penale*, 2020, p. 2.

<sup>4</sup> BARTOLI R., *Verso la “legittima offesa”?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 1/2019, p. 24.

tale luogo chiuso la difesa privata è avvertita come assolutamente inevitabile al fine di salvaguardare i propri beni e l'incolumità dei familiari dal pericolo derivante dalla permanenza illegittima dell'intruso al suo interno.

Alle domande del popolo si è unita la ricerca continua di consenso della classe politica, sviluppando così, un fenomeno assai risalente soprattutto dagli anni Settanta ad oggi che è il populismo penale<sup>5</sup>.

La deriva populista è stata caratterizzata da una “patologica inflazione legislativa, in forza della quale le leggi penali speciali e le figure di reato si contano ormai in migliaia. All'inflazione legislativa si è aggiunto il dissesto del linguaggio legale, che si manifesta in leggi formulate in termini oscuri, equivoci e polisemi, talora articolate in innumerevoli articoli e commi che danno luogo, con continui rinvii a norme che a loro volta rinviano ad altre norme, a intricati e tortuosi labirinti normativi e a complicati sistemi di scatole cinesi. Ne è seguito il collasso del principio di legalità e una

regressione del nostro sistema penale all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie del diritto giurisprudenziale premoderno”<sup>6</sup>.

Si registra, così, una recente tendenza politico-criminale verso un graduale incremento della componente emotivo-sentimentale in istituti del diritto penale come la scriminante della legittima difesa.

### ***La triplicazione della legittima difesa***

La legittima difesa è un istituto conosciuto nei secoli che, già a partire dal diritto romano, è considerato una forma di autotutela attribuita al cittadino per difendere i propri diritti, laddove gli stessi corrano realmente il rischio di essere offesi da terzi e lo Stato non sia in grado di assicurare un intervento immediato<sup>7</sup>. Infatti, la scriminante prende in considerazione situazioni in presenza delle quali un fatto, che altrimenti costituirebbe reato, non acquista tale carattere perché la legge lo consente<sup>8</sup> e, dunque, ne esclude l'antigiuridicità.

Il legislatore con la legge 13 febbraio 2006, n.

<sup>5</sup> Così FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in AA.VV., a cura di Di Giovine, *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, p. 215 ss.

<sup>6</sup> Sono le efficaci e terribili parole di L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in *Politica criminale e cultura*

*giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, p. 140.

<sup>7</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli editore, 2019, cit., p. 299.

<sup>8</sup> GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 630.

59<sup>9</sup> è intervenuto sul requisito della proporzionalità e ha inserito nel corpo dell'art. 52 c.p. due ulteriori commi con l'obiettivo di esaltare le risorse di autodifesa del cittadino.

Con la successiva riforma del 2019 invece, ha cercato di rafforzare quei principi espressi già del 2006 ma sono numerosi i profili di dubbia compatibilità con i principi costituzionali, evidenziati già nel corso dei lavori parlamentari<sup>10</sup> ma rimasti del tutto inascoltati dalla maggioranza parlamentare che ha sostenuto la riforma.

La novella del 2019 affonda le proprie radici nell'ordinamento statunitense e, in particolare, nelle *Stand your ground law* nordamericane, le quali prevedono una presunzione di liceità nel caso di uso della forza da parte del titolare dello *ius excludendi* nei confronti dell'intruso.

Essa realizza, con effetto retroattivo, nell'art. 52 la c.d. “triplicazione della legittima difesa in ragione delle condizioni spaziali e modali nelle quali si consolida il pericolo di aggressione”<sup>11</sup>. In particolare il primo comma continua a disciplinare l'ipotesi di legittima difesa generale. Il

secondo prevede la legittima difesa domiciliare a proporzione presunta, nel caso di violazione di domicilio e infine, al quarto comma è prevista una legittima difesa domiciliare a presunzione totale, qualora l'intrusione sia connotata da violenza e minaccia ai sensi dell'art. 614, comma 4, c.p.

Il gioco delle presunzioni, inoltre, è stato rafforzato con l'introduzione, all'art. 55, comma 2 c.p., di un'ipotesi di eccesso colposo di difesa non punibile in caso di minorata difesa o grave turbamento.

Infine, la riforma si conclude con l'aggiunta dei commi 2 e 3 all'art. 2044 c.c., prevedendo quindi un'ipotesi di esclusione di responsabilità civile nei casi di cui all'art. 52 c.p.

In definitiva, la riforma del 2019 allarga le maglie della causa di giustificazione, nel domicilio, superando l'interpretazione precedente conforme a Costituzione che le aveva ristrette.

### ***La presunzione di proporzione di cui al secondo comma del novellato art.***

<sup>9</sup> L. 02/03/2006 n. 59, in GU n. 51 del 02/03/2006. La novella legislativa è entrata in vigore il 17 marzo 2006.

<sup>10</sup> V. *Comunicato sulle proposte in materia di legittima difesa*, della AIPDP, Associazione italiana dei professori di diritto penale, in *questionegiustizia.it*, 30 luglio 2018.

<sup>11</sup> Così PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 5/2019, p. 116.

### **52 c.p.: Cass. 49883/2019.**

Il legislatore ha inserito al comma secondo dell'art. 52 c.p. l'avverbio "sempre" prevedendo dunque un'ipotesi di presunzione della sola proporzione tra difesa e offesa, che ha come presupposto una violazione del domicilio semplice, ossia non violenta, con la conseguenza che dovrebbe essere sempre impunita perché legittima la reazione, anche se sproporzionata<sup>12</sup>.

Il criterio della proporzione, elemento implicito essenziale di ragionevolezza è il presupposto di ogni giudizio di liceità che impone un bilanciamento di interessi<sup>13</sup> ed è un limite di tollerabilità etico-sociale.

Tuttavia, con la novella del 2019, il legislatore ha cercato di riservare a sé il nucleo fondamentale della valutazione di liceità. Infatti, secondo gli estensori del testo, l'utilizzo dell'avverbio "sempre" deve orientare la giurisprudenza verso l'abbandono della vecchia impostazione secondo cui la presunzione di proposizione

de qua sarebbe relativa e, dunque, verso la statuizione della sua natura assoluta<sup>14</sup>.

Beninteso, la presunzione assoluta di proporzione non pare conforme alla Costituzione infatti nel nostro sistema giuridico appare irragionevole ogni forma di automatismo: quello punitivo viola i principi di ragionevolezza, personalizzazione e funzione rieducativa della pena<sup>15</sup>; quello "impunitivo" viola la proporzionalità, la ragionevolezza e i diritti fondamentali dell'aggressore, tra cui il suo diritto all'incolumità fisica e alla vita<sup>16</sup>.

Sono ammesse forme di automatismo solo se ragionevolmente giustificate da esigenze preventive e pur sempre relative: vi deve sempre essere la possibilità di superare la presunzione da parte di chi ne abbia interesse<sup>17</sup>.

In particolare, la giurisprudenza costituzionale ha ribadito che "le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza,

<sup>12</sup> Sulla definizione del II comma dell'art. 52 BARTOLI R., *Verso la "legittima offesa"?*, cit., p. 19.

<sup>13</sup> Cass., Sez III pen, Sent. n. 41038 del 16 giugno 2014, depositata il 2 ottobre 2014.

<sup>14</sup> Sul punto MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2019, p. 30.

<sup>15</sup> V. sul punto Corte Cost. n. 185 del 2015, che dichiara incostituzionale la "recidiva automatica".

<sup>16</sup> Così GATTA G.L., *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, p. 2.

<sup>17</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, Padova, X, 2017, p. 218 ss.

se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono ai dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula *dell'id quod plerumque accidit*, ragion per cui l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui non si agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa<sup>18</sup>.

È evidente che detti requisiti risultano difficilmente riscontrabili nel novellato art. 52 c.p.

Ciò posto, sono due i possibili destini del comma in esame: l'interpretazione dello stesso in modo conforme a costituzione, privando di qualsiasi significato l'avverbio "sempre"; ovvero, la questione di legittimità costituzionale per i motivi suindicati. Secondo alcuni<sup>19</sup>, solo la seconda strada appare la più opportuna, stante la rigidità della formula legislativa che non può considerarsi come non apposta, ma anche al fine di dare un freno al "pugno del legislatore picchiato sul banco del

giudice"<sup>20</sup>, legislatore che utilizza il diritto penale come strumento di consenso.

Altri<sup>21</sup>, invece, sulla scia dell'invito presente nella lettera di accompagnamento del Presidente della Repubblica, ritengono che la ragionevole interpretazione della nuova normativa sia possibile, valorizzando il dato teleologico e sistematico.

In tale direzione si è orientata la Corte di cassazione la quale, in una recente pronuncia del 19 dicembre 2019, n. 49883, ha stabilito che all'avverbio sempre introdotto dalla novella può essere attribuito un "mero significato rafforzativo della presunzione posta dalla norma, presunzione che, tuttavia, da un lato, riguarda la sussistenza di uno soltanto degli elementi costitutivi della fattispecie scriminante e che non esclude il giudizio sull'accertamento degli altri, vale a dire la necessità di reagire ad un'offesa in atto; d'altro lato, opera diversamente a seconda che il pericolo riguardi l'aggressione alla persona oppure ai beni".

In questi termini, l'uso di un'arma può dirsi

<sup>18</sup> Sent. Corte Cost. n. 183/2011, pubblicata in G.U. n. 26 del 15/06/2011, concernente le presunzioni relative alla recidiva.

<sup>19</sup> CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 18.

<sup>20</sup> Così GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento, in diritto penale contemporaneo*, 1 aprile 2019, cit., p. 1.

<sup>21</sup> PULITANÒ D., *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 5/2019, cit., p. 206.

“sempre” legittimato solo quando si registri l’attualità del pericolo di offesa ad un diritto e l’impiego dell’arma sia necessario a difendere l’incolumità propria o altrui, ovvero anche soltanto i beni se ricorra pur sempre un pericolo di aggressione personale<sup>22</sup>.

Tuttavia, autorevole dottrina<sup>23</sup> ha rilevato che l’interpretazione costituzionalmente conforme rappresenta un terreno scivoloso, generatore di incertezza applicativa in ragione della valenza *inter partes* delle pronunce.

Sembra, dunque, auspicabile la richiesta di un vaglio di costituzionalità, con conseguente intervento abrogativo da parte della Corte costituzionale, con riguardo all’avverbio “sempre”.

### ***La presunzione di legittima difesa di cui al quarto comma dell’art. 52 c.p.***

Il nuovo quarto comma del novellato art. 52 c.p., ha introdotto una presunzione con un’estensione tale da ricomprendere tutti i requisiti della fattispecie scriminante: proporzione, attualità del pericolo e

necessità.

In tal modo, lo spazio di valutazione del giudice sarà ristretto al solo reato presupposto: l’esistenza di un’intrusione realizzata con violenza, diretta sia alle persone che alle cose, o minaccia, che deve estrinsecarsi con l’uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica.

Dunque, è proprio la violenza che caratterizza l’ipotesi, di cui al quarto comma, di presunzione di legittima difesa *tout court* a seguito di una violazione di domicilio aggravata, ex art. 614, comma 4, c.p., e ciò rappresenta l’elemento differenziale<sup>24</sup> rispetto al comma 2.

La non menzione della proporzione nel comma in esame evidenzia la chiara presa di posizione del legislatore a favore dell’agredito, il quale “si vedrebbe riconoscere una sorta di illimitato diritto all’uso delle armi, presumendosi non solo il rapporto di proporzione tra aggressione e reazione, ma altresì la necessità della seconda e l’attualità del pericolo della prima”<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Cass., Sez III pen, Sent. n. 49883 del 19 dicembre 2019, depositata il 10 dicembre 2019.

<sup>23</sup> Cfr. ancora CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 18.

<sup>24</sup> Così CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 12; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit., p. 3.

<sup>25</sup> MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell’eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2019, p. 31.

Si costruisce in tal modo una “fattispecie a tutela del domicilio *tout court*”<sup>26</sup>, dove la reazione all’offesa è sempre giustificata purché l’azione lesiva si realizzi in uno dei contesti spaziali di cui al comma 4 e 3.

Non risultano, così, rilevanti le dinamiche intersoggettive dell’aggressione e dell’offesa<sup>27</sup>: è, in altre parole, la “concomitanza spazio-temporale a definire il tracciato esterno della scriminante”<sup>28</sup>.

Tuttavia, se si intendesse la riforma nel suo senso letterale questa sarebbe “clamorosa”<sup>29</sup>, “abnorme”<sup>30</sup> contrastante con “i principi della nostra tradizione giuridica di civiltà”<sup>31</sup>

I profili di incostituzionalità sono fortemente marcati: il comma 4 è ispirato a principi totalmente antagonisti rispetto a quelli costituzionali che non lasciano alcuno spazio di discrezionalità all’interprete<sup>32</sup>.

Dunque, al nuovo comma quattro è riservato lo stesso duplice destino prospettato per il secondo: interpretazione

costituzionalmente conforme ovvero la richiesta di un vaglio di costituzionalità con conseguente abrogazione della presunzione di legittimità.

Quanto alla via interpretativa, occorre anzitutto che con essa si recuperi il requisito della necessità di difendersi, il quale trova suo fondamento nella stessa *ratio* della legittima difesa, intesa come strumento residuale di difesa dei beni propri o altrui, che viene in gioco quando non risulta possibile l’intervento della forza pubblica infatti se venisse meno la necessità di difesa non si può più parlare di autotutela, ma di offesa: in altre parole, saremmo in presenza di una legittima difesa “anticipata” e, dunque, di un’aggressione<sup>33</sup>.

Inoltre, la presunzione di tale requisito risulta irragionevole infatti le intrusioni in domicilio vengono normalmente respinte attraverso modalità non aggressive, che comunque non comportano la morte o il ferimento dell’intruso.

<sup>26</sup> Cfr. ancora CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 13.

<sup>27</sup> PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 117

<sup>28</sup> MINISCI, *Audizione del Presidente dell’Associazione nazionale magistrati davanti alla Commissione giustizia della Camera dei deputati*, in [www.associazionenazionalemagistrati.it](http://www.associazionenazionalemagistrati.it).

<sup>29</sup> Così GROSSO, *La difesa legittima dopo la l. 26 aprile 2019, n. 36*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 890.

<sup>30</sup> Dal *Testo dell’audizione alla Commissione giustizia del Senato* del 19 settembre 2018 da parte dei professori universitari.

<sup>31</sup> *Comunicato, dell’Associazione italiana dei professori di diritto penale*, cit.

<sup>32</sup> CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 18.

<sup>33</sup> Sul punto BARTOLI R., *Verso la “legittima offesa”?* in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 1/2019, cit., p. 22.



La presunzione od eliminazione della necessità difensiva stravolge tutto l'istituto della legittima difesa: non viene preso in considerazione qualsiasi legame tra aggressione e reazione, che risulta totalmente incondizionata, purché avvenga nell'ambito del domicilio e a seguito di un'intrusione illegittima violenta.

Ciò posto, è evidente quanto la legittima difesa domiciliare di cui al comma 4 abbisogni di un'interpretazione che tenga conto dei vincoli del pericolo attuale e della necessità difensiva, altrimenti si arriverebbe addirittura a permettere al cittadino azioni punitive nei confronti dell'aggressore in termini ben più ampi di quanto è concesso allo Stato nell'esercizio del suo potere sanzionatorio<sup>34</sup>.

Lo stesso Presidente della Repubblica, nella citata lettera di accompagnamento, ribadisce che “il fondamento costituzionale del regime di non punibilità a favore di chi reagisce legittimamente a un'offesa ingiusta, realizzata all'interno del domicilio e dei luoghi ad esso assimilati [...] è rappresentato dall'esistenza di una

condizione di necessità”.

Allo stesso modo anche la Corte costituzionale ha rilevato che ogni causa di non punibilità, intese in senso lato, “abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali [...] l'esenzione da pena deve essere frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco”<sup>35</sup>. In questa prospettiva, dunque, la necessità di difendersi rappresenta la *condicio sine qua non* della compatibilità della riforma della legittima difesa domiciliare con la Costituzione: “non può essere oggetto di presunzioni”<sup>36</sup>.

Pertanto, la norma può dirsi legittima solo se considera come presupposti della legittimità della reazione difensiva, la attualità dell'aggressione e la necessità di difesa”.

Una via interpretativa ha tentato di “salvare” la previsione di cui al comma quattro stabilendo che non qualsiasi atto giustifica la reazione, ma solo quello volto a respingere un'intrusione<sup>37</sup>, ossia una condotta connotata da razionalità di scopo.

<sup>34</sup> Cfr. ancora PULITANÒ D., *Legittima difesa*, cit., p. 206; PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 122.

<sup>35</sup> Sent. Corte Cost. n. 148/1983, pubblicata in G.U. n. 163 del 15/06/1983.

<sup>36</sup> V. nota 15.

<sup>37</sup> BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 5/2019, p. 73.

Di conseguenza, ogni condotta che esorbiti dal fine può comportare l'applicazione del nuovo comma 2 dell'art. 55 c.p. e si potrebbe parlare di eccesso rispetto alla scriminante.

Va dato atto, infine, di un recente intervento della giurisprudenza di legittimità<sup>38</sup> che, nel ribadire l'importanza della necessità di difesa nell'ambito della legittima difesa domiciliare anche dopo la riforma del 2019, rinviene tale requisito nelle modalità della condotta aggressiva, così come testualmente descritte dal legislatore.

In definitiva, si può affermare che l'avverbio “sempre” non può stravolgere l'assetto etico della legittima difesa.

### ***I presupposti dell'eccesso colposo in materia di legittima difesa domiciliare: Cass. 29365/2019.***

La legge n. 36 del 2019 è intervenuta anche sull'art. 55 c.p., in materia di eccesso colposo, escludendo la punibilità se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'art. 61, primo comma,

numero 5), ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto.

Secondo la dottrina maggioritaria<sup>39</sup>, l'eccesso colposo “ma incolpevole” è un istituto che andrebbe ricondotto alla categoria delle scusanti, in quanto il legislatore ha ritenuto inesigibile una condotta diversa da quella tenuta in concreto dall'agente, benché la stessa non sia rispettosa delle regole cautelari proprie dell'agire difensivo nel domicilio. Tale inquadramento dogmatico appare compatibile con il principio costituzionale di colpevolezza.

Premessa della novella è che il soggetto abbia ecceduto colposamente i limiti di cui all'art. 52 c.p., circa la valutazione dei presupposti ovvero dell'esecuzione della condotta difensiva, ma resta non imputabile perché si trovava in uno stato di grave turbamento o in condizioni di minorata difesa ed aveva agito a difesa dell'incolumità propria o altrui.

Pertanto, la speciale ipotesi di eccesso

<sup>38</sup> Cass., Sez V pen, Sent. n. 40414 del 2 ottobre 2019, depositata il 10 dicembre 2019.

<sup>39</sup> Al riguardo si rinvia per maggiori dettagli all'ampia letteratura accademica sulla riforma: tra i più pregevoli contributi CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 13; GATTA G.L.,

*La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit., p. 5; BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5, 2019, cit., p. 57; BARTOLI R., *Verso la “legittima offesa”?*, cit., p. 22; MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2019, p. 42.

colposo è limitata da tre condizioni: la scriminate a cui si applica, il tipo di aggressione e la situazione in cui versa il soggetto aggredito<sup>40</sup>.

Quanto al primo limite, il rinvio espresso dell'art. 55 all'art. 52, commi 2, 3 e 4, chiarisce che la scriminante interessa la sola ipotesi di legittima difesa domiciliare

La seconda limitazione riguarda il tipo di aggressione, la quale deve avere ad oggetto la sola incolumità fisica propria od altrui, ad esclusione quindi dei beni patrimoniali.

Infine, la terza condizione di applicabilità dell'art. 55, 2 comma, c.p. riguarda la situazione in cui l'aggredito si trova: oggettiva, stato di minorata difesa; ovvero, soggettiva, stato di grave turbamento.

Con riguardo alla minorata difesa, il legislatore intende riferirsi ad un soggetto che si difende da un aggressore che approfitta di una situazione di particolare debolezza, causata da condizioni fisiche o psichiche, oppure da condizioni di tempo o di luogo.

Tuttavia, al fine di escludere la punibilità dell'aggredito, si rende necessaria la

valutazione discrezionale dell'interprete che deve accertare l'effettivo approfittamento da parte dell'aggressore della minorata difesa e che questo sia stato tale da determinare un travalicamento dei limiti della difesa legittima<sup>41</sup>.

Quanto al requisito soggettivo del grave stato di turbamento psicologico, appare il punto più complicato della riforma, in tema di eccesso colposo.

A conferma di ciò, il Presidente della Repubblica, nella lettera ai presidenti delle Camere ha osservato che "l'art. 2 della legge, modificando l'art. 55 c.p., attribuisce rilievo decisivo allo stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto: è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta".

In buona sostanza, la novella non fa dipendere la legittimità avendo riguardo al vissuto soggettivo della paura<sup>42</sup>. Non è il confine della legittimità ad essere stato

<sup>40</sup> PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 124.

<sup>41</sup> CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 14.

<sup>42</sup> ARGENTIERI, *Tempeste emotive e diritto*, in *Micromega*, n. fasc. 3/2019, p. 87.

modificato, ma quello della responsabilità penale: “si tiene conto della difficoltà obiettive di reagire in modo corretto in situazioni di minorata difesa, e/o della condizione di grave turbamento psichico derivata dalla situazione di pericolo in atto”<sup>43</sup>.

Il grave turbamento psichico, apprezzato in senso oggettivo, deve essere un effetto derivante dalla situazione di pericolo in atto e deve essere altresì causa rispetto all'eccesso di difesa, valutato incolpevole dal legislatore. Proprio per questo motivo, questo elemento lascia ampi spazi discrezionali al giudice che inevitabilmente si troverà a valutarne, con non poche difficoltà processuali, l'effettiva esistenza.

Le prime criticità che posso rilevarsi, in primo luogo, derivano dalla eccessiva vaghezza dell'espressione, che potrebbe qualificare situazioni anche molto eterogenee tra loro come il panico, il disagio, passando per l'ansia e la paura, con una infinita serie di sfaccettature intermedie.

In secondo luogo, la situazione di grave turbamento, in senso conforme a Costituzione e alle parole del Capo di Stato, deve rilevarsi oggettivamente<sup>44</sup> e deve accertarsi il rapporto eziologico tra la situazione di pericolo e l'eccesso di difesa.

Infine, appare difficile comprendere quale sia il grado di intensità tale che qualifica il turbamento come “grave”. Secondo alcuni<sup>45</sup>, il turbamento deve intendersi grave quando compromette l'imputabilità dell'agredito; tuttavia, non deve essere talmente grave da escludere del tutto l'imputabilità, dando luogo ad un vero e proprio squilibrio mentale, anche transitorio, che rende l'agredito incapace di intendere e di volere<sup>46</sup>.

Per colmare tali spazi interpretativi è intervenuta la Corte di Cassazione, la quale ha sancito che nella non facile costruzione di un elemento psicologico interno come il grave turbamento “occorrerà esaminare, con giudizio ancora una volta calibrato sulla globale considerazione di tutti gli elementi della situazione di specie, se, e in che misura, il pericolo in atto –

<sup>43</sup> V. nota 33.

<sup>44</sup> GATTA G.L., *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, p. 3.

<sup>45</sup> CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 14.

<sup>46</sup> RAMPIONI, *Brevi osservazioni sulla configurabilità dell'eccesso colposo nella legittima difesa*, cit., p. 439.

*per concretezza e gravità rispetto alla lesione dell'integrità fisica propria o altrui – possa aver determinato nell'agente un turbamento così grave da rendere inesigibile quella razionale valutazione sull'eccesso di difesa che costituisce oggetto del rimprovero mosso a titolo di colpa*<sup>47</sup>.

Alcuni autori<sup>48</sup>, hanno osservato come la modifica dell'art. 55 c.p. abbia comportato un indebolimento del diritto penale e dell'imperatività della legge,

Questo non è avvenuto in quanto la nuova formulazione dell'art. 55 c.p. dimostra che “la legittima difesa domiciliare non è *no-limits*”<sup>49</sup> e che la presunzione che coinvolge tutti gli aspetti dell'istituto di cui all'art. 52, comma 4, c.p. va superata.

Si proietta in tal senso anche la Corte di Cassazione che, con alcune recenti pronunce<sup>50</sup>, ha rilevato che “può parlarsi di eccesso colposo in legittima difesa se, nella necessaria valutazione logica della fattispecie, si sono precedentemente ritenuti sussistenti le condizioni per la configurabilità della scriminante di cui all'art. 52 c.p. [...] in altre parole, l'assenza

dei presupposti della scriminante della legittima difesa, in specie del bisogno di un'aggressione mediante una reazione proporzionata ed adeguata, impedisce di ravvisare l'eccesso colposo nella medesima scriminante, che si caratterizza per l'erronea valutazione di detto pericolo e della adeguatezza dei mezzi usati”<sup>51</sup>.

In via definitiva, l'eccesso difensivo colposo può venire in rilievo solo quando viene meno la proporzione tra offesa e difesa per colpa, intesa come errore inescusabile, per precipitazione, imprudenza o imperizia nel calcolare il pericolo e i mezzi di difesa; di converso, esso non può sussistere quando i limiti imposti dalla necessità di difesa vengono superati dolosamente, cioè in modo cosciente e volontario, trasfigurandosi così in uno strumento di aggressione.

### ***L'esclusione o limitazione della responsabilità civile: l'art. 2044 c.c.***

Completa la riforma della materia della legittima difesa domiciliare l'art. 7 della novella, il quale aggiunge all'art. 2044 c.c. i

<sup>47</sup> V. nota 21.

<sup>48</sup> CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 15.

<sup>49</sup> GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit., p. 4.

<sup>50</sup> Sul punto si sono espresse varie sentenze della Cassazione: Cass., Sez. V Pen, Sent. n. 40414 del 2 ottobre 2019; Cass. Sez., V Pen, Cass., Sez. n. 29365 del 4 luglio 2019.

<sup>51</sup> Cit. Cass., Sez. III pen., Sent. n. 49883 del 19 dicembre 2019, depositata il 10 dicembre 2019.



commi due e tre nei quali rispettivamente si ribadisce l'esenzione da responsabilità civile, già stabilita espressamente dal primo comma, per tutte le ipotesi di danno che si inquadra nell'ambito di una difesa legittima<sup>52</sup> e si prevede un'indennità analoga a quella prevista dall'art. 2045 c.c. che, in caso di stato di necessità, è dovuta al terzo estraneo danneggiato.

Secondo parte della dottrina, il nuovo secondo comma è superfluo in quanto tale esclusione di responsabilità sarebbe comunque ricavabile, in assenza del 2044 c.c., dai principi generali sulle cause di giustificazione, che escludono l'illiceità giuridica tout court, e non solo quella penale, del fatto scriminato. Rileva, per converso, altra dottrina<sup>53</sup> che anche questa modifica risulta irragionevole: il comma in esame tratta in maniera eguale situazioni tra loro eterogenee, ossia chi ha effettivamente agito in legittima difesa e chi invece gode di presunzioni. In tal modo, non solo viene garantita l'impunità all'autore di un eccesso difensivo, ma si eliminano anche i rimedi.

Quanto al nuovo comma terzo, la dottrina<sup>54</sup>

ritiene che anche il comma 3 dell'art. 2044 c.c. determini una irragionevole disparità di trattamento in quanto chi ha compiuto un eccesso colposo senza lo stato di grave turbamento non andrà incontro ad alcuna conseguenza trovando applicazione il nuovo secondo comma, mentre chi lo ha compiuto in presenza di uno stato di grave turbamento dovrà una indennità<sup>55</sup>.

Dunque, il comma 3 necessita di un raccordo con quell'orientamento giurisprudenziale costante che, nei casi di eccesso colposo di legittima difesa, applica in via analogica la norma di cui all'art. 1227 c.c. prevedendo dunque la condanna al risarcimento del danno in misura diminuita in ragione de concorso del fatto doloso del danneggiato<sup>56</sup>.

### *Gli effetti della novella*

Appare opportuno passare in rassegna tutti gli effetti pratici della riforma che rappresentano i costi della stessa, che il legislatore ha mancato di considerare ponderatamente.

Quanto agli effetti politici, si tratta di una

<sup>52</sup> MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2019, cit., p. 32.

<sup>53</sup> BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., p. 23.

<sup>54</sup> PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 127.

<sup>55</sup> V. nota 53.

<sup>56</sup> GATTA G.L., *Sulla legittima difesa domiciliare*, cit., p. 3.

riforma che piace al popolo, che crea consenso politico e che veicola un messaggio di fondo così semplice da poter alimentare quel populismo politico di cui al primo paragrafo.

Tuttavia, tale messaggio svislisce i diritti fondamentali della persona, a partire dalla vita. Ed è qui che si ricollega l'effetto culturale della riforma: essa divide il popolo tra onesti e delinquenti, la cui vita non ha valore diffondendo l'idea pericolosa che è bene farsi giustizia da sé.

Quanto al profilo della sicurezza, infatti, estendere l'area della legittima difesa nel domicilio comporta il rischio di un aumento del numero di fatti violenti: chi intende difendersi è incentivato a procurarsi un'arma e infatti si registra, sotto questo profilo, un aumento del numero delle licenze concesse, anche ad uso sportivo, stante anche la maggiore facilità con cui possono essere ottenute.

Con riguardo, infine, agli effetti sulla prassi, questi si prospettano davvero esigui: “i procedimenti penali nei quali viene in rilievo la legittima difesa domiciliare hanno una dimensione empirica inversamente

proporzionale all'enfaticizzazione politica e al clamore mediatico che ha accompagnato l'approvazione della riforma. Basti pensare, che nell'anno 2017 risultavano iscritti nei tribunali italiani solo 14 procedimenti riguardo l'art. 52 c.p. e 12 con riguardo all'eccesso difensivo colposo”<sup>57</sup>.

Gli studiosi sono unanimi nel ritenere che la casistica giudiziaria continuerà ad avere una dimensione quantitativamente molto ridotta<sup>58</sup> considerando che gli stessi effetti di esonero da responsabilità penale e civile per l'agredito che si difende potevano essere raggiunti già sulla base della disciplina previgente, così come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità.

In definitiva, già sulla base del diritto previgente si poteva assicurare un maggior margine di tutela all'agredito nel proprio domicilio, senza frizioni con i principi costituzionali.

### ***Conclusioni e prospettive***

A conclusione dell'articolata e complessa analisi dell'istituto della legittima difesa domiciliare, così come plasmato dalla nuova legge n. 36 del 2019, appare chiaro che

---

<sup>57</sup> GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit., p. 6.

<sup>58</sup> PULITANÒ D., *Legittima difesa*, cit., p. 210.



l'autotutela individuale, in qualsiasi Stato di diritto, deve incontrare dei limiti, imposti a livello costituzionale ed anche a livello convenzionale.

Questi ultimi sembrano essere stati travalicati da una legislazione simbolica finalizzata all'assestamento di istanze emotivo-populiste.

Il modello di difesa sociale diffuso<sup>59</sup> proposto dallo Stato assente non risulta rafforzare la sicurezza dei consociati: letta nella sua formulazione letterale, la riforma si tramuterebbe in una vera e propria licenza di uccidere<sup>60</sup> e ciò comporterebbe un aumento del tasso di violenza e non una diminuzione.

La riforma, in altre parole, ha superato i limiti delle garanzie costituzionali infatti seppure ci troviamo di fronte ad una legge del Parlamento, l'approccio che ne traspare, secondo gran parte della dottrina, insofferente per il ruolo del giudice e dunque per la divisione dei poteri, esprime un deficit di cultura della giurisdizione e una tendenza alla ricerca esasperata di consenso (con qualche sfumatura plebiscitaria)

davvero preoccupanti.

In tale panorama, alla giurisprudenza si pongono davanti due strade che decideranno il destino del nuovo art. 52 c.p: si continuerà o sulla via della interpretazione conforme ai principi costituzionali e convenzionali, auspicata dal Presidente della Repubblica nella lettera di accompagnamento alla legge ovvero qualora l'interpretazione non risulti possibile o comunque inadeguata (stante l'efficacia non *erga omnes* delle sentenze), il giudice dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale della disciplina in esame, che autorizza reazioni difensive non necessarie, manifestamente sproporzionate e intenzionalmente inferte<sup>61</sup>.

A fronte di tali profonde criticità, gran parte della dottrina auspica un ritorno alla disciplina pre-riforma del codice Rocco, la quale non illudeva sulla maggiore sicurezza i cittadini.

<sup>59</sup> GARGANI A., *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in *Legisl. pen.*, 14 febbraio 2019, cit., p. 1.

<sup>60</sup> GROSSO, *La difesa legittima dopo la l. 26 aprile 2019, n. 36*, cit., p. 889.

<sup>61</sup> CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., p. 12-13.



## AMMINISTRATIVO

### Il procedimento sanzionatorio delle Autorità Indipendenti e garanzie dell'incolpato, alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 584/2021.

di Antonella Rosato

#### *Considerazioni introduttive con riguardo alle Autorità indipendenti*

Le Autorità Indipendenti, pur collocandosi all'interno dell'articolato sistema delle pubbliche amministrazioni (con conseguente rifiuto della tesi che intendeva le ascriveva al potere giurisdizionale<sup>1</sup>), presentano profili oggettivi e soggettivi di peculiarità rispetto alle tradizionali amministrazioni pubbliche.

Segnatamente, le Autorità Indipendenti possono definirsi quali corpi amministrativi caratterizzati da un elevato grado di indipendenza dal potere politico, dotati di particolari competenze tecniche e conati per la cura di interessi sensibili.

Vi sono, infatti, determinati settori in cui le funzioni esercitate dalle Autorità

Indipendenti non si discostano da quelle normalmente svolte dalla pubblica amministrazione: in tale caso, la peculiarità delle Autorità *de quibus* si sostanzia non già nell'intrinseca natura delle funzioni svolte, bensì nel loro esercizio da parte di un organo amministrativo dotato di specifiche competenze tecniche e un elevato grado di indipendenza valutativa.

Altre volte, invece, le funzioni espletate dalle Autorità si affrancano dalle categorie amministrativistiche classiche per essere inquadrate piuttosto nell'ambito della funzione giurisdicente, che si articola, più in dettaglio, in compiti normativi, regolatori, di vigilanza, di controllo e monitoraggio, di accertamento, di risoluzione dei conflitti e sanzionatori.

La funzione giurisdicente risulta, quindi, esser ben più estesa rispetto a quella più specificamente giurisdizionale e si traduce in un concetto ampio di attuazione della legge, comprensivo del “regolare” (in applicazione

---

<sup>1</sup> Come ribadito dalla Corte costituzionale, con un ragionamento estendibile a tutte le Autorità Indipendenti, che ha escluso la sussistenza di una legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in capo alla

Autorità Antitrust, difettando quest'ultima dell'essenziale requisito della terzietà, proprio dell'autorità giudiziaria (Corte Cost., Sent. n. 13 del 31 gennaio 2019).



della norma primaria) e del “decidere”<sup>2</sup>. In tale ottica, le Autorità Indipendenti fissano, in attuazione del dettato legislativo primario, le regole di disciplina di settore, per poi, eventualmente, esercitare poteri correttivi e sanzionatori, idonei a reprimere le inosservanze e a ripristinare la legalità.

In particolare, l’Autorità è chiamata a ricoprire un ruolo di arbitro e tutore delle posizioni giuridicamente rilevanti coinvolte nel settore di riferimento, delineando un modello equipollente, sotto tale aspetto, a quello giurisdizionale ovvero a quello giustiziale fondato sullo strumento tradizionale del ricorso amministrativo. La scelta legislativa di creare Autorità che si discostano dal concetto classico di amministrazione, al fine di attribuirvi particolari poteri di risoluzione di conflitti e sanzionatori, da un lato, rappresenta una risposta all’entrata in crisi del rimedio tradizionale del ricorso amministrativo, dall’altro, rinvia la propria giustificazione nell’esigenza di attuare un’anticipazione della tutela degli interessi a uno stadio antecedente alla fase patologica-giurisdizionale.

In tale contesto, viene, quindi, a delinearsi la prospettiva di un peculiare procedimento

sanzionatorio presieduto non già da un giudice, bensì da un’autorità amministrativa.

### *Il procedimento sanzionatorio*

La potestà sanzionatoria o inibitoria, riconosciuta a un’Autorità Indipendente, si contraddistingue per esser attuata non tanto sulla base di tradizionali valutazioni discrezionali, ma nell’esercizio della cd. discrezionalità amministrativa.

La peculiarità della suddetta funzione si evince anche dalla circostanza che all’Autorità indipendente spetta il compito di “contestualizzare” le norme da applicare, dal momento che le stesse prevedono spesso “concetti giuridici indeterminati”<sup>3</sup>. L’espletamento del procedimento sanzionatorio risulta, pertanto, procedere secondo una sequenza, che può esser riassunta come di seguito: accertamento dei fatti, contestualizzazione della norma, confronto del fatto con il parametro come contestualizzato, applicazione della sanzione.

È indubbio che, nell’ambito del procedimento in esame, un ruolo centrale vada riconosciuto proprio alla fase di “contestualizzazione delle norme” poste a

<sup>2</sup> CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, p. 740 e ss.

<sup>3</sup> GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, p. 353.



tutela del settore cui l’Autorità è preposta: la necessaria definizione dei concetti giuridici indeterminati, che possono venire in rilievo nella disposizione normativa, diviene, infatti, strumentale per una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell’illecito e alla successiva verifica dei presupposti per l’irrogazione della sanzione.

Il riconoscimento di siffatta potestà sanzionatoria è stato, tuttavia, accompagnato dal profilarsi di numerosi profili problematici, connessi alla previsione di un minimum di garanzie procedurali, alla determinazione natura stessa della sanzione, agli strumenti giurisdizionali riconosciuti al destinatario del provvedimento sanzionatorio, nonché, da ultimo, alla definizione della natura del termine di conclusione del procedimento in esame.

Prima di trattare singolarmente le suddette questioni, rileva chiarire come le stesse condividano una matrice comune, derivando, infatti, dalla medesima esigenza, avvertita dalla giurisprudenza sia interna sia sovranazionale, di evitare che l’incardinamento di un procedimento “sanzionatorio” dinanzi ad un’Autorità amministrativa, possa poi tradursi in

un’inammissibile riduzione delle garanzie, che spetterebbero all’imputato in sede giudiziaria. Come, infatti, osservato dal Consiglio di Stato, tali procedimenti sanzionatori, data la particolare afflittività della potestà esercitata, sono da considerarsi come “micromodelli” di processi penali, a cui l’ordinamento ricorre ove ritenga sufficiente restare all’interno dell’impianto amministrativo<sup>4</sup>.

### *Garanzie partecipative e diritto a un “procedimento giusto”*

La particolare delicatezza del ruolo svolto dalle Autorità Indipendenti ha fatto emergere, anche in ragione del marcato deficit di legittimazione democratica che le connota, l’esigenza di prevedere regole rafforzate in termini di trasparenza e di partecipazione ai procedimenti, dalle stesse presieduti.

I tratti peculiari che caratterizzano tali autorità costituiscono motivo non già per sottrarle all’operatività delle regole che prevedono le garanzie partecipative, ma anzi per rafforzarne il contenuto. Emerge in maniera netta l’esigenza di garantire efficacemente il contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità

---

<sup>4</sup>Consiglio di Stato, sezione VI, Sent. n. 584 del 19 gennaio 2021.



indipendenti, tanto da giungere a qualificarlo come un elemento insopprimibile che contraddistingue le funzioni svolte da tali organismi.

In tale ottica, le disposizioni sul procedimento amministrativo e in materia di accesso, previste dalla legge n. 241/1990, risultano pacificamente applicabili a tali Autorità, coerentemente con la acclarata natura amministrativa delle stesse, ma al contempo devono essere intese come garanzie minime, rispetto alle quali possono esser introdotte anche specifiche disposizioni dettate per i procedimenti che si svolgono dinanzi alle singole Autorità.

Come già preannunciato, l'esigenza di assicurare un procedimento pienamente contraddittorio si impone in modo ancora più pregnante, ove l'autorità sia chiamata ad esercitare un potere sanzionatorio direttamente incidente su terzi. Le ragioni di tale approdo si rinvengono nella necessità di una sufficiente informazione dell'incolpato, al fine di consentirgli un corretto esercizio del diritto di difesa, e nell'esigenza di proporzionalità della sanzione irrogata in rapporto all'illecito commesso.

La necessità di un pieno contraddittorio nell'ambito di un procedimento

sanzionatorio condotto da un'Autorità Indipendente, deriva anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che, nel riconoscere natura sostanzialmente penale alle sanzioni irrogate da alcune Autorità indipendenti, ha ritenuto che le garanzie sottese al principio del giusto processo, previste dall'art 6. Par. 1, CEDU, vadano soddisfatte già nel corso del procedimento sanzionatorio de quo.

Fin dalla nota pronuncia Engel e altri c. Paesi Bassi dell'8 giugno 1976, la Corte di Strasburgo ha delineato l'espressione "sanzione sostanzialmente penale", divenuta ormai *ius receptum* all'interno degli ordinamenti degli Stati aderenti alla CEDU, al fine di individuare quelle misure punitive che, pur non ricadendo nel *genus* delle sanzioni formalmente qualificate come penali secondo l'ordinamento nazionale, per la loro particolare natura, per gli interessi presidiati nonché per il grado di severità che le caratterizza, vanno a quest'ultime assimilate, ai fini dell'estensione e operatività delle garanzie sottese al principio del giusto processo, di cui all' art. 6, par. 1, CEDU.

Ancora una volta la Corte EDU ha dimostrato di prediligere un approccio risolutivo di tipo sostanzialistico, onde scongiurare, in tal caso, ogni tentazione di

elusione degli obblighi convenzionali da parte dei legislatori nazionali attraverso una c.d. “truffa delle etichette”<sup>5</sup>. Come affermato nel 1980 dai giudici di Strasburgo, «il ruolo prominente che in una società democratica riveste il diritto al giusto processo [...] induce la Corte a preferire una concezione sostanziale, piuttosto che formale, di accusa ai sensi dell’art. 6, § 1. La Corte deve guardare al di là delle apparenze e ricercare la realtà della procedura in questione»<sup>6</sup>

È così che, a partire dalla sentenza Engel, vengono a essere delineati i criteri alla stregua dei quali le misure punitive devono essere qualificate come penali, onde verificare che le stesse rispettino le garanzie convenzionali delineate in ambito penalistico. I parametri così elaborati dai giudici di Strasburgo sono i seguenti: a) la qualificazione giuridico-formale dell’infrazione nel diritto interno; b) la natura dell’infrazione e degli interessi presidiati; c) il carattere o il grado di severità della sanzione (la misura, ad esempio, non riveste carattere “penale” quando mira a

risarcire/compensare lesioni e danni di tipo patrimoniale, ovvero a ripristinare lo status quo, e non già a prevenire la violazione e a punire il trasgressore).

Rileva chiarire che i criteri in esame, tra loro alternativi e non cumulativi, operano secondo logiche differenti: il primo si risolve in un metodo di analisi formale e non ha carattere vincolante, quando si accerta la valenza “intrinsecamente penale” della misura; il secondo e il terzo, al contrario, danno rilievo al contenuto della violazione e alla funzione della sanzione (inducendo la Corte di Strasburgo a qualificare come penali sanzioni che, negli ordinamenti interni di volta in volta considerati, presentano natura formalmente amministrativa)<sup>7</sup>.

L’operatività dei predetti criteri ha finito per interessare anche le sanzioni irrogate dalle Autorità Indipendenti, che sono state, quindi, assimilate, ai fini dell’applicabilità dell’art. 6, par. 1, CEDU, alle sanzioni penali. Tale sorte è toccata, in particolare, alle sanzioni irrogate dalla Consob per le

<sup>5</sup> GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, 2018, p. 4. e ss.

<sup>6</sup>Corte EDU, Camera, 27 febbraio 1980, caso n. 6903/75, *Deweer v. Belgium*, § 44: «However, the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial ... prompts the Court to prefer a “substantive”, rather than a “formal”, conception of the “charge” contemplated by Article 6, par. 1 (art. 6-1). The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question».

<sup>7</sup> *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all’applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, Intervento del Segretario Generale Consob Carlo Deodato al convegno organizzato dall’Università La Sapienza di Roma su “Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali”, svoltosi in data 7 ottobre 2019 presso la sede del Consiglio di Stato.

fattispecie di abusi di mercato previste dagli artt. 187bis (abuso di informazioni privilegiate) e 187 ter (manipolazione del mercato) del TUF. Nella nota sentenza Grande Stevens e altri c. Italia del 4 marzo 2014, la Corte EDU ha, infatti, qualificato le sanzioni irrogate dalla Consob come sostanzialmente penali, tenuto conto della pregnanza del bene giuridico tutelato (parità delle armi nelle negoziazioni, trasparenza dei mercati e fiducia degli investitori) e del considerevole grado di severità delle misure repressive previste (pecuniarie, interdittive e ablatorie).

Una volta classificate le sanzioni, applicate da un'Autorità Indipendente, come sostanzialmente penali, si pone il problema di verificare la compatibilità del procedimento sanzionatorio con il principio del giusto processo, come enunciato dall'art. 6 CEDU, che prevede una serie di garanzie tipicamente processuali, quali la terzietà e l'imparzialità del giudice, il contraddittorio, la parità delle armi e il diritto ad un processo e ad una decisione che siano resi pubblici e motivati.

A ben vedere, tale verifica rischia di avere esito negativo, dal momento che la procedura sanzionatoria di competenza di un'Autorità indipendente, per come è

strutturata, non appare idonea ad assicurare il rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, soprattutto per quanto riguarda la terzietà e imparzialità del giudice.

In tale ottica, se la garanzia di un contraddittorio effettivo risulta in molti casi già pienamente soddisfatta in sede amministrativa, lo stesso non può dirsi per l'esigenza che la decisione spetti ad un giudice terzo e imparziale: la separazione tra funzione istruttoria e funzione decisoria risulta più o meno accentuata nelle varie Autorità, ma non arriva mai ad essere assoluta (come affermato anche dalla Corte Cost. 13/2019 in relazione alla Agcm).

Come ribadito dal Consiglio di Stato, una netta separazione soggettiva tra funzione istruttoria e funzione decisoria (nel modo necessario per assicurare il rispetto della c.d. imparzialità oggettiva come tratteggiato dalla Corte EDU) non risulta, quindi, praticabile *de jure condito*; “essa richiederebbe un radicale ripensamento del sistema delle Autorità indipendenti, attraverso la creazione, ad esempio, di Autorità indipendenti con funzioni soltanto inquirenti e l'attribuzione al giudice del potere di irrogare le relative sanzioni sul modello del sistema anglo-

americano.”<sup>8</sup>

Tuttavia, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito che il rispetto dell'art 6, par. 1 CEDU non impedisce che una “pena” sia applicata, in primo luogo, da un'autorità amministrativa, che non soddisfi tutte le garanzie del principio del giusto processo, purché il provvedimento sanzionatorio sia successivamente sottoposto al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione.

In tal senso il Consiglio di Stato ha evidenziato come il modello della netta separazione tra funzione istruttoria e funzione decisoria non rappresenti una soluzione imposta dagli obblighi sovranazionali scaturenti dalla CEDU, essendo sufficiente che la sanzione irrogata da una autorità amministrativa possa esser impugnata dinanzi a un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un sindacato di *full jurisdiction*<sup>9</sup>.

Tale impostazione trova conferma anche nella giurisprudenza di legittimità, laddove si è chiarito che, in materia di sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali (in base ai criteri Engels), gli Stati possono scegliere se

assicurare le garanzie del giusto processo, di cui all'art. 6, par. 1 CEDU, già nella fase amministrativa (in tal caso, nella logica della Convenzione EDU, un fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante la sottoposizione del provvedimento sanzionatorio, adottato dall'autorità amministrativa, ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, realizzato nel corso di un processo che rispetti tutte le prescrizioni sancite dalla norma convenzionale richiamata. In proposito la Corte di Cassazione ha ancora affermato: “nel secondo caso, non può ritenersi che il procedimento amministrativo sia illegittimo, in relazione ai parametri fissati dall'art. 6 della Convenzione, e che la successiva fase giurisdizionale determini una sorta di sanatoria di tale originaria illegittimità, al contrario, il procedimento amministrativo, pur non offrendo esso stesso le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione, risulta *ab origine* conforme alle prescrizioni di detto articolo, proprio perché è destinato a concludersi con un provvedimento suscettibile di un sindacato giurisdizionale pieno, nell'ambito di un giudizio che assicura

<sup>8</sup>Cons. Stato, VI sez., Sent. n. 1596 del 26 marzo 2015.

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. VI, Sent. n. 1596 del 26 marzo 2015.

le garanzie del giusto processo”<sup>10</sup>.

### ***Natura del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio***

Data la rilevanza del dibattito, sorto in seno alla giurisprudenza amministrativa, circa la natura del termine di conclusione del procedimento *de quo*, non si può, in tale sede, prescindere da un esame della recentissima pronuncia della VI sezione del Consiglio di Stato del 19 gennaio 2021, n. 584, laddove, come meglio si vedrà nel prosieguo, la soluzione accolta dalla sentenza esprime proprio quell’esigenza di rispettare le dovute garanzie e il diritto alla difesa dell’incolpato. Tale intervento giurisdizionale affronta la questione generale se la potestà sanzionatoria, esercitata da un’Autorità Indipendente, sia soggetta a prescrizione o decadenza, essendo notoriamente diverso il fatto giuridico “tempo” nei due istituti. Se nel primo caso il tempo è durata, laddove l’inerzia che si protrae nel tempo rileva come fatto tendenzialmente estintivo del diritto (*rectius*, sorge nella controparte il diritto potestativo di eccepire la prescrizione), nel secondo caso, per una ragione anche di interesse pubblico superiore, il tempo è distanza, cosicché il potere deve essere

esercitato a non eccessiva distanza dai fatti che ne costituiscono il fondamento.

La questione affrontata dal Giudice indicato riguardava, nello specifico, la natura del termine di conclusione di un procedimento sanzionatorio di competenza dell’Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), che non risultava previsto da una disposizione legislativa, bensì fissato nella Delibera del 13 marzo 2014 n. 102/2014/S/GAS adottata dalla stessa Autorità all’avvio del procedimento.

Secondo un primo orientamento, non rinvenendosi alcuna norma nell’ordinamento giuridico che attribuisse espressamente al suddetto termine natura perentoria e, quindi, decadenziale, se ne doveva dedurre l’inevitabile qualificazione dello stesso come termine ordinario. In tale ottica, il provvedimento emanato oltre lo spirare del suddetto termine di conclusione del procedimento non sarebbe stato illegittimo, purché intervenuto nel termine prescrizione di cinque anni previsto dall’art. 28 della legge n. 689 del 1981.

La predetta tesi era, però, osteggiata da quella parte della giurisprudenza, secondo cui, in materia di sanzioni amministrative, al

<sup>10</sup>Cass. civ., Sez. II, Sent. n. 4 del 3 gennaio 2019.



termine di conclusione del procedimento va riconosciuta natura perentoria, a prescindere da un'espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo prevede<sup>11</sup>.

I sostenitori di quest'ultimo orientamento optavano per la natura perentoria del termine in esame, valorizzando la stretta correlazione sussistente tra il rispetto dello stesso e l'effettività del diritto, costituzionalmente tutelato, alla difesa dell'incolpato (artt. 24-97 Cost.), nonché per un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive. A tal proposito, si è evidenziato come l'adozione del provvedimento sanzionatorio nel termine prescrizionale di cinque anni, previsto dall'art. 28 della legge n. 689 del 1981, anziché nel rispetto del termine stabilito per il singolo procedimento, avrebbe comportato l'esposizione dell'incolpato ad un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio sarebbe stato difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa.

Il Consiglio di Stato, preso atto di entrambi gli orientamenti contrastanti, aderisce al

secondo, ritenendo che quest'ultimo risulti maggiormente idoneo a cogliere le *rationes* sottese al procedimento sanzionatorio dell'Autorità Indipendente. La particolare incisività e afflittività della potestà esercitata fa, infatti, emergere pregnanti esigenze di certezza dei rapporti giuridici, che impongono di collocare il procedimento sanzionatorio entro un termine rigido, quand'anche manchi una norma legislativa che sancisca espressamente la natura perentoria del termine stesso.

Segnatamente, il Consiglio di Stato delinea le specifiche ragioni che depongono per la soluzione accolta: “a) la possibilità dell'amministrazione di provare la sussistenza della violazione si deteriora con il decorso del tempo; b) la possibilità per l'amministrato di offrire la prova contraria soffre la stessa sorte; c) l'effetto dissuasivo di prevenzione speciale è assicurato dall'esistenza di un lasso temporale ristretto tra contestazione della violazione e adozione del provvedimento sanzionatorio; d) lo stesso dicasi per l'effetto dissuasivo di prevenzione generale; e) in generale, il tempo

<sup>11</sup>Si tratta di un orientamento relativo in particolare al procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia (Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; Id., 6 agosto 2013 n. 4113; Id., 29 gennaio 2013); dal regolamento unico dell'Avcp, oggi Anac, (cfr. Cons. St., Sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289; Cons. St. Sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695; Id., 3

maggio 2019, n. 2874); al procedimento sanzionatorio dell'IVASS, disciplinato dall'art. 5 comma 1, D.Lgs. n. 209 del 2005 (Cons. St., Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 2042); al procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni disciplinato dalla delibera Agcom n. 136/06 (Cons. St., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153).



ha la sua rilevanza come fatto giuridico e, in materia sanzionatoria, alla lunga, esso cancella ogni cosa”<sup>12</sup>.

In tale ottica, il Consiglio di Stato evidenzia quanto segue: sostenere che la natura perentoria di un termine di conclusione di un procedimento debba necessariamente trovare conforto nel dato legislativo, presuppone che il legislatore possa disporre in via esclusiva di valori di rilievo costituzionale o convenzionale al punto di rimetterli ad un’espressa previsione. Da ciò deriverebbe che, anche laddove il legislatore delinei una disciplina normativa che premia la necessità del rispetto del termine di conclusione del procedimento, la mancanza di una locuzione espressa porrebbe nel nulla l’impianto complessivo della disciplina. Da ultimo, apparirebbe svalutato anche il ruolo dell’interprete, avallando un approccio

esegetico cieco rispetto all’imperante pluralismo normativo delle fonti nazionali e sovranazionali.

Tale esito sarebbe inattuale e, quindi, non condivisibile: il ruolo dell’interprete, infatti, lungi dall’esser divenuto residuale, risulta decisivo e irrinunciabile al fine di individuare un punto di equilibrio tra le fonti multilivello, che oggi interessano ogni campo dell’amministrazione.

Pertanto, secondo quanto espresso dai Giudici di Palazzo Spada, sembra doversi concludere che l’esigenza di prevedere termini perentori possa essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali a ciò autorizzati o eventualmente anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività da parte della stessa Autorità procedente.

---

<sup>12</sup>Consiglio di Stato, sezione VI, Sent. n. 584 del 19 gennaio 2021, punto 8.4.



## Schede di Giurisprudenza



## CIVILE

### Il doppio binario della pubblicità dei registri di stato civile e della pubblicità dei registri immobiliari: la prevalenza dell'ordinario sistema pubblicitario.

*Cassazione civile, Sez. I, sentenza del 13/01/2021, n. 376*

*di Ester Moccaghe*

#### *Quesito*

A seguito di separazione personale tra i coniugi, l'acquisto di un bene immobile effettuato in via esclusiva da uno degli stessi è opponibile ai terzi, quando tale circostanza risulti dal titolo, ma non sia specificamente indicato nella nota di trascrizione il regime patrimoniale adottato dai coniugi?

#### *Fatto*

La ricorrente lamenta il rigetto della domanda volta ad ottenere, nei confronti della curatela del fallimento del marito, da cui la stessa era legalmente separata, la declaratoria di sua esclusiva proprietà di un determinato bene immobile.

I coniugi si erano legalmente separati nel 1994 e successivamente la moglie aveva acquistato un bene immobile, precisando nel titolo che era legalmente separata dal marito.

La ricorrente provvedeva, quindi, a trascrivere l'atto di acquisto, ma ometteva di indicare il regime patrimoniale dei coniugi, nonostante con circolare n. 128 del 1995 il Ministro delle finanze avesse chiarito che tale adempimento era obbligatorio.

La curatela del fallimento del marito della ricorrente, d'altro canto, oppone che è orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità che la funzione di pubblicità-notizia della trascrizione è assolta dalla nota di trascrizione, non potendosi pretendere che i terzi consultino gli atti integrali.

Invero, la nota di trascrizione costituisce un riassunto del contenuto del titolo trascritto; sicché nel caso di specie alla curatela non era opponibile la precisazione circa la qualità dell'acquirente menzionata esclusivamente nell'atto trascritto.

La Corte di Cassazione, avallando l'iter argomentativo della sentenza impugnata, rigetta il ricorso principale e conferma l'orientamento granitico della giurisprudenza in tema di opponibilità ai terzi degli acquisti dei beni immobili da parte di coniuge legalmente separato.

#### *Norme*

**Art. 191 c.c. Scioglimento della**

### **comunione**

*“La comunione si scioglie per la dichiarazione di assenza o di morte presunta di uno dei coniugi, per l'annullamento, per lo scioglimento o per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, per la separazione personale, per la separazione giudiziale dei beni, per mutamento convenzionale del regime patrimoniale, per il fallimento di uno dei coniugi.*

*Nel caso di separazione personale, la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato. L'ordinanza con la quale i coniugi sono autorizzati a vivere separati è comunicata all'ufficiale dello stato civile ai fini dell'annotazione dello scioglimento della comunione.*

*Nel caso di azienda di cui alla lettera d) dell'articolo 177, lo scioglimento della comunione può essere deciso, per accordo dei coniugi, osservata la forma prevista dall'articolo 162.”.*

### **Art. 2655 c.c. Annotazione di atti e di sentenze.**

*“Qualora un atto trascritto o iscritto sia dichiarato nullo o sia annullato, risolto, rescisso o revocato o sia soggetto a condizione risolutiva, la dichiarazione di nullità e, rispettivamente, l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, la revocazione, l'avveramento della condizione devono annotarsi in*

*marginare alla trascrizione o all'iscrizione dell'atto.*

*Si deve del pari annotare, in margine alla trascrizione della relativa domanda, la sentenza di devoluzione del fondo enfiteutico.*

*Se tali annotazioni non sono eseguite, non producono effetto le successive trascrizioni o iscrizioni a carico di colui che ha ottenuto la dichiarazione di nullità o l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, la revoca o la devoluzione o a favore del quale si è avverata la condizione. Eseguita l'annotazione, le trascrizioni o iscrizioni già compiute hanno il loro effetto secondo l'ordine rispettivo.*

*L'annotazione si opera in base alla sentenza o alla convenzione da cui risulta uno dei fatti sopra indicati; se si tratta di condizione, può eseguirsi in virtù della dichiarazione unilaterale del contraente in danno del quale la condizione stessa si è verificata”.*

### **Art. 2659 c.c. Nota di trascrizione.**

*“Chi domanda la trascrizione di un atto fra vivi deve presentare al conservatore dei registri immobiliari, insieme con la copia del titolo, una nota in doppio originale, nella quale devono essere indicati:*

*1) il cognome ed il nome, il luogo e la data di nascita e il numero di codice fiscale delle parti, nonché il regime patrimoniale delle stesse, se coniugate, secondo quanto risulta da loro dichiarazione resa nel titolo o da certificato dell'ufficio di stato civile; la denominazione o la ragione sociale, la sede e il numero di codice fiscale delle persone giuridiche, delle*

società previste dai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto e delle associazioni non riconosciute, con l'indicazione, per queste ultime e per le società semplici, anche delle generalità delle persone che le rappresentano secondo l'atto costitutivo. Per i condominii devono essere indicati l'eventuale denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale;

2) il titolo di cui si chiede la trascrizione e la data del medesimo;

3) il cognome e il nome del pubblico ufficiale che ha ricevuto l'atto o autenticato le firme, o la autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza;

4) la natura e la situazione dei beni a cui si riferisce il titolo, con le indicazioni richieste dall'articolo 2826, nonché, nel caso previsto dall'articolo 2645bis, comma 4, la superficie e la quota espressa in millesimi di cui a quest'ultima disposizione.

Se l'acquisto, la rinunzia o la modificazione del diritto sono sottoposti a termine o a condizione, se ne deve fare menzione nella nota di trascrizione. Tale menzione non è necessaria se, al momento in cui l'atto si trascrive, la condizione sospensiva si è verificata o la condizione risolutiva è mancata ovvero il termine iniziale è scaduto”.

#### **Art. 2665 c.c. Omissioni o inesattezze nelle note.**

“L'omissione o l'inesattezza di alcuna delle indicazioni richieste nelle note menzionate negli articoli 2659 e 2660 non nuoce alla validità della

trascrizione, eccetto che induca incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico a cui si riferisce l'atto o, rispettivamente la sentenza o la domanda”.

#### *Inquadramento*

La questione sottesa alla pronuncia in esame riguarda la funzione della trascrizione in generale e la declinazione della medesima con riguardo al regime patrimoniale tra i coniugi in particolare.

La disciplina sulla trascrizione apre il libro VI del Codice civile, dedicato alla tutela dei diritti. Da siffatta collocazione sistematica si desume che tale istituto costituisce, appunto, uno strumento di tutela dei diritti delle persone fisiche e delle persone giuridiche.

Più precisamente, attraverso la trascrizione vengono resi pubblici ed opponibili ai terzi gli atti relativi ai beni immobili o a determinati beni mobili. La pubblicità, invero, è strumentale alla risoluzione dei conflitti tra più aventi causa dallo stesso dante causa: *prior in tempore, potior in iure* (art. 2644 c.c.).

Nel vigore del codice civile del 1865 dalla natura dichiarativa delle trascrizioni discendeva il carattere non obbligatorio della formalità, pertanto l'onere di curare la relativa pubblicità restava inadempito, al fine di



evitare la conseguente imposizione fiscale<sup>1</sup>.

Quindi, nel codice civile attualmente vigente all'art. 2650 c.c. è stato positivizzato il principio della continuità delle trascrizioni: l'omessa trascrizione degli atti comporta, oltre ad una sanzione fiscale, anche una sanzione di carattere sostanziale, consistente nell'inefficacia e, dunque, nell'inopponibilità delle successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente.

Per quanto attiene al procedimento, la trascrizione deve essere effettuata presso l'ufficio dei registri immobiliari nella cui circoscrizione sono situati i beni, per mezzo di un'istanza in doppio originale indirizzata al Conservatore (cd. nota di trascrizione), indicante i dati previsti dall'art. 2659 c.c., con allegato l'atto da trascrivere.

A tal proposito, si osserva che l'art. 2659 comma 1 n.1 c.c. dispone che nella nota di trascrizione deve essere indicato il regime patrimoniale delle parti. Ciò appare ancor più pregnante quando ad effettuare l'acquisto e a chiedere la trascrizione del relativo atto sia un coniuge.

Infatti, con la riforma del diritto di famiglia del

1975 fu rivoluzionato il sistema del regime patrimoniale dei beni tra i coniugi: la comunione è ora il regime ordinario e legale, mentre la separazione è il regime alternativo e convenzionale (art. 215 c.c.)<sup>2</sup>.

La differenza è rilevante, giacché il regime di separazione patrimoniale prevede che ciascuno dei coniugi conservi la titolarità esclusiva di ogni acquisto effettuato durante il matrimonio, con diritto ad amministrare il suo patrimonio senza ingerenze da parte dell'altro. In ogni caso, resta fermo l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia (art. 143 c.c.).

Si pone, allora, la questione relativa all'opponibilità del regime patrimoniale prescelto ai terzi, così come è accaduto nella vicenda oggetto della pronuncia in commento.

Nondimeno, l'art. 219 c.c. si limita a stabilire che la prova della proprietà esclusiva di determinati beni può essere fornita dal coniuge con qualsiasi mezzo.

Il tenore letterale della norma, però, sembra riferirsi soltanto ai rapporti interni tra coniugi.

Tuttavia, essa deve essere interpretata

---

<sup>1</sup>FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2019, p. 89.

<sup>2</sup> Il regime di separazione dei beni è stato fino al 1975 il regime patrimoniale legale, automaticamente applicabile a tutte le coppie che non avessero stipulato una apposita convenzione matrimoniale.

TORRENTE, A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p.1279.



tenendo conto altresì della disciplina relativa al diritto di proprietà.

Il consorte proprietario esclusivo di un bene, invero, è titolare di un diritto assoluto, che può essere fatto valere *erga omnes*; pertanto, egli ha interesse a dimostrare la proprietà esclusiva del bene nei confronti dell'altro consorte e a maggior ragione anche nei confronti dei terzi.

Quindi, è opportuno determinare se sia necessario trascrivere l'accordo con cui la coppia ha scelto il regime di separazione patrimoniale ovvero sia sufficiente un patto tra le parti.

La soluzione può ricavarsi dalle disposizioni di cui all'art. 162 c.c.

Infatti, l'accordo può essere oggetto di una convenzione matrimoniale, che può essere stipulata in qualsiasi momento e deve essere redatta per atto pubblico, a pena di nullità; in alternativa, la scelta può essere dichiarata nell'atto di celebrazione del matrimonio. Ai fini dell'opponibilità ai terzi, poi, l'ultimo comma dell'art. 162 c.c. chiarisce che tali opzioni debbono essere annotate a margine dell'atto di matrimonio.

Sostanzialmente diversa è la circostanza in cui la coppia non abbia mai scelto il regime di separazione e, dunque, operi quello di comunione legale ovvero convenzionale.

In tale ipotesi, invero, la comunione si scioglie a seguito di separazione personale tra i coniugi.

Più precisamente, essa si dissolve nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i consorti a vivere separati ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale omologato.

Lo *status* della coppia e lo scioglimento della comunione sono resi conoscibili ed opponibili ai terzi mediante annotazione nell'atto di matrimonio a cura dell'ufficiale di stato civile.

Ad ogni modo, un terzo avente causa dal coniuge che sia anche proprietario esclusivo di un determinato bene non ha l'onere di consultare i registri di stato civile per verificare se il suo dante causa sia in regime di comunione ovvero di separazione dei beni.

Al contrario, la fonte di pubblicità è costituita dal registro della conservatoria. Quindi, spetta al coniuge che assuma di essere l'unico proprietario di un determinato bene immobile dimostrare che l'acquisto non è ricaduto nella comunione.

A tal riguardo, nel caso di specie si menziona la circolare del Ministero delle finanze n. 128 del 1995, che prescrive l'obbligatoria indicazione del regime patrimoniale delle parti contraenti, quando risulti che le stesse siano



coniugate; in particolare, occorre inserire nell'apposita casella la lettera "S", se si tratta di soggetto in regime di separazione.

È vero che di regola le circolari non sono fonti del diritto e, pertanto, non innovano l'ordinamento giuridico; tuttavia, esse sono indispensabili al fine di fornire utili indicazioni di prassi, per evitare problemi interpretativi ed applicativi.

Peraltro, l'art. 2659 c.c., come già evidenziato, richiede espressamente che nella nota di trascrizione sia indicato il regime patrimoniale delle parti, qualora si tratti di coniugi.

Orbene, estendendo la portata della norma di cui all'art. 219 c.c. *ut supra*, si potrebbe affermare che la mancata precisazione del regime patrimoniale nella nota di trascrizione dell'atto di acquisto non è di ostacolo alla conoscibilità e all'opponibilità ai terzi dello stesso, giacché il coniuge potrebbe provare con qualsiasi altro mezzo la titolarità esclusiva dei diritti sul bene.

Eppure, nella pronuncia in esame non vi è cenno alcuno a tale disposizione. Al contrario, viene riportato l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, in relazione all'interpretazione degli articoli 2659 e 2665 c.c., secondo cui *“per stabilire se e in quali limiti*

*un determinato atto relativo a beni immobili sia opponibile ai terzi, deve aversi riguardo esclusivamente al contenuto della nota di trascrizione, dovendo le indicazioni riportate nella nota stessa consentire di individuare, senza possibilità di equivoci ed incertezze, gli estremi essenziali del negozio e i beni ai quali esso si riferisce, senza necessità di esaminare anche il contenuto del titolo che, insieme con la menzionata nota, viene depositato presso la conservatoria dei registri immobiliari”*<sup>3</sup>.

Il collegio giudicante, allora, valorizza il principio di autosufficienza della nota di trascrizione, argomentando sull'art. 2659 c.c., nonché sull'art. 2665 c.c., che chiarisce che l'omissione o l'inesattezza di taluna delle indicazioni richieste dalla legge non inficia la validità della trascrizione, a meno che non induca incertezze. In altri termini, questa disposizione ribadisce la funzione di pubblicità della trascrizione, strumentale al principio generale di certezza del diritto e di stabilità dei traffici giuridici.

Quindi, parafrasando il dato normativo, rilevano soltanto quelle imprecisioni e quelle omissioni che non sono meramente formali, ma che frustrano le esigenze appena menzionate e ledono il legittimo affidamento del terzo<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Cass. Civ., sentenza n. 4842/2019.

<sup>4</sup> Ad esempio, recentemente la Cassazione ha dichiarato l'invalidità e la conseguente inopponibilità a terzi della nota

La vicenda, dunque, viene analizzata prevalentemente sotto il profilo della trascrizione, senza indugiare sulle peculiarità che implica l'intreccio tra diritto di famiglia, diritto di proprietà e pubblicità-notizia.

Infatti, il giudice di legittimità si limita a citare una pronuncia del 1998<sup>5</sup>, in cui era stata negata la necessità, ai fini dell'opponibilità ai terzi degli effetti dello scioglimento della comunione derivante dalla separazione personale dei coniugi, dell'annotazione del provvedimento di separazione a margine dell'atto di matrimonio, essendo sufficiente la trascrizione nei registri immobiliari della relativa nota, recante l'indicazione della corrispondente circostanza.

A sostegno di tale assunto era stata sottolineata l'instabilità intrinseca degli effetti della separazione personale dei coniugi, giacché è bastante la riconciliazione per farli venire meno. Pertanto, le esigenze di tutela dei terzi sono adeguatamente soddisfatte soltanto attraverso l'ordinario sistema pubblicitario, il cui perno è la trascrizione.

La Cassazione civile, allora, conferma l'indirizzo del precedente del 2013<sup>6</sup>. In

quest'ultima pronuncia essa aveva sancito che nel nostro ordinamento la pubblicità immobiliare, attuata mediante trascrizione, è imperniata su principi formali; sicché il terzo estraneo all'atto trascritto deve soltanto fare affidamento sul contenuto con cui la notizia della stipulazione dell'atto è riportata nei registri immobiliari.

Si osserva, però, che il caso sottoposto all'epoca al Collegio non riguardava il sistema di doppio binario, costituito dalla pubblicità della separazione personale dei coniugi e dalla pubblicità degli atti di acquisto di beni immobili.

Ad ogni modo, ciò che viene valorizzato dal giudice di legittimità è che soltanto la trascrizione di cui agli artt. 2643 ss. c.c. soddisfa pienamente l'esigenza di certezza del diritto e tutela in modo effettivo l'affidamento del terzo.

Peraltro, nel caso di specie si evidenzia che dalla sentenza impugnata non è possibile ricostruire se e quando sia stata eseguita l'annotazione della separazione personale nei registri di stato civile, con conseguente scioglimento della comunione legale.

---

di trascrizione eseguita nei confronti di un soggetto erroneamente identificato (Cass. civ., Sez. II, sentenza 19/3/2019 n. 7680).

<sup>5</sup> Cass. Civ., sez. , 1998 n. 12098.

All'epoca la riforma del diritto di famiglia del 1975 aveva introdotto il cd. sistema binario della pubblicità del regime

patrimoniale dei coniugi: l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio e la trascrizione nei registri immobiliari.

<sup>6</sup> La vicenda riguardava l'erronea indicazione dell'anno di nascita di uno dei soggetti contraenti, sicché era stata contestata la validità della trascrizione ai sensi dell'art. 2665 c.c. (Cass. Civ., sez. II, sentenza 7/6/2013, n. 14440).



È pacifico che i coniugi fossero legalmente separati al momento dell'acquisto effettuato in via esclusiva da parte della moglie; tuttavia, essendoci incertezza circa l'annotazione dello *status* nei registri di stato civile e difettando il requisito formale dell'indicazione del regime patrimoniale nella nota di trascrizione *ex art.* 2659 c.c., è impedito all'acquirente opporre la propria esclusiva proprietà del bene e, dunque, sottrarlo alle pretese della curatela del fallimento del marito.

D'altronde, come si è già accennato, ad una conclusione diversa si potrebbe giungere applicando estensivamente la norma ricavabile dall'art. 219 c.c. Invero, se il coniuge in regime di separazione patrimoniale può dimostrare con ogni mezzo di essere proprietario esclusivo di determinati beni, a maggior ragione ciò dovrebbe essere consentito al coniuge legalmente separato.

Peraltro, nel caso di specie il particolare *status* dell'acquirente era stato indicato nel titolo d'acquisto, redatto nella forma dell'atto pubblico. È vero che non si può pretendere dal terzo che vada a consultare l'atto integrale riassunto nella nota di trascrizione; nondimeno, se il coniuge può provare di essersi legalmente separato prima di aver effettuato l'acquisto e, dunque, di essere proprietario esclusivo del bene, allora non si

comprende per quale ragione debba sempre e comunque prevalere la forma sulla sostanza.

A ciò si replica che la formalità che caratterizza la trascrizione non è fine a se stessa, in quanto è servente rispetto alla fondamentale esigenza di certezza del diritto. Peraltro, occorre rilevare che solo con la legge n. 55/2015 è stato aggiunto l'ultimo periodo all'art. 191 comma 2 c.c., che precisa che lo scioglimento della comunione legale deve essere annotato a cura dell'ufficiale di stato civile; tuttavia, *ratione temporis*, tale disposizione non è applicabile alla vicenda *de qua*.

In conclusione, la ricorrente risultava soccombente per il solo fatto di aver omesso di indicare nella nota di trascrizione lo scioglimento della comunione legale all'epoca dell'acquisto.

La questione non viene affrontata specificamente dal giudice di legittimità, tuttavia è opportuno chiedersi se tale lacuna sia idonea a indurre incertezza circa l'identità della persona cui l'atto trascritto si riferisce ai sensi dell'art. 2665 c.c.

In virtù dell'esegesi della norma appena menzionata, a bene vedere, la risposta dovrebbe essere negativa.

Invero, non è contestato che nella nota di trascrizione l'acquirente fosse specificamente indicata nella persona della ricorrente, tant'è



vero che si precisa che già nel titolo la medesima aveva riferito di essere legalmente separata.

Nonostante ciò, la Cassazione conclude sancendo che la necessità di indicare nella suddetta nota *“il regime patrimoniale del coniuge acquirente attiene alla disciplina della nota e non a quella del titolo, che resta pur sempre l'atto in base al quale si attua il trasferimento della proprietà del bene”*.

In conclusione, la Cassazione ha affermato che il rapporto tra le previsioni di cui all'[art. 2659 c.c.](#), comma 1 e [art. 191 c.c.](#), commi 1 e 2, deve spiegarsi nel senso che, tra i coniugi già in regime di comunione legale dei beni, non diviene di proprietà comune l'immobile acquistato da uno solo di essi dopo la loro separazione personale, quest'ultima costituendo causa di scioglimento della comunione medesima con la decorrenza prevista dall'[art. 191 c.c.](#), comma 2. Invece, per l'opponibilità ai terzi dei descritti effetti dello scioglimento della comunione legale

derivante dalla separazione personale dei coniugi, relativamente all'acquisto di beni immobili o mobili registrati, avvenuto con dichiarazione del coniuge acquirente dello stato di separazione, deve considerarsi necessaria e sufficiente la sola trascrizione nei registri immobiliari recante la corrispondente indicazione (cioè l'esistenza di un regime patrimoniale di separazione dei beni), indipendentemente dall'annotazione del provvedimento di separazione a margine dell'atto di matrimonio.

Occorre infine rilevare che il *decisum* può assumere rilevanza altresì in relazione ai nuovi rapporti familiari, regolati dalla l. n. 76/2016: potrebbe infatti sostenersi che le statuizioni contenute nella sentenza in esame si applichino estensivamente ai regimi patrimoniali tra i partner delle unioni civili, nonché tra i conviventi di fatto che abbiano stipulato apposita convenzione.



## PENALE

### Gli atti persecutori ed il delitto tentato

*Cassazione Penale, quinta Sezione,  
sentenza n.1943 del 18 gennaio 2021*

*di Maria Laura Nardo*

***Quesito : è configurabile il delitto tentato  
nella fattispecie degli atti persecutori?***

*Fatto*

Il tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto riteneva responsabile l'imputato del delitto tentato di atti persecutori, ex artt.56 e 612bis c.p., modificando l'originaria imputazione relativa alla consumazione del delitto, in tentativo e lo condannava alla pena di giustizia, con il beneficio della sospensione condizionale e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale. Avverso tale pronuncia, il difensore dell'imputato decideva di proporre, mediante ricorso per saltum ex art.569 c.p.p, un ricorso diretto in Cassazione (anche ai fini di economia processuale) adducendo determinati motivi. In primis, denunciava l'erronea applicazione dell'art.612bis c.p., in relazione alla configurabilità del tentativo, statuendo che non potesse essere ritenuto sussistente nella fattispecie della norma contenuta nell'art.612 bis c.p.. Ancora, il ricorrente denunciava l'inosservanza delle due disposizioni in

esame (artt.56 e 612bis c.p.), poiché il fatto commesso non era stato qualificato come reato impossibile, a sostegno di tale assunto, ricorreva, a suo parere, un caso di inidoneità del soggetto passivo per cui sarebbe stato logico determinare il reato come impossibile, con conseguente esclusione della punibilità, ed, infine, non condivideva l'applicazione dell'art.2059 c.c., ai fini del riconoscimento alla parte civile del risarcimento del danno non patrimoniale, riconosciuto dal giudice di prime cure, perché le condotte erano state perpetrate in luogo pubblico dinanzi ad amici e conoscenti.

*Norma*

#### ***Art.56 c.p. "Delitto tentato"***

*Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.*

*Il colpevole di delitto tentato è punito: con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, se dalla legge è stabilita per il delitto la pena di morte (1); con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi.*

*Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sè un reato diverso.*

*Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un*

terzo alla metà.

### **Art. 612bis c.p. “Atti persecutori”**

*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.*

*La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.*

*La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata.*

*Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi.*

*La remissione della querela può essere soltanto processuale. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo [612](#), secondo comma. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei*

*confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.*

### *Inquadramento*

La fattispecie esaminata nella pronuncia oggetto di analisi dalla Suprema Corte, pone le sue basi nella disciplina contenuta negli artt.56 e 612 bis c.p. La Corte, investita del ricorso, è chiamata a esprimersi sulla ritenuta incompatibilità del tentativo con la struttura del delitto di atti persecutori. Infatti, ha affrontato la questione prospettata dal difensore dell'imputato, il quale ha statuito la violazione della norma ex art.612bis c.p., nella fattispecie concreta, in quanto il giudice di prime cure aveva ritenuto sussistente un'ipotesi tentata del delitto di atti persecutori. Ovvero, il giudice di primo grado aveva escluso che la vittima avesse percepito, dalle condotte inflittele, la lesività delle condotte poste in essere in pubblico dall'imputato, in ragione del suo carattere particolarmente forte, cioè condizioni perenni di ansia ed agitazione, né avrebbe mutato le sue abitudini di vita, né avrebbe avuto contezza delle telefonate notturne fatte dall'agente. Pertanto, la circostanza che la persona offesa dal reato, non avrebbe



patito quel perdurante stato di ansia e paura, eventi tipici previsti dalla norma in esame, ha indotto il Tribunale a riqualificare l'originaria imputazione per l'ipotesi consumata del reato in questione, ritenendo sussistente una forma di responsabilità penale per tentativo, ex art.56 c.p.

In relazione al primo motivo, il gravame si fondava, quindi, sull'inosservanza e l'erronea applicazione dell'art. 612 bis c.p., circa la ritenuta configurabilità del tentativo, incompatibile, per il difensore, con la struttura dell'incriminazione.

Secondo la difesa, infatti, la premessa circa l'assenza di ansie e paure per la vittima di tali condotte, sarebbe idonea a scardinare l'impianto accusatorio, poiché la fattispecie ex art.612bis c.p., in quanto reato abituale, esigerebbe "per la sua giuridica esistenza" il verificarsi di almeno uno degli eventi tipici previsti dal dettato normativo.

Di conseguenza, a sostegno di tale motivo, la mancata verifica dell'evento comporterebbe un mutamento del titolo di reato, quindi, le circostanze del caso esaminato non consentirebbero la configurabilità del delitto di atti persecutori e, conseguentemente, verrebbe meno qualsiasi ipotesi di tentativo.

In primo luogo, si evidenzia che la

giurisprudenza ha da tempo chiarito che il delitto ex art.612 bis c.p. rientra tra i reati abituali di danno. Si definiscono reati abituali, quei reati che si verificano solo in presenza di una condotta reiterata nel tempo da parte dello stesso autore, mediante una pluralità di azioni omogenee. Gli Ermellini, con una recente pronuncia del 2020, avevano confermato, per il reato di cui all'art.612bis c.p., tale natura, statuendo che: *"Il delitto di atti persecutori configura un reato abituale di danno che si consuma nel momento e nel luogo della realizzazione di uno degli eventi previsti dalla norma incriminatrice, quale conseguenza della condotta unitaria costituita dalle diverse azioni causalmente orientate, sicché la competenza per territorio si determina in relazione al luogo in cui il disagio accumulato dalla persona offesa degenera in uno stato di prostrazione psicologica, in grado di manifestarsi in una delle forme descritte dall'art. 612-bis c.p."* (Cass.n.16977/2020).

Nel delitto di atti persecutori, il nucleo centrale dell'incriminazione si rinviene nella reiterazione dei singoli atti considerati tipici, i quali assumono una diversa configurazione giuridica e una specifica offensività. Sempre sul piano oggettivo, la condotta persecutoria, unitariamente intesa, è causalmente volta alla determinazione di uno degli eventi, di danno o di pericolo,



tipizzati nella fattispecie incriminatrice. Infatti, la Suprema Corte ha previsto che: *“il delitto previsto dall’art.612 bis c.p., che ha natura di reato abituale e di danno, è integrato dalla necessaria reiterazione dei comportamenti descritti dalla norma incriminatrice e dal loro effettivo inserimento nella sequenza causale che porta alla determinazione dell’evento [...]”* (Cass.n.7899/2019).

La fattispecie in esame è connotata, quindi, da tale unitaria offensività, caratterizzata dalla reiterazione delle condotte tipizzate dal testo normativo; esse devono essere condotte di minaccia (art. 612 c.p.) o di molestia (art. 660 c.p.) e devono essere capaci di procurare alla vittima un accumulo di disagio, in grado di degenerare in situazioni patologiche e, talvolta, anche irreversibili. La fattispecie dell’art.612 bis c.p. rientra nella categoria dei reati abituali impropri, ovvero reati in cui le condotte, isolatamente considerate, integrano già di per sé fatti penalmente rilevanti; nondimeno, si fondono in un unico e diverso titolo di reato. Tuttavia, nello specifico, il delitto di atti persecutori è caratterizzato dal fatto che le singole molestie e minacce, poste in essere dall’agente, sono unificate per l’evento che producono il delitto, cioè questo si consuma nel momento e nel luogo della realizzazione di uno degli eventi previsti dalla norma

incriminatrice, quale conseguenza della condotta unitaria; per tale ragione non rileva in via preponderante che il delitto sia un reato abituale improprio, per la cui sussistenza è richiesta la reiterazione di fatti, ciascuno dei quali isolatamente considerato costituisce un reato diverso da quello risultante dalla sua reiterazione, perché la Suprema Corte ha previsto come le singole azioni, che ex se integrerebbero distinte ipotesi di reato, una volta reiterate nel modo dedotto nella fattispecie in esame, sono già state unificate e tali rimangono, in quanto le condotte non possono più considerarsi in modo isolato.

In buona sostanza, in considerazione del carattere necessitato della reiterazione, il delitto di atti persecutori è integrato solo se si manifestano tali condotte ripetute nel tempo e determinano l’evento del grave e perdurante stato di ansia e paura.

Sul piano soggettivo, l’elemento psicologico è configurato in forma di dolo generico, pertanto la coscienza e volontà dell’agente deve avere ad oggetto le minacce o molestie e la consapevolezza di aver dato vita a una serie di atti vessatori e molesti, idonei a produrre uno degli eventi tipici. Così la Corte argomenta in materia di tentativo. È possibile che alla condotta persecutoria,



idonea e diretta in modo non equivoco a cagionare uno di tali eventi, non segua l'effettiva causazione degli stessi, non collidendo tale circostanza con la natura di reato abituale improprio, riconosciuta alla fattispecie in esame. Di conseguenza, gli Ermellini ribadiscono la centralità e la rilevanza dell'unificazione dei singoli atti ed, una volta individuata la condotta persecutoria, prodotto della reiterazione delle azioni, questa conserva la sua unitarietà e la sua autonomia anche laddove l'evento non si realizzi in concreto. Ovvero, le singole azioni, unificate dalla reiterazione, non possono essere più considerate isolatamente e la condotta resta tale anche quando sia solo tentata. Cioè avendo l'agente tenuto la condotta in esame, ovvero i numerosi comportamenti reiterati diretti a provocare l'evento, che non si è verificato, ne deriva una fattispecie penalmente rilevante, dovendo ritenere rilevanti tali atti idonei a provocare uno degli eventi previsti, configurandosi così il tentativo.

I giudici di legittimità provano, una volta per tutte, a evitare obiezioni dinanzi a chi ha espresso un proprio parere negativo sull'inquadramento della fattispecie nel tentativo. Inizialmente, infatti, si manifestava anche la preoccupazione di un'eventuale

discrezionalità attribuita al giudice chiamato di volta in volta a distinguere tra tentativo nell'art.612 bis c.p. e concorso materiale in molestia o minaccia. Si evince, però, che la Corte aderisce alla tesi dottrinale che inquadra l'evento tipico come elemento costitutivo del reato di atti persecutori e non come condizione obiettiva di punibilità. In questo modo, la mancata verifica dell'evento dannoso, in presenza dei requisiti di cui all'art. 56 c.p., farebbe salva la punibilità del reato nella sua forma tentata.

Diversamente dal reato permanente, in cui la condotta offensiva si presenta unitaria e senza cesure temporali, nel reato abituale la condotta è caratterizzata da una pluralità di atti che, nel loro complesso, realizzano l'offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. Quindi, mentre il reato permanente presuppone un'unica azione, compiuta in violazione di legge, che prosegue nel tempo e che assume autonoma valenza antiggiuridica, fin dal primo atto della sua esecuzione, nel reato abituale rilevano le singole condotte che perdono la loro individualità, diventando un *unicum* e, nell'ipotesi specifica del reato di atti persecutori, le condotte di minaccia o di molestia assumono una diversa configurazione giuridica, proprio a causa



della loro reiterazione.

Il delitto ex art.612 bis c.p. è quotidianamente e attualmente denominato “stalking”, il cui termine deriva dal verbo inglese “to stalk” ovvero “fare la posta alla preda”; dalla lettura di tale disposizione normativa, si può osservare come vi sia stata la volontà di attribuire, in questo modo, una risposta sanzionatoria appropriata a condotte che, in un primo momento, venivano inquadrate nei meno gravi delitti di minaccia, violenza privata o nella contravvenzione di molestie (art. 660 c.p.). Tali reati spesso si sono rivelati non idonei a fornire una tutela adeguata alla vittima, dinanzi a condotte che presentano una gravità maggiore, sia per la reiterazione degli atti persecutori, sia per la loro incidenza negativa sulla sfera privata del soggetto passivo. Per la sussistenza del reato è necessaria, come specificato, la reiterazione della condotta criminosa, rappresentata da minacce e/o molestie. Secondo l’ormai consolidata interpretazione di dottrina e giurisprudenza, per minaccia si intende la prospettazione di un male futuro e prossimo, mentre per molestia, ogni attività che alteri dolorosamente o fastidiosamente il normale equilibrio psico-fisico di un individuo. Il reato rimane a forma libera, atteso che, tanto

le minacce quanto le molestie, possono essere realizzate secondo una molteplicità di forme, idonee a produrre un effetto coartante sulla libertà psichica della vittima e un’indesiderata intrusione nella sua sfera individuale.

Inoltre, la reiterazione evoca non solo una pluralità di condotte, ma altresì il loro verificarsi in tempi e contesti differenti. Accanto alla reiterazione, ai fini della consumazione del reato è altresì necessaria la produzione di almeno uno degli eventi menzionati dalla norma, ovvero: a) un perdurante e grave stato di ansia o di paura nella vittima; b) un fondato timore per l’incolumità propria, di un prossimo congiunto o di persona legata alla vittima da una relazione affettiva.

Per il primo caso, la norma sembra riferirsi a forme patologiche di stress o di alterazioni dell’equilibrio psicologico del soggetto passivo, riscontrabili sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo. Invece, per il fondato timore per l’incolumità della vittima, di un prossimo congiunto o di una persona legata da una relazione affettiva, è specificato che il timore deve avere ad oggetto l’incolumità della persona offesa e deve essere concreto.

Al 2° e 3° comma sono state introdotte due



circostanze aggravanti. La pena è aumentata fino a un terzo, qualora il fatto venga commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da un soggetto che in passato è stato legato alla persona offesa da una relazione affettiva. L'incremento è, invece, fino alla metà qualora gli atti persecutori vengano commessi ai danni di soggetti più deboli (minori d'età, donne in stato di gravidanza o persone disabili) o nel caso in cui le modalità di commissione del fatto appaiano particolarmente pericolose per l'incolumità della vittima o idonee ad accrescere l'effetto intimidatorio sulla stessa (uso di armi o persona travisata).

Quindi, in considerazione della circostanza che i singoli atti, come richiamato anche dalle varie pronunce, diano vita ad unitarietà sul piano della condotta, è possibile che si verifichi la condotta senza la determinazione di atti diretti a cagionare l'evento stesso, con conseguente ipotesi di tentativo.

In aggiunta a quanto stabilito fino a tale punto, è opportuno sottolineare che nel nostro ordinamento l'ammissibilità del tentativo punibile è esclusa solo con riguardo a tre categorie di reati: a) reati contravvenzionali b) reati a consumazione anticipata c) reati colposi.

Quindi, la Corte ha manifestato un percorso

logico-argomentativo valido e preciso attraverso la soluzione cui è pervenuta nella sentenza in esame. D'altra parte le perplessità sono da ricondurre al rischio che l'ampliamento delle "maglie del rimprovero" determini l'incriminazione di condotte il cui disvalore non merita l'intervento penale o, al contrario, che un eccessivo rigore interpretativo comprometta la tutela di soggetti realmente fragili, per i quali è stata pensata e introdotta nell'ordinamento la fattispecie dello stalking.

Nel secondo motivo addotto, il ricorrente ha censurato la parte in cui la fattispecie non sia stata inquadrata come reato impossibile, in quanto il giudice ha stabilito che la vittima non ha percepito quelle condotte come lesive, in virtù del suo carattere forte e, di conseguenza, la fattispecie si poteva ritenere impossibile per non idoneità del soggetto passivo. Tuttavia, gli Ermellini hanno disatteso tale motivazione, poiché è noto che il reato impossibile ricorre quando ad essere impossibile è l'evento dannoso o pericoloso per "l'idoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa" (art.49, comma 2 c.p.). L'idoneità dell'azione deve essere assoluta, nel senso che la condotta dell'agente deve essere priva di astratta determinabilità



causale nella produzione dell'evento, per inefficienza strutturale o strumentale del mezzo usato (Cass.n.870/2019). Infatti, un reato impossibile per inidoneità degli atti si configura in presenza di un'inefficienza del mezzo usato che sia assoluta ed indipendente da cause estranee ed estrinseche, in modo che l'azione risulti priva della capacità di attuare il proposito criminoso.

Pertanto, tale reato sussiste quando sia assolutamente assente ed inesistente il bene aggredito. Di conseguenza, nella pronuncia esaminata, non si può ritenere che il soggetto passivo "inidoneo" possa permettere che quella fattispecie di reato venga definita impossibile, perché non ha rilevanza che il carattere forte della vittima abbia impedito il verificarsi degli eventi previsti e tipici della fattispecie ex art.612 bis c.p.

Quindi, il giudice di merito aveva correttamente valutato tale circostanza, ai fini dell'esclusione della consumazione del delitto con conseguente ricorrenza dell'ipotesi tentata, senza contemplare assolutamente l'ipotesi prevista ex art.49 c.p.

Con il terzo motivo, infine, il ricorrente ha addotto la violazione dell'art.2059 c.c.. poiché il Tribunale di prime cure aveva garantito alla vittima il risarcimento del

danno non patrimoniale, per le condotte poste in essere. Sul punto, il ricorrente ha sottolineato che il risarcimento del danno non patrimoniale era stato concesso non in virtù del pregiudizio patito dalla vittima, bensì dalla circostanza che la fattispecie criminosa era stata posta in essere in luogo pubblico, dinanzi agli amici del soggetto passivo. Adduceva, quindi, che il risarcimento non doveva essere garantito dal luogo dell'offesa, bensì doveva essere determinato dal concreto accertamento del pregiudizio patito. Ma i giudici di legittimità, non condividendo tale motivazione e, ritenendola inammissibile, hanno chiarito che il Tribunale nel merito aveva evidenziato non solo che la condotta era stata perpetrata in luogo pubblico, ma anche che fossero presenti degli amici nel momento in cui venivano arrecate le offese, cioè ci si trovava al cospetto di altri soggetti e, nella specie, era escluso il danno di tipo patrimoniale. Ancora, la liquidazione del danno morale è affidata ad apprezzamenti di discrezionalità, e costituisce una valutazione sottratta al sindacato di legittimità se alla base sussiste una congrua motivazione. Cioè, senza indicare i calcoli analitici attraverso i quali è stato determinato il risarcimento a favore della vittima, è sufficiente indicare ai fini

motivazionali il percorso logico che vi è alla base con i rispettivi fatti tenuti in considerazione ai fini del risarcimento.

### *Soluzione*

Sulla base di quanto analizzato, la Corte ha ritenuto infondati ed inammissibili tutti i motivi prospettati nel ricorso dal ricorrente, statuendo che ben possa verificarsi, nel caso di specie, l'ipotesi di delitto tentato di atti persecutori. Nel ricostruire i tratti essenziali della fattispecie criminosa di cui all'art. 612bis c.p., la Cassazione ne sottolinea la natura di reato abituale di danno e, tracciate le premesse sulla compatibilità dell'illecito con la forma del tentativo ex art.56 c.p., conferma pacificamente la configurabilità del tentativo di atti persecutori.

Con tale pronuncia ne consegue la massima secondo cui: *“secondo la regola generale propria dei reati di evento, è logicamente e giuridicamente possibile che alla commissione della condotta medesima, in particolare di atti idonei diretti in modo non equivoco a cagionare uno degli eventi previsti dall'art. 612 bis c.p., non segua l'effettiva causazione di alcuno di essi, integrando dunque gli estremi del delitto tentato”*.

La Corte, attraverso tale orientamento, riconosce il delitto di atti persecutori come reato abituale di danno, integrato dalla reiterazione delle condotte tipiche,

descritte nella norma incriminatrice. Pertanto, l'essenza della fattispecie criminosa è da cogliersi non solo nelle molestie e minacce poste in essere dall'agente, quanto soprattutto nella condotta persecutoria unitariamente intesa. La reiterazione delle condotte cementa, come affermato dagli Ermellini, i singoli atti tipici, rendendoli segmenti di una sola condotta criminale, orientata alla realizzazione di uno degli eventi di danno previsti dalla norma. L'unificazione di tali atti, come afferma la Suprema Corte, *sub specie iuris* avviene sia sul piano oggettivo della condotta sia su quello soggettivo, in ragione della *“consapevolezza della loro idoneità a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice e dell'abitualità”*. Da tale ricostruzione si può pacificamente ricavare che, qualora a tali atti, idonei diretti in modo non equivoco a cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura o un fondato timore per l'incolumità, non segua effettivamente la realizzazione di uno di questi eventi tipici, il fatto sarà punibile comunque, ma a titolo di tentativo.

Nel caso in esame, gli atti idonei sono costituiti dalla reiterazione di una condotta che è a schema libero, poiché si può manifestare in molti modi. L'evento, invece, nella fattispecie è quello di uno stato di ansia,



o di un fondato timore, o di una alterazione delle abitudini.

Chiaramente, se uno dei tre eventi si fosse verificato, si sarebbe determinata l'ipotesi di delitto consumato, ma nessuno dei tre eventi si è verificato. Tuttavia, poiché la condotta è stata tenuta (comportamenti reiterati diretti a provocare l'evento che non si è verificato per un fatto indipendente dalla volontà dell'agente) si pone la necessità di configurare un illecito penalmente rilevante, non potendo l'ordinamento non assegnare rilevanza ad atti

di per sé idonei a provocare uno di quei tre eventi, per tale ragione si ammette il tentativo.

In conclusione, gli Ermellini confermano quanto statuito dal giudice di prime cure, ritengono inammissibili tutti i motivi addotti nel ricorso e, sostenendo il ragionamento del giudice di primo grado, ammettono il tentativo nel delitto di atti persecutori ex art.612 bis c.p., quando non si realizzi uno degli eventi tipici. Pertanto, in risposta al quesito iniziale, è configurabile il tentativo nello stalking.



## AMMINISTRATIVO

### *Giudizio di ottemperanza e ordinanza cautelare*

*Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza  
17 febbraio 2021, n. 1463*

*di Monica De Cristofano*

### Quesito: è ammissibile un giudizio di ottemperanza avente ad oggetto un'ordinanza cautelare ex art 700 cpc?

*Fatto*

Il caso specifico che ha dato adito al Consiglio di Stato di esprimere il principio di diritto che si andrà ad analizzare, trae origine da una sentenza del TAR con cui si rigettava la richiesta di ottemperare l'ordinanza cautelare del GO che accertava il diritto dell'attore, dirigente del MIBAC, a permanere in servizio fino al raggiungimento dell'età contributiva di 42 anni e 10 mesi. Secondo il TAR, infatti, il ricorso era inammissibile in quanto i provvedimenti del GO che possono essere oggetto di giudizio di ottemperanza, sono solo le sentenze passate in giudicato o i provvedimenti equiparati; è necessario, infatti, che dal provvedimento giurisdizionale derivi il cd

“giudicato formale” ossia un provvedimento in grado di esprimere un comando giudiziale definitivo per le parti, non rimovibile se non con i mezzi straordinari di gravame.

Al contrario, nel caso di specie, il ricorrente richiedeva l'ottemperanza di un'ordinanza cautelare ex art. 700 c.p.c. la quale è un atto intrinsecamente provvisorio e strumentale al giudizio di merito, seppur la riforma del rito cautelare abbia attenuato tale strumentalità, potendo le parti in ogni caso avviare il giudizio di merito per un'ulteriore definizione giudiziale della controversia.

La sentenza del TAR veniva, quindi, impugnata dal ricorrente innanzi al Consiglio di Stato evidenziando preliminarmente l'esperibilità nonché la stessa necessità del giudizio di ottemperanza.

Con riguardo al primo profilo, il ricorrente specificava che l'ordinanza cautelare ex art 700 cpc può essere ricompresa tra i provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato del GO e, in quanto tale, oggetto del giudizio di ottemperanza ex art 112, co. 2, lett. c), c.p.a.

In relazione al secondo profilo, invece, si sottolineava l'inidoneità dell'azione ex art. 669-duodecies c.p.c. in quanto l'analisi

sull'effettiva posizione di lavoro del ricorrente, poiché interseca valutazioni discrezionali d'interesse pubblico della P.A. (datrice di lavoro), rende necessaria un'analisi estesa al merito tipica del giudizio di ottemperanza.

Ciò premesso, il ricorrente sosteneva l'elusione del giudicato del GO derivante dall'emissione, da parte della PA, del decreto di collocamento a riposo dell'appellante nonostante il GO avesse annullato un precedente provvedimento avente la stessa forma e sostanza

In via subordinata si adduceva una irragionevole contraddizione del sistema volto a riconoscere da un lato la competenza del Giudice dell'ottemperanza per l'esecuzione di tutte le ordinanze emesse nei suoi giudizi cautelari ex art. 112, co. 2, lett. b, c.p.a, e dall'altro l'impossibilità di delibare l'omessa esecuzione delle corrispondenti decisioni del GO verso la P.A., pur quando queste definiscano in modo irrevocabile la lite. Tale contraddizione appariva, infatti, lesiva degli artt. 3 e 113 Cost.

#### Normativa

#### **Art. 112 c.p.a.**

1. I provvedimenti del giudice amministrativo devono

*essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti.*

2. *L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione:*

*a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato;*

*b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo;*

*c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato;*

*d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione;*

*e) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato.*

3. *Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione.*

4. *[Nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'articolo 30, comma 5, nel termine ivi stabilito. In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario.]*

5. Il ricorso di cui al presente articolo può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza.

#### **Art 669 duodecies c.p.c.**

Salvo quanto disposto dagli articoli [677](#) e seguenti in ordine ai [sequestri](#), l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli articoli [491](#) e seguenti in quanto compatibili, mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con [ordinanza](#) i provvedimenti opportuni, sentite le parti. Ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito.

#### **Art. 700 c.p.c.**

Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha [fondato motivo di temere](#) che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto [in via ordinaria](#), questo sia minacciato da un [pregiudizio imminente e irreparabile](#), può chiedere con [ricorso](#) al giudice i [provvedimenti d'urgenza](#), che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

#### *Inquadramento*

Preliminare ad ogni considerazione è un inquadramento generale della materia oggetto di analisi nel caso concreto.

Il giudizio di ottemperanza è disciplinato nel

libro IV del c.p.a., rubricato “ottemperanza e riti speciali” in quanto, pur se è la forma di tutela esecutiva ordinaria, rappresenta uno dei più importanti riti speciali, come ricavabile dal fatto che è l'unico che viene espressamente nominato dal legislatore.

Tale rito appare rilevante in quanto permette di riconoscere al privato sia la tutela compulsoria che quella surrogatoria; in tale ultimo caso, si consente al GA di sostituirsi alla PA esaminando non solo la legittimità dell'atto, ma la stessa valutazione discrezionale della P.A. (giurisdizione di merito), potendo finanche nominare un commissario “ad acta”.

L'ottemperanza, quindi, rappresenta la massima espressione del principio di effettività della tutela riconoscendo ampio potere al GA giustificati dal fatto che è impensabile che il ricorrente vittorioso non ottenga il bene della vita a causa dell'inerzia della PA.

Affinché sia esperibile il giudizio di ottemperanza è necessario il ricorrere di due presupposti; il primo è la sussistenza di una sentenza esecutiva del GA, di una sentenza passata in giudicato del GO oppure di un provvedimento a esse equiparato. Originariamente la legge Crispi limitava il giudizio di ottemperanza alle sole sentenze

del GO passate in giudicato, prevedendo, invece, l'esecuzione meramente amministrativa (e quindi rimessa alla spontaneità della PA), per le sentenze del GA; ciò era dovuto al fatto che all'epoca si discuteva della stessa natura giuridica del Consiglio di Stato.

Il sistema venne modificato a partire dalla L. 205/2000 la quale ha esteso i provvedimenti che possono essere esaminati in sede di ottemperanza ricomprendendo tra questi oltre alle sentenze del GO e a quelle del GA (queste ultime anche se non passate in giudicato), anche le misure cautelari non eseguite dalla PA.

Il secondo requisito indispensabile è che la PA nell'esercizio dei propri poteri, non esegua quanto previsto dal provvedimento giurisdizionale e, con ciò, violi l'obbligo ex art 88 c.2 lett f c.p.a.

Premesse le principali peculiarità sottese al giudizio di ottemperanza, appare necessario evidenziare i profili che permettono di tracciare una linea di demarcazione rispetto al giudizio di esecuzione forzata delineato dal c.p.c.

Invero, il giudizio di ottemperanza si caratterizza per essere “necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione” in quanto permette al giudice di non limitarsi

alla mera esecuzione della sentenza del GO, ma di esercitare un potere cognitorio che gli permetta di adottare direttamente il provvedimento amministrativo.

Inoltre, il giudizio di ottemperanza delle sentenze del GO appare fondamentale in quanto consente al ricorrente di giungere a risultati non consentiti con la mera esecuzione forzata della sentenza.

Infatti, sebbene il GO, nella fase esecutiva, possa dare piena attuazione alle sentenze rese nei confronti della PA (sul presupposto che esse siano rese, evidentemente, rispetto a diritti soggettivi in una fattispecie, quindi, dove non rileva il potere autoritativo), la possibilità di sostituirsi alla PA interamente (mediante la nomina del commissario ad acta), concessa solo al giudice amministrativo in sede di ottemperanza, costituisce uno strumento fondamentale per realizzare la piena effettività della tutela.

### *Soluzione*

Il Consiglio di Stato non ha accolto la domanda dell'appellante sulla base di tre motivazioni.

In via preliminare ritiene che il ricorrente parta da un'errata interpretazione dei concetti di giudicato e di intangibilità della misura cautelare e ciò lo induce a ritenere che



l'ordinanza cautelare rientri tra i provvedimenti equiparati alle sentenze del GO passate in giudicato e, in quanto tale, oggetto di giudizio d'ottemperanza.

Invero la tutela cautelare ha come fine quello di conservare lo “*status quo ante*” della “*res litigiosa*” nei casi in cui l'attesa dei tempi processuali possano mettere a repentaglio il diritto del ricorrente ad ottenere il bene della vita che gli spetta. A tal fine, si consente al ricorrente, laddove sussistano i presupposti previsti per legge, di ottenere una tutela anticipata e provvisoria, in attesa del giudizio di merito. Tali aspetti, dunque, non permettono di rinvenire nell'ordinanza cautelare la stabilità tipica del giudicato a prescindere se poi l'azione di merito venga o meno esercitata.

A conferma di ciò la Cass. civ, sez. un., 28-02-2019, n. 6039 ha ritenuto che contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi ante causam ai sensi dell'art. 700 c.p.c., non è proponibile il ricorso straordinario per Cassazione, ai sensi dell'art. 111 cost., in quanto tali provvedimenti sono privi di stabilità e inidonei al giudicato.

Ciò premesso, soffermando l'attenzione in particolar modo sulle ordinanze cautelari adottate nell'ambito delle controversie di

lavoro alle dipendenze della PA, la Corte evidenzia che in tali ipotesi la disciplina applicabile è quella ricavabile dall'art 669 IV co. c.p.c. da cui si evince la piena strumentalità di tali ordinanze rispetto al giudizio di merito, non applicandosi, in tali ipotesi, la nozione di strumentalità attenuata sottesa, invece, ai provvedimenti innominati ex art. 669 bis c.p.c.

In ogni caso, pur volendo rinvenire in tali ordinanze una strumentalità attenuata, ciò non trasformerebbe la natura cautelare dell'atto in quanto, a norma dell'art 702-quater, I co. c.p.c., questo sarebbe possibile solo se detta ordinanza non verrebbe appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione.

Solo in tale ipotesi, infatti, detta norma consente all'ordinanza cautelare di produrre gli effetti di un giudicato in senso sostanziale ex art 2909 cc e, in quanto tale, l'atto potrebbe essere oggetto di giudizio di ottemperanza ex art 112 c2 lett c) cpa.

Per quanto riguarda il secondo motivo di appello, il soggetto evidenziava la necessità del giudizio di ottemperanza ritenendo che l'ordinanza cautelare non potesse essere eseguita nelle forme ex art. 669-duodecies



c.p.c. in quanto la stessa intercettava profili di discrezionalità dell'ente pubblico datore di lavoro; tuttavia, anche tale aspetto, secondo la Corte, si basa su di un'erronea interpretazione del quadro normativo.

È necessario, infatti, evidenziare, da un lato che nel pubblico impiego privatizzato quando la PA conferisce un incarico dirigenziale esercita un potere di natura privata in qualità di datore di lavoro, ed è tenuta a rispettare i principi d'imparzialità e buon andamento.

Dall'altro lato, nel caso in cui non venga conferito l'incarico dirigenziale, essendo quest'ultimo un atto che rientra in quelli di micro-organizzazione, il dirigente pubblico se agisce in giudizio fa valere un interesse legittimo di natura privata.

Ciò implica che a maggior ragione si deve considerare privato l'interesse fatto valere da colui che è già dirigente e che agisce in giudizio al fine di rimanere in servizio, come nel caso di specie. La fattispecie, infatti, non incide su scelte discrezionali della PA e, per tale motivo, non vi è ragione per ritenere che l'ordinanza cautelare non sia eseguibile nelle ordinarie forme di cui all'art. 669-duodecies c.p.c, la cui cognizione spetta al medesimo

Giudice della cautela; in ogni caso il GO potrà sempre disapplicare i provvedimenti amministrativi ex art. 4 della l. 20 marzo 1865 n. 2248.

Anche il terzo motivo di appello, volto ad evidenziare una contraddizione tra i diversi regimi di esecuzione previsti in ambito civile e amministrativo, non risulta fondato.

In entrambi i casi il fine ultimo è quello di tener indenni i soggetti dal pericolo che le lungaggini del processo possano pregiudicare la tutela della propria posizione giuridica soggettiva, tuttavia, il giudizio di ottemperanza delle sentenze del GO si caratterizza per essere un giudizio esteso al merito, rappresentando questo un aspetto fondamentale affinché si possa rendere coercibile l'adempimento dell'obbligo dell'Autorità amministrativa di conformarsi alle predette decisioni.

Infine, avendo l'escluso ogni forma di equiparazione tra l'ordinanza cautelare e il giudicato in senso sostanziale, si deve considerare assorbito il quarto motivo di appello con cui si riteneva fosse stato violato il comando cautelare emesso dal GO.



## **Pillole di Diritto**

*a cura di Luca Cestaro*

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



## Civile

### *La pillola di diritto del 18.03.2021*

#### *La differenza tra indicizzazione del leasing e contratto “derivato”*

*Corte di Cassazione, sez. III civ., Sentenza n. 4659 del 22.02.2021*

1 – La Corte si sofferma sulle negoziazioni – con finalità di copertura o speculativa – aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati precisando che esse sono contraddistinte, sul piano strutturale, dalla connessione ad altre attività finanziarie (quali, ad esempio, titoli, merci, tassi, indici, altri derivati) dal cui «prezzo» dipende il valore dell'operazione compiuta, sicché, “ferme restando le diversità legate al tipo di operazione prescelto, tali negoziazioni sono volte a creare un differenziale tra il valore dell'entità negoziata al momento della stipulazione del relativo contratto e quello che sarà acquisito ad una determinata scadenza previamente individuata” (v. Corte di Cassazione, SS.UU. civ., Sent. n. 8770/2020 su cui si segnala [l'approfondimento a pagina 20 del n. 13 della nostra rivista](#)). Le fattispecie comprensive di simili strumenti, peraltro, si presentano

estremamente variegata tanto che il fenomeno sembra “comprensibile in maniera globale solo in un'ottica economica”.

2 – Tanto, consente di esaminare la fattispecie in cui due società hanno stipulato un leasing immobiliare regolando il compenso in franchi svizzeri, salvo, poi, pagare il corrispettivo in euro (1277 c.c.). Con un'apposita clausola contrattuale si è previsto che l'importo dei canoni da pagare di volta in volta sia parametrato alla fluttuazione del cambio; tanto ha fatto ritenere alle Corti dei primi gradi di giudizio che si trattasse di una clausola del contratto di leasing dotata di una propria autonomia oltre che “atipica”. In particolare, la clausola è stata qualificata come “*domestic currency swap*” e, in quanto atipica, è stata sottoposta allo scrutinio di meritevolezza (art. 1322 co. 2 c.c.) con esito negativo.

La Corte affronta allora il problema relativo alla correttezza della qualificazione della clausola in questione in termini di autonomia rispetto al contratto di leasing.

3 - All'uopo, la Sezione rammenta come lo *swap* sia “il contratto attraverso il quale due parti convengono di scambiarsi, in una o più



date prefissate, due somme di denaro calcolate applicando due diversi parametri (generalmente tassi di interesse e/o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento, sicché alla scadenza o alle scadenze concordate, viene effettuato un unico pagamento, su base netta, in forza di una compensazione volontaria, con la conseguenza che il contratto di swap comporta necessariamente un profitto o una perdita a seconda della fluttuazione dei tassi di interesse e/o di cambio ed è sempre sorretto da un intento speculativo”.

Uno speciale tipo di “*swap*” è quello legato alle fluttuazioni dei cambi delle valute e, in particolare, il “*domestic currency swap*” è il “contratto aleatorio, con il quale due parti si obbligano, l'una all'altra, a corrispondere alla scadenza di un termine, convenzionalmente stabilito, una somma di denaro (in valuta nazionale) quale differenza tra il valore (espresso in valuta nazionale) di una somma di valuta estera al tempo della conclusione del contratto e il valore della medesima

valuta estera al momento della scadenza del termine stabilito”.

4 – La Sezione conclude nel senso che la clausola in questione, pur essendo “accostabile” al “*domestic currency swap*”, non può qualificarsi come tale.

Per un verso, infatti, manca la possibilità di autonoma circolazione che, tipicamente, caratterizza i cd. titoli derivati; per altro verso, la clausola non ha una causa autonoma rispetto al contratto di leasing a cui accede e non può, quindi, essere sottoposta a uno specifico vaglio di meritevolezza come se si trattasse di un’operazione negoziale a sé.

Nel caso di specie, si è, infatti, ritenuto sussistente un (mero) contratto di leasing cd. «indicizzato», nel quale ciascuna rata del contratto di leasing è legata alle variazioni di un parametro finanziario di riferimento scelto dalle parti e inserito in una specifica clausola di indicizzazione; tale clausola è da ritenersi accessoria e “non ha alcun effetto né sulla natura, né sulla causa del leasing, che rimangono, dunque, inalterate posto che con essa le parti hanno inteso unicamente prevedere un meccanismo per ancorare a un parametro oggettivamente certo, il corrispettivo dovuto”



## Penale

### *La pillola di diritto del 13.03.2021*

#### *Gli ovuli sono cosa mobile ai fini penalistici*

*Corte di Cassazione, sez. II penale, Sentenza n. 37818 del 30.12.2020*

1 - La vicenda, su cui vi è stato un certo interesse mediatico, riguarda un medico che ha costretto, con violenza, una “donatrice” a sottoporsi all’intervento di asportazione degli ovociti (intervento cd. di *pick up*), previa sedazione.

La questione di maggiore interesse è relativa alla natura di “*cosa mobile*” degli ovociti ai fini della configurabilità del reato di rapina (art. 628 c.p.). La Corte chiarisce che “la nozione penalistica di cosa mobile non coincide con quella civilistica, rivelandosi per certi aspetti più ridotta e, per altri, più ampia: è più ridotta laddove non considera cose mobili le entità immateriali - come, appunto, le opere dell’ingegno e i diritti soggettivi - che, invece, l’art. 813 c.c., assimila ai beni mobili; è più ampia, laddove comprende beni che, originariamente immobili o costituenti pertinenze di un complesso immobiliare (queste ultime assoggettate dall’art. 818 c.c., al regime dei beni immobili), siano

mobilitati, divenendo quindi asportabili e sottraibili e, pertanto, potenzialmente oggetto di appropriazione”.

In sostanza, per il diritto penale è “*cosa mobile*” tutto ciò che può essere avulso, anche a opera dello stesso colpevole del reato (es. furto, rapina), e successivamente trasportato. La Sentenza opera un’ampia disamina casistica rilevando come sono stati variamente ritenute “*cose mobili*” oggetti che, sul piano civilistico, restano assoggettati a un diverso regime quali la protesi dentaria di un cadavere, un cancello, degli alberi, l’acqua di un fiume illegittimamente deviato (in questo caso, si è contestato il reato di cui all’art. 632 c.p. oltre al furto), l’energia elettrica, una colonnina telefonica.

In questa ottica, gli ovociti - che fanno parte del circuito biologico della donna fino a quando sono parte del suo corpo - divengono “cosa” nel momento in cui vengono distaccati. Ai fini penalistici, quindi, la donna figura quale detentrica degli ovociti di cui può disporre, nei casi consentiti dalla legge, considerando che gli atti di disposizione del proprio corpo sono leciti se rivolti alla tutela della salute e non lesivi di altri interessi costituzionali.

Qualificati gli ovociti come “*cosa mobile*”, la condotta dell'imputato integra il reato di rapina in quanto non si risolve nella violenza privata (art. 610 c.p.) consistito nell'imporre l'intervento di *pick up*, ma comprende anche l'apprensione degli ovociti medesimi.

Neppure, sostiene la Sezione, si realizza un concorso tra un reato di violenza privata (la costrizione all'intervento di *pick up*) e un furto (la sottrazione e l'impossessamento del prelevato) in quanto, così ragionando, “si frazionerebbe in modo artificioso una sequenza materiale unitaria, e come tale già regolata dalla fattispecie complessa di cui all'art. 628 c.p.”

2 – Riveste un peculiare interesse anche il capo relativo alla rapina avente quale oggetto un telefono cellulare di proprietà dell'imputato stesso che era stato concesso in comodato alla vittima.

La Corte esclude che il proprietario che pur non abbia il possesso della cosa possa rispondere dei reati relativi alla sua sottrazione. Si afferma, infatti, che l'evocazione dell'altruità del bene, nelle fattispecie codicistiche, vale ad escludere la rilevanza penale della sottrazione della res propria.

“Tale soluzione di un tema classicamente controverso trova peraltro conforto anche

nell'art. 627 cod. pen. che punisce la sottrazione di cosa comune con una pena più lieve di quella prevista per il reato di furto di cui all'art. 624 cod. pen.; e sarebbe irrazionale punire con la più severa sanzione prevista da tale ultima fattispecie una condotta sicuramente meno grave, costituita dalla sottrazione compiuta da chi ha la piena proprietà della cosa [...] La fattispecie protegge ad un tempo la detenzione qualificata, nonché la proprietà e le altre situazioni giuridiche cui si è già ripetutamente fatto cenno. Tale duplicità viene in evidenza, per quel che qui interessa, quando situazioni giuridiche soggettive e situazioni fattuali fanno capo a diverse persone. In tal caso, la lesione del bene giuridico è duplice: proprietario e possessore in senso penalistico sono persone offese e legittimate a proporre querela» (sulla base di questo ultimo principio è stata riconosciuta al responsabile di un supermercato la legittimazione a proporre querela)”. La condotta, quindi, risulta priva di rilevanza penale e ascrivibile alla violazione da parte dell'imputato degli obblighi derivanti dal contratto di comodato (non ricorrevano, evidentemente, i presupposti per l'esercizio del reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni).



## Amministrativo

### *La pillola di diritto del 20.03.2021*

#### *Il ritiro di provvedimenti che erogano illegittimamente finanziamenti comunitari e la tutela dell'affidamento*

*T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, Sentenza n. 875 del 16.3.2021*

#### 1. Il riparto di giurisdizione per il ritiro di un atto illegittimo

1 - La contestazione riguarda i provvedimenti con cui, in autotutela, la Regione Sicilia ha ritirato, in parte, un co-finanziamento attribuito ai pescatori per la sostituzione del motore delle proprie imbarcazioni.

Il T.A.R. analizza, in primo luogo, la questione di giurisdizione. Si rileva che, nel caso di specie, la domanda investe direttamente l'annullamento dell'atto di illegittima concessione del co-finanziamento e si afferma che tale circostanza radichi la giurisdizione del G.A. anche rispetto alla questione risarcitoria che si palesa strettamente connessa alla prima.

Il Collegio siciliano, peraltro, va oltre e si spinge a confutare (efficacemente) l'orientamento delle Sezioni Unite teso a radicare la giurisdizione del G.O. in ogni

caso in cui venga in questione una lesione dell'affidamento; tale lesione, com'è noto, è intesa, in numerose Sentenze della Suprema Corte, come derivante da un comportamento della P.A. rispetto a cui il potere recederebbe a mero fatto storico non rilevante in punto di riparto.

Va detto, anzi, che “il comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione all'interno del procedimento non può ritenersi sconnesso dall'esercizio del potere nemmeno nei casi in cui sia stato legittimamente esercitato” (T.A.R. Piemonte Sent. n. 292 del 18.3.2019). In tali fattispecie, si afferma, “va valutato il senso complessivo dell'agire amministrativo, che, nelle fasi dell'adozione dell'atto ampliativo illegittimo e della decisione legittima di annullarlo in autotutela, è indiscutibilmente di tipo pubblicistico e si traduce nell'adozione di provvedimenti amministrativi di primo e secondo grado, la cui cognizione, in caso di impugnazione, spetta al giudice amministrativo”. Pertanto, il T.A.R. conclude nel senso che l'affidamento del privato alla stabilità degli effetti di un atto illegittimo ritirato sia “strettamente connesso all'esercizio del potere amministrativo, a fronte del quale si configurano interessi legittimi, la cui cognizione spetta al giudice

amministrativo”.

## [2. La doverosità dell'autotutela nel caso di contrarietà alla disciplina comunitaria in tema di aiuti di Stato](#)

2 – Dopo aver trattenuto la giurisdizione, il Collegio richiama la Sentenza n. 24 del 20.3.1997 della C.G.U.E. che ha affermato che “l'autorità nazionale competente è tenuta, in forza del diritto comunitario, a revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, anche quando: a) abbia lasciato scadere il termine a tal fine previsto dal diritto nazionale a tutela della certezza del diritto; b) l'illegittimità della decisione sia alla stessa imputabile in una misura tale che la revoca appare, nei confronti del beneficiario dell'aiuto, contraria al principio di buona fede; c) tale revoca sia esclusa dal diritto nazionale a causa del venir meno dell'arricchimento, in assenza di malafede, del beneficiario dell'aiuto”. Tanto conduce alla conclusione per cui il ritiro degli aiuti in commento fosse doveroso al punto da rendere recessive le norme interne in materia di atti di ritiro (in tema, ad esempio, di termine ragionevole).

## [3. Il risarcimento del danno per lesione dell'affidamento](#)

3 – Il T.A.R. di Palermo rammenta che la lesione dell'affidamento non può essere

invocata di fronte a una precisa disposizione di un testo giuridico dell'Unione, in quanto il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicarlo, il quale sia in contrasto con esso, non può legittimare, in capo a un operatore economico, un legittimo affidamento quanto all'ottenimento di un trattamento contrario al diritto europeo (CGUE Sent. 20 giugno 2013, Agroferm, C-568/11).

Nel caso di specie, tuttavia, la natura della procedura – relativa a cofinanziamenti di modesta entità erogati a piccoli pescatori, a conclusione di una selezione basata su un bando, che disciplinava espressamente l'entità del contributo – induce a ravvisare un affidamento incolpevole. La conclusione è motivata in base alla ulteriore decisione della CGUE n. 349/2019 secondo cui sussiste “un affidamento incolpevole quando all'interessato sono state fornite, da parte delle autorità competenti dell'Unione, assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili”. Nel caso in esame, l'approvazione di un bando illegittimo per la parte relativa alla quantificazione del contributo integra, appunto, tale presupposto e, aggiunge, la Corte siciliana, viene, comunque, rispettato il senso della



normativa europea che è quella di non far gravare sul bilancio comunitario l'erogazione di finanziamenti, di provenienza comunitaria, in violazione delle norme che li disciplinano; il risarcimento è, infatti, posto a carico del bilancio della Regione Siciliana, fermo rimanendo, quindi, il recupero dei fondi di derivazione comunitaria da parte dell'Unione.