



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 15 - APRILE 2021

APPROFONDIMENTI

Civile: Assegno divorzile, presupposti e criteri di determinazione
di Maria Porcelli

Penale: L'omicidio colposo stradale nella legge n. 41/2016 e la revoca della patente
di Jamina Schiavone

Amministrativo: Soccorso istruttorio: la sua costante evoluzione e i suoi limiti
di Paolo Vincenzo Rizzardi

SCHEDE DI GIURISPRUDENZA

Civile: Effetti della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio sulle disposizioni economiche in sede di divorzio
di Maria Laura Nardo

Penale: L'estensione dell'ambito applicativo della esimente ex art. 384 comma I c.p. al convivente more uxorio
di Mariacaterina Coiro

Amministrativo: Ammissibilità dell'avvalimento preliminare
di Federica Crescioli

Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro



Sommar

SOMMARIO.....	2
APPROFONDIMENTI	6
CIVILE	7
Assegno divorzile, presupposti e criteri di determinazione	7
1 Introduzione.....	7
2 Accertamento del diritto all'assegno divorzile	7
3 L'adeguatezza dei mezzi del richiedente: il criterio del tenore di vita analogo	9
4 Il revirement del 2017: il criterio dell'indipendenza o autosufficienza economica	10
5 Le Sezioni Unite del 2018	12
6 L'accertamento dell'inadeguatezza nella successiva giurisprudenza.....	14
PENALE	17
L'omicidio colposo stradale nella legge n. 41/2016 e la revoca della patente	17
1 Introduzione.....	17
2 Omicidio colposo o omicidio volontario?.....	17
3 L'omicidio stradale e le sue aggravanti.....	18
4 Rapporto tra omicidio colposo e il nuovo omicidio colposo stradale	19
5 Rapporti tra omicidio stradale, lesioni personali e guida in stato di ebbrezza	21
6 La sentenza costituzionale n. 88/2019 sulla revoca automatica della patente di guida.....	22
7 Corte costituzionale, Ordinanza n. 42/2020, in tema di circolazione stradale, sanzioni amministrative accessorie.....	23
8 L'illegittimità costituzionale dell'art. 30, IV comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87.....	24
9 Conclusioni.....	28
AMMINISTRATIVO	30
Soccorso istruttorio: la sua costante evoluzione e i suoi limiti	30
Abstract	30
1. Quesiti sottoposti all'attenzione del Consiglio di Stato.....	30
2. Garanzia patrimoniale.....	31
3. Soccorso Istruttorio	33
3.1 Evoluzione normativa	34
3.2 Soccorso istruttorio processuale	36
4. Consiglio di Stato n° 804/2021	37
5. Conclusioni.....	38
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA	39



CIVILE	40
Effetti della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio sulle disposizioni economiche in sede di divorzio	40
Cassazione Civile, SS.UU., sentenza n.9004 del 31 marzo 2021	40
Quesito	40
Fatto.....	40
Normativa	41
Inquadramento.....	42
Soluzione	48
PENALE	49
L'estensione dell'ambito applicativo della esimente <i>ex art. 384 comma I c.p. al convivente <i>more uxorio</i></i>	49
Cassazione Penale, Sezioni Unite, sentenza n. 10381 del 26 novembre 2020	49
Quesito:	49
Fatto.....	49
Normativa	50
Inquadramento.....	50
Soluzione	54
AMMINISTRATIVO	56
Ammissibilità dell'avvalimento preliminare.....	56
Cons. St., sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526 – Pres. Caringella, Est. Grasso.....	56
È legittimo il ricorso al c.d. avvalimento premiale? Con quali limiti?	56
Fatto.....	56
Normativa	58
Inquadramento.....	60
Soluzione	62
PILLOLE DI DIRITTO	64
Civile	65
La pillola di diritto del 16.04.2021	65
L'illecito endofamiliare del padre che “abbandona” i figli adottivi	65
#illecito #endofamiliare #danno.....	65
Corte di Cassazione, sez. I civile, ordinanza n. 9188 del 2.4.2021.....	65
Penale	66
La pillola di diritto del 19.4.2021	66
Quando l'agguato “dimostra” la premeditazione	66
#premeditazione #agguato #legittimadifesa #52cp #577n.3cp #provaindiziaria #indizi	66



Corte di Cassazione, sez. V penale, Sentenza n. 9324 dell'8.3.2021	66
Amministrativo	68
La pillola di diritto del 26.4.2021	68
L'escussione della cauzione per l'esclusione dalla gara va al G.O. solo se la controversia riguarda il contenuto della garanzia.....	68
#esclusione #appalti #cauzione #giurisdizione.....	68
Corte di Cassazione, SS.UU. civ. Sent. n. 9005 del 31.3.2021	68



Anno 2, n. 15, aprile 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 Lagonero*
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



Approfondimenti



CIVILE

Assegno divorzile, presupposti e criteri di determinazione

di Maria Porcelli

1 *Introduzione*

L'assegno divorzile è disciplinato dall'art. 5, commi 6-10, della L. n. 898/1970 ("Sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio", cd. legge sul divorzio) che recita:

"6. Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive.

7. La sentenza deve stabilire anche un criterio di adeguamento automatico dell'assegno, almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria. Il tribunale può, in caso di palese iniquità, escludere la

previsione con motivata decisione.

8. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico.

9. I coniugi devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune. In caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria.

10. L'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze."

2 *Accertamento del diritto all'assegno divorzile*

L'accertamento del diritto all'assegno divorzile, secondo l'attuale formulazione dell'art. 5, comma 6, si articola in due fasi:

- I. una **prima fase** volta a verificare l'esistenza del diritto in astratto (*an debeatur*) che impone al giudice di guardare all'adeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente o



all'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive¹;

- II. una **seconda fase**, volta alla liquidazione in concreto dell'assegno (*quantum debeatur*) che segue logicamente la precedente e va compiuta tenendo conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione e del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ognuno e di quello comune, nonché del reddito di entrambi, valutandosi tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio² (cfr. *ex plurimis*, Cass., sez. I civ., Ord. n. 5603 del 28/02/2020; Cass., sez. I civ., Sent. n. 1187 del 09/06/2015; Cass., sez. I civ., Sent. n. 23797 del 21/10/2013; Cass., sez. I civ., Sent. n. 15611 del 12/07/2007).

Tale procedimento bifasico costituisce una

novità della modifica alla legge sul divorzio attuata con L. n. 74/1987.

Nella versione originaria del 1970, infatti, l'art. 5 prevedeva che:

«Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi».

Per lungo tempo si è sostenuto che il mancato richiamo “all'adeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente o all'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive” –che attualmente fonda la prima fase dell'accertamento del diritto all'assegno – testimoniasse la scelta del Legislatore di

¹ “[...] il tribunale [...] dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive”.

² “tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico

dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio”.



attribuire al peculiare rimedio economico in esame una natura composita: assistenziale (cfr. richiamo alle condizioni economiche dei coniugi), risarcitoria (cfr. richiamo alle ragioni della decisione) e compensativa (cfr. richiamo al contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi).

Al contrario, si sosteneva, che nella successiva formulazione il Legislatore si sarebbe mosso in un'ottica diversa, preferendo mantenere scisse le valutazioni assistenziali, valorizzate ai fini della determinazione dell'*an* del diritto all'assegno, da quelle compensative e risarcitorie delle conseguenze materiali realizzatesi nella sfera del richiedente per effetto dello scioglimento del matrimonio, valorizzate ai fini della determinazione del *quantum*, con conseguente prevalenza delle prime sulle altre due ai fini dell'inquadramento generale dell'istituto³.

Tuttavia, come si avrà modo di osservare nel prosieguo, nella Giurisprudenza più recente si è registrata un'inversione di rotta sul punto che ha portato, di fatto, ad una rivalutazione dell'assegno divorzile in generale.

3 L'adeguatezza dei mezzi del richiedente: il criterio del tenore di vita analogo

Molto semplicisticamente si può dire che il perno attorno al quale ruota il dibattito è l'individuazione dei parametri cui rapportare il giudizio di adeguatezza/inadeguatezza dei mezzi del richiedente che sottende la prima fase del procedimento di accertamento del diritto all'assegno divorzile.

Dopo un'iniziale difficoltà di inquadramento, il dibattito sembrava aver trovato una propria soluzione nei principi affermati dalle storiche **sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 1990** (Cass., SS.UU. civ., Sent. nn. 11489, 11490, 11491 e 11492 del 29/11/1990) che avevano rinvenuto nel “tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio” il parametro di riferimento per determinare la spettanza dell'assegno divorzile.

Secondo la Suprema Corte dell'epoca, “l'assegno di divorzio [...] trova presupposto nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza dei medesimi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa

³TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 369 ss..



disporre, a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza cioè che sia necessario uno stato di bisogno, e rilevando invece l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche, le quali devono essere tendenzialmente ripristinate, per ristabilire un certo equilibrio" (Cass., SS.UU. civ., Sent. n. 11490 del 29/11/1990).

Il criterio della conservazione del tenore di vita, una volta valorizzato ai fini del giudizio sull'*an*, non esauriva in detto giudizio la propria efficacia ben potendo rilevare anche ai fini del giudizio sul *quantum* in bilanciamento con tutti gli altri criteri indicati nel comma 6 che "agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto" e possono "valere anche ad azzerarla" (*ex plurimis* Cass., sez. I civ., Sent. n.2546 del 5/02/2014; Cass., sez. I civ., Sent. n.24252 del 28/10/2013; Cass., sez. I civ., Sent. n. 23797 del 21/10/2013; Cass., sez. I civ., Sent. n.15611 del 12/07/2007; Cass., sez. I civ., Sent. n. 18241 del 22/08/2006; Cass., sez. I civ., Sent.

n.4040 del 19/03/2003).

Proprio valorizzando tale ultimo assunto, peraltro, la Corte costituzionale nel 2015 aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze in relazione all'art. 5, comma 6, come interpretato nel diritto vivente, per violazione degli artt. 2, 3 e 29 Cost. nella misura in cui, rispettivamente, presupponeva uno sproporzionato dovere di solidarietà ai danni dell'ex coniuge anche dopo la cessazione del rapporto matrimoniale, irragionevolmente proiettava oltre l'orizzonte matrimoniale il "tenore di vita" in costanza di matrimonio ed esprimeva una concezione "criptoindissolubilista" e anacronistica del matrimonio⁴.

4 Il revirement del 2017: il criterio dell'indipendenza o autosufficienza economica

Come anticipato, l'orientamento sin qui descritto, benché consolidatosi in quasi un

⁴La Corte di cassazione, in sede di esegesi della normativa impugnata, ha anche di recente, in tal senso, appunto, ribadito il proprio «consolidato orientamento», secondo il quale il parametro del «tenore di vita goduto in costanza di matrimonio» rileva, bensì, per determinare «in astratto [...] il tetto massimo della misura dell'assegno» (in termini di

tendenziale adeguatezza al fine del mantenimento del tenore di vita pregresso), ma, «in concreto», quel parametro concorre, e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nello stesso denunciato art. 5." Corte cost. n. 11/2015.

ventennio, ha subito un'importante battuta d'arresto con la sentenza Cass., sez. I civ., Sent. n.11504 del 10 maggio 2017.

Con tale pronuncia la Cassazione ha spostato il parametro di commisurazione dell'assegno divorzile dal “tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio” all’ “indipendenza o autosufficienza economica” affermando che se è accertato che il coniuge richiedente è economicamente indipendente, o è effettivamente in grado di esserlo, non deve essergli riconosciuto il diritto all'assegno.

Per gli Ermellini quello in esame costituisce un parametro di riferimento più valido rispetto a quello precedente in quanto, a differenza di esso, è dotato di una base normativa che viene mutuata dall'art. 337 septies, comma 1, c.c. che, in tema di disposizioni in favore dei figli maggiorenni, testualmente prevede: “Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto”.

Sebbene la norma sia destinata ad operare relativamente alla filiazione, essa riguarda una materia – assistenza ai figli maggiorenni

– che condivide con quella in esame – assistenza all'ex coniuge – la medesima *ratio iuris* di bilanciamento tra assistenza e autore sponsabilità economica in favore di soggetti che vengono considerati oramai quali “persone singole” capaci di orientare liberamente le proprie scelte indipendentemente dal pregresso rapporto familiare, nel caso del figlio poiché maggiorenne, nel caso dell'ex coniuge perché il rapporto familiare che lo legava è cessato. A ciò si aggiunga la considerazione dell'inattualità del vecchio parametro del “tenore di vita” (quanto meno ove applicato nella fase dell'*andebatur*) in quanto:

- collide radicalmente con la natura stessa dell'istituto del divorzio e con i suoi effetti giuridici perché, sia pure limitatamente alla dimensione economica, presuppone l'ultrattività del vincolo matrimoniale;
- un'interpretazione delle norme sull'assegno divorzile che producano l'effetto di procrastinare a tempo indeterminato il momento della rescissione degli effetti economico-patrimoniali del vincolo coniugale, può tradursi in un ostacolo alla costituzione di una nuova famiglia successivamente alla disgregazione del primo gruppo familiare, in violazione di un diritto fondamentale dell'individuo (cfr. Cass., sez. I

civ., Sent. n. 6289 del 19/03/2014) che è ricompreso tra quelli riconosciuti dalla Cedu (art. 12) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 9);

- da un punto di vista letterale, il dissolto rapporto è implicitamente richiamato dall'art. 5 solo con riguardo alla fase di quantificazione e, precisamente, nella parte in cui, al primo periodo del comma 6, la norma recita: “[...] tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio [...]”⁵.

Ferma restando, dunque, l'eventuale rilevanza del rapporto matrimoniale oramai definitivamente estinto sul giudizio condotto nella seconda fase relativa al *quantum debeatur*, per accertare l'*an*, a partire dalla pronuncia della Cassazione del 2017, occorre concentrare le valutazioni sul concetto di indipendenza o autosufficienza economica.

La soluzione prospettata dalla Corte,

tuttavia, non è apparsa pienamente soddisfacente anche perché presuppone una definizione di “indipendenza economica” che se in dottrina è dibattuta⁶, nella normativa è completamente assente.

Né può dirsi più certa la Giurisprudenza sul punto: la lacuna, infatti, è stata solo in parte da questa colmata mediante l'individuazione di appositi indici.

Proprio con la pronuncia di cui sopra, la Cassazione, per esempio, ha affermato l'opportunità di considerare, anche in via alternativa tra loro:

- il possesso di redditi di qualsiasi specie;
- la disponibilità di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari;
- la capacità e possibilità effettive di lavoro personale, da considerare in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro sia dipendente che autonomo e la stabile disponibilità di una casa di abitazione.

5 *Le Sezioni Unite del 2018*

⁵Cass. Civ., Sez. I civ., Sez. 1, n.11504 del 10/05/2017.

⁶In dottrina, in particolare, si registrano due principali letture: una prima che ritiene che questa espressione vada intesa come sinonimo della capacità di procurarsi mezzi di

sostentamento e una seconda che, al contrario, considera la capacità di produrre reddito adeguato alla condizione sociale del richiedente.



La pronuncia del 2017, per effetto della sua portata innovativa e, al tempo stesso, delle criticità appena evidenziate, ha inevitabilmente risvegliato un dibattito che sembrava ormai sopito a partire dal 1990 e ha portato, esattamente a distanza di un anno, la Corte di Cassazione a pronunciarsi a Sezioni Unite (Cass., SS.UU. civ., Sent. n. 18287 dell'11/07/2018).

In particolare la Corte muove da una premessa logica di fondo: la valorizzazione della natura non solo assistenziale ma anche perequativa e riequilibratrice dell'assegno divorzile in quanto declinazione concreta del principio di solidarietà.

Da ciò consegue che l'assegno debba essere inteso quale strumento di protezione del coniuge economicamente più debole sebbene volto a conseguire non già la sua autosufficienza economica ma il riconoscimento postumo del suo ruolo e del suo contributo alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale dell'ex coniuge, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto.

Sulla base di tali assunti, per la prima volta la giurisprudenza riconosce rilievo e valorizza, in questo contesto, la circostanza che il

coniuge che richieda l'assegno possa aver contribuito, in accordo con l'altro nel rispetto del principio di pari dignità dei coniugi, alla conduzione della vita familiare e aver sacrificato le proprie aspettative professionali e reddituali.

In particolare il diritto all'assegno non è, dunque, più né legato alla necessità di assicurare al coniuge privo di mezzi adeguati il ripristino del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio (come affermato dalle sentenze gemelle del 1990) né condizionato esclusivamente dalla mancanza di autosufficienza economica in chi lo richiede (come affermato con la sentenza del 2017) bensì è un diritto che va riconosciuto all'ex coniuge privo di mezzi di adeguati anche quando risulti che lo squilibrio economico patrimoniale conseguente al divorzio sia l'esito di comuni scelte di vita familiare e professionale.

Ciò premesso, perché ciò si realizzi in concreto, secondo la S.C., occorre innanzitutto accertare se sussista e che dimensione abbia lo squilibrio economico-patrimoniale determinato dal divorzio – anche attraverso il potenziamento dei poteri istruttori officiosi attribuiti al giudice – e poi, in caso di esito positivo, valutare se esso sia dovuto ad inadeguatezza dei mezzi o



comunque incapacità di procurarli valorizzando, a tal fine, gli indici contenuti nella prima parte dell'art. 5 comma 6.

Tali indici, altro non sono che anch'essi la declinazione in concreto del principio di solidarietà di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Può dirsi, dunque, che tanto il giudizio finalizzato all'accertamento dell'*an* quanto quello finalizzato all'accertamento *quantum debeat* sono fondati sulla medesima e composita logica che è quella assistenziale-compensativa-perequativa, finalizzata a ristabilire una situazione di equilibrio che con lo scioglimento del vincolo è venuta a mancare in ossequio al principio costituzionale di solidarietà.

Non appare più attuale, alla luce della più recente giurisprudenza, pertanto, l'idea che l'assegno divorzile sia un istituto eminentemente assistenziale dovendosi, al contrario, ritenere – come già affermato sotto la vigenza della formulazione ante novella del 1987 – che esso presenti una natura composita assistenziale e compensativo-risarcitoria.

6 L'accertamento dell'inadeguatezza nella successiva

giurisprudenza

Il principio affermato dalle Sezioni Unite è stato ulteriormente affinato dall'elaborazione giurisprudenziale successiva.

Ad esempio, nella decisione sul “Divorzio Berlusconi - Lario”, la Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. I civ., ord. n. 21926 del 30/08/2019) ha valorizzato la circostanza che, a fronte di uno squilibrio economico effettivo tra i due ex coniugi, l'intero patrimonio dell'ex moglie risultasse formato, durante il matrimonio, con il solo apporto dei beni dell'altro per ricavarne la conclusione che il suo ruolo endofamiliare e il sacrificio delle aspettative professionali fossero stati già compensati al punto tale da ritenere che l'assegno di divorzio non fosse dovuto.

Così argomentando, di fatto, la Cassazione, con tale pronuncia, ha precisato che al principio di solidarietà va riconosciuto non solo il ruolo di fondamento ma anche di limite stesso del diritto all'assegno divorzile il cui accertamento, che pertanto ben può fondarsi anche in via esclusiva o prevalente sul criterio assistenziale, deve esser condotto necessariamente alla luce alla pregressa storia coniugale e familiare, senza che sia consentito di travalicare nell'indebita

locupletazione ai danni dell'altro (Cass. Civ., Sez. VI civ., Ord. n.18681 del 09/09/2020).

Una peculiare ipotesi in cui, per le stesse ragioni (ma con esito esattamente opposto), è stato ritenuto legittimo un accertamento del diritto all'assegno divorzile fondato in via esclusiva o prevalente sul criterio assistenziale è quella della proposizione della domanda di assegno divorzile in sede di giudizio di revisione.

Ai sensi dell'articolo 9, comma 1, della legge 898 del 1970, qualora sopraggiungano giustificati motivi, su istanza di parte, il tribunale può provvedere, tra l'altro, alla revisione della misura e delle modalità di corresponsione dell'assegno divorzile.

Peraltro, ove lo squilibrio economico-patrimoniale determinato dal divorzio sia allegato quale fatto sopravvenuto non sussistente all'epoca dello scioglimento del vincolo matrimoniale, è ben possibile che l'assegno divorzile sia richiesto per la prima volta con le forme del giudizio di revisione.

Anche in questo caso l'assegno dovrà essere attribuito e quantificato applicando i parametri di cui all'art. 5, comma 6, non essendo in alcun modo compromessa la sua natura composita assistenziale, compensativa e perequativa.

È pur vero, però, che la circostanza che lo

squilibrio economico-patrimoniale sia sopravvenuto a distanza di tempo può rendere non agevole l'individuazione della correlazione tra l'inadeguatezza dei mezzi del richiedente, il suo ruolo endofamiliare e i sacrifici professionali sopportati per effetto di comuni scelte di vita familiare e professionale.

In casi come questo, quindi, la Giurisprudenza tende valorizzare il ruolo del principio di solidarietà e a calibrare la decisione essenzialmente sulla funzione assistenziale dell'assegno e alla effettiva e concreta non autosufficienza economica dell'ex coniuge richiedente, non più in grado di provvedere al proprio mantenimento, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto.

E' quanto sostenuto, ad esempio, nelle sentenza della Cass. Civ., Sez. I civ., Sent. 5055 del 24/02/2021 in cui la S.C., a testimonianza ulteriore del consolidamento e perfezionamento dei principi di cui alle Sezioni Unite del 2018, ha specificato che "la funzione assistenziale tornerà in gioco o potrà tornarvi, anche con connotazione di prevalenza, tutte le volte in cui il Giudice di merito accerti che il sopravvenuto incolpevole peggioramento della condizione economica di vita di uno degli ex coniugi non



sia altrimenti suscettibile di compensazione per l'assenza di altri obbligati o di altre forme di sostegno pubblico e che l'ex coniuge, meglio dotato nel patrimonio e capace di fornire una qualche forma di erogazione, abbia in passato ricevuto e/o goduto di apporti significativi -pur se non incidenti, quando il vincolo matrimoniale si è estinto, sull'equilibrio economico tra i coniugi- da parte di quello successivamente impoveritosi e bisognoso di un sostegno alimentare, in

senso ampio”.

In tutti questi casi, tuttavia, poiché la finalità assistenziale assume rilievo preponderante rispetto a quella perequativo-compensativa la quantificazione dell'assegno divorzile dovrà tendenzialmente effettuarsi sulla base dei criteri ex art. 438 c.c., salvi gli opportuni adattamenti a seconda della maggiore o minore importanza degli apporti ricevuti o goduti dall'ex coniuge onerando.⁷

⁷MENDICINO S., *Spettanza e quantum dell'assegno divorzile richiesto per la prima volta nel giudizio di revisione*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.40, 2021, pag. 4.



PENALE

L'omicidio colposo stradale nella legge n. 41/2016 e la revoca della patente

di Jamina Schiavone

1 Introduzione

L'esigenza di regolamentare la circolazione stradale è stata avvertita in ogni epoca storica e, ancora oggi, è un problema affrontato con particolare delicatezza non solo in Italia, ma anche in Europa e nel resto del mondo.

L'introduzione dei reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali, avvenuta con la legge 23 marzo 2016, n. 41, quali disposizioni autonome all'interno del titolo XII del codice penale contenente i delitti contro la persona, si iscrive nell'ambito di un intervento normativo volto a contrastare il fenomeno, in costante evoluzione, della criminalità stradale ed ha l'obiettivo di rafforzare il sistema sanzionatorio previsto nel codice in tema di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme sulla disciplina stradale.

All'esito, dunque, di un iter parlamentare piuttosto accidentato, i nuovi artt. 589 bis e 590 bis c.p., con una logica asseritamente

emergenziale, aggiungono un ulteriore tassello al processo di differenziazione della risposta penale degli eventi lesivi e mortali colposi, per effetto del quale è stato profondamente modificato l'originario impianto del Codice Rocco¹.

La legge sull'omicidio stradale e le lesioni personali stradali ha, inoltre, determinato un ulteriore spostamento in avanti della tendenza a differenziare la tutela penale per settori.

2 Omicidio colposo o omicidio volontario?

Ulteriore motivo della riforma, al di là della frequente ricorrenza di sinistri mortali cagionati da condotte di guida spericolata, è stata l'evoluzione interpretativa in tema di dolo eventuale, come consacrata nella nota sentenza della Cassazione sul caso Thyssenkrupp, che ha imposto il correttivo del criterio del bilanciamento alla teoria dell'accettazione del rischio.

Difatti, in precedenza, le condotte di guida più spericolate, facendosi applicazione della sola teoria dell'accettazione del rischio,

¹ G. LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016.



venivano ricondotte nell'omicidio volontario sorretto da dolo eventuale; oggi, invece, imponendosi il correttivo del bilanciamento (secondo cui la prova del dolo eventuale non può essere raggiunta con la sola dimostrazione che l'agente ha accettato il rischio di cagionare un determinato evento, ma è necessaria la dimostrazione che la stessa accettazione sia il frutto di un consapevole bilanciamento tra interessi), le medesime condotte di guida spericolate sono destinate ad essere ricondotte nella più blanda fattispecie colposa.

Ciò in quanto la prassi dimostra che i sinistri stradali sono perlopiù caratterizzati dall'estrema rapidità degli avvenimenti e dallo stato di alterazione mentale dei responsabili, elementi questi inconciliabili con lo svolgimento di una consapevole deliberazione, richiesta dalla teoria del bilanciamento.

Il legislatore, così, ha previsto un complesso reticolo normativo, caratterizzato da un accentuato rigore sanzionatorio.

3 *L'omicidio stradale e le sue*

² L'accertamento dello stato di ebbrezza alcolica o di alterazione per l'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope va verificato secondo le procedure previste in

aggravanti

L'omicidio stradale è definito dall'art. 589 bis I co. c.p., secondo cui "Chiunque cagioni per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale è punito con la reclusione da due a sette anni".

La disposizione si compone di altri commi (II, III, IV, V, VI) disciplinanti circostanze aggravanti ad effetto speciale; depone univocamente in tal senso lo stesso art. 590 quater c.p., che qualifica espressamente dette previsioni come circostanze aggravanti, sottraendole al giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.

In particolare, i commi II e III prevedono una sanzione ulteriormente inasprita, nel caso in cui il fatto sia commesso alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica grave (tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro) o di alterazione di sostanze psicotrope² ovvero in stato di ebbrezza alcolica con un tasso alcolemico superiore a 0,8 grammi per litro e non superiore a 1,5 grammi per litro, laddove si tratti di specifiche categorie di conducenti³.

Qualora non ricorrano le ipotesi sopra

materia di accertamento delle contravvenzioni di cui agli artt. 186 e 187 C.d.S.

³Trattasi di coloro che esercitano professionalmente l'attività di trasporto di persone e di cose.



descritte, il IV comma prevede un aggravio della pena nel caso in cui il conducente di un veicolo a motore abbia cagionato colposamente la morte di una persona in stato di ebbrezza alcolica (art. 186, comma II, lettera b), C.d.S.); in tal caso, tuttavia, la pena prevista è più lieve, consistendo nella reclusione da cinque a dieci anni. Il V comma, infine, prevede condotte poste in rapporto di residualità rispetto alle più gravi ipotesi di guida in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psicofisica e pertanto trovano applicazione solo quando il conducente non abbia assunto sostanze stupefacenti o psicotrope e non presenti un tasso alcolemico non consentito dalla legge. Il co. VII sancisce che “nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, qualora l’evento non sia esclusiva conseguenza dell’azione o dell’omissione del colpevole, la pena è diminuita fino alla metà”. La norma disciplina, dunque, una circostanza attenuante ad effetto speciale qualora il conducente abbia solo concausato l’evento morte. Quindi, la disposizione in esame si estende anche all’ipotesi di cooperazione colposa e al concorso di cause indipendenti, id est anche

a prescindere dalla colpa della vittima qualora l’incidente sia riconducibile alla condotta di più conducenti⁴.

Infine, il co. VIII detta una particolare disciplina del concorso formale di reati, sancendo l’applicazione del cumulo giuridico delle pene in caso di omicidio stradale plurimo.

Contestualmente, la novella ha eliminato le circostanze aggravanti ad effetto speciale in precedenza previste dagli artt. 589 (co. II e III) e 590 (co. III) in relazione ai delitti di omicidio colposo e lesioni personali colpose, destinate a trovare applicazione allorché i medesimi fossero compiuti “con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale”.

Dunque, l’opzione prescelta dal legislatore appare orientata a riconoscere condotte siffatte come connotate da un grado di disvalore talmente elevato da non trovare adeguata sanzione nelle circostanze in parola, imponendo, piuttosto, l’approntamento di autonome fattispecie delittuose.

4 Rapporto tra omicidio colposo e il nuovo omicidio colposo stradale

I giudici di legittimità hanno affrontato la

⁴D. POTETTI, *Omicidio stradale: lettura guidata e annotata alla legge n. 41 del 23 marzo 2016*.



questione del rapporto sussistente tra la previgente fattispecie aggravata di omicidio colposo, di cui all'art. 589, II comma, c.p. e quella introdotta nel 2016 dal legislatore di cui all'art. 589 bis c.p.

La Corte di Cassazione ha escluso che la nuova disciplina si sia limitata ad introdurre un'aggravante della fattispecie di omicidio colposo, precisando che le nuove norme si collocano in una disposizione ad hoc e che prevedono un regime speciale che introduce *“una congerie di ipotesi aggravate, nonché una ipotesi attenuata che risulterebbero giustificate solo qualora di ritenesse che la ipotesi di base, disciplinata dal I comma delle disposizioni predette, costituisca una (nuova) ipotesi autonoma di reato e non una fattispecie circostanziale del reato di omicidio colposo⁵”*.

Il reato di omicidio stradale, così come l'omologa fattispecie in tema di lesioni personali stradali, è un reato comune, in quanto può essere commesso da chiunque.

La fattispecie di cui all'art. 589 bis co. I c.p. prevede un'ipotesi base strutturalmente colposa, qualificata dalla causazione della morte di una persona mediante violazione

della disciplina sulla circolazione stradale. La fattispecie incriminatrice in esame è caratterizzata da antigiuridicità speciale. Si parla di antigiuridicità speciale quando una disposizione incriminatrice contempra tra i propri elementi costitutivi la violazione di una determinata disciplina extrapenale.

In tal caso, l'espressa menzione delle “norme sulla disciplina della circolazione stradale” nella descrizione del tipo criminoso si traduce in un implicito ma univoco rinvio al Codice della strada, (D.lgs. n. 285/92), che presenta pertanto funzione integrativa del precetto penale.

Da quanto esposto deriva che la violazione delle norme sulla circolazione stradale deve avere rilevanza causale nei confronti dell'evento lesivo.

Dunque, dal punto di vista dell'imputazione soggettiva, si richiede la colpa specifica dell'agente.

In altri termini, le disposizioni di cui al Codice della strada sono le “leggi” ex art. 43 co. I, terzo alinea, c.p. la cui inosservanza dà luogo a colpa specifica.

Ora, è vero che, in termini generali, l'inosservanza di regole cautelari tipizzate non consente di esaurire il giudizio sulla

⁵Cass., sez. IV pen., sent. n. 29721 del 14 giugno 2017.



colpa (atteso che un giudizio in termini di negligenza è formulabile anche laddove siano state in concreto osservate tutte le regole di diligenza positivizzate, nel caso in cui le contingenze particolari suggeriscano di attenersi a norme cautelari diverse ed ulteriori).

Ma nel caso di specie, la consumazione delle fattispecie ex artt. 589 bis e 590 bis c.p. appare a priori esclusa dall'osservanza del codice della strada.

Ne deriva che l'infrazione di altre regole cautelari potrà riverberarsi nella sussistenza delle generali fattispecie ex artt. 589 e 590 c.p.

Di converso, le violazioni del codice della strada che risultino prive di efficienza causale nei confronti dell'evento lesivo escludono ogni responsabilità in relazione a quest'ultimo, potendo, se del caso, andare incontro alle sanzioni prescritte dal codice stesso per le infrazioni in sé considerate.

Va comunque osservato come le disposizioni del Codice della strada pongono a carico del conducente obblighi a raggio talmente ampio da concretarsi, nella sostanza, in forme di vera e propria colpa generica.

La giurisprudenza di legittimità si è pronunciata sulla natura del reato di omicidio stradale aggravato da una delle circostanze di

cui ai commi II, III, IV, V e VI (in particolare la pronuncia aveva ad oggetto il reato in esame aggravato dalla guida in stato di alterazione da stupefacenti o in stato di ebbrezza alcolica).

Secondo la Corte si configura un reato complesso ai sensi dell'art. 84 I co. c.p.

Ne consegue l'esclusione della disciplina sul concorso di reati, non potendo quindi configurarsi concorso tra le fattispecie previste dall'art. 589 bis c.p. e quelle contravvenzionali di cui al D.lgs. n. 285/92 (Codice della Strada), in quanto, ad esempio, la condotta di chi guida in stato di ebbrezza alcolica viene a perdere la propria autonomia, essendo appunto circostanza aggravante di cui ai co. II, III e IV dell'art. 589 bis c.p.

5 Rapporti tra omicidio stradale, lesioni personali e guida in stato di ebbrezza

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 41/2016, la giurisprudenza ha chiarito che la nuova fattispecie aggravata di omicidio o lesioni colpose si applica al solo conducente di un veicolo a motore, assorbendo l'illecito contravvenzionale della guida in stato di ebbrezza previsto dall'art. 186 C.d.S.

La nuova formulazione normativa tratteggia, pertanto, una chiara sovrapposizione



soggettiva e oggettiva delle condotte punite; invero, il fatto previsto dalla contravvenzione può dirsi assorbito dalla specifica circostanza aggravante dell'omicidio stradale che si configura così come un reato complesso.

La disciplina del reato complesso ex art. 84 c.p. definisce un principio fondamentale, ossia quello di non addebitare più volte all'imputato il medesimo fatto storico (ne bis in idem sostanziale).

Si tratta di una soluzione innovativa rispetto al precedente orientamento interpretativo, il quale riteneva sussistente “il concorso di reati tra le contravvenzioni di guida in stato di ebbrezza e i delitti di omicidio colposo o di lesioni personali commessi, alla guida di un veicolo, con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale⁶⁷”.

6 La sentenza costituzionale n. 88/2019 sulla revoca automatica della patente di guida

La Corte costituzionale con la sentenza 17 aprile 2019, n. 88 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222, comma II, quarto periodo, del d.lgs. n. 285/1992 (Nuovo Codice della Strada), nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di

applicazione della pena su richiesta delle parti, per i reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali, il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente, la sospensione della stessa.

Per la Corte costituzionale, infatti, l'automatismo della risposta sanzionatoria, non graduabile in ragione delle peculiarità del caso, può giustificarsi solo per le più gravi violazioni contemplate dal II e III comma degli artt. 589 bis e 590 bis c.p.

Questo perché i comportamenti ivi previsti, altamente pericolosi per la vita e l'incolumità delle persone, giustificerebbero una rigida misura preventiva.

Al di sotto di tale livello vi sono comportamenti colpevoli in misura inferiore, sicché non sarebbe compatibile con i principi di eguaglianza e proporzionalità la previsione della medesima sanzione amministrativa per tali condotte.

In tal caso, l'automatismo della sanzione amministrativa non è giustificabile e deve cedere alla valutazione individualizzante del giudice.

Questi deve poter valutare le circostanze del caso concreto ed eventualmente decidere di applicare come sanzione amministrativa

⁶⁷Cass., sez. IV, sent. 3 ottobre 2021, n. 46441

accessoria, in luogo della revoca della patente, la sospensione della stessa come, d'altronde, previsto dal secondo e dal terzo periodo del comma II dell'art. 222 C.d.S.

7 Corte costituzionale, Ordinanza n. 42/2020, in tema di circolazione stradale, sanzioni amministrative accessorie

Si era dubitato della legittimità costituzionale della suddetta disposizione anche nella parte in cui prevedeva obbligatoriamente l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida in ipotesi di estinzione del reato di cui all'art. 590-bis c.p. a seguito di esito positivo della sospensione del procedimento con messa alla prova.

Il Giudice delle leggi ha, in tale occasione, evidenziato come il giudice rimettente non avesse tenuto adeguatamente conto del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, il cui esame avrebbe permesso di verificare che, nel caso in oggetto, l'applicazione di quella sanzione amministrativa accessoria non sarebbe stata

affatto automatica.

La Corte ha così evidenziato quanto disposto nelle proprie precedenti pronunce orientate nel senso indicato, ricordando non solo come con la sentenza n. 88 del 2019 sia stata dichiarata l'illegittimità costituzionale proprio dell'art. 222, comma II, quarto periodo, C.d.S., nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna o di patteggiamento per i reati di cui agli artt. 589-bis e 590-bis c.p., il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso comma II dell'art. 222, allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi II e III degli artt. 589 bis e 590 bis c.p.⁷, ma, soprattutto, come con le sentenze n. 68 del 2019 e n. 91 del 2018 fosse stato evidenziato che la decisione positiva sulla messa alla prova non contiene alcun accertamento sulla colpevolezza e, dunque, non è parificabile alla sentenza di condanna⁸. Dunque, la declaratoria di estinzione del reato a mente dell'art. 168-ter c.p. non può rappresentare presupposto per l'applicazione automatica della sanzione accessoria, ai sensi

⁷ C. Cost., 17 aprile 2019, n. 88, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2019, con nota di LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*.

⁸ C. Cost., sent. 29 marzo 2019, n. 68; C. Cost., sent. 26 giugno 2018 n. 91, con nota di MUZZICA, *La Consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*.



del più volte menzionato art. 222, comma II, C.d.S.

D'altra parte, la Consulta ha ricordato come l'automatica applicazione di tale sanzione accessoria fosse stata già esclusa dalla Corte di Cassazione in relazione ad una analoga situazione processuale, asserendo che, in tema di guida in stato di ebbrezza, il giudice che dichiara l'estinzione del reato per l'esito positivo della prova, ai sensi dell'art. 168-ter c.p., non può applicare la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida, di competenza del Prefetto ai sensi dell'art. 224, comma 3, C.d.S., in considerazione della sostanziale differenza tra l'istituto della messa alla prova, che prescinde dell'accertamento di penale responsabilità, e le ipotesi di applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, previste dagli artt. 186, comma 9-bis e 187, comma 8-bis, C.d.S., la cui disciplina lascia al giudice, in deroga al predetto art. 224, la competenza ad applicare la sanzione amministrativa accessoria⁹.

Seguendo la medesima impostazione la Corte Costituzionale ha sostenuto che la pronuncia di estinzione del reato di guida in

stato di ebbrezza, per causa diversa dalla morte del reo, comporta, nei casi in cui alla violazione consegue la sanzione amministrativa accessoria della revoca o della sospensione della patente di guida, la competenza del Prefetto a provvedere in merito, spettando allo stesso la verifica dell'esistenza dei presupposti di legge per l'applicazione di quella sanzione amministrativa, senza vincoli neppure in ordine all'individuazione della sanzione da applicare.

Ad analoghe conclusioni si è giunti nel caso di applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto a mente dell'art. 131-bis c.p., in relazione al quale si è detto che quando manca una pronuncia di condanna o di proscioglimento, le sanzioni amministrative riprendono la loro autonomia ed entrano nella sfera di competenza della p.a.¹⁰

8 L'illegittimità costituzionale dell'art. 30, IV comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87

Si è visto che con la sentenza n. 88 del 2019, la Corte costituzionale ha ritenuto che tale

⁹Cass., Sez. VI, 25 maggio 2017, n. 29796.

¹⁰Cass., SS.UU. pen., 25 febbraio 2016, n. 13681; Rivista *DeJure*, 2016, p. 4089, con nota di MAGRO, *Tenuità del fatto e reati di pericolo*;

automatismo sanzionatorio vulnerasse i principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità.

L'automatica applicazione della revoca della patente poteva giustificarsi, in effetti, solo per le ipotesi più gravi e più severamente punite di cui al II e al III comma, sia dell'art. 589-bis, sia dell'art. 590-bis c.p.

Nelle altre ipotesi doveva, invece, essere lasciata al giudice la possibilità di effettuare una “valutazione individualizzante”, sulla base delle circostanze del caso concreto, nel senso di consentirgli, “secondo la gravità della condotta del condannato”, sia di disporre la sanzione amministrativa della revoca, sia di applicare quella, “meno afflittiva”, della sospensione della patente per la durata massima prevista dal secondo e dal terzo periodo del medesimo comma II dell'art. 222 C.d.S.

Il citato art. 222, comma II, quarto periodo, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevedeva che, in caso di condanna o patteggiamento della pena per i reati sopra indicati, il giudice poteva disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso comma II dell'art. 222 C.d.S. allorché non ricorreva alcuna delle

circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi II e III degli artt. 589-bis e 590-bis c.p..

Di conseguenza, numerose persone, la cui patente di guida era stata revocata con sentenza passata in giudicato sulla base della norma dichiarata poi incostituzionale, si sono rivolte al giudice dell'esecuzione al fine di sostituire la sanzione della revoca della patente con la mera sospensione.

Invero, laddove si applicasse la suddetta sentenza, i ricorrenti sarebbero effettivamente meritevoli di tale sostituzione, essendo stati giudicati per un fatto di omicidio stradale semplice.

Tuttavia, l'istanza non potrebbe essere accolta, considerato che l'art. 30, IV comma, della legge n. 87 del 1953 fa riferimento alle sole sanzioni penali.

Si torna, dunque, ad interrogare la Corte sulla legittimità costituzionale di tale disposizione, invitandola a rivedere le conclusioni cui era precedentemente pervenuta, in virtù sia della particolare natura della sanzione di cui si discute, sia dei mutamenti della giurisprudenza costituzionale intervenuti dopo la precedente pronuncia.

Ciò posto, al provvedimento di revoca della patente, adottato in seguito ad una condanna penale, si accompagna un ulteriore effetto:

quello, cioè, di precludere il conseguimento di una nuova patente di guida prima del decorso di un determinato periodo di tempo, pari, nei casi ordinari, a cinque anni dalla revoca (art. 222, comma III-ter, primo periodo, C.d.S.).

“La revoca della patente è, infatti, una sanzione interdittiva della circolazione alla guida dei veicoli a motore. Essa è la risultante di due componenti: la perdita del titolo abilitativo già posseduto (con conseguente necessità di ripetere l’esame di abilitazione alla guida, diversamente che nel caso della sospensione) e l’inibizione al conseguimento di un nuovo titolo prima di un certo tempo.

Tanto è vero che l’art. 222, comma II, ultimo periodo, C.d.S. stabilisce espressamente che – di seguito alla comunicazione della sentenza di condanna o di patteggiamento – il prefetto deve emettere, nei confronti dell’interessato, provvedimento [non soltanto] di revoca della patente [ma anche] di inibizione alla guida sul territorio nazionale, per un periodo corrispondente a quello per il quale si applica la revoca della patente¹¹”.

L’inibizione alla guida fa parte della sanzione, infatti, non avrebbe senso revocare la patente al condannato, se questi potesse conseguire una nuova subito dopo.

L’art. 222 prevede, infatti, solo limiti temporali massimi, al di sotto dei quali il giudice può discrezionalmente decidere di sospendere la patente anche per periodi di tempo più brevi.

La revoca della patente avrebbe, infatti, una finalità preventiva, e non già repressiva: costituirebbe una misura a tutela della sicurezza della circolazione stradale, inibendo la guida di veicoli a motore a soggetti che, con la loro condotta, si sono dimostrati pericolosi, *“con estraneità funzionale agli aspetti meramente afflittivi della pena”¹².*

L’inibizione è, d’altra parte, circoscritta ad un ambito temporale limitato, decorso il quale è possibile ottenere un nuovo titolo abilitativo alla guida: onde neppure il “grado di afflittività” della sanzione sarebbe tale da giustificare il superamento del dato nominalistico¹³.

In sostanza, dunque, la giurisprudenza di legittimità da un lato riconosce che la norma censurata si presta ad essere applicata anche alle sanzioni amministrative “sostanzialmente penali”, ma dall’altro nega che la revoca della patente abbia una simile natura e, conseguentemente, esclude che il

¹¹ Corte Cost., sent. 16 aprile 2021, n. 68

¹² Cass., sez. I pen., sent. n. 1804 del 2020.

¹³ Cass. sez. I pen., sent. n. 1804 del 2020; in senso analogo, sez. I pen., sent. 25 settembre-22 dicembre 2020, n. 37034;

sez. feriale pen., n. 24023 del 2020; sez. I pen., sent. n. 13451 del 2020.

giudice dell'esecuzione sia abilitato ad effettuare l'operazione di conversione.

La Corte Costituzionale ritiene che non sia possibile negare che la revoca della patente abbia connotazioni sostanzialmente punitive.

Infatti, si riporta quanto dichiarato dalla Corte EDU, la quale ha più volte preso posizione sulla natura penale di misure quali il ritiro e la sospensione della patente disposte a seguito dell'accertamento di infrazioni connesse alla circolazione stradale.

Da tali pronunce emerge un orientamento sostanzialmente univoco, alla luce del quale, ancorché le misure in discorso siano configurate nel diritto interno come misure amministrative finalizzate a preservare la sicurezza stradale, esse si connotano come di natura convenzionalmente penale quando l'inibizione alla guida si protrae per un lasso di tempo significativo, tanto più, poi, ove la loro applicazione consegua ad una condanna penale¹⁴; venendo, in tal caso, le misure stesse ad assumere, per il loro grado di severità, un carattere punitivo e dissuasivo¹⁵.

In quest'ottica, si ritiene che il ritiro della

patente per la durata di diciotto mesi rientri nella “materia penale”, lasso di tempo ben più breve dei cinque anni per i quali si protrae, nella più favorevole delle ipotesi, la revoca della patente disposta ai sensi dell'art. 222.

Al riguardo, i giudici europei hanno posto in evidenza come sia *“incontestabile che il diritto di condurre un veicolo a motore si rivela di grande utilità per la vita corrente e l'esercizio di una attività professionale, di modo che, anche se la misura è considerata dal diritto interno comune come una misura amministrativa preventiva non appartenente alla materia penale, è gioco forza constatare il suo carattere punitivo e dissuasivo”*¹⁶.

Dunque, si deve ritenere che l'art. 30, IV comma, della l. n. 87 del 1953, in quanto interpretato nel senso di escluderne l'applicabilità in relazione alla sanzione amministrativa considerata, venga a porsi in contrasto con l'art. 3 Cost.

Invero, la Corte Costituzionale ha ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo larga parte dello “statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni penali: sia quello basato sull'art. 25 Cost.–

¹⁴ Corte EDU, sent. 4 gennaio 2017, Rivard contro Svizzera; sent. 17 febbraio 2015, Boman contro Finlandia; decisione 13 dicembre 2005, Nilsson contro Svezia.

¹⁵ Corte EDU, sentenza 21 settembre 2006, Maszni contro Romania.

¹⁶ Corte EDU, sentenza 5 ottobre 2017, Varadinov contro Bulgaria; sentenza 23 settembre 1998, Malige contro Francia; analogamente, sentenza 6 ottobre 2011, Wagner contro Lussemburgo



irretroattività della norma sfavorevole, determinatezza dell'illecito e delle sanzioni – sia quello basato su altri parametri, e in particolare sull'art. 3 Cost. – retroattività della lex mitior, proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto¹⁷.

Laddove, infatti, *“la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicar[la] [...], qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e perciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di contro interessi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo “vaglio positivo di ragionevolezza”, al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività in mitius nella materia penale¹⁸”*.

Inoltre, a tal proposito, si ricorda che la Corte Costituzionale si è espressa sulla successione impropria tra norme penali e norme sanzionatorie amministrative punitive e ha posto in evidenza che, ai fini dell'operatività del divieto di retroattività sfavorevole, un apparato sanzionatorio di natura formalmente amministrativa possa

risultare, in concreto, più afflittivo rispetto all'apparato sanzionatorio previsto per i reati¹⁹.

Non appare, dunque, costituzionalmente tollerabile che taluno debba rimanere soggetto per cinque anni, anziché per un periodo di tempo nettamente minore, ad una sanzione inibitoria della guida di veicoli a motore, con tutte le limitazioni che ciò comporta nella vita contemporanea, inflittagli sulla base di una norma che, all'indomani del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, è stata riconosciuta contrastante con la Costituzione.

9 Conclusioni

La riforma in esame appare, in conclusione, condivisibile in quanto affronta con adeguata severità una materia che non può essere relegata ai margini della repressione penale viste le così gravi conseguenze.

Al riguardo appare utile richiamare il pensiero di un noto giurista, il quale affermava: *“la delinquenza stradale è tra le più pericolose. Sia sotto il profilo della responsabilità oggettiva, per l'elevato numero delle vittime di omicidi e lesioni, gli ingenti danni patrimoniali e gli elevati*

¹⁷ Corte Cost., sent. 16 aprile 2021, n. 68

¹⁸ Corte Cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63

¹⁹ Corte Cost., sent. n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017



costi sociali e sanitari di miliardi sottratti a finalità di sviluppo civile e tanto evitabile dolore, sia sotto il profilo della pericolosità soggettiva, poiché il delinquente stradale è la vittima fungibile: specie di bomba sempre innescata, pronta ad esplodere contro chiunque, e spinto alla condotta imprudente per carenza di intelligenza, per disturbi della personalità, per guida sotto l'azione di sostanze stupefacenti od alcoliche; e, comunque per indifferenza, insensibilità e carente rispetto per la vita e l'incolumità altrui²⁰.

²⁰ F. MANTOVANI, Prefazione in F. PICCIONI, *I reati stradali*, il Sole 24 ore, quarta edizione, Milano.



AMMINISTRATIVO

Soccorso istruttorio: la sua costante evoluzione e i suoi limiti

di Paolo Vincenzo Rizzardi

Abstract

Il presente contributo, senza alcuna presunzione di completezza, è finalizzato a ricostruire l'evoluzione del soccorso istruttorio, istituto che sottende un costante bilanciamento tra il principio di autoresponsabilità e il *favor participationis* e che rappresenta un logico corollario del principio di imparzialità e di leale collaborazione tra pubblica amministrazione e privati. Esso ha subito, nel corso degli anni, una graduale evoluzione tesa ad ampliare il suo ambito applicativo.

Tuttavia, il soccorso istruttorio non è scevro da limiti, così come evidenziato dalla pronuncia pubblicata in data 27/01/2021 dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato n° 804/2021, la quale ha ritenuto l'istituto inapplicabile nel caso in cui l'offerta non sia corredata dalla garanzia provvisoria di cui all'articolo 93 del D. lg. n° 50/2016.

Altresi, dalla sentenza in commento emerge che il termine per l'integrazione documentale, di cui all'articolo 83, comma 9,

D. lg. n° 50/2016, sebbene possa essere stabilito discrezionalmente dalla pubblica amministrazione entro il termine massimo di dieci giorni, debba, ad ogni modo, essere conforme ai principi di proporzionalità e adeguatezza.

1. Quesiti sottoposti all'attenzione del Consiglio di Stato

La decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n° 804/2021 è volta a risolvere due quesiti.

Il primo è relativo all'ammissibilità della sanatoria, attraverso il soccorso istruttorio, della carenza della garanzia provvisoria richiesta sia dal codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'articolo 93 del D. lg. n° 50/2016, sia dall'articolo 13 del disciplinare di gara e segnatamente se tale mancanza formale sia riconducibile all'offerta e, pertanto, non sanabile, o alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione.

Il secondo quesito ha ad oggetto l'adeguatezza del termine perentorio dato dalla pubblica amministrazione al concorrente, atteso che il D. lg. n° 50/2016 all'articolo 83, comma 9, individua esclusivamente un termine massimo.

2. *Garanzia patrimoniale*

Il combinato disposto degli articoli 93, 103 e 104 del D. lg. n° 50/2016 delinea il sistema delle garanzie previste nel codice dei contratti pubblici.

Preliminarmente occorre chiarire che le garanzie sono volte ad assicurare che il danno non rimanga in capo al danneggiato o al creditore.

Al riguardo, le tipologie di garanzie previste nel codice dei contratti pubblici sono, tendenzialmente, di due tipi, a scelta dell'offerente o dell'appaltatore: la cauzione o la garanzia fideiussoria.

Entrambe sono volte a garantire l'adempimento dell'obbligo risarcitorio derivante dalla mancata esecuzione della prestazione per causa imputabile all'offerente o all'appaltatore.

La cauzione postula che un contraente versi all'altro una somma di danaro durante la formazione del contratto e che, in caso di inadempimento, la parte adempiente possa soddisfarsi su di essa.

La fideiussione sottende, invece, una garanzia personale attraverso la quale il fideiussore, con il proprio patrimonio, garantisce personalmente il creditore dell'adempimento dell'obbligo risarcitorio derivante dalla mancata esecuzione della

prestazione (articolo 1936 c.c.).

Ulteriormente, il D. lg. n° 50/2016 stabilisce, ai sensi degli articoli 93, comma 4; 103, comma 4 e 104, comma 7, che le garanzie debbano contemplare la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, derogando, quindi al c.d. *beneficium ordinis* che, secondo una parte della dottrina, costituisce la regola nelle obbligazioni connotate da solidarietà unilaterale o diseguale.

Ciò premesso, il D. lg. n° 50/2016 prevede tre tipologie di garanzie: una provvisoria, una definitiva e quella relativa all'esecuzione di lavori di particolare valore.

La garanzia definitiva è prevista all'articolo 103 del D. lg. n° 50/2016 e assume rilievo ai fini della sottoscrizione del contratto. Essa è, altresì, funzionale a garantire la stazione appaltante nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore e in caso di pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla protezione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori.

Il comma 5 dell'articolo 103 del D. lg. n° 50/2016 stabilisce che la garanzia è progressivamente svincolata a misura

dell'avanzamento dell'esecuzione nel limite massimo dell'ottanta per cento dell'iniziale importo garantito.

La garanzia prevista dall'articolo 104 del D. lg. n° 50/2016 si applica, invece, nei casi di affidamenti, di qualunque ammontare, a contraente generale e, sempre che sia prevista dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro.

La garanzia provvisoria è funzionale, invece, a coprire la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione per fatti riconducibili all'affidatario o all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva.

La cauzione provvisoria, quindi, *“ha natura patrimoniale e assolve la funzione di assicurare la serietà e l'attendibilità dell'offerta nei casi in cui l'aggiudicatario non sottoscriva il contratto d'appalto o qualora il concorrente sia escluso dalla gara a causa del mancato possesso dei requisiti di ammissione”*.¹

Pertanto, questa garanzia assolve allo stesso tempo tanto una funzione indennitaria, poiché garantisce alla stazione appaltante il risarcimento danni derivante dal rifiuto dell'aggiudicatario di addivenire al contratto, tanto una funzione sanzionatoria nei casi di

inadempimenti procedurali del concorrente.²

L'articolo 93, comma 1, del D. lg. n° 50/2016 stabilisce che essa è pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito e, al fine di rendere la garanzia proporzionata e adeguata al rischio, prevede la facoltà della stazione appaltante di ridurre all'1% o di aumentare al 4% il *quantum* della garanzia.

Al riguardo, è opportuno precisare che essa, in forza della novella normativa di cui all'articolo 1, comma 4, della legge n° 120/2020, non è più dovuta, sino a dicembre 2021, nei casi di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), del D. lg. n° 50/2016, sempre che, in considerazione della tipologia della procedura, non ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta ad opera della stazione appaltante attraverso l'avviso di indizione di gara o in altro atto equivalente. Altresì, l'articolo 1, comma 4, della legge n° 120/2020 chiarisce che in questo caso l'ammontare della garanzia è dimezzato rispetto a quello previsto dall'articolo 93 del D. lg. n° 50/2016.

Pertanto, la novella normativa, efficace sino al 31 dicembre 2021, indica non più come

¹ In questi termini, A.n.a.c. delibera n° 72 del 29 gennaio 2020

² In questi termini A.n.a.c. delibera n° 72 del 29 gennaio 2020

facoltà, ma come regola quella che negli appalti sottosoglia l'offerta non debba essere corredata dalla garanzia provvisoria, sempre che non ricorrano motivate esigenze concrete di senso contrario.

3. Soccorso Istruttorio

Ciò premesso, dopo aver tratteggiato sinteticamente i contorni delle garanzie patrimoniali previste dal codice dei contratti pubblici, è possibile trattare dell'istituto del soccorso istruttorio, al fine di comprendere, anche attraverso la pronuncia giurisprudenziale in commento, l'ammissibilità della sanatoria relativa alla mancata indicazione della cauzione provvisoria a corredo dell'offerta, di cui all'articolo 93 del D. lg. n° 50/2016.

Il soccorso istruttorio è un istituto volto a sanare un'irregolarità o incompletezza della documentazione, prevista a pena di esclusione, consentendo all'istante o al concorrente di rettificare gli atti entro un termine perentorio stabilito dalla pubblica amministrazione. Pertanto, esso è funzionale ad assicurare la massima partecipazione, realizzando la piena concorrenza sul

mercato.

Altresì, l'istituto rappresenta un logico corollario dei principi di imparzialità, buon andamento e di leale collaborazione tra pubblica amministrazione e privati, poiché consente all'amministrazione di superare le carenze dell'istruttoria, prevedendo un termine e lasciando la facoltà al concorrente di sanare tali assenze, realizzando, quindi, un'adeguata valutazione dell'interesse pubblico e degli altri interessi coinvolti nel procedimento.³

Appare opportuno precisare, tuttavia, che tale istituto non sia di esclusivo appannaggio del codice dei contratti pubblici. Infatti, l'articolo 6, lettera b), della legge n° 241/1990 prevede che il responsabile del procedimento possa chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di istanze erranee o incomplete, al fine, quindi, di realizzare un coscienzioso temperamento tra gli opposti interessi coinvolti nel procedimento. Per quanto attiene alla disciplina contemplata dal D.lg. n° 50/2016, essa è attualmente prevista dall'articolo 83, comma 9, il quale chiarisce che la carenza di qualsiasi elemento formale della domanda, imposto a pena di esclusione, possa essere sanata, attribuendo

³ In tal senso GIOVAGNOLIR., *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p.245

al concorrente un termine non superiore a dieci giorni, finalizzato ad integrare o a regolarizzare le dichiarazioni necessarie. Pertanto, la mancata regolarizzazione entro il termine perentorio determina l'esclusione del concorrente dalla procedura di evidenza pubblica. L'articolo 83, comma 9, del D. lg. n° 50/2016 stabilisce, altresì, che l'istituto del soccorso istruttorio non opera nei casi di: I) irregolarità sostanziali; II) regolazione o integrazione dell'offerta economica e tecnica; III) carenza della documentazione che non consente l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Le esposte coordinate ermeneutiche, quindi, conducono a sostenere che, salvi i casi esclusi, qualsiasi carenza formale, stabilita a pena di esclusione, possa essere sanata attraverso il soccorso istruttorio.

3.1 Evoluzione normativa

Ciò premesso, tuttavia, appare opportuno ricostruire l'evoluzione di tale istituto.

Ai fini di una migliore esposizione, è utile dividere l'evoluzione normativa in sei fasi.

La prima è quella relativa all'ingresso dell'istituto nell'ordinamento italiano in virtù

della direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26 luglio 1971, la quale riconosceva all'amministrazione aggiudicatrice, entro certi limiti, la facoltà di “*invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli*” (par. 27)⁴.

Successivamente (seconda fase), l'articolo 46 del D. lg. n° 163/2006, rubricato a far data dal D.l. n° 70/2011, “documenti e informazioni complementari – Tassatività delle cause di esclusione”, stabiliva al primo comma che le stazioni appaltanti, se necessario, invitano i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, dei documenti e delle certificazioni presentate. L'esposto addentellato normativo dimostrava, pertanto, che l'ambito applicativo del soccorso istruttorio appariva sensibilmente ristretto. La principale argomentazione a sostegno di questa soluzione traeva fondamento dal lemma “*se necessario*”, il quale dimostrava la residualità dell'istituto in parola, in una prospettiva tesa a favorire il principio di autoresponsabilità.

La terza fase si caratterizza, invece, per l'introduzione nell'articolo 46 del D.lg. n° 163/2006 del comma 1 bis, alla luce

⁴ In tal senso GIOVAGNOLIR., *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p.245

dell'articolo 4, comma 2, del D.l. n° 70/2011. Tale novella normativa aveva introdotto nel previgente codice degli appalti il principio di tassatività delle cause di esclusione. Ciò aveva condotto una parte della dottrina a sostenere un sensibile ampliamento del perimetro applicativo del soccorso istruttorio, in quanto, fatte salve le cause di esclusione contemplate dal comma 1 bis dell'articolo 46 del D. lg. n° 163/2006, l'istituto in parola poteva operare.

Ulteriormente (quarta fase), il D.l. n° 90/2014 aveva introdotto il comma 1ter nell'articolo 46 del D. lg. n° 163/2006, il quale stabiliva che nei casi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni si applicavano le disposizioni dell'articolo 38, comma 2 bis, del D. lg. n° 163/2006 che prevedeva, ai fini della sanatoria, il pagamento di una somma di denaro.

Successivamente (quinta fase), il soccorso istruttorio è stato introdotto nell'articolo 83, comma 9, del D. lg. n° 50/2016. Originariamente, tuttavia, il suo ambito applicativo si estendeva tanto alle irregolarità essenziali quanto alle irregolarità non essenziali.

Infatti, il soccorso istruttorio era operante sia per le irregolarità essenziali, ossia quelle che

avrebbero determinato l'esclusione del concorrente, sia per le irregolarità non essenziali, ossia quelle a cui non seguiva l'esclusione dell'offerente. Al riguardo, mentre in quest'ultimo caso il soccorso istruttorio era gratuito, nel caso di irregolarità essenziali, esso appariva oneroso.

Tale sistema, tuttavia, aveva sollevato alcune criticità. La prima era quella che sottolineava che l'onerosità del soccorso istruttorio era in contrasto con la delega che prevedeva la completa gratuità dell'istituto.

La seconda perplessità riguardava, invece, l'applicabilità del soccorso istruttorio anche ai casi di irregolarità non essenziali. In altri termini, la sanabilità delle irregolarità non essenziali attraverso l'istituto del soccorso istruttorio appariva un adempimento inutile. Tali criticità sono state superate dal D.lg. n° 56/2017, che innovando l'articolo 83, comma 9, del D. lg. 50/2016, ha stabilito la gratuità del soccorso istruttorio e precluso l'esercizio dello stesso ai casi di irregolarità non essenziali.

Pertanto, la distinzione che permane attuale è quella tra irregolarità essenziali non sanabili e irregolarità essenziali sanabili gratuitamente.

Dunque, le esposte argomentazioni conducono a sostenere che il soccorso

istruttorio troverà applicazione per tutte quelle irregolarità formali (e non sostanziali) stabilite a pena di esclusione, salvo che tali carenze attengano all'offerta tecnica o economica o che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile.

In aggiunta, appare opportuno sottolineare che la giurisprudenza ha operato un importante distinguo tra l'ipotesi sanabile della dichiarazione totalmente omessa da quella non sanabile della dichiarazione falsa o, comunque, reticente. In questo secondo caso, si ritiene che non si possa richiamare il concetto, di penalistica tradizione, di falso innocuo, al fine sanare la carenza, poiché si sottolinea che la falsa o la reticente dichiarazione sia di per sé già lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare.⁵

Inoltre, la giurisprudenza si è interrogata sull'ammissibilità del soccorso istruttorio nella fase esecutiva. La ricostruzione tendenzialmente prevalente della giurisprudenza sostiene che non vi sarebbe alcuna preclusione normativa all'istituto del soccorso istruttorio, anzi il suo esercizio in

tale fase appare un logico corollario del principio di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione.

3.2 Soccorso istruttorio processuale

Prima di passare alla trattazione della pronuncia del Consiglio di Stato n° 804/2021, è opportuno, a parere di chi scrive, focalizzarsi su un ultimo punto, ossia sul soccorso istruttorio processuale.

Esso sussiste nei casi in cui il ricorrente non aggiudicatario impugni l'aggiudicazione, richiedendone la caducazione, rilevando la carenza documentale commessa dell'aggiudicatario. Al riguardo, il controinteressato (aggiudicatario) si difende, sostenendo che se la pubblica amministrazione avesse proceduto al soccorso istruttorio la carenza sarebbe stata sanata.

Ciò premesso, ci si chiede se il giudice amministrativo possa dare seguito alla deduzione difensiva attraverso il soccorso istruttorio in sede processuale.

Appare, quindi, chiaro che la soluzione del quesito non possa non coinvolgere la tematica dei poteri valutativi spettanti al giudice amministrativo.

⁵In tal senso GIOVAGNOLI R., *Compendio di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 580

Infatti, le conseguenze possibili appaiono tre. La prima, attesa la valutazione vincolata dell'accertamento e la prova positiva della sussistenza sostanziale del requisito, il giudice amministrativo non potrà annullare l'aggiudicazione, ma dovrà dare seguito al soccorso istruttorio processuale.

Diversamente, l'autorità giudiziaria sarà tenuta ad annullare l'aggiudicazione se la prova circa la sussistenza del requisito sia di tipo negativo e, quindi, ad accogliere la richiesta del secondo graduato di subentrare al contratto.

Invece, se l'accertamento sottende una valutazione discrezionale, il giudice amministrativo dovrà annullare l'aggiudicazione e far regredire il procedimento alla fase in cui la stazione appaltante potrà valutare la sussistenza o meno del requisito.

4. Consiglio di Stato n° 804/2021

La decisione resa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato n° 804, pubblicata in data 27/01/2021, costituisce un ottimo spunto di riflessione su due argomenti. Il primo relativo all'adeguatezza del termine perentorio stabilito dalla pubblica amministrazione in favore del concorrente, funzionale a sanare la carenza formale, atteso

che l'articolo 83, comma 9, del D. lg. n° 50/2016 prevede esclusivamente un termine finale *“non superiore a dieci giorni”*.

Il secondo argomento riguarda, invece, l'astratta sanabilità, attraverso il soccorso istruttorio, della carenza formale relativa alla cauzione provvisoria.

Relativamente al primo aspetto, nel caso sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato, la pubblica amministrazione aveva concesso al concorrente soli due giorni per produrre la documentazione mancante.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha chiarito che il termine di due giorni appare palesemente *“giugulatorio”* e, analizzando il dettato normativo, ha sostenuto che: *“ove la legge preveda un termine non superiore a dieci giorni se è chiaro che questo non vada superato, deve essere altresì evidente che non lo si possa ridurre ad una parentesi temporale pressoché simbolica, in cui anche un difetto di trasmissione incolpevole può causare conseguenze irreparabili”*.

Per quanto invece concerne il secondo quesito, la Quinta Sezione ha ritenuto che la garanzia provvisoria costituisca un elemento *“affarente”* all'offerta. Pertanto, atteso il limite al soccorso istruttorio, in forza del quale esso non possa operare per le carenze formali relative all'offerta tecnica ed economica, si ritiene che se l'offerta risulti priva della



cauzione provvisoria, richiesta a pena di esclusione, essa non potrà essere sanata attraverso l'istituto del soccorso istruttorio.

Infatti, il Consiglio di Stato ha chiarito che:

“La "garanzia provvisoria" - destinata a coprire la "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6 d. lgs. n. 50 cit.) - non costituisce un elemento formale, ma, in quanto posta a "corredo" dell'offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "afferente" alla stessa - e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione - essendo come tale sottratta - per il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti - alla possibilità di soccorso istruttorio.”

5. Conclusioni

Alla luce della ricostruzione ermeneutica sin qui svolta, è possibile sostenere che il soccorso istruttorio rappresenti un logico corollario del principio di imparzialità e di leale collaborazione tra pubblica amministrazione e privati, oggetto di costante attenzione ad opera del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina.

La sua evoluzione presuppone, infatti, il cambio di passo dell'*agere* amministrativo, da autorità che si impone ai suoi destinatari ad

autorità che collabora con questi ultimi, in una prospettiva volta a tutelare i beni giuridici sottesi alla procedura.



Schede di Giurisprudenza



CIVILE

Effetti della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio sulle disposizioni economiche in sede di divorzio

Cassazione Civile, SS.UU., sentenza n.9004 del 31 marzo 2021

di Maria Laura Nardo

Quesito

In tema di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile in riferimento alla liquidazione dell'assegno divorzile?"

Fatto

In primo grado, il Tribunale di Lucca aveva pronunciato la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con rito concordatario, con l'obbligo in capo al marito di corrispondere un assegno mensile

di euro 450,00 alla moglie, da rivalutarsi annualmente. Veniva proposta impugnazione dall'uomo, avente ad oggetto il riconoscimento dell'assegno divorzile, che tuttavia veniva rigettata dalla Corte di Appello di Firenze, la quale, a sostegno della sua tesi, aveva richiamato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, in tema di accertamento del diritto all'assegno divorzile, ritenendo dimostrata l'indisponibilità da parte della donna di strumenti adeguati e rilevando che erano rimasti incontestati lo stato di assoluta indigenza della stessa e l'impossibilità di procurarsi i mezzi necessari per migliorare la propria condizione, considerando l'età e la crisi economica. Ancora, avverso tale sentenza, l'uomo decideva di proporre ricorso in Cassazione. Il ricorrente aveva poi depositato copia di una sentenza dell'11 luglio 2016, con cui la Corte d'Appello di Firenze aveva reso esecutiva nell'ordinamento una sentenza emessa dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Etrusco e ratificata dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, che aveva dichiarato ufficialmente la nullità del matrimonio, ragion per cui il ricorrente chiedeva che venisse dichiarata la cessazione della materia del contendere. Invirtù della sopravvenuta dichiarazione di nullità del

matrimonio, la Sezione investita del ricorso aveva rimesso gli atti al Primo Presidente, il quale disponeva l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, per la risoluzione di un contrasto di giurisprudenza avente ad oggetto la seguente questione: se il giudicato interno che dichiara la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario sia idoneo a paralizzare gli effetti della nullità del matrimonio, dichiarata con sentenza ecclesiastica successivamente delibata dalla corte d'appello (con sentenza passata in giudicato), solo in presenza di statuizioni economiche assistite dal giudicato o anche in assenza di dette statuizioni, con l'effetto, nel caso di assenza, di non precludere al giudice civile il potere di regolare, secondo la disciplina della L. n. 898 del 1970 i rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi.

Normativa

Legge n.898/1970 “Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”, Art.9

1. Qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, in Camera di consiglio e, per i provvedimenti relativi ai figli, con la partecipazione del pubblico ministero, può, su istanza di parte, disporre la revisione delle

disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondere ai sensi degli artt. 5 e 6.

Legge n.898/1970 Art.5, comma 6

6. Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive.

Articolo 2909 c.c. “Cosa giudicata”

L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato [324 c.p.c.] fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa [1306]⁽¹⁾.

Art.347 c.p.c. “Forme e termini della costituzione in appello”

La costituzione in appello avviene secondo le forme e i termini per i procedimenti davanti al tribunale.

L'appellante deve inserire nel proprio fascicolo copia della sentenza appellata.



Il cancelliere provvede a norma dell'articolo 168 e richiede la trasmissione del fascicolo d'ufficio al cancelliere del giudice di primo grado.

Inquadramento

La Suprema Corte a SS.UU. si è trovata ad affrontare la questione, evidenziata dalla Prima Sezione, in relazione al quesito relativo al giudicato che dichiara la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario; sul punto ci si è chiesti, infatti, se tale giudicato sia idoneo a paralizzare gli effetti della nullità del matrimonio, dichiarata con sentenza ecclesiastica successivamente deliberata dalla corte d'appello (con sentenza passata in giudicato), solo in presenza di statuizioni economiche assistite dal giudicato o anche in assenza di dette statuizioni; con l'effetto, nel caso di assenza, di non precludere al giudice civile il potere di regolare, secondo la disciplina della L. n. 898/1970, i rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi.

Il dubbio è sorto per i numerosi ed apparenti contrasti esistenti in giurisprudenza, poiché se da un lato "la questione della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile non è preclusa quando l'accertamento inerente all'impossibilità della prosecuzione della

comunione spirituale e morale fra i coniugi sia passato in giudicato prima della deliberazione della sentenza ecclesiastica di nullità del medesimo matrimonio" (come si verifica nel caso in esame, in cui le conseguenze economiche sono affrontate disgiuntamente), dall'altro sussiste un consolidato orientamento giurisprudenziale in tema che, in riferimento all'ipotesi della sopravvenienza della dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, ne esclude l'incidenza sulle statuizioni di ordine economico (conseguenti alla pronuncia di cessazione degli effetti civili) qualora le stesse siano già divenute definitive (Cass., Sez. I, n. 21331/2013) riconoscendo, al contrario, l'idoneità ad impedire la prosecuzione del giudizio e a travolgere la sentenza di divorzio, se in ordine a quest'ultima non sia ancora intervenuta la formazione del giudicato.

Tuttavia, nessuna pronuncia afferma esplicitamente che, ove intervenga nel corso del giudizio di divorzio il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, sarà impedita automaticamente la prosecuzione del giudizio, anche nel caso in cui sia già passata in giudicato la pronuncia di cessazione degli



effetti civili, e si tratti soltanto di procedere all'accertamento e alla liquidazione dell'assegno divorzile. Infatti, esse si riferiscono ai casi in cui, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di delibazione, non era ancora divenuta definitiva la pronuncia di scioglimento del vincolo coniugale.

È da escludersi che una pronuncia ecclesiastica, con cui sia stata dichiarata efficace nel nostro ordinamento la sentenza canonica di nullità del matrimonio, risulti idonea a precludere la prosecuzione del giudizio, quando il divorzio è già stato dichiarato con sentenza, ma il processo è ancora pendente per accertare la spettanza dell'assegno divorzile e per fissarne l'ammontare (Cass., Sez. I, n. 1882/2019), a sostegno del caso de quo. Ciò in ragione della circostanza che la sentenza di primo grado ha costituito oggetto di impugnazione nella sola parte in cui ha riconosciuto il diritto della resistente alla corresponsione dell'assegno divorziale e ne ha determinato la misura, e che il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio, verificatosi a seguito della proposizione dell'appello, consente di escludere l'operatività di quest'ultima in ordine alla determinazione delle relative

conseguenze economiche, imponendo di procedere all'esame delle censure proposte con il ricorso per Cassazione.

Dunque, la Suprema Corte ha precisato che *“una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio, non può impedire la prosecuzione del giudizio di divorzio, neppure quando sia stata delibata e, dunque, riconosciuta efficace in Italia, se è in corso la fase del processo relativa alle conseguenze economiche della cessazione degli effetti del matrimonio”*.

A sostegno di tale tesi, infatti, i giudici di legittimità hanno affermato che non sussiste un rapporto di “primazia” della pronuncia di nullità, secondo il diritto canonico, del matrimonio concordatario sulla pronuncia di cessazione degli effetti civili dello stesso matrimonio. Pertanto, non è possibile porre a confronto le due pronunce ed operarne di conseguenza una classificazione, in cui l'una si subordina all'altra, in quanto sono dotate di completa autonomia.

La Corte, con tale pronuncia, ha esplicitato chiaramente e pacificamente la diversità di natura ed effetti tra la sentenza di nullità del matrimonio e quella di divorzio dello stesso, più volte ribadita dalla giurisprudenza di legittimità. Per tale ragione, sembra



giustificato il riconoscimento della possibilità di una coesistenza tra le due pronunce, nel caso in cui la delibazione della sentenza ecclesiastica intervenga successivamente al passaggio in giudicato di quella di divorzio.

Del resto, la Corte con sentenza n. 4202/2001 ha statuito che, di regola, l'esistenza e la validità del matrimonio costituiscono un presupposto della sentenza di divorzio, ma non formano, nel relativo giudizio, oggetto di specifico accertamento suscettibile di dare luogo al formarsi di un giudicato. Per questa ragione, si afferma che la sentenza di divorzio, che ha causa petendi e petitum diversi da quelli della sentenza di nullità del matrimonio, *“non impedisce la delibabilità della sentenza dei Tribunali ecclesiastici che abbia dichiarato la nullità del matrimonio concordatario, in coerenza con gli impegni concordatari assunti dallo Stato italiano e nei limiti di essi”*.

Quindi, secondo le SS.UU., non può condividersi la tesi sostenuta nell'ordinanza di rimessione in quanto si basa sulla solidarietà post-coniugale, la quale si fonda su un rapporto di coniugio basato su un matrimonio valido o quanto meno non nullo, e le statuizioni economiche conseguenti alla pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio non possono sopravvivere alla

dichiarazione di nullità dello stesso matrimonio, a meno che non siano già passate in giudicato.

Quanto, invece, ai capi della sentenza di divorzio che contengano statuizioni di ordine economico, si applica la regola generale secondo cui, una volta accertata in un giudizio fra le parti la spettanza di un determinato diritto, con sentenza passata in giudicato, tale spettanza non può essere rimessa in discussione fra le stesse parti, in altro processo, in forza degli effetti sostanziali del giudicato stabiliti dall'art. 2909 c.c.

Le SS.UU., con la sentenza in esame, hanno quindi affermato che non ha pregio l'osservazione che riconosce al giudicato di divorzio una portata preclusiva dell'efficacia della dichiarazione di nullità, dopo la delibazione della sentenza ecclesiastica, perché ciò determinerebbe un ritorno alle tesi non accolte, secondo cui dalla pronuncia di cessazione degli effetti civili deriva la formazione di un giudicato implicito circa la validità del matrimonio; la Corte ritiene, infatti, che la preclusione in esame non impedisce alla sentenza di nullità di spiegare i propri effetti per altri scopi, ad esempio per un secondo matrimonio eventualmente contratto.



Il ricorrente adduceva nel suo ricorso tre motivi.

Con il primo motivo, oggetto di impugnazione, il ricorrente denunciava la violazione dell'art.347 c.p.c., censurando la sentenza impugnata, poiché sosteneva che aveva escluso elementi decisivi per il giudizio, contenuti negli atti del giudizio di primo grado. Riteneva, infatti, che la Corte d'appello non aveva potuto valutare le dichiarazioni rese dalla ex moglie, poiché non era stato trasmesso il fascicolo in cancelleria, dinanzi al Presidente del Tribunale e di confrontarle con quelle rilasciate dinanzi al Tribunale ecclesiastico, da cui emergeva la breve durata della convivenza. Tuttavia, secondo gli Ermellini, l'acquisizione del fascicolo d'ufficio, relativo al giudizio di primo grado, ex art.347 c.p.c., non costituisce una condizione essenziale per la validità del giudizio di appello, “trattandosi di un adempimento di natura discrezionale con funzione meramente sussidiaria, la cui omissione non comporta quindi la nullità del procedimento o della decisione di secondo grado, ma si traduce al più in un vizio di motivazione”. Tale vizio non risultava neanche menzionato nel ricorso, essendosi il ricorrente limitato a far valere la violazione di legge, con riguardo a

circostanze di fatto in parte già prese in considerazione dalla sentenza impugnata, ed in parte non ritualmente introdotte nel giudizio. Pertanto, veniva rigettato.

Con il secondo motivo, il ricorrente deduceva la violazione della L. n.898/1970, art. 5, comma 6 (come modificato dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, art. 10 e dell'art. 2697 c.c.) osservando che la rilevanza attribuita alla durata della convivenza si poneva in contrasto con l'orientamento che, per evitare la formazione di rendite parassitarie e per provare a rendere indipendente e responsabile il coniuge richiedente l'assegno, imponeva di prendere in considerazione la durata effettiva del rapporto di coniugio. Sosteneva che una breve durata della convivenza non consentiva la maturazione di aspettative al mantenimento di un determinato tenore di vita ed aggiungeva che erano stati acquisiti elementi idonei ad escludere la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno, la cui misura poteva essere ridimensionata o azzerata quando la conservazione del tenore di vita, avuto in costanza di matrimonio, si poneva in contrasto con gli altri elementi indicati dalla legge. Sosteneva che la Corte d'appello non avrebbe potuto tener conto della laurea



in medicina conseguita e del successivo sviluppo della sua attività professionale, trattandosi di eventi imprevedibili al momento della cessazione della convivenza, e quindi inidonei a giustificare l'aspettativa d'incrementi reddituali. Ma anche tale motivo è stato rigettato, poiché la Corte ha affermato che i criteri previsti dalla L. n. 898/1970 art. 5, comma 6, ai fini dell'attribuzione dell'assegno dovuto all'ex coniuge, devono trovare applicazione in riferimento all'intera durata del vincolo matrimoniale e non con riferimento alla convivenza, dovendosi comprendere nella nozione di contributo fornito da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare, non solo quello offerto nel periodo della convivenza, ma anche quello prestato in regime di separazione.

La Suprema Corte aveva già affermato che i criteri, di cui alla Legge in esame, costituiscono il parametro di riferimento della valutazione relativa all'an e al quantum debeat, in considerazione sempre della funzione non solo assistenziale, ma anche compensativa dell'assegno divorzile. In tale contesto, la durata del vincolo coniugale non assume più rilievo esclusivamente ai fini della quantificazione dell'assegno, ma viene in considerazione anche ai fini

dell'accertamento del relativo diritto, e può quindi giustificare l'esclusione, ove, per la sua brevità, non abbia consentito la prestazione di un significativo contributo da parte del richiedente. Anche tale elemento, quindi, è stato ben approfondito dalla sentenza impugnata, la quale ha compiuto una specifica indagine in ordine alla durata del matrimonio, distinguendo la convivenza dalla separazione, e tenendone conto ai fini della determinazione delle conseguenze economiche del divorzio. I giudici hanno considerato oltre che la durata del rapporto coniugale, anche la situazione occupazionale e reddituale di ciascuno dei coniugi, valutando anche il netto miglioramento della posizione lavorativa del ricorrente per gli studi di medicina compiuti.

Infine, la Corte, ha sottolineato che non le spettava il compito di riesaminare il merito della controversia, in quanto giudice di legittimità, ma solo quello di verificare la correttezza giuridica delle argomentazioni svolte.

Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta la falsa applicazione degli artt. 2730 e 2735 c.c., inerenti alla confessione e degli artt. 115 e 116 c.p.c., circa la disponibilità e valutazione delle prove, censurando la sentenza



impugnata nella parte in cui, pur avendo negato valenza confessoria alle dichiarazioni rese dalla ex moglie dinanzi al Tribunale ecclesiastico relativamente alla durata del matrimonio, ha ritenuto incontestate le circostanze riferite dalla donna, ai fini del rigetto delle istanze istruttorie formulate dal ricorrente. La breve durata della convivenza è stata presa in considerazione per la liquidazione dell'assegno e sosteneva che le predette dichiarazioni potevano assumere portata confessoria, non considerando l'assenza di garanzie processuali nel giudizio canonico. Tuttavia, anche tale motivo è stato ritenuto inammissibile per difetto d'interesse. Infatti, nonostante il rigetto delle istanze istruttorie formulate, le circostanze dedotte ai fini della dimostrazione della durata della convivenza sono state ugualmente prese in considerazione dalla sentenza impugnata, che a sua volta ha ritenuto superfluo il relativo accertamento, dal momento che la mancata contestazione delle stesse consentiva di porle a fondamento della decisione, senza alcuna prova ex art.115 c.p.c., con la conseguente irrilevanza delle dichiarazioni rese dalla ex moglie nel procedimento dinanzi al Tribunale ecclesiastico.

La Cassazione, di conseguenza, ha esaminato ampiamente il ricorso inoltrato anche se, dopo l'analisi dei tre motivi sollevati, lo ha rigettato in toto, pronunciandosi in maniera approfondita sul motivo con cui il marito ha contestato il riconoscimento dell'assegno divorzile alla ex moglie.

Al riguardo, gli Ermellini hanno evidenziato che la sentenza, nel riconoscere la misura ha tenuto conto di tutti i criteri indicati dalla pronuncia n. 18287/2018, ossia l'età del coniuge, la durata del matrimonio e le capacità di reddito di ciascun coniuge. Inoltre, non è vero che, come sostenuto dal ricorrente, non è stato dato il giusto peso alla durata effettiva del rapporto di coniugio.

I giudici hanno dovuto, altresì, tenere conto degli altri aspetti, come la situazione occupazionale e reddituale di ciascuno, il considerevole miglioramento lavorativo del ricorrente come sviluppo delle sue potenzialità ricollegabili agli studi di medicina e, infine, il contributo economico per il figlio che la sentenza di separazione ha posto a carico della donna. Pertanto, con tale pronuncia, le SS.UU. hanno confermato l'inidoneità della pronuncia di nullità del matrimonio ad impedire, nel caso in cui lo scioglimento del vincolo abbia luogo disgiuntamente dalla determinazione delle



conseguenze economiche, la prosecuzione del giudizio civile per accertare la spettanza dell'assegno divorzile.

Soluzione

La Corte di Cassazione, in conclusione, risolve la suddetta questione enunciando il seguente principio di diritto: *"in tema di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale, il quale può dunque proseguire ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile"*.

La ragione è da rinvenire nel fatto che non esiste un rapporto di primazia della pronuncia di nullità, secondo il diritto canonico, del matrimonio concordatario sulla pronuncia di cessazione degli effetti civili dello stesso matrimonio, trattandosi di procedimenti autonomi, aventi finalità e presupposti diversi. Nel caso di specie, quindi, è escluso che la sentenza che ha reso esecutiva nel nostro ordinamento la sentenza

ecclesiastica, che ha dichiarato la nullità del matrimonio della coppia, possa impedire la prosecuzione del giudizio di divorzio solo in merito alla corresponsione dell'assegno divorzile.

Pertanto, le SS.UU. sanciscono che la nullità del matrimonio decisa con sentenza dell'autorità ecclesiastica, riconosciuta e resa esecutiva dalla corte d'appello dopo il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, non ferma il ricorso intrapreso dal marito con cui ha impugnato solo la parte della sentenza relativa al riconoscimento dell'assegno divorzile. I due procedimenti, infatti, sono autonomi ed indipendenti, non sussistendo tra i due un rapporto di pregiudizialità tale da imporre la sospensione. Secondo gli Ermellini, quindi, è possibile procedere con il giudizio avente ad oggetto la liquidazione e corresponsione dell'assegno divorzile in via autonoma.



PENALE

L'estensione dell'ambito applicativo della esimente ex art. 384 comma I c.p. al convivente *more uxorio*

Cassazione Penale, Sezioni Unite, sentenza n. 10381 del 26 novembre 2020

di Mariacaterina Coiro

Quesito:

la causa di non punibilità di cui all'articolo 384 comma I c.p. è applicabile al convivente *more uxorio*?

Fatto

Con sentenza del 14 maggio 2019, la Corte di appello di Cagliari confermava la pronuncia di condanna alla pena di mesi sei di reclusione, emessa dal Tribunale di Cagliari nei confronti dell'imputata, per il reato di favoreggiamento personale, ritenendo corretta la ricostruzione della vicenda oggetto del procedimento ed escludendo che, nel caso di specie, potesse trovare applicazione la causa di non punibilità ex art. 384 c.p., invocata dalla difesa.

In particolare, veniva ritenuto che l'esistenza di un rapporto di convivenza tra l'imputata e l'autore del reato presupposto del

favoreggiamento personale non fosse idoneo a giustificare l'applicazione della causa di non punibilità menzionata.

Proponeva, dunque, ricorso per Cassazione il difensore della donna, articolando due motivi di ricorso: con il primo, censurava l'omessa pronuncia della Corte di appello in ordine alla richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, necessaria per accertare l'esistenza tra i due di un rapporto di convivenza *more uxorio*. Con il secondo motivo, veniva dedotta la violazione della legge penale, in relazione all'esclusione dell'applicabilità dell'art. 384 c.p. ai rapporti di mera convivenza, oltre che il vizio di motivazione della gravata decisione, in ragione della valutazione secondo cui non fosse dimostrata l'esistenza di una relazione di convivenza tra l'imputata e l'uomo autore del reato presupposto, nonostante fossero stati a sostegno prodotti un certificato anagrafico, documenti d'identità e notifiche del procedimento penale.

Investita del ricorso la Sesta sezione penale della suprema Corte, si rilevava l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla questione prospettata dall'imputata e ne veniva assegnata la risoluzione alle Sezioni Unite.



Normativa

Art. 384 c.p. “Casi di non punibilità”

Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o un prossimo congiunto (307, 4) da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore (54).

Nei casi previsti dagli articoli 371 bis, 371 ter, 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone (197 c.p.p.; 246, 247 c.p.c.), perito, consulente tecnico (222 ss. c.p.p.) o interprete (144 c.p.p.) ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza (199 ss c.p.p.; 249 c.p.c.), perizia (223 c.p.p.; 192 c.p.c.), consulenza o interpretazione (145 c.p.p.).

Inquadramento

La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione impone di valutare la natura e l'ambito applicativo dell'istituto disciplinato dall'articolo 384 c.p., al fine di comprendere se all'interno dello stesso fosse consentito includere i rapporti di

convivenza di fatto.

L'articolo 384 c.p. introduce, nel titolo del codice penale relativo ai delitti contro l'amministrazione della giustizia, una speciale causa di non punibilità che, al primo comma, esclude la perseguibilità di chi abbia commesso alcuni delitti indicati, qualora la condotta sia stata imposta dalla necessità di salvare sé od un prossimo congiunto da un danno grave e inevitabile alla libertà e all'onore; al secondo comma, prevede l'esclusione della punibilità qualora il fatto sia stato commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere sentito come testimone ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o a rispondere, ovvero doveva essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione.

La *ratio* di tale disposizione risiede nell'interesse dell'ordinamento penalistico a giustificare l'istinto di conservazione della propria libertà e del proprio onore, che si esercita anche evitando l'incolpazione di se stessi o un prossimo congiunto, in virtù del principio *nemo tenetur se detegere*; nonché nella garanzia di riconoscimento dei valori fondanti i rapporti familiari, in particolare di solidarietà.



L'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite rilevava l'esistenza, sul tema, di un contrasto giurisprudenziale, a fronte del quale, l'orientamento prevalente escludeva l'applicabilità della causa di non punibilità al convivente *more uxorio*, sulla base di tre considerazioni.

In primo luogo, si argomentava che, sul piano strettamente letterale, l'art. 384 c.p. si applicasse ai "prossimi congiunti" i quali, alla stregua dell'art. 307 comma 4 c.p., devono essere individuati nel coniuge, ascendenti, discendenti, fratelli, affini nello stesso grado, zii e nipoti, ma non vi è alcuna menzione ai conviventi. Di fatto, tale esclusione determinerebbe una distinzione tra i componenti della famiglia fondata sul matrimonio e i conviventi *more uxorio*.

In secondo luogo, si riteneva che la diversità tra il rapporto coniugale e quello di convivenza trovasse già differente tutela a livello costituzionale, dal momento che il primo, caratterizzato da stabilità e diritti e doveri reciproci, è riconosciuto dall'articolo 29 Cost., mentre la famiglia di fatto, basata su un legame revocabile in ogni momento, è garantita dall'art. 2 Cost.

Tale conclusione è stata in più occasioni ribadita dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha sempre concluso per

la legittimità della mancata inclusione, nell'ambito dell'art. 384 c.p., del convivente *more uxorio*, atteso che per giungere a tale operazione è necessario un intervento del legislatore.

In terzo luogo, difatti, veniva considerato che l'art. 384 c.p. dovesse essere ricondotto alla categoria delle cause di non punibilità, con la conseguenza che, trattandosi di norma eccezionale, ne fosse vietata l'applicazione analogica da parte dell'interprete: unicamente il legislatore, difatti, ha il compito di estendere la non punibilità a determinate situazioni e prevedere divergenti soluzioni legislative, qualora effettui un giudizio di ponderazione tra diverse esigenze, come avviene nel caso della esimente in esame, che bilancia l'interesse di repressione dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e l'interesse di tutela generale della famiglia.

Tale indirizzo restrittivo è stato seguito anche dall'ordinanza di remissione, la quale palesava il timore che l'estensione di portata di una norma eccezionale possa stridere con le regole generali dell'interpretazione.

L'orientamento che, *a contrario*, sosteneva l'applicabilità della causa di non punibilità in esame anche al convivente *more uxorio*, che ha trovato espressione a partire dalla sentenza

della sesta sezione n. 22398 del 22.01.2004 e, successivamente, con le sentenze n. 34147 del 30.04.2015, Agostino, n. 11476 del 19.09.2018, Cavassa, n. 40122 del 16.05.2019, Balice, fondamentalmente proponeva le seguenti argomentazioni.

Ferma la natura eccezionale della norma e il conseguente divieto di applicazione analogica, occorrerebbe rimodulare la nozione di famiglia e coniugio alla luce dei mutamenti sociali che sono stati registrati negli ultimi anni, rispetto alla concezione vigente al momento di entrata in vigore del codice: la tradizionale stabilità riconosciuta al rapporto matrimoniale, difatti, non ne rappresenta più una caratteristica assoluta e inderogabile e di questa mutata circostanza si è avveduta anche la stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, in diverse occasioni, ha riconosciuto la rilevanza penale della famiglia di fatto, equiparando giuridicamente la convivenza al rapporto matrimoniale. Tanto è avvenuto, ad esempio, in tema di configurabilità del reato di maltrattamenti anche a danno di persona convivente, ovvero in tema di riconoscimento dell'attenuante della provocazione, di estensione della causa di non punibilità dell'art 649 c.p.

Questa tendenza estensiva, del resto, si

porrebbe altresì in linea con la nozione di famiglia di cui all'art. 8 Cedu e con la giurisprudenza europea: in tale ambito, la vita familiare si riferisce tanto alla "famiglia legittima" istituzionalizzata dalla legge, tanto alla "famiglia naturale", che alla famiglia in senso sociale, purché sia dimostrato l'effettivo legame tra i membri. In tal senso, anche l'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che riconosce il "diritto di fondare una famiglia" in maniera autonoma rispetto al "diritto di sposarsi".

Venendo alle prospettazioni di cui all'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, una delle argomentazioni a fondamento dell'inapplicabilità in via analogica dell'art. 384 c.p. è stata rappresentata dalla mancata modifica della disciplina in esame e dalla mancata equiparazione espressa tra convivente di fatto e parte di un'unione civile da parte del legislatore, intervenuto con la legge cd. Cirinnà del 20 maggio 2016 n. 76.

Tale intervento legislativo, come noto, ha disciplinato le unioni civili tra persone di diverso sesso, configurandone l'ammissibilità normativa, nonché ha introdotto una timida disciplina della convivenza di fatto, attraverso la modifica

dell'art. 307 comma 4 c.p., che ora include tra i prossimi congiunti anche la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Nulla ha, invece, previsto in relazione all'art. 384 c.p., lasciando ritenere, ai sostenitori dell'orientamento meno estensivo, che tale silenzio del legislatore andasse inteso quale precisa scelta di non operare alcuna equiparazione.

Viceversa, altro indirizzo giurisprudenziale, al quale aderiscono anche le Sezioni Unite con la pronuncia in esame, sul punto, sosteneva che la legge Cirinnà non impedisce una interpretazione e applicazione analogica della causa di non punibilità *ex art. 384 c.p.* al convivente *more uxorio*, poiché oggetto di intervento della legge sono state situazioni diverse dalla convivenza di fatto, ovvero le unioni civili, proprio in ragione della considerazione che queste ultime condividono con la famiglia "legittima" la stabilità del rapporto.

Ma non per questo il silenzio del legislatore del 2016 può definirsi espressione di contrarietà all'ammissibilità di diritti in favore del convivente.

Del resto, l'agognata equiparazione tra coniuge e convivente sembra essere stata perseguita dalla evoluzione legislativa e giurisprudenziale almeno degli ultimi venti

anni: in diverse occasioni, di fatto, pur in assenza di una disciplina positiva generale, sono state estese al convivente alcune situazioni giuridiche originariamente previste per i coniugi della famiglia legittima.

Senza pretesa di esaustività, sul piano penale, si fa riferimento: in tema di ammissione al gratuito patrocinio, all'equiparazione tra i redditi del coniuge e del convivente; in tema di costituzione di parte civile, alla legittima facoltà del convivente stabilmente legato a proporre azione risarcitoria; ai fini del reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi *ex art. 572 c.p.* (prima "maltrattamenti in famiglia"), si considera famiglia anche quella di fatto, caratterizzata da rapporto pressoché stabile e di reciproca assistenza.

E di tali interventi, benché disorganici e settoriali, sicuramente la legge Cirinnà si è avveduta, apportando una disciplina che si ponesse, ad ogni modo, a completamento del progetto di tutela degli interessi della famiglia in senso lato intesa.

Il percorso motivazionale della sentenza in commento, inoltre, affrontava il tema della natura della causa di non punibilità *ex art. 384 c.p.* e il suo carattere eccezionale che ne renderebbe inammissibile l'applicazione analogica in favore del convivente, in



ossequio all'art. 14 delle preleggi. In prima analisi, si rilevava che è pacifica la riconducibilità dell'istituto in esame alle cause di esclusione della colpevolezza o scusanti – in tal caso, soggettiva – piuttosto che alle cause di non punibilità in senso stretto: mentre queste ultime esprimono la rinuncia alla pena per ragioni di opportunità politica, senza minare al disvalore del fatto, le prime consistono in situazioni in cui sussiste la realizzazione di un fatto antiggiuridico, anche sorretto dal coefficiente psicologico doloso, ma l'ordinamento rinuncia alla pena perché non è esigibile, in quella situazione particolare emotiva, un comportamento alternativo conforme alla legge penale.

Pacifica la riconducibilità dell'istituto *ex art.* 384 c.p. alla categoria delle scusanti soggettive, il supremo consesso evidenzia, dunque, la possibilità di applicazione analogica *in bonam partem* atteso che, in primo luogo, si tratta di norma non eccezionale (essendo riconosciute come eccezionali solo le cause di non punibilità in senso stretto); in secondo luogo, attualmente è riconosciuta la natura relativa del divieto di analogia, che ne limita l'applicazione alle sole norme penali sfavorevoli per il reo, in ragione della sua natura garantistica costituzionalmente

riconosciuta.

Soluzione

Raccogliendo le valutazioni espresse nel composito *iter* argomentativo, e ritenendo fondato il ricorso presentato al suo esame, annullando con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Cagliari, le Sezioni Unite giungevano alla conclusione che, esclusa la riconducibilità dell'art. 384 comma I c.p. alle cause di non punibilità in senso stretto, in favore della inclusione tra le cause di esclusione della colpevolezza e, per l'effetto, riconosciuto che le ultime non sono norme eccezionali, e dunque ne è consentita l'applicazione analogica *in bonam partem*, la disposizione in esame deve ritenersi applicabile anche al convivente *more uxorio*.

Tale decisione derivava non solo da uno sguardo d'insieme al quadro normativo e giurisprudenziale, ma soprattutto dall'analisi della natura e della struttura dell'istituto, che imponeva desumere come fondata l'applicazione analogica favorevole alle coppie di fatto. Inoltre, la stessa funzione che la disposizione andrebbe ad operare rispetto al convivente deve dirsi complementare a quella che testualmente opera rispetto al coniuge, dal momento che non vi è ragione



di ritenere che il convivente si trovi in una posizione differente da quella del coniuge sul piano affettivo e dei conflitti rispetto all'ordinamento nascenti dal legame sentimentale.

Viene, in conclusione, formulato il seguente principio di diritto: *“l'art. 384 primo comma c.p., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per essere stato costretto dalla necessità di salvare il convivente more uxorio da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore”*.

eventualmente rivalersi (anche chiamandoli in causa nel giudizio promosso dal danneggiato) nei confronti degli altri enti ai quali sarebbe spettato di porre in essere in concreto le misure che avrebbero dovuto impedire il danno, in quanto a tanto delegati, ovvero trattandosi di competenze di loro diretta titolarità”.

critero di imputazione della responsabilità di cui all'art. 2052 c.c. e il soggetto pubblico responsabile va individuato nella Regione, in quanto ente al quale spetta in materia la funzione normativa, nonché le funzioni amministrative di programmazione, coordinamento, controllo delle attività eventualmente svolte - per delega o in base a poteri di cui sono direttamente titolari da altri enti, ivi inclusi i poteri sostitutivi per i casi di eventuali omissioni (e che dunque rappresenta l'ente che "si serve", in senso pubblicistico, del patrimonio faunistico protetto), al fine di perseguire l'utilità collettiva di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema; la Regione potrà



AMMINISTRATIVO

Ammissibilità dell'avvalimento preliminare

*Cons. St., sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526 –
Pres. Caringella, Est. Grasso*

di Federica Crescioli

È legittimo il ricorso al c.d. avvalimento premierale? Con quali limiti?

Fatto

Il caso oggetto del processo ha avuto luogo nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica aperta per l'affidamento di un appalto misto di forniture e lavori da valutare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (ex artt. 60, comma 1, e 95, comma 2, d.lgs. n. 50/2016), appalto di cui risultava vincitrice una società che aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento, allegando il mancato possesso di alcuni dei requisiti prescritti dalla *lex specialis*. Nello specifico, si trattava di un avvalimento di capacità tecnico professionale in ordine a due requisiti e di capacità economico finanziaria in riferimento ad un terzo, ciascuno dei quali era affidato a differenti imprese ausiliarie, le quali si impegnavano ognuna a mettere a disposizione dell'ausiliata

i requisiti di cui quest'ultima era carente e di assumere rispetto ad esse il ruolo di subappaltatore.

La società risultata seconda classificata ha proposto la rituale impugnazione dinanzi al TAR competente con la quale lamentava: a) l'indebito utilizzo che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe fatto dell'istituto dell'avvalimento per conseguire un migliore punteggio tecnico (c.d. avvalimento premierale); b) l'asserita impossibilità giuridica di eseguire alcune delle prestazioni previste (e positivamente vagliate) nella relativa offerta tecnica, in tesi formulata in forma condizionata; c) l'incertezza in ordine alla effettiva possibilità di eseguire tutte le prestazioni formalizzate nella proposta negoziale; d) l'asserita carenza dei requisiti di qualificazione in capo alla mandataria ausiliata; e) l'inammissibilità dell'offerta tecnica della controinteressata, in relazione all'impianto di videosorveglianza e alla fornitura di hardware e software.

Rispetto a tali gravami, la società aggiudicataria proponeva ricorso incidentale escludente con il quale evidenziava che la concorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura in quanto la società mandante e un'altra consorziata del RTI di

cui anche la prima è parte erano carenti di alcuni requisiti di qualificazione e offrivano un periodo di garanzia inferiore a quello minimo stabilito dal disciplinare di gara.

In estrema sintesi, il TAR adito accoglieva il ricorso incidentale escludente così assorbendo e rifiutando le doglianze anche del ricorrente principale e disponendo l'annullamento del provvedimento conclusivo della gara in relazione alla mancata esclusione della concorrente seconda classificata.

La decisione è stata impugnata con atto di appello dalla ricorrente principale che ne assume la complessiva erroneità ed ingiustizia asserendo che, con tale statuizione, il giudice di prime cure avrebbe avallato un indebito utilizzo dell'istituto dell'avvalimento dal momento che la aggiudicataria vi avrebbe fatto ricorso non solo ai fini del soddisfacimento dei requisiti partecipativi, ma anche allo scopo di conseguire una migliore valutazione della propria offerta tecnica, ricorrendo dunque al c.d. avvalimento premiale. Il primo obiettivo, infatti, si colloca all'interno delle finalità proprie e, anzi, fisiologiche dell'avvalimento da sostanziare nel *favor participationis* e nella pro-concorrenzialità pur nel rispetto della *par condicio*, mentre il secondo ne rimarrebbe

avulso.

Ciò è sostenuto sulla base del fatto che la aggiudicataria avrebbe prodotto un'offerta modellata sui requisiti partecipativi forniti dalle ausiliarie indicandone esclusivamente elementi rappresentativi inerenti al bagaglio esperienziale, qualitativo e tecnologico, non strettamente necessari ai fini della gara, ma assolutamente significativi ai fini premiali della valutazione dell'offerta tecnica.

Il Consiglio di Stato non ritiene il motivo del tutto persuasivo e argomenta confutando le tesi che sono state elaborate in dottrina e in giurisprudenza, concludendo che il contrasto è da ritenere più apparente che reale, dovendosi l'avvalimento premiale valutare alla luce della funzione che l'istituto svolge ossia di ampliare la partecipazione alla gara; pertanto, il Supremo Consesso ha concluso nel senso della inammissibilità di un avvalimento meramente premiale. Nel caso di specie, tuttavia, l'avvalimento non è risultato essere tale, dal momento che l'impresa era realmente carente dei requisiti di partecipazione.

I successivi motivi di gravame, ritenuti infondati, ineriscono strettamente alla valutazione dell'offerta *de quo* in relazione all'utilizzo di un "software web call center", alla non certezza della possibilità di



concedere il subappalto su tali lavori stante la circostanza che ciò è oggetto di discrezionalità della stazione appaltante, integrando così una proposta negoziale condizionata, alla sussistenza di un avvalimento a cascata (nel caso di specie ritenuto non presente dal Consiglio).

Circa, infine, l'accoglimento del ricorso incidentale escludente, il Supremo Consesso ha ritenuto il motivo infondato e corretta la decisione del giudice di prime cure.

Normativa

Articolo 89 d.lgs. 150 del 2016 – Avvalimento

1. *L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, ((...)) avvalendosi delle capacità di altri soggetti, ((anche partecipanti)) al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle*

esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

(A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria).

- 2. Nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell'operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. Resta fermo quanto previsto dal comma 1, periodi secondo e terzo, da intendersi quest'ultimo riferito all'ambito temporale di validità del sistema di qualificazione.*
- 3. La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non*

obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.

- 4. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.*
- 5. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.*
- 6. E' ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.*
- 7. In relazione a ciascuna gara non e' consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.*
- 8. Il contratto e' in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale e' rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria*



può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

9. *In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento ((pena la risoluzione del contratto di appalto)). Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.*

10. *L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.*

11. *Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di*

lavori rientrino ((...)) opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. ((Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies)) è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la ((qualificazione ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione degli esecutori di cui all'articolo 84)), che possono essere periodicamente revisionati. ((Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista.))

Inquadramento

La questione si incentra principalmente sulla delimitazione del perimetro applicativo dell'istituto dell'avvalimento, istituto che consente di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale necessari per partecipare ad una procedura di gara (in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80), avvalendosi delle capacità di

altri soggetti in possesso dei requisiti richiesti.

Può, quindi, distinguersi un avvalimento c.d. economico finanziario, il cui obiettivo è quello di prestare idonei mezzi di garanzia all'ausiliata, e un avvalimento c.d. tecnico professionale, volto a integrare i requisiti operativi e le cui modalità operative devono essere indicate in modo specifico già in fase di offerta. La norma è sufficientemente chiara nel prevedere la possibilità di un avvalimento plurimo e nell'escludere, viceversa, gli avvalimenti c.d. a cascata.

In tal senso, la funzione che l'istituto svolge è chiara: lo stesso attua una *ratio* di *favor participationis* e di concorrenzialità che informa tutta la disciplina delle procedure di evidenza pubblica di derivazione europea.

Il dibattito che si è posto inerisce al se sia possibile addivenire all'avvalimento non solo per integrare requisiti di cui l'ausiliata risulti carente, ma anche per sfruttare ulteriori caratteristiche, come ad esempio quelle esperienziali o curriculari, per ottenere una migliore valutazione della propria offerta.

Occorre precisare che è pacifico che non possa ammettersi un avvalimento c.d. meramente premiale, ovvero in cui il

soggetto decide di sfruttare solo i requisiti qualitativi di un'altra impresa, non essendo carente di altri e con il solo fine di ottenere un punteggio maggiore per la propria offerta (Cons. Stato n. 1881/2020); in tal caso, infatti, l'istituto risulterebbe piegato a una finalità anticoncorrenziale.

In relazione all'ammissibilità di un avvalimento non meramente premiale (ossia necessario per integrare i requisiti, ma anche utile a migliorare il proprio punteggio) si sono contraddistinti tre orientamenti, l'uno favorevole, l'altro contrario all'ammissibilità e l'ultimo intermedio.

Il primo, muovendo dalla considerazione che ciò che è oggetto di avvalimento entri a fare organicamente parte dell'offerta presentata dalla ricorrente, lo ritiene *prima facie* configurabile, considerato che la valutazione dell'offerta viene fatta sulla stessa globalmente intesa e che, quindi, non sia possibile *ipso iure* delimitare la discrezionalità della stazione appaltante alla valutazione dei requisiti carenti, dovendo la decisione investire la proposta tutta¹.

Il secondo, invece, facendo proprie le considerazioni circa l'avvalimento c.d. meramente premiale, esclude che gli elementi

¹ [C.g.a. 15 aprile 2016, n. 109](#)

messi a disposizione dall'impresa ausiliaria possano entrare a far parte degli elementi valutabili dell'offerta del concorrente².

Il terzo, intermedio, ne esclude l'ammissibilità solo nelle ipotesi in cui l'elemento di valutazione dell'offerta consista in un requisito soggettivo o curriculare, ammettendolo per i requisiti speciali³.

Soluzione

Il Consiglio di Stato con la sentenza in commento ha delineato una parziale apertura all'avvalimento premiale (ma non meramente premiale), ritenendone possibile la configurazione purché l'impresa ausiliata sia carente di requisiti di partecipazione e aggiungendo un ulteriore limite di complessa esegesi.

Nello specifico, la questione deve essere risolta sulla base dell'analisi della funzione concorrenziale dell'istituto, il quale legittima l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti alle procedure di evidenza pubblica, attraverso l'accesso di operatori che, in proprio, sarebbero privi di alcuni requisiti, mezzi o risorse richieste dalla gara, ma che possano acquisirli grazie all'apporto collaborativo di soggetti terzi, che ne

garantiscono la messa a disposizione per la durata del contratto.

In tal senso, il meccanismo partecipativo si traduce nella valorizzazione della messa a disposizione di determinate risorse, in un contesto negoziale trilaterale.

Si conferma, quindi, il divieto di avvalimento meramente premiale affermando che è necessario che l'istituto operi in favore di un operatore che sarebbe effettivamente privo di determinati requisiti di partecipazione; altrimenti, si configurerebbe un abuso di avvalimento che lo trasformerebbe, di fatto, in un «*mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria*».

Tornando ai margini di ammissibilità dell'avvalimento premiale, il Supremo consesso afferma che è “fisiologica” l'eventualità che l'operatore economico concorrente “ricorra all'avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempra nell'ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima”. In tal caso, i termini

²[Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881.](#)

³ Questo sembra essere l'orientamento sposato dalla sentenza in commento.



dell'offerta negoziale devono poter essere valutati ed apprezzati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi nell'ottica dell'effettiva messa a disposizione dei requisiti avvalsi in favore della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto.

Per contro, la Sezione ritiene precluso che il concorrente si avvantaggi, rispetto agli altri, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria, ovvero di titoli o di attributi spettanti a quest'ultima. Tali requisiti, infatti, non qualificano operativamente ed integrativamente l'offerta in quanto non sono oggetto di una specifica attività esecutiva. Tanto vale a maggior ragione nei casi in cui il concorrente possenga già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo (ed evidentemente

immeritevole) fine di conseguire un mero punteggio incrementale, cui non corrisponderebbe una reale ed effettiva qualificazione della proposta.

“Del resto, conclude il Consiglio di Stato, “a diversamente opinare, non solo si negherebbe la stessa ratio proconcorrenziale dell'istituto, ma si finirebbe per contraddire il canone di par condicio dei competitori, per i quali non sussistono, sul piano generale, preclusioni di sorta alla possibilità di indicare, nell'offerta, beni prodotti da altre imprese ovvero mezzi, personale e risorse, la cui disponibilità fosse acquisita in forza di contratti di subappalto o di subfornitura o di qualunque altro tipo di contratto idoneo”.



Pillole di Diritto

a cura di Luca Cestaro

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



Civile

La pillola di diritto del 16.04.2021

L'illecito endofamiliare del padre che “abbandona” i figli adottivi

#illecito #endofamiliare #danno

*Corte di Cassazione, sez. I civile, ordinanza n. 9188
del 2.4.2021*

È noto l'orientamento giurisprudenziale che ammette il danno endofamiliare nel caso di “infedeltà qualificata”. Tale condotta, infatti, può comportare non solo le sanzioni tipiche del diritto di famiglia (addebito della separazione), ma anche il risarcimento dei danni non patrimoniali e ciò indipendentemente dalla richiesta di addebito.

In particolare, può essere riconosciuto il danno non patrimoniale se la condizione di afflizione indotta nel coniuge dal tradimento dell'altro (nel caso di specie, nel marito dal tradimento della moglie) “superi la soglia della tollerabilità e si traduca, per le sue modalità o per la gravità dello sconvolgimento che provoca, nella violazione di un diritto costituzionalmente protetto, quale, in ipotesi, quello alla salute o

all'onore o alla dignità personale” (Corte di Cassazione, sez. VI, n. 26383 del 19.11.2020).

Il caso di specie, pur riconducibile al danno endofamiliare, non riguarda i rapporti tra i coniugi ma quello tra il padre e i figli adottivi della coppia. Difatti, il padre, al fine di formare un nuovo nucleo familiare, aveva improvvisamente lasciato la moglie e gli stessi figli adottivi per trasferirsi in un'altra città con la nuova compagna da cui ha avuto un altro figlio. La condotta è stata ritenuta dalle Corti di merito foriera di un danno risarcibile in capo ai minori che, in rapporto alla loro pregressa esperienza in orfanotrofio, sono risultati (all'esito di una consulenza d'ufficio) particolarmente traumatizzati dal repentino abbandono del nucleo familiare da parte della figura paterna.

Anche in questo caso si afferma che la responsabilità risarcitoria deriva dalla particolare modalità dell'abbandono in rapporto alle circostanze pregresse piuttosto che dalla mera responsabilità per la rottura dell'unione coniugale.



Penale

La pillola di diritto del 19.4.2021

Quando l'agguato "dimostra" la premeditazione

#premeditazione #agguato #legittimadifesa #52cp #577n.3cp #provaindiziaria #indizi

Corte di Cassazione, sez. V penale, Sentenza n. 9324 dell'8.3.2021

1 - I due correi attirano la vittima nella propria auto con un pretesto per poi portarla in un luogo isolato dove la aggrediscono provocandogli gravi lesioni personali per poi desistere anche grazie alla reazione della vittima stessa che li mette in fuga.

La Corte, in primo luogo, esclude la legittima difesa in quanto l'organizzazione di un' "azione punitiva" implica che siano stati gli stessi autori del reato a porsi nella situazione di pericolo, circostanza che è, appunto, incompatibile con la configurabilità dell'esimente.

2 - La Sezione passa, quindi, a esaminare la questione relativa al carattere premeditato o meno del reato rammentando che "sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono alla determinazione della pena, e, dunque, tra questi, le circostanze aggravanti, nel cui

novero è ricompresa la premeditazione".

Si applica, quindi, anche alla premeditazione la regola per cui la prova può essere, oltre che diretta (es. testimonianza), anche indiziaria, allorché essa sia desunta da un «raccordo logico» tra un fatto "secondario" e il "fatto da provare".

Gli indizi devono, peraltro, essere gravi, precisi e concordanti (art. 192 co. 2 c.p.p.). In particolare, la gravità va intesa "come consistenza, resistenza alle obiezioni, pertinenza del dato rispetto al thema probandum"; la precisione "nel senso di specificità, univocità, insuscettibilità di diversa interpretazione"; la concordanza "come convergenza dei plurimi indizi nella medesima direzione".

3 – La prova indiziaria può essere alla base della valutazione circa la sussistenza degli elementi costitutivi della circostanza aggravante della premeditazione; essi consistono in "un apprezzabile intervallo temporale tra l'insorgenza del proposito criminoso e l'attuazione di esso, tale da consentire una ponderata riflessione circa l'opportunità del recesso (elemento di natura cronologica) e la ferma risoluzione criminosa perdurante senza soluzione di continuità



nell'animo dell'agente fino alla commissione del crimine (elemento di natura ideologica), dovendosi escludere la suddetta aggravante solo quando l'occasionalità del momento di consumazione del reato appaia preponderante, tale cioè da neutralizzare la sintomaticità della causale e della scelta del tempo, del luogo e dei mezzi di esecuzione del reato”.

Alla luce dei principi esposti, la Sezione ribadisce che l'agguato, così come la spedizione punitiva, costituisce, “in astratto, indice rivelatore della premeditazione, siccome sinonimo di imboscata o insidia preordinata che postula un appostamento, protratto per un tempo più o meno lungo, in attesa della vittima designata ed in presenza di mezzi e modalità tali da non consentire dubbi sul reale intendimento dell'insidia, sicché già il pur breve arco di tempo dell'attesa, può valere a soddisfare gli elementi costitutivi della premeditazione: il requisito ideologico - consistente nel perdurare nell'animo del soggetto, senza soluzione di continuità fino alla commissione del reato, di una risoluzione criminosa ferma ed irrevocabile - e quello cronologico - rappresentato dal trascorrere di un intervallo di tempo apprezzabile, fra l'insorgenza e l'attuazione di tale proposito,

in concreto sufficiente a far riflettere l'agente sulla decisione presa ed a consentire il prevalere dei motivi inibitori su quelli a delinquere”.

La condotta delittuosa, come sopra descritta, appare, quindi, senz'altro caratterizzata dalla premeditazione allorché i due imputati hanno organizzato la descritta spedizione punitiva, attirando con un pretesto la vittima, loro conoscente, nella propria auto per, poi, aggredirlo in un luogo isolato e tanto al fine di evitare che la vittima perseverasse nel chiedere denaro e favori a uno degli aggressori, come era solito fare.

Le modalità del fatto, quindi, sono ritenute adeguate al fine di integrare la prova indiziaria della sussistenza dell'aggravante della premeditazione – nei suoi elementi ideologico e cronologico - senza che possa rilevare la mancata individuazione dell'esatto momento in cui è sorto il proposito criminoso, circostanza nota, evidentemente ai soli imputati.



Amministrativo

La pillola di diritto del 26.4.2021

L'escussione della cauzione per l'esclusione dalla gara va al G.O. solo se la controversia riguarda il contenuto della garanzia

#esclusione #appalti #cauzione #giurisdizione

Corte di Cassazione, SS.UU. civ. Sent. n. 9005 del 31.3.2021

1 - È noto l'orientamento del giudice amministrativo secondo cui l'incameramento della cauzione provvisoria (oltre all'attivazione del pedissequo procedimento di segnalazione all'ANAC) è conseguenza automatica del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara e, pertanto, non comporta alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti; in senso contrario all'incameramento, peraltro, neppure può rilevare la non imputabilità a colpa della violazione che ha comportato l'esclusione (Consiglio di Stato sez. V, 02/02/2018, n.691; Consiglio di Stato sez. V, 23/08/2019, n.5819).

2 - Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione chiariscono che qualora si contestino le ragioni dell'esclusione (e del

conseguente automatico incameramento della cauzione), la controversia rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il principio, affermato dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza n. 17441/15, secondo cui «la domanda di accertamento dell'inesistenza della debenza dell'importo preteso dall'ente e di manleva in relazione a quanto eventualmente da pagarsi a quest'ultimo riguardano comunque il rapporto privatistico inerente la garanzia» «riguarda solo le ipotesi in cui la domanda di accertamento negativo del diritto della stazione appaltante di escutere la garanzia non si fonda sulla contestazione delle ragioni, concernenti la violazione delle regole della procedura concorsuale, che sorreggono tanto il provvedimento di esclusione dalla gara quanto il provvedimento di escussione della garanzia; come, ad esempio, nel caso in cui la controversia verta sull'importo risultante dalla polizza o sui tempi e modalità del pagamento o sull'individuazione del soggetto obbligato al pagamento stesso».

La Corte precisa che la conclusione raggiunta non interferisce con i principi affermati in altre decisioni (ordinanze nn. 12901/2013 e 2507/2015) relative a vicende nelle quali l'escussione della polizza fideiussoria era



riconducibile a dei pretesi inadempimenti dell'aggiudicataria alle proprie obbligazioni; tali vicende, infatti, a differenza dal caso esame dalla decisione in commento, si collocavano “a valle della stipula del contratto tra il privato e la pubblica amministrazione”.

3 - Questo il principio di diritto affermando: “la controversia avente ad oggetto l'escussione di una polizza fideiussoria a cui una stazione appaltante abbia proceduto, ai sensi dell'articolo 48 d.lgs. n. 163/2006 (ora dell'art. 103 cod. appalti, d.lgs. 50/2016), a seguito dell'esclusione di un concorrente dalla gara – per non avere il medesimo fornito la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito – rientra nella giurisdizione dell'A.G.O. ove si discuta esclusivamente dei diritti derivanti dalla polizza, con riguardo, esemplificativamente, all'entità delle somme dovute, ai tempi e modalità del pagamento, all'individuazione dei soggetti obbligati; rientra, per contro, nella giurisdizione del giudice amministrativo ove si discuta della sussistenza dei presupposti di esclusione del concorrente dalla gara”.



Associazione Culturale

Calamus iuris

La penna del diritto

CORSO ONLINE DI PREPARAZIONE AL CONCORSO PER REFERENDARIO TAR

(PUBBLICATO IN G.U. IV° SERIE SPECIALE,
CONCORSI ED ESAMI N° 16 DEL 26 FEBBRAIO 2021)

Il corso prevede:

- › Materiali didattici
- › Esercitazioni con correzioni personalizzate
- › Lezioni

Speciale attenzione sarà dedicata alle tecniche di redazione della Sentenza

Interazione con i docenti (magistrati amministrativi e tributari).
Massima flessibilità per conciliare lo studio con il lavoro. 7 moduli sulla
prova pratica (sentenza), 8 temi, 4 lezioni di diritto tributario. Possibilità
di acquistare separatamente i moduli delle diverse materie

***Per info e prenotazioni 347 9966161
pennadeldiritto@gmail.com***