



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 17 - GIUGNO/LUGLIO 2021

APPROFONDIMENTI

Civile: *La nullità selettiva
di Marianna Perfetto*

Penale: *Applicabilità dell'art.384 c.p. al convivente more uxorio, la
questione viene rimessa alle Sezioni Unite
di Carlo Gabutti*

Amministrativo: *Le deroghe al principio di immutabilità soggettiva
dell'RTI alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio
di Stato, n. 9/2021
di Mariantonietta Milano*

SCHEDE DI GIURISPRUDENZA

Civile: *Sulla validità della clausola claims made che impone a carico
dell'assicurato un termine decadenziale per la denuncia del del sinistro
di Carlotta Marciano*

Penale: *L'abrogato sine abolizione del diritto di millantato credito: tra
traffico di influenze illecite e truffa
di Federica Crescioli*

Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro



Sommario

SOMMARIO.....	2
APPROFONDIMENTI	5
CIVILE	6
La nullità selettiva.....	6
PENALE	12
Applicabilità dell’art. 384 c.p. al convivente more uxorio, la questione viene rimessa alle Sezioni Unite.	12
AMMINISTRATIVO	29
Le deroghe al principio di immodificabilità soggettiva alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 9/202.....	29
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA	36
CIVILE	37
Sulla validità della clausola claims made che impone carico dell’assicurato un termine decadenziale per la denuncia del sinistro	37
Cassazione civile sez. III - sentenza 13.5.2020 n. 8894	37
È valida la clausola di tipo claims made - inserita in un contratto di assicurazione per la responsabilità civile - che impone all’assicurato di denunciare il sinistro entro un termine decadenziale?	37
Fatto.....	37
Norma	38
Inquadramento.....	39
Soluzione	41
PENALE	43
L’abrogatio sine abolizione del delitto di millantato credito: tra traffico di influenze illecite e truffa	43
Cass. Pen., sez. VI penale, sent. n. 1869/2021.....	43
Quali sono i rapporti di diritto intertemporale tra il delitto di millantato credito ex art. 346, secondo comma, c.p., quello di traffico di influenze illecite ex art. 346 bis c.p. e quello di truffa ex art. 640 c.p.?.....	43
Fatto.....	43
Norma	43
Inquadramento.....	44
Soluzione	46
PILLOLE DI DIRITTO	48
Civile	49

La pillola di diritto del 5.6.2021	49
L'effetto restitutorio e la caducazione del titolo	49
#effetto restitutorio #titolo #risoluzione #chiesto e pronunciato	49
Corte di Cassazione, ordinanza n. 13504 del 18.5.2021	49
Penale	50
La pillola di diritto del 10.6.2021	50
Ricettazione, Riciclaggio e incauto acquisto	50
#ricettazione #riciclaggio #incauto acquisto #648cp #648bis cp #712cp	50
Corte di Cassazione, sez. II penale, Sentenza n. 13788 del 13.04.2021	50
Amministrativo	52
DASPO urbano e meretricio	52
#DASPO urbano #meretricio #prostituzione	52
T.A.R. Marche, Sentenza n. 460 del 1.6.2021	52
La condotta e i luoghi oggetto della tutela	52
Natura e presupposti del DASPO urbano	53
Daspo urbano e prostituzione	54

Anno 2, n. 17, giugno /luglio 2021

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

Redazione

Luisa Sarro
Anna Vecchione
Michele Vitiello

Comitato scientifico

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

La nullità selettiva

di Marianna Perfetto

1: “Le nullità di protezione nei contratti asimmetrici”

L’istituto delle “nullità di protezione” si inquadra nell’ampia categoria dell’invalidità del contratto e più in generale nell’esigenza di garantire tra i protagonisti dei traffici giuridici ed economici il principio della c.d. “negoziato consapevole ed informato”.

L’esigenza normativa di compiere atti dispositivi di natura patrimoniale in maniera consapevole è finalizzata a tutelare non soltanto interessi individuali ovvero del singolo contraente ma anche interessi generali quali l’equilibrio delle variabili macroeconomiche.

La *ratio* che fonda la categoria delle “nullità di protezione” è quella di *riequilibrare* l’asimmetria informativo-conoscitiva tra le parti di particolari tipologie di contratti comunemente definiti come *asimmetrici*.

Essa si fonda sulla consapevolezza da parte del legislatore che in particolari settori dell’ordinamento i relativi negozi giuridici si caratterizzano per la presenza in capo ad

una soltanto delle parti di un elevato grado di competenza tecnica e professionale.

L’assenza delle suddette competenze in capo alla c.d. “parte debole” si traduce inevitabilmente nel rischio che costui concluda un negozio assumendone le relative obbligazioni senza averne ben compreso il contenuto e la portata.

Da qui la scelta normativa di predisporre uno specifico rimedio giurisdizionale la cui legittimazione è esclusiva della sola parte *debole* del contratto e che va sotto il nome di nullità di protezione.

Ne discende un onere a carico del contraente in possesso delle specifiche competenze tecniche e professionali di uniformarsi alle prescrizioni legislative che impongono l’adempimento degli obblighi formali e di contenuto variamente determinati a seconda del tipo di contratto che di volta in volta rileva.

L’asimmetria *de qua* è destinata ad operare su più fronti ma, ai nostri fini, l’aspetto maggiormente rilevante e che verrà approfondito è quello delle conseguenze che tale disuguaglianza comporta sul piano conoscitivo-informativo del contenuto del contratto.

Il fenomeno è particolarmente frequente nel settore del mercato finanziario *species* nei contratti di investimento laddove la parte “debole” è rappresentata dal privato investitore che non gode delle medesime competenze tecniche di coloro che diversamente operano come intermediari finanziari.

Il fondamento normativo delle nullità di protezione nel settore del mercato finanziario è rappresentato dall’art. 23 del TUF (D.lgs. 24/02/1998) il quale al primo comma prevede la forma scritta per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento comminando la sanzione della nullità in caso di inosservanza di tale forma; al secondo comma prevede parimenti la nullità del contratto se si rinvia agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico; al comma 3 prevede che **“la nullità di cui ai commi precedenti può essere fatta valere dal solo cliente”**.¹

La scelta legislativa di riservare al solo

cliente la legittimazione attiva alla proposizione della domanda volta alla dichiarazione della nullità del contratto di investimento che difetti della forma scritta consente di evidenziare il primo profilo differenziale rispetto alla categoria generale della nullità prevista dal codice civile agli articoli 1418 c.c. e seguenti.

In particolare, mentre l’art 1421 c.c. dispone la legittimazione all’azione di nullità da parte di ***Chiunque vi abbia interesse***, l’art. 23 comma 3 TUF legittima soltanto il ***cliente***. Sul piano degli interessi tutelati inoltre, mentre la disciplina della nullità del contratto ex art 1418 c.c. e ss. mira a tutelare interessi di tipo generale, la nullità di cui all’art 23 comma 3 TUF è volta a tutelare l’interesse individuale del solo cliente.

Se dunque *prima facie* potrebbe apparire improprio l’uso che il legislatore abbia fatto del rimedio della categoria della nullità in ipotesi che, derogando alla regola generale ex art. 1421 c.c., ne riserva la legittimazione soltanto a specifiche categorie di soggetti, ad un’analisi più attenta la scelta legislativa è la più idonea a garantire la tutela della parte debole dei contratti asimmetrici e più in generale l’attuazione di una contrattazione efficiente, consapevole e informata.

¹Analogo sistema di tutela si rinviene nel D.Lgs. n.385 del 1993 (TU Bancario) che, in relazione alle nullità di protezione, all’art 127 comma 2 dispone :” Le nullità previste dal presente titolo possono essere fatte valere solo dal cliente”;

Analogamente, con l’introduzione del Codice del Consumo (D.lgs. n.206 del 2005) il legislatore all’art. 36 comma 3 ha stabilito che:“La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”;

Se dal un lato non vi è uniformità di disciplina tra nullità generale e nullità di protezione sotto il profilo della legittimazione attiva, la giurisprudenza di legittimità è concorde nel ritenere che non sussistono ostacoli normativi per l'applicazione anche alle ipotesi di nullità di protezione della regola della rilevabilità d'ufficio e dell'efficacia ex tunc della sentenza dichiarativa della nullità del contratto o delle singole clausole oggetto del giudizio.²

Il potere da parte del giudice di rilevare ex ufficio la nullità di protezione di un contratto d'investimento rappresenta una garanzia per il privato investitore così come l'estensione della regola dell'efficacia ex tunc della relativa sentenza di nullità la quale, rendendo il titolo nullo, legittima il cliente ad esperire il rimedio restitutorio ai sensi dell'art. 2033 c.c..

²Al riguardo si osserva che il rilievo officioso delle nullità di protezione deve ritenersi generalmente applicabile a tutte le tipologie di contratti nei quali è previsto in favore del cliente tale regime di protezione in considerazione dei principi stabiliti nella sentenza delle S.U. n. 26642 del 2014 così massimati: "La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle prima, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali-quali il corretto funzionamento del mercato(art.41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art.3 Cost.)-che trascendono quelli del singolo".

2. Le nullità "selettive" e canone della buona fede oggettiva (Cass. Civ. Sez. Un. n.28314 4/11/2019).

Il peculiare regime giuridico delle nullità di protezione esaminato in precedenza ha sollevato un contrasto giurisprudenziale in merito alla portata dell'art 23 comma 3 del TUF in particolare per ciò che attiene all'uso selettivo delle nullità da parte del cliente e alla conformità di tale uso al canone oggettivo della buona fede.

Gli ermellini si sono espressi in merito ai possibili rimedi esperibili dall'intermediario nel caso in cui l'uso della nullità di protezione da parte del cliente investitore si concretizzi in un abuso del diritto.

Sotto il profilo strettamente processuale, i dubbi interpretativi hanno riguardato l'ambito di estensione degli effetti della dichiarazione di nullità del contratto quadro³ in particolare se l'efficacia della

³ Il contratto quadro costituisce una tipologia di contratto di investimento che svolge una funzione conformativa e normativa. Deve, a pena d'invalidità, essere redatto per iscritto contenendo la definizione specifica della tipologia di investimenti da seguire, il range di rischio coerente con il profilo del cliente e la determinazione degli obblighi che l'intermediario è tenuto ad adempiere. Il suo perfezionamento, tuttavia, costituisce la condizione necessaria ma non sufficiente perché si realizzino tutti gli effetti del vincolo negoziale assunto dalle parti. Ad esso deve seguire l'effettuazione degli investimenti finanziari,

sentenza fosse limitata alle sole operazioni oggetto di specifica domanda dell'investitore(cd. nullità selettive) oppure se l'effetto della pronuncia dichiarativa di nullità del contratto travolgesse anche le operazioni che non sono state oggetto di apposita domanda .

Per comprendere la portata della questione si procederà nel seguente modo: a) si analizzeranno le conseguenze processuali e sostanziali verificatosi nella prassi mediante uso “selettivo” del rimedio di cui all’art 23, comma3, del TUF;

b) si illustreranno le coordinate di diritto espresse dalla Cassazione nella nota sentenza resa a Sezioni Unite n.28314 del 4/11/2019.

Il primo profilo d’analisi attiene alle conseguenze pratiche che si verificano allorquando la domanda di nullità ex art. 23, comma3,del TUF sia proposta dal cliente-investitore (unico soggetto legittimato ex lege) al fine di *colpire* soltanto alcuni ordini di acquisto.

Si tratta dunque di un uso “selettivo”delle nullità la cui legittimità è stata messa in discussione rispetto al principio generale della buona fede oggettiva il quale secondo

la costante e consolidata giurisprudenza deve rappresentare il criterio su cui le parti debbano uniformare il proprio comportamento sin dal momento delle trattative fino all’esecuzione del contratto.

Per comprendere la portata dell’uso selettivo delle nullità di protezione rispetto al canone della buona fede oggettiva occorre compiere un ulteriore passaggio ovvero declinare le conseguenze processuali e sostanziali di tale prassi.

Sul piano processuale, in virtù della peculiarità della disciplina delle nullità di protezione che opera solo a vantaggio della parte legittimata, anche sul piano del giudicato, qualora il giudice dichiari la nullità degli ordini di acquisto “selezionati” dal cliente,l’intermediario non sarà legittimato a proporre né domanda riconvenzionale né autonoma domanda.

Sotto il profilo sostanziale, gli aspetti di criticità attengono agli effetti dell’uso selettivo delle nullità di protezione sul sinallagma contrattuale e a *fortiori* sul patrimonio dell’intermediario in quanto costui potrebbe subire un ingiustificato sacrificio economico qualora il cliente investitore proponga azione di nullità lasciando fuori dal *petitum* della domanda le operazioni vantaggiose per sé e svantaggiose

attraverso l’esecuzione degli ordini di acquisto da parte dell’intermediario.

per l'intermediario.

Qualora il giudice investito della questione dichiari la nullità delle sole operazioni “selezionate” l'intermediario sarà tenuto ad adempiere non solo le obbligazioni vantaggiose per il cliente (lasciate fuori dal *petitum*) ma, altresì, subire gli effetti del giudicato con tutte le conseguenze che ne derivano, *in primis* procedere alle restituzioni dai pagamenti ricevuti in virtù di un titolo dichiarato invalido.

Chiariti i possibili effetti processuali e sostanziali dell'uso selettivo delle nullità è possibile procedere alla disamina del secondo profilo d'analisi relativo alla pronuncia resa dalla Cassazione a Sezioni Unite n.28314 del 4/11/2019.

Circa il possibile uso *contra ius* (cioè abuso) che il cliente può porre in essere mediante la selezione delle operazioni di cui chiede la nullità ex art 23 comma 3 del TUF, gli ermellini ricostruiscono in maniera analitica la funzione propria del rimedio *de quo* per poi svolgere delle considerazioni sul possibile uso contrario a tale funzione e quindi dei possibili rimedi esperibili dell'intermediario.

La pronuncia sottolinea come la funzione della nullità di protezione ex art 23, comma 3, del TUF debba essere quella di

riequilibrare l'asimmetria informativa tra le parti del contratto di investimento e in nessun modo può costituire causa di uno squilibrio economico a danno di una parte e a vantaggio dell'altra.

Un uso selettivo delle nullità da parte del cliente con una finalità diversa dalla *ratio* del rimedio deve ritenersi contrario al canone della buona fede e più in generale al principio solidaristico sancito all'art. 2 della Costituzione.

Ma quand'è che l'uso selettivo delle nullità cela una forma di abuso del diritto?

La risposta a tale quesito è fornita dalla sentenza in commento dove si legge che per accertare se l'uso selettivo delle nullità di protezione sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, il giudice *de quo* dovrà verificare l'esito degli ordini non colpiti dall'azione di nullità e, ove sia stato vantaggioso per l'investitore, porlo in correlazione con il *petitum* azionato in conseguenza della proposta azione di nullità.

Qualora durante il corso del giudizio si accerti che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*, potrà concludersi per

un uso difforme del rimedio al canone della buona fede.

Circa i possibili rimedi esperibili dall'intermediario, la Corte di Cassazione, prende atto che sebbene la disciplina della nullità di protezione è riservata al solo cliente e gli effetti processuali e sostanziali operano solo a suo vantaggio, ciò non può tradursi in un'assenza di tutela nei confronti dell'intermediario.

Giunge dunque a riconoscere che costui se non può ritenersi legittimato a proporre né domanda riconvenzionale né agire in via autonoma può senz'altro opporre l'eccezione paralizzante di buona fede.

Sulla natura di tale eccezione, gli ermellini statuiscono che non si tratta di una forma di eccezione in senso stretto non agendo sui fatti costitutivi dell'azione di nullità proposta dal cliente, dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma soltanto sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti.



PENALE

Applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio, la questione viene rimessa alle Sezioni Unite.

Dott. Carlo Gabutti

Caso xx

Per molto tempo, la giurisprudenza costituzionale e la quasi totalità delle pronunce dei giudici di legittimità, si sono manifestate contrarie all'estensione della causa di non punibilità contenuta nell'art. 384 co.1 c.p., alla condotta di favoreggiamento posta in essere dal convivente more uxorio.

Tuttavia nel corso degli anni il diverso atteggiamento della dottrina, unitamente alla breccia aperta dalla sentenza della seconda Sezione della Cassazione penale, la n.34147/2015, ha generato un acceso dibattito sulla questione, rafforzando la posizione sostenuta da parte della dottrina relativa all'applicabilità dell'istituto ai casi in esame.

Per questo motivo, dopo essere stata per molto tempo al centro del dibattito giuridico, penale e costituzionale, la questione "se l'ipotesi di cui all'art.384, co.1 c.p. sia applicabile anche al convivente more uxorio" è stata rimessa, dalla sesta sezione

della Corte di Cassazione con sentenza n.1825/2020, alle Sezioni Unite al fine di risolvere contrasto ad oggi sussistente in materia.

1. La questione di diritto.

La questione che i supremi giudici nomofilattici sono chiamati ad affrontare concerne la possibile applicazione della causa di non punibilità prevista **dall'art. 384 c.p. alle ipotesi di rapporti di mera convivenza** (non cristallizzata mediante un matrimonio o un'unione civile), per i casi di reati contro l'amministrazione della giustizia.

Con l'innovativa pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. II, n. 34147 del 21 aprile 2015, in cui veniva in rilievo un'ipotesi inerente il reato di favoreggiamento personale, è stato per la prima volta accolto, all'interno della giurisprudenza di legittimità, il principio giuridico in base al quale "la causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co.1 c.p. in favore del coniuge opera anche in favore del convivente more uxorio".

L'affermazione di tale principio ha



rappresentato un'innovazione di non poco rilievo nell'ambito della giurisprudenza di cassazione, all'interno della quale, fatta salva una pronuncia incidentale, risultava pacificamente accolta la ricostruzione contraria ad un'interpretazione estensiva, tenendo conto anche delle pronunce espresse in materia dai giudici della Corte Costituzionale.

Posizioni maggiormente eterogenee si manifestavano invece in ambito dottrinario.

La questione, riguardante le ipotesi di favoreggiamento non rientranti in quelle di tipo dichiarativo (operando per quest'ultime la causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 384, co.2 c.p., applicabile, in virtù della pronuncia di illegittimità costituzionale dichiarata con sentenza della Corte Costituzionale n.461/1996) si presenta di non facile risoluzione, data la validità degli argomenti, posti a fondamento di entrambe le ricostruzioni.

In virtù della complessità del tema in oggetto risulta opportuno effettuare un breve *excursus* giurisprudenziale delle diverse posizioni emerse nelle pronunce dei giudici costituzionali e di legittimità, oltre che delle diverse ricostruzioni elaborate dalla miglior dottrina, al fine di poter più efficacemente comprendere, come inquadrare, la

convivenza *more uxorio*, in mancanza di un espresso riferimento normativo, tenuto conto che la legislazione di favore prevista in ambito penale, risultava originariamente volta a tutelare la sola famiglia legittima, mentre oggi è stata estesa anche alle Unioni Civili a seguito della cd. riforma *Cirinà*.

Il caso sotteso alla sentenza di rimessione alle Sezioni Unite.

Con la sentenza della Corte d'Appello di Cagliari veniva confermata la pronuncia di merito del Tribunale locale che aveva condannato l'imputata per il reato di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p., in quanto aveva aiutato il convivente ad eludere le investigazioni della polizia per il reato di guida senza patente e omissione di soccorso. Nello specifico, l'imputata aveva affermato di essere stata lei stessa alla guida dell'autoveicolo.

Nonostante ciò, i giudici di primo grado, tenendo conto del contrasto giurisprudenziale relativo all'estendibilità della causa di non punibilità, prevista dall'art.384 co.1 c.p., a favore del convivente di fatto, non aderendo all'orientamento favorevole al riconoscimento della stessa a tali soggetti, nell'ipotesi in esame, hanno comunque affermato la responsabilità della donna.

Nella sentenza in esame, i giudici della sesta sezione, prima rimettere la questione all'esame delle



Sezioni Unite si sono soffermati sulla sulla normativa sottesa a tale problematica sottolineando come l'art 384 c.p. preveda, che “nel caso previsto dall'art. 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore”.

A parere dei giudici, volendo individuare la ratio della norma sembra quindi che, il legislatore ritenga non esigibile una condotta diversa da quella scusata mediante la disposizione in esame.⁴

Come detto in precedenza, la nozione di prossimo congiunto può essere ricavata dall'art. 307 c.p. secondo cui, “agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole”.

Dalla lettura del dato normativo è facilmente riscontrabile come questo, da una prima interpretazione letterale, non includa, il convivente more uxorio.

Partendo dallo specifico caso sotteso alla questione

in esame, i giudici della sesta sezione decidono di affrontare la questione inerente l'estendibilità, della causa di non punibilità in esame alle ipotesi di convivenza di fatto, dando atto delle due ricostruzioni elaborate dalla dottrina ed accolte dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La prima teoria, come detto, ancora oggi prevalente, è quella che sostiene l'inapplicabilità dell'esimente in esame al convivente di fatto, data la mancanza di un esplicito riferimento nel dettato normativo, tra i soggetti beneficiari della causa di non punibilità. Secondo tale ricostruzione, questo non violerebbe quanto previsto dall'art. 3 Cost., anche tenendo conto di quanto affermato dal giudice delle leggi con le sentenze di cui sopra.

Per l'orientamento in esame, la diversa disciplina normativa troverebbe giustificazione nella ratio costituzionale, tenendo conto che, il rapporto matrimoniale risulta destinatario di espressa tutela da dell'art.29, mentre la convivenza more uxorio, rientra della più generica tutela dell'art. 2 Cost.

La seconda teoria invece, recentemente accolta anche dalla giurisprudenza di Cassazione, come ampiamente approfondito nei precedenti paragrafi della nostra trattazione, riconosce l'estendibilità dell'esimente anche a vantaggio del convivente, ritenendo anacronistico il concetto di famiglia fondata esclusivamente sul matrimonio, così come espresso nelle sentenze della Corte Costituzionale di cui abbiamo dato conto, e richiamando invece le

⁴G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, parte speciale, vol. IV, Padova, 2005, p.691.



recenti pronunce della Corte EDU, in cui è stata accolta una nozione di famiglia dotata di maggior dinamismo e quindi più conforme al mutato contesto sociale, nel quale risulta, irrilevante la formalizzazione del rapporto, valorizzandosi il dato affettivo-fattuale.

Tale ricostruzione, quindi, valorizza come la causa di non punibilità debba essere applicata anche delle ipotesi di una famiglia di fatto e dei loro prossimi congiunti, mediante un'interpretazione analogica in bonam partem dell'art.384 c.p., pertanto ammissibile nel nostro ordinamento, volta ad equiparare la convivenza di fatto alla famiglia legale.

Ciò premesso, i giudici della sesta sezione, hanno dato conto di come quest'ultima ricostruzione sia stata oggetto di severa critica da parte di alcuni autorevoli esponenti della dottrina, secondo cui, la riscrittura interpretativa della causa di non punibilità in esame, possa spettare solo ed esclusivamente alla Corte Costituzionale, tenuto conto che la norma, risulta volta a tutelare particolari soggetti dai quali non può esigersi una condotta diversa da quella posta in essere, dovendosi tenere conto che "le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultra-legali di esclusione della punibilità attraverso l'analogia iuris"(Cass. Sez. III n.38593/2018).

Ne conseguirebbe quindi che la mancata dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'esclusione dei conviventi di fatto dal novero dei soggetti beneficiari dell'esimente, non determinerebbe la violazione dell'art. 8 CEDU, dovendo prevalere la disciplina normativa interna, la quale impone ad un determinato soggetto a testimoniare nel caso di procedimenti penali a carico del convivente. Sul punto, viene argomentato, che anche la Corte di Strasburgo avrebbe fornito elementi tali per poter affermare la non irragionevolezza dei diversi trattamenti previsti tra coniugi e conviventi.

In ultima istanza, altro elemento da tenere in considerazione, anche secondo i giudici della sentenza di rimessione sarebbe la riforma normativa apportata dalla "Legge Cirinnà", che sebbene abbia espressamente ampliato il novero dei "prossimi congiunti" ai soggetti facenti parte di un'Unione Civile, non ha provveduto ad inserire tra questi i conviventi di fatto.

2. La focalizzazione.

2.1 Le tesi elaborate all'interno della dottrina

Maggiormente eterogenee, come si è detto poc'anzi, si sono presentate la posizione emerse nel corso del tempo all'interno della



dottrina, sulla questione.

Già dagli anni ottanta e novanta del secolo scorso, gran parte degli studiosi hanno iniziato ad esaminare la problematica, annotando le pronunce della Corte costituzionale, evidenziando numerosi dubbi sulla strada percorsa dal giudice delle leggi⁵.

Prima che la Consulta rigettasse espressamente la ricostruzione con sentenza n.140/2009, la tesi che volta ad ammettere l'estensione della causa di non punibilità di cui all'art. 384, co.1 c.p al convivente *more uxorio*, veniva sostenuta facendo anche leva sulla disposto normativo dell'art.199 co.1 lett. a) c.p.p. ⁶.

Sul punto, occorre tuttavia precisare che la ricostruzione accolta dalla giurisprudenza prevalente, incontrava anche il sostegno di autorevoli autori, i quali evidenziavano come nell'art. 307 c.p. fosse contenuta una nozione tassativa di *prossimi congiunti* non

estendibile analogicamente⁷.

3 Le soluzioni giuridiche emerse nel corso degli anni.

3.1 La posizione della Corte Costituzionale.

Passando ora all'analisi delle pronunce giurisprudenziali della Corte di Cassazione, in cui veniva pacificamente ritenuta non ammissibile l'applicabilità della causa di esclusione della punibilità contenuta nell'art. 384, co. 1 c.p., al delitto di favoreggiamento commesso dal convivente di fatto, si deve necessariamente tener conto di un contestuale esame delle decisioni della Corte costituzionale, in quanto tali pronunce hanno spesso rappresentato il fondamento giuridico delle decisioni dei giudici di legittimità.

Dal 1980 fino ad oggi, **la Corte costituzionale, ha sempre ritenuto non ammissibile la questione d'incostituzionalità dell'art. 384 co.1 c.p.** nella parte in cui non prevede l'estensione dell'applicabilità alle ipotesi di convivenza

⁵G. LUCCIOLI, *La famiglia di fatto dinanzi alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, in *Cass. pen.* 1987, p. 681; A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la «famiglia di fatto»: ancora un ingiustificato «diniego di giustizia» da parte della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.* 1996, p. 1375; M. ZANOTTI, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, in *Giur. cost.* 1996.

⁶D. ZOTTA, *Casi di non punibilità*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. COPPI, Torino, 1996, p. 546;

⁷G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, parte speciale, IV, Padova, 2005.



more uxorio (Cort. Cost. 124/1980, Cort. Cost. 391/1981, Cort. Cost. 352/1989, Cort. Cost. 237/1986, Cort. Cost. 08/1996, Cort. Cost. 121/2004 e Cort. Cost. 140/2009).

Più precisamente, **con la sentenza n. 08/1996 i giudici della Consulta hanno sottolineato l'esistenza di ragioni costituzionali idonee a giustificare un diverso trattamento normativo, tra i soggetti appartenenti alla cd. famiglia legale e quelli appartenenti alla famiglia di fatto.** Nello specifico, il diverso trattamento doveva essere individuato nella differente tutela prevista dall'art. 29 Cost. per la famiglia legale, rispetto alla *tutela* garantita dall'art. 2 Cost., in cui viene fatto generico riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali; a questo doveva essere poi aggiunto, per una corretta valutazione giuridica dei due rapporti, *“il maggior spazio da riconoscersi, nella convivenza, alla soggettività individuale dei conviventi e nel rapporto di coniugio, [...] alle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovra individuale.*

La sentenza in esame sottolineava poi che, la diversa valutazione costituzionale delle due specie di rapporto non escludesse del tutto la possibilità di un raffronto tra

discipline inerenti aspetti specifici dell'uno e dell'altro, in modo tale da permettere un esame di ragionevolezza secondo quanto previsto dell'art.3 Cost. su particolari differenze, come concretamente accaduto successivamente con la sentenza n. 416 del 1996, a cui prima facevamo riferimento (ma anche con le sentenze n.404/1988 e n.559/1989 della Consulta, aventi ad oggetto il diritto all'abitazione); tuttavia, secondo i giudici costituzionali, esclusi i casi particolari che possono richiedere un'equiparazione normativa, ulteriori interventi di assimilazione rientrerebbero nella competenza esclusiva del legislatore, essendo rimessi alla sua discrezionalità.

In base a tali premesse **veniva pertanto statuito:**

1) con riguardo al parametro individuato nell'art.3 Cost. , che *“un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità che assumesse in ipotesi la pretesa identità della posizione spirituale del convivente e del coniuge, rispetto all'altro convivente o all'altro coniuge, oltre a rappresentare la premessa di quella totale equiparazione delle due situazioni che [...] non corrisponde alla visione fatta propria dalla Costituzione, determinerebbe ricadute normative consequenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di*



legittimità costituzionale”;

2) con riguardo al parametro individuato nell'art.2 Cost., che tale norma non determina la necessaria tutela costituzionale del rapporto di convivenza *more uxorio* con una conseguente esclusione della punibilità di tutte le condotte previste dall'art.384 co.1 c.p., data la diversa qualificazione attribuita alle due relazioni, la prima rientrante nell'ambito dell'art.29 Cost., e la seconda in quello dell'art.2 Cost.

Le stesse conclusioni e gli stessi argomenti sono stati poi confermati nell'ordinanza n.121/2004, e nella sentenza n. 140/2009. In quest'ultima pronuncia, i giudici costituzionali hanno inoltre precisato che la ricostruzione opposta non può essere accolta nemmeno facendo leva sull'art. 199 c.p.p., in cui viene estesa la facoltà di astensione dei prossimi congiunti dall'obbligo di deporre anche al convivente di fatto (attuale o passato) con riferimento ai fatti commessi dall'imputato, o di cui sia comunque venuto a conoscenza durante la relazione di fatto: l'ipotesi in esame, infatti, secondo la Corte Costituzionale (conformemente a quanto sostenuto nella precedente sentenza n. 352 del 2000, avente ad oggetto la fattispecie prevista dall'art. 649

c.p.), “*dimostra che, quando il legislatore ha inteso attribuire rilevanza giuridica al rapporto di convivenza, anziché intervenire sulla definizione generale di prossimi congiunti contenuta nell'art.307 co.4 c.p.. includendovi anche il convivente, ha ritenuto di operare scelte selettive e mirate a casi determinati*”.

La Corte di cassazione nelle sue pronunce, d'altro canto, ha da sempre escluso l'applicazione della causa di non punibilità prevista dall' art. 384 co. 1 c.p. al delitto di favoreggiamento posto in essere dal convivente di fatto, facendo generalmente richiamo alla **tassatività dell'individuazione dei soggetti** qualificabili come *prossimi congiunti* prevista dall'art. 307 co.4 c.p. (cfr.: Cass. pen., Sez. II, 9 marzo 1982, n. 7684; Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 1988, n. 6365; Cass. pen., Sez. I, 5 maggio 1989, n. 9475; Cass. pen., Sez. VI, 18 gennaio 1991, n. 132).

La ricostruzione in esame è stata confermata in diverse sentenze tra cui Cass. Pen. Sez. VI n.35967/2006; Cass. Pen. Sez. II n.20827/2008; Cass. Pen. Sez. V 41193/2010. Le pronunce ora richiamate fanno tutte riferimento nelle loro motivazioni alle sentenze della Consulta sopra indicate, riportando anche



testualmente parti delle motivazioni addotte da quest'ultima.

Nello specifico, Sez. VI n. 35967/2006, cit. evidenzia che:

a) *“la prospettata equiparazione in via di interpretazione del convivente al coniuge ai fini della applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. [...] aprirebbe, infatti, inevitabilmente il problema della equiparazione anche in numerosi altri casi di previsioni legislative, talora anche in malam partem (ad es. artt. 570, 577, ultimo comma, 605 c.p.) che danno rilievo, ai più diversi fini e nei più diversi campi del diritto, alla esistenza di rapporti di comunanza di vita di tipo familiare”;*

b) *“in diversi settori dell'ordinamento risultano valutazioni differenziatrici della convivenza di fatto e del rapporto di coniugio” (in ambito penalistico: Cort. Cost. n.352/2000; Cass. Cost. ord. n.204/2003, 491/2000, 481/2000, 313/2000, 1122/1988, sent. n.461/2000, 166/1998 e 2/1998, 127/1997, 310/1989, 423/1988 3 45/1980).⁸*

La sola pronuncia contraria, a tale granitica ricostruzione, è quella contenuta in Cass. Pen. Sez. VI, 22398/2004 secondo cui *“anche la stabile convivenza more*

uxorio può dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante dell'art. 384 c.p.”. Sul punto risulta opportuno precisare che la decisione in esame analizza l'argomento senza però fornire dettagliate giustificazioni a riguardo, affrontando la questione in maniera del tutto incidentale: la Corte di cassazione, infatti, nella caso di specie, rigettava il ricorso avverso una sentenza di condanna sostenendo che quest'ultima avesse correttamente escluso, in fatto, la sussistenza di un rapporto di convivenza *more uxorio* intercorrente tra l'imputato del reato favoreggiamento e il soggetto 'avvantaggiato'.

3.2 L'evoluzione interpretativa della Corte di cassazione

La questione relativa all'equiparazione tra la nozione di convivente e quella di coniuge, si è posta in diverse sedi giurisprudenziali, anche prima che intervenisse in materia la **legge Cirinnà**, sia in ambito nazionale (Corte di Cassazione e Corte costituzionale) che comunitario.

Come già anticipato, la prima pronuncia della Corte di Cassazione che ha aperto una breccia a favore dell'accoglimento della tesi

⁸G. LUCCIOLI, *La famiglia di fatto dinanzi alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, in *Cass. pen.* 1987, p. 681.

estensiva è stata la sentenza n.n. 34147/2015, per questo motivo risulta opportuno esaminare brevemente il contenuto della stessa.

3.2.1 La sentenza n. 34147 del 2015 della Cassazione

Con la sentenza n.34147/2015, i **giudici della Corte di Cassazione**, seppur consapevoli del diverso orientamento esistente ed accolto nel panorama giurisprudenziale e dottrinale, **hanno aderito alla ricostruzione del tutto minoritaria al momento della pronuncia**, fornendo però una dettagliata disamina della questione, volta a corroborare la propria decisione.

Con la pronuncia in esame, infatti, i giudici della VI sezione non si sono solo limitati ad una analitica argomentazione delle diverse teorie elaborate a riguardo, ma ha hanno anche esteso la loro analisi all'intera in materia, inerente la famiglia di fatto all'interno del quadro normativo penale, soffermandosi in particolare, sull'analoga disciplina prevista dall'art. 649 c.p. relativa ai delitti contro il patrimonio.

Entrando nello specifico, la sentenza n.34147/2015, nel ripercorrere le decisioni

della Corte costituzionale e l'invito da questa, più volte, rivolto al legislatore, affinché intervenisse normativamente, al fine di adeguare la disciplina esistente, alle questioni relative alla famiglia di fatto, ha sottolineato *l'excursus* giurisprudenziale svoltosi in relazione all'interpretazione dell'art. 649 c.p., in particolare nella parte in cui, nel prevedere un'esimente a vantaggio del coniuge non legalmente separato e la procedibilità a querela nel caso di fatto in danno di coniuge legalmente separato, nulla abbia disposto riguardo al convivente *more uxorio*.

In questo modo veniva messo in luce come, sebbene Cass. Pen. Sez. V n.34339/2005 avesse escluso drasticamente l'estendibilità dell'istituto previsto dall'art. 649 c.p. alle unioni di fatto, Cort. Cost. 423/1988, avesse invece dichiarato, da un lato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale, ma dall'altro, attribuito specifico rilievo a tale circostanza con riferimento all'avvenuta cessazione della convivenza di fatto.

La pronuncia in esame, mettendo da parte l'analisi interpretativa dell'art.649 c.p., si è soffermata quindi sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale volta

all'equiparazione giuridica tra famiglia legale e famiglia di fatto, riportando, nello specifico, le ricostruzioni originariamente emerse in dottrina e successivamente consolidate nella giurisprudenza, circa la configurabilità dell'ipotesi di reato prevista dall'art.572 c.p. concernente i i maltrattamenti in famiglia, anche alle ipotesi di famiglia di fatto (Cass. Pen. Sez. VI n.20647/2008), sulla necessaria valutazione dei redditi del convivente di fatto per l'ammissione al gratuito patrocinio (Cass. Pen. Sez. IV n.109/2006) e sulla rilevanza dell'esistenza di un'unione di fatto al fine della ammissione della sussistenza dell'attenuante della provocazione (Cass. Pen. Sez. VI n.12477/1985).

Ciò premesso, la decisione, dopo aver dato conto dell'elaborazione di altra consolidata ricostruzione interpretativa, volta ad escludere l'estendibilità della circostanza aggravante contenuta nell'art.577, co.2, c.p. al soggetto convivente (omicidio in danno del coniuge), secondo quanto previsto nel nostro ordinamento dal divieto di analogia *in malam partem*, (Cass. Pen. Sez. V n.8121/2007), ha sottolineato l'incongruenza applicativa derivante dall'applicazione di differenti principi interpretativi all'interno dello stesso

processo, potendosi simultaneamente negare all'imputato l'accesso al gratuito patrocinio tenendo conto del reddito del convivente di fatto e allo stesso tempo escludere l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 384, co.1 c.p. non potendosi attribuire rilevanza allo stesso rapporto di convivenza.⁹

Evidenziate tali circostanze, la sentenza n.34147/2015, si sofferma poi sull'analisi della questione inerente l'interpretazione dell'art. 649 c.p., in particolare facendo riferimento alla sentenza della Sez. IV n.32190/2009, in cui per la prima volta veniva riconosciuta l'operatività dell'esimente dell'art.649 c.p., anche al convivente di fatto.

Nella decisione citata dopo essere stata sottolineata l'evoluzione storica relativa alla nozione di "famiglia" e dopo aver evidenziato che i giudici della Consulta, con sentenza n.352/2000, non avevano qualificato come irragionevole una ricostruzione dell'art. 649 c.p. differente da quella accolta fino a quel momento dalla Corte di Cassazione, venivano messi in evidenza gli svariati interventi normativi

⁹G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *parte speciale*, vol. IV, Padova, 2005, p.639.

intervenuti nel corso degli anni, la cui *ratio* può essere ravvisata nella volontà di equiparare il trattamento riservato originariamente alla sola famiglia legale anche alla famiglia di fatto, tra cui spiccano:

- 1) L. n. 66/1996 con cui è stata equiparata la posizione del convivente a quella del coniuge relativamente agli effetti degli art. 609-*quater* e *sexies*;
- 2) L. n. 269/1998, la quale, novellando l'art. 600-*sexies* c.p., ha previsto una specifica circostanza aggravante nel caso i cui i reati previsti dagli art. 600, 600-*bis,ter*, 601 e 602 c.p., vengano commessi dal convivente del coniuge;
- 3) L. 154/2001, che ha esteso l'applicabilità anche dal convivente della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare;
- 4) D.L 11/2009, con cui è stato equiparato, per la configurazione della circostanza aggravante di cui all'art. 612-*bis* c.p., il coniuge legalmente separato o divorziato a *persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa*.

A questo punto veniva poi evidenziato come la stessa pronuncia della Corte di Cassazione avesse sottolineato che, se la piena equiparazione della famiglia di fatto alla famiglia di diritto risulta insoddisfacente, in quanto in molti casi

determinerebbe un'applicazione analogica in *malam partem*, ma che allo stesso modo risultava opportuno attribuire rilevanza ai mutamenti sociali occorsi nel corso degli anni, anche in virtù dell'evoluzione normativa, per evitare incongruenze e contraddizioni, dovendosi ammettersi il riconoscimento della causa di non punibilità contenuta nell'art.649 c.p. anche *ai soggetti che siano, o siano stati, legati da identico vincolo non fondato sul matrimonio*.

Esaurita, quindi, l'analisi inerente dell'istituto "speculare", la sentenza del 2015 evidenziava poi la necessità di una totale equiparazione tra famiglia legale e famiglia di fatto, dovuta inoltre, alla necessità di conformarsi all'art.8 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, la quale con le sentenze "*Marckec c. Belgio del 1979*" ed "*Emonet ed altri c. Svizzera*" del 2007, aveva affermato chiaramente che "*la nozione di famiglia accolta dall'art. 8 CEDU non si basa necessariamente sul vincolo del matrimonio, ma anche su ulteriori legami di fatto particolarmente stretti e fondati su una stabile convivenza*".

La pronuncia evidenziava poi come "*il contrasto tra la rilevanza, agli effetti penali, della famiglia di fatto nell'ordinamento interno e l'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo [...] appare di solare evidenza, che le*



fonti internazionali aventi efficacia in bonam partem sono immediatamente cogenti per l'interprete, e che "l'evidenziato contrasto [può] essere senz'altro risolto in via interpretativa, poiché il necessario adeguamento interpretativo della normativa interna a quella sovranazionale (nel senso della completa equiparazione in bonam partem, ad ogni effetto penale, della famiglia pleno iure a quella di fatto) non risulta contrario ai principi costituzionali fondamentali interni, e, d'altro canto, proprio il contrasto insorto nell'ambito della giurisprudenza di legittimità sul tema, impedisce di ravvisare l'esistenza di un diritto vivente assolutamente contrario."

Da questo percorso argomentativo i giudici della sesta sezione traevano quindi le basi per l'enunciazione del principio di diritto secondo cui "la causa di non punibilità prevista dall'art.384 co.1 c.p., in favore del coniuge opera anche in favore del convivente more uxorio".

3.2.2. La recente sentenza della Corte di Cassazione sez. VI n.11476 del 2018.

L'interpretazione contenuta nella sentenza n.34147/2015, non è rimasta un'ipotesi isolata, ma ha trovato seguito in diverse pronunce della Corte di

Cassazione, come ci conferma la recente decisione della sezione VI n.11476/2018, in cui viene affermato il principio di diritto secondo cui "al fine di delimitare i limiti di applicabilità dell'istituto di cui all'art.384 c.p. deve accogliersi un'interpretazione estensiva della nozione di matrimonio che ricomprenda anche i rapporti di fatto, privi di formalizzazione legale, ai quali, sia la giurisprudenza nazionale che internazionale, attribuiscono incondizionata tutela."

Per giungere alla soluzione appena accennata, i giudici nomofilattici, hanno ripercorso le diverse posizioni espresse nella sentenza poc'anzi esaminata, Cort. Cass. n. 34147, tenendo conto del raffronto con l'esimente di cui all'art.649 c.p., evidenziando come altra giurisprudenza di legittimità in maniera pressoché analoga, abbia riconosciuto l'operatività della causa di esclusione della punibilità, prevista in materia di reati contro il patrimonio, per il coniuge non legalmente separato e la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, anche in favore del convivente *more uxorio* (Cass. Pen. Sez. IV n. 22398/2004; Cass. Pen. Sez. IV n.32190/2009; Cass. Pen. Sez. n. 39480/2015).

4 I recenti interventi normativi in

materia.

Prima di proseguire nella nostra trattazione risulta ora opportuno soffermarci sulla normativa introdotta nell'nostro ordinamento, mediante la quale **è stata attribuita rilevanza giuridica alle convivenze di fatto**, al fine di poter stabilire se, nei casi in cui non sia espressamente previsto dalla legge, si possano comunque estendere gli effetti in *bonam partem* ai rapporti di fatto.¹⁰

Per raggiungere questo obiettivo, occorre dapprima esaminare il caso del delitto di maltrattamenti, disciplinato dall'art.572 c.p., così come risultante a seguito del recente intervento normativo apportato dall'art.4, della l. 172/2012, con cui è stato mutato il titolo del reato che da “*Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*”, si è trasformato in “*Maltrattamenti contro familiari e conviventi*”, punendo ora, “*chiunque [...] maltratta una persona della famiglia o comunque convivente*”.

La riscrittura normativa di tale norma si presenta come il risultato, dell'adeguamento della disciplina penale alla diversa realtà sociale in cui non rilevano più in maniera

esclusiva i vincoli formali, ma acquistano rilevanza anche i rapporti di fatto, stabili e duraturi.

Tuttavia, il problema rappresentato permane, in quanto da una parte emergono i limiti derivanti dal divieto di analogia sussistente in ambito penale, e dall'altro, l'eccezionalità delle disposizioni che determinano effetti favorevoli per i destinatari.

A questo punto possiamo passare ora ad esaminare il contenuto della l. 76/2017 (legge Cirinnà) con cui, sono state introdotte nel nostro ordinamento le “Unioni Civili” tra persone dello stesso sesso, ed è stata prevista una normativa specifica per le convivenze di fatto.

Il fondamento della legge va ravvisato nella volontà di parificare gli effetti delle Unioni Civili al matrimonio, nei rapporti con la pubblica amministrazione ed in senso più ampio con i terzi.

Con riferimento alle convivenze *more uxorio*, la legge, all'art. 1, comma 36, specifica invece che le stesse si distinguono da quelle di mero fatto per la richiesta formalizzazione fornita mediante dichiarazione anagrafica di cui agli art. 4 e 13, co.1 lett. b) del d.P.R. 223/1989.

¹⁰A. MANNA, L'art. 384 c.p.e la «famiglia di fatto»: ancora un ingiustificato «diniego di giustizia» da parte della Corte costituzionale, in *Cass. pen.* 1996, p. 1375.

Viene quindi esteso il novero di diritti e facoltà riconosciuti ai conviventi, essendo questi ultimi considerati come *“due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”*.

Enunciati sinteticamente i diritti e le facoltà di natura civilistica, riconosciuti ai soggetti unionisti, occorre evidenziare come non risulti invece risolta la problematica inerente gli effetti penali derivanti dalla legge Cirinnà.

L'intervento normativo in esame ha infatti determinato, la necessità di apportare un adeguamento, formale e sostanziale al sistema penale, come accaduto ad esempio, per il concetto di *prossimo congiunto*, contenuto nell'art. 307, co.4 c.p, in cui è stata inclusa anche la figura della *“parte di un'unione civile”* (modifica operata dall'art. 1, lett. a), l. 6/2017, *«Agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi*

congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole»).

La nozione appena esposta, si ripercuote quindi su tutte le situazioni nelle quali il rapporto personale concerne effetti *in bonam partem*. Riguardando in sostanza: le circostanze attenuanti per la procurata evasione (art.386, co.4 c.p.); la procurata inosservanza di pene o misura di sicurezza (art.390, co.2 e 391, co.1 c.p.); la scusante per la falsa testimonianza commessa nei confronti di un prossimo congiunto (art.384 c.p.).¹¹

Parte della dottrina ha però evidenziato come, con riferimento agli effetti della riforma, relativamente alla materia penale, il legislatore abbia volutamente escluso le coppie di fatto, se non in ipotesi determinate in cui ha specificamente statuito. È il caso della già citato reato di maltrattamenti, o di quanto previsto dell'art. 1, comma 38, legge Cirinnà, che ha previsto gli stessi diritti del coniuge anche al convivente nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario (trattasi tuttavia, di un riconoscimento non innovativo, dal momento che le due figure

¹¹M. ZANOTTI, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, in *Giur. cost.* 1996.



sul punto risultavano essere già parificate). Da quanto detto, emerge quindi come, la legge Cirinnà non abbia provveduto ad un concreto ed effettivo coordinamento normativo tra le disposizioni previste per le convivenze di fatto e la materia penale, ed anzi proprio per questo motivo, la codificazione della nuova figura delle unioni civili, ha messo in risalto, la differenza tra la normativa prevista per quest'ultime e quella prevista per le convivenze di fatto, estendendo solo alle prime una serie di benefici analoghi a quelli previsti per il matrimonio.

A questo punto, per completezza espositiva, occorre evidenziare come in ambito penale sia stato sottolineato che il concetto di convivenza di fatto debba essere sicuramente inteso nel senso più ampio del termine, ovvero quale convivenza *more uxorio*, intesa come una situazione di fatto analoga a quella consacrata nel vincolo del matrimonio, una situazione quindi “*caratterizzata da comunione materiale e spirituale paragonabile a quella prevista per il rapporto coniugale, con esclusione dell'unione civile*”. D'altro canto, trattare in maniera differente l'unione civile dalla convivenza

determinerebbe una inammissibile disparità di trattamento di situazioni che, in concreto, sebbene formalmente diverse, risultano sostanzialmente analoghe.

Per questi motivi, con riguardo alle convivenze di fatto è possibile affermare che sia la giurisprudenza che la dottrina sottolineino una tendenza logico-giuridica volta a parificare questo tipo di rapporti a quelli già formalmente riconosciuti dall'ordinamento anche sotto il profilo penalistico, anche in virtù di quanto previsto a livello europeo, con riferimento, all'art. 8 della CEDU, secondo la ricostruzione estensiva fornitaci dalla Corte di Strasburgo, volta ad una piena parificazione dei due istituti.

5 La sesta sezione della Corte di Cassazione con la sentenza n. 1825/2 rimette la questione alle Sezioni Unite, che con l'informativa provvisoria del 26 novembre 2020 adottano soluzione affermativa.

Il quadro normativo fin ora esaminato, unito alle diverse interpretazioni elaborate dalla dottrina e accolte dalla giurisprudenza,

hanno indotto la sesta sezione della Corte di Cassazione con la sentenza n. 1825/2020, a ritenere la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale, in virtù del quale fosse necessario rimettere la questione Sezioni unite, ponendo la seguente questione "se l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, c.p. sia applicabile anche al convivente *more uxorio*".

Al momento dell'invio in stampa del presente manuale, è possibile fare menzione della sola informativa provvisoria adottata dalle S.U. all'udienza del 26 novembre 2020 ed avente contenuto affermativo, dovendosi attendere la futura pubblicazione delle motivazioni per poter meglio esaminare i principi giuridici sottesi alla decisione in esame.

6 Conclusioni.

Fin dalla sentenza n. 34147 del 2015, i giudici della Corte di Cassazione hanno effettuato un, intervento interpretativo di notevole rilevanza, al fine di cercare di garantire una coerenza sistematica, volta al coordinamento della materia penale con il sempre più mutevole concetto di famiglia

accolto nel nostro ordinamento.¹²

Nonostante questo, sembrano permanere due rilevanti ostacoli all'estendibilità dell'esimente contenuta nell'art.384 co. 1 c.p. alle ipotesi di favoreggiamento commesso in favore del convivente *di fatto* attraverso il meccanismo interpretativo: in primo luogo, l'individuazione di una identità di situazioni che imponga una parità di trattamento giuridico, sebbene limitata alle specifiche ipotesi in esame, tra coniuge e convivente *di fatto*; in secondo luogo, il riconoscimento della possibilità di addivenire ad un'interpretazione analogica senza una preventiva dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Per quanto concerne il primo punto, la difficoltà ad individuare una totale sovrapponibilità di situazioni tra famiglia di fatto e famiglia di diritto sono dovute, in linea di massima, ai necessari formalismi previsti all'atto costitutivo per la famiglia legale, e non anche per quella di fatto. Non deve poi sottovalutarsi, come l'ammissione di una generale equiparazione di trattamento in via interpretativa – possibile solo *in bonam partem* – determinerebbe una disparità di trattamento *in malam partem* per

¹²D. ZOTTA, *Casi di non punibilità*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. COPPI, Torino, 1996.

la famiglia di diritto: facendo riferimento agli esempi fornitici da Cass. Pen. Sez. VI n.35967/2006, il reato di “violazione degli obblighi di assistenza” previsto dall’art. 570 c.p. risulterebbe integrabile solo dal coniuge, ma non al convivente di fatto, come anche le circostanze aggravanti ad effetto speciale previste in materia di omicidio dall’art.577, co.2 c.p. e di sequestro di persona, dall’art.605, co.2 c.p. risulterebbero attribuibili al coniuge, ma non al convivente di fatto. Per questi motivi, allora, sarebbe più corretta una soluzione che parta dall’esame inerente la sussistenza di identità di situazioni tra coniuge e convivente *more uxorio* con particolare riguardo alla *ratio* sottesa esimente contenuta nell’art.384, co.1 c.p.

Diversamente con riferimento al secondo punto, deve poi rilevarsi che, una volta superata la necessaria premessa inerente la riconosciuta identità di situazione tra coniuge e convivente *more uxorio*, sarebbe opportuno esaminare se risulti praticabile un’interpretazione analogica di una norma che prevede una causa (speciale) di non punibilità, come quella in esame, o se, diversamente, data la generalmente riconosciuta natura eccezionale di tale tipo di previsioni (come ad esempio, dalla Corte

di Cassazione Sez. II sent. n.15834/2015, in rapporto all’ipotesi prevista dall’art. 649 c.p), sia comunque necessaria una pronuncia additiva da parte dei giudici della Consulta.

Approfondimenti e letture

- **Cassazione penale**, sez. VI, 19 dicembre 2019, n.1825.
- **Cassazione penale** sez. VI, 19/09/2018, n.11476
- **Cassazione penale** sez. III, 12/01/2018, n.6218
- Corte Costituzionale, 08/05/2009, n.140
- **G. Perdonò**, *Casi di non punibilità*, in V. Maiello, a cura di, *Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da S. Moccia, Napoli, 2015, p. 919 ss.;
- **F. Antolisei**, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2003, p. 568 ss.
- **G. Fornasari**, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 353 e ss.;
- **G. Azzali**, *Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, Padova, 1991, p. 399; F. Coppi, *Ritrattazione*, in Coppi (a cura di), *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, p. 539; Cfr. M. Zanotti, “*Nemo tenetur se detegere*”: *profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 184 ss.
- **A. Spena**, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 1° comma c.p.)*, cit., p. 145 ss.

AMMINISTRATIVO

Le deroghe al principio di immodificabilità soggettiva alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 9/202.

Accesso consentito, ma vigilato alla pubblica gara per il Raggruppamento Temporaneo di Imprese in caso di sostituzione meramente interna

di Mariantonietta Milano

Introduzione alla sentenza in commento: una importante chiave di lettura

Con l'autorevole pronuncia in commento l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata ai sensi dell'art. 99, comma 1 C.p.a. a decidere sull'automaticità o meno dell'esclusione dalla gara pubblica di un R.T.I. nell'eventualità di modificazione dell'assetto interno del gruppo a seguito di sottoposizione del mandante (o del mandatario) a procedura concorsuale, si esprime sul principio di immodificabilità soggettiva che regola le procedure ad evidenza pubblica, sugli stretti margini di derogabilità dello stesso e sulla sua incidenza rispetto ai Raggruppamenti Temporanei di Imprese, precisando che alla

luce della normativa del d. lgs. 50/2016 le uniche modificazioni soggettive di un R.T.I. ammissibili sono quelle per sottrazione o riduzione, ovvero quelle a rilevanza meramente interna.

E cioè: resta in ogni caso precluso l'accesso alla gara di imprenditore estraneo al gruppo proprio perché ciò è incompatibile con il rispetto del richiamato principio, il quale regola la materia tanto a garanzia degli operatori economici che partecipano alla gara – singolarmente intesi o intesi come platea di concorrenti – quanto della stazione appaltante, a cui la legge assicura non soltanto la selezione della migliore offerta ma anche del contraente più affidabile (attraverso norme di ordine pubblico).

È in questa duplice ottica, infatti, che va interpretata la *littera legis* – non sempre chiara - del Codice dei Contratti Pubblici, la quale mira a realizzare l'obiettivo della funzionalità della gara che è sia quello, nell'ottica dei concorrenti, di aggiudicarsi le commesse pubbliche, sia quello, nell'ottica dell'interesse pubblico di cui è portatrice la stazione appaltante, dell'effettiva realizzazione dell'opera, che può concretizzarsi allorché la procedura



consenta di selezionare un operatore economico i cui requisiti di capacità generale e speciale assicurino affidabilità nell'intero iter che va dalla selezione del contraente all'esecuzione del contratto.

La valutazione della migliore offerta, infatti, è inscindibile dalla valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico, ed è per questo che la procedura ad evidenza pubblica trova nel principio, piuttosto rigido, di immodificabilità soggettiva uno suo cardine a tutela delle esigenze di certezza giuridica e di stabilità del rapporto. Così interpretato, il principio in esame ammette poche e assai limitate deroghe, precluse in ogni caso in cui si paventi il rischio di modificazioni soggettive che eludano i controlli sulla capacità soggettiva degli operatori economici e di ingresso nella procedura di soggetti che non potevano concorrere o che erano stati esclusi per carenza del possesso dei citati requisiti soggettivi.

Tali finalità elusive, *contra legem*, vengono ancora una volta stigmatizzate dal massimo organo di giustizia amministrativa, che ribadisce l'importanza dell'ossequio degli obblighi sui requisiti soggettivi di partecipazione dei concorrenti di una pubblica gara, attesa la loro natura

sostanziale e non meramente formale. Lo stigma alle modificazioni soggettive volte a perseguire l'illegittimo fine di eludere i controlli sul possesso per tutto l'iter di aggiudicazione ed esecuzione del contratto dei requisiti di capacità generali è, però, una costante nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. di St., Ad. Pl., sent. n. 8/2012).

La partecipazione alla gara pubblica dell'imprenditore sottoposto a procedura concorsuale: il peculiare caso del concordato in bianco o con riserva

Sino a qui per ciò che attiene la chiave di lettura per la comprensione della decisione in commento. Tuttavia, il ragionamento della Corte è molto più articolato e parte dall'incidenza della sottoposizione di un operatore economico a procedura concorsuale (ed in particolare alla procedura del concordato in bianco o con riserva) sulla sua partecipazione alla procedura di selezione del contraente: se ne determini l'automatica esclusione o meno, se l'eventuale controllo da parte del Giudice fallimentare dell'imprenditore ammesso a concordato in bianco o con riserva costituisca atto di ordinaria o straordinaria

amministrazione, se eventualmente ciò possa verificarsi con riferimento ad uno dei componenti di un R.T.I. e quali le eventuali conseguenze, se la stazione appaltante debba essere messa a conoscenza di eventuali modificazioni soggettive del gruppo e quanto tempestivamente.

Per rispondere a questa molteplicità di quesiti è necessario prendere le mosse, esattamente come fa l'Adunanza Plenaria, dall'evoluzione normativa in materia di contratti pubblici nonché dalle interazioni con la legge fallimentare e le procedure concorsuali, anche alla luce del nuovo Codice della crisi di impresa (non ancora in vigore), evidenziando come il concordato in bianco o con riserva è istituito che si caratterizza, anche nell'ambito delle procedure concorsuali, per consentire, dietro controllo del Giudice fallimentare, la prosecuzione dell'attività aziendale, allo scopo di evitare la definitiva insolvenza dell'imprenditore e consentirgli invece un progressivo risanamento della propria attività.

La dottrina qualifica l'istituto in senso protettivo e recuperatorio ed in questo senso esso è una peculiarità nell'ambito delle procedure concorsuali. Infatti, tradizionalmente l'art. 161, comma 6 della

legge fallimentare prevede l'automatica esclusione dal mercato dei contratti pubblici degli imprenditori insolventi sottoposti ad alcuna delle procedure concorsuali: fa eccezione solo il concordato in bianco o con riserva, in quanto consente l'emersione preventiva della crisi allo scopo di trovare maggiore spazio per l'elaborazione di una via d'uscita dalla stessa e consentire il ritorno in bonis dell'imprenditore.

Ora, se ciò non causa problemi nell'ambito della attività imprenditoriale meramente privatistica, dubbi possono sorgere con riferimento a quell'operatore economico la cui attività è indirizzata all'aggiudicazione di commesse pubbliche. In tale caso la procedura concorsuale in esame non potrebbe perseguire la sua finalità di recupero del valore dell'impresa e di continuità dell'attività aziendale se, per il solo fatto di aver presentato richiesta di concordato in bianco o con riserva, non appena la stazione appaltante lo venisse a sapere, si determinasse automaticamente l'esclusione dalla procedura di evidenza pubblica. Il paradosso evidente che si verrebbe a creare è che il mero ricorso a tale istituto, indirizzato al mantenimento in vita della realtà aziendale che ha la capacità di superare la fase di crisi e preservare il suo

valore, determinerebbe al contrario l'automatico blocco dell'attività imprenditoriale, che perderebbe ipso iure la possibilità di partecipare alla pubblica gara (come anche il legislatore specifica in sede di relazione illustrativa al Codice della crisi di impresa, commentando l'art. 372).

Così, la tradizionale antinomia tra norme in materia di procedure concorsuali e normativa in materia di contrattualistica pubblica può superarsi proprio in detto caso, in cui l'imprenditore concorrente che ha depositato domanda di concordato con riserva può applicare l'art. 186 bis della legge fallimentare, che consente la partecipazione alla gara dell'imprenditore stesso, con necessario avvalimento dei requisiti di altro soggetto.

Coordinando le finalità di prosecuzione dell'attività imprenditoriale con quelle tipiche dell'evidenza pubblica di realizzazione dei contratti di pubblico interesse, invece, si può ragionevolmente affermare (e tale interpretazione è conforme tanto ai principi di diritto interno quanto a quelli di derivazione eurounitaria) che l'esclusione dell'operatore economico sia solo eventuale, in ragione di una valutazione da farsi sulla persistenza o meno delle sue capacità personali generali, che dipende

anche dal tempestivo sopraggiungere della decisione del giudice fallimentare sull'ammissione alla procedura, dalla sottoposizione al relativo controllo, nonché dalla tempestiva comunicazione che l'imprenditore concorrente fa alla stazione appaltante della sua mutata capacità e delle sue iniziative a tutela della continuità aziendale.

In questo modo si salvaguardano, in modo bilanciato, tanto gli interessi del singolo operatore economico alla prosecuzione dell'attività ai fini dell'aggiudicazione della gara, quanto quelli degli altri imprenditori concorrenti a concorrere sin modo paritario solo con altri competitors muniti nel corso di tutto l'iter dell'evidenza pubblica dei requisiti richiesti, quanto quegli della stazione appaltante a proseguire le trattative contrattuali con un interlocutore affidabile, effettivamente in grado di sostenere l'esecuzione del contratto da aggiudicarsi.

Tempestività delle comunicazioni e vigilanza del Giudice fallimentare

Per tali ragioni, compenetrandosi i principi di pari concorrenzialità e trasparenza con il principio di immodificabilità soggettiva e di personalità del contratto, pur in assenza di



un espresso termine nel *corpus* normativo entro cui tempestivamente effettuare comunicazione alla stazione appaltante si ritiene ragionevole che tale comunicazione sia tempestiva se sopraggiunta prima dell'aggiudicazione del contratto, in conformità con quanto ricavabile dalla generale applicazione del principio di buona fede nelle trattative contrattuali, che pure informa la materia in esame (appunto perché, dal punto di vista della vicenda contrattuale, lo svolgimento della procedura di selezione del contraente altro non è che l'omologa fase, di natura pubblicistica, della fase precontrattuale di trattativa).

Si deduce inoltre che, se è vero che l'operatore economico possa proseguire la sua attività solo a seguito di intervento del Giudice fallimentare conseguentemente allora la partecipazione a pubblica gara debba ritenersi per l'imprenditore concorrente atto di straordinaria amministrazione: e tuttavia, precisa la Corte, non lo è in quanto tale, poiché per un'impresa sana è attività di tipo ordinario, che non necessita di particolari autorizzazioni, mentre così non è per l'imprenditore in crisi, che ha fatto richiesta con effetto prenotativo di partecipazione ad una procedura di carattere concorsuale e

che, in detto caso, essendo qui necessario l'intervento del Giudice fallimentare, la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica si deve qualificare come atto di straordinaria amministrazione, attesi i potenziali rischi che incombono sull'operatore economico e sulla stazione appaltante, con il pericolo di pregiudizio per la realizzazione dell'interesse pubblico.

È in questi termini che si giustifica l'accesso alla gara - però vigilato - dell'operatore economico che sta subendo talune non trascurabili modificazioni di capacità soggettiva in quanto deroga di carattere eccezionale al principio di immodificabilità soggettiva (la natura derogatoria ed eccezionale di tale possibilità è confermata, in tutta evidenza, dal fatto che altre vicende modificative comportano per espressa previsione di legge l'automatica ed insindacabile esclusione dalla gara, precludendo ad esempio la sottoposizione ad ogni altra procedura concorsuale incompatibile con la prosecuzione dell'attività aziendale la partecipazione alla stessa gara, anche in via vigilata).

L'offerta migliore è quella dell'operatore economico più affidabile

Il sistema, sia delle procedure concorsuali che della contrattualistica pubblica, non può sopportare infatti la consapevole contrattazione da parte della P.A. con un imprenditore concorrente non più qualificato a fronte della possibilità di scelta di un contraente più affidabile: ed, anzi, il sistema impone a questo punto la selezione di altro più qualificato concorrente, poiché l'offerta migliore non è solo quella che appare tale in astratto, in ragione delle modalità in cui è presentata, ma anche quella che riesce ad essere tale in concreto, ed è tale solo quella che può essere affidata ad un contraente affidabile, effettivamente in grado di ossequiare gli impegni contrattualmente assunti o da assumersi.

Solo a questo punto la Corte affronta specificamente la questione dell'ammissibilità della citata deroga al principio di immodificabilità soggettiva nell'ambito dei Raggruppamenti Temporanei di Imprese, circoscrivendo in modo ancora più circostanziato lo spazio delle modificazioni soggettive.

Eccezionalità del principio di sostituibilità procedimentalizzata rispetto alla regola dell'immodificabilità soggettiva nel Raggruppamento Temporaneo di Imprese. Il mero riassetto interno del

gruppo

Ed, invero, ammette alla luce di un *principio di sostituibilità procedimentalizzata* il mutamento della composizione degli imprenditori del Raggruppamento Temporaneo di Imprese (ex art. 48, comma 17 e ss. d.lgs. 50/2016), purché si tratti dei soli casi di modifica meramente interna, ovvero di modifica cd. per sottrazione o riduzione, in cui non trova ingresso nell'R.T.I. alcun nuovo e diverso soggetto rispetto a quelli che *ab origine* ne facevano parte. La sostituzione in deroga, ossequiosa del principio di immodificabilità soggettiva, è solo quella che effettua una mera riorganizzazione dell'assetto interno del gruppo che, mettendo insieme le proprie forze, partecipa alla pubblica gara e cerca di aggiudicarsi il contratto come fosse un unico operatore economico, pur mantenendo all'interno le peculiarità dei singoli componenti il raggruppamento. Ragion per cui il possesso dei requisiti di capacità deve essere soddisfatto da tutto l'R.T.I. in quanto tale e per tutto l'iter.

Anche in questo caso il sistema intende tutelare la stazione appaltante e l'interesse pubblico per la selezione della migliore offerta e del contraente più affidabile, e tale

può essere il solo R.T.I. che non utilizzi gli stretti margini di sostituibilità di un componente per aggirare la normativa in tema di possesso di requisiti e di controlli soggettivi. In parole semplici, può essere sostituito il solo componente del gruppo che attraverso contingenze imprevedibili sia in sede esecutiva che in fase di selezione – e tali possono essere quelle per cui esso presenti domanda di concordato in bianco o con riserva per cui la decisione del Giudice fallimentare sopraggiunga tardivamente – purché le risorse per la sostituzione siano reperibili nel novero di imprenditori già sottoposti a controllo sul possesso dei requisiti di capacità generale in quanto soggetto già interno all' R.T.I.

Concludendo

In conclusione, può affermarsi con giuridica certezza che un'interpretazione coerente e coordinata dal d. lgs. 50/2016 con la legge

fallimentare ed i relativi istituti è in grado di confermare in modo netto l'eccezionalità della sostituibilità dei soggetti che partecipano ad una pubblica gara per l'aggiudicazione di un contratto con una P.A., confermando l'essenzialità del principio di immodificabilità soggettiva nel sistema della contrattualistica pubblica, come garanzia sia della stazione appaltante che degli imprenditori concorrenti stessi. E ciò tanto per il singolo imprenditore concorrente quanto per gli R.T.I., essendo dotato il sistema di rigide preclusioni volte a prevenire il rischio di ingresso nella procedura ad evidenza pubblica di operatori economici non qualificati e sprovvisti dei necessari requisiti, i quali potrebbero con tutta probabilità rivelarsi contraenti inaffidabili, con conseguente danno al perseguimento del pubblico interesse che la stazione appaltante intende invece realizzare con il contratto pubblico.



Schede di Giurisprudenza

CIVILE

Sulla validità della clausola claims made che impone carico dell'assicurato un termine decadenziale per la denuncia del sinistro

Cassazione civile sez. III - sentenza 13.5.2020 n. 8894

di Carlotta Marciano

È valida la clausola di tipo claims made - inserita in un contratto di assicurazione per la responsabilità civile - che impone all'assicurato di denunciare il sinistro entro un termine decadenziale?

Fatto

Il caso sottoposto al vaglio dei Giudici di legittimità trae origine dalla pretesa risarcitoria avanzata nei confronti della struttura sanitaria dai genitori di un minore, a seguito dei danni da quest'ultimo subiti in occasione di un ricovero.

L'ente ospedaliero, costituitosi, chiedeva di essere manlevato da tutti i pregiudizi patrimoniali, derivanti dall'accoglimento della domanda di risarcimento, da parte

della propria compagnia assicurativa; quest'ultima, tuttavia, eccepiva la inoperatività della polizza, dal momento che la denuncia del sinistro, operata dall'ente assicurato, era avvenuta oltre il termine di dodici mesi dalla cessazione del contratto di assicurazione, fissato a pena di inefficacia della copertura in apposita clausola di tipo *claims made*. L'eccezione così sollevata dall'assicuratore veniva accolta sia in primo che in secondo grado, con conseguente rigetto della domanda di manleva; il giudice di seconde cure, inoltre, precisava che la clausola in questione non solo non poteva dirsi vessatoria, ma, poiché atta a perseguire un interesse giuridicamente rilevante, rendeva il contratto meritevole di tutela.

L'ospedale soccombente ricorreva in Cassazione, adducendo tre motivi. Con il primo denunciava, in sostanza, la non corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, laddove i Giudici di merito, chiamati a decidere sulla meritevolezza della clausola in parola, affrontavano la differente questione della sua (non) vessatorietà; con il secondo, in via gradata, qualora si fosse ritenuta vagliata la questione sulla meritevolezza, se ne segnalava la mancanza di motivazione.

Con il terzo ed ultimo motivo si segnalava



la violazione degli artt. 1322 e 1362 c.c., non essendo stata riconosciuta l'assenza di meritevolezza della impugnata clausola contrattuale.

Considerati infondati tanto il primo, quanto il secondo motivo, i Giudici della nomofilachia prendevano atto della necessità di risolvere il dubbio sulla meritevolezza della clausola *claims made* che vincoli l'efficacia della polizza alla denuncia del sinistro effettuata dall'assicurato entro un certo arco temporale dalla cessazione del contratto: è evidente, infatti, il problema di fondo, dal momento che sua diretta implicazione è che anche la richiesta di risarcimento, evento di per sé incerto ed estraneo al perimetro di controllo delle parti, venga effettuata nel lasso di tempo imposto.

Norma

Art. 1322 c.c.

Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.

Le parti possono concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Art. 1341 c.c.

Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciuto avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni, alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

Art. 1882 c.c.

L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana.

Art. 1917 c.c.

Nella assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del

fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi. [...]

Art. 2965 c.c.

È nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto.

Inquadramento

Al fine di meglio comprendere la questione sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione, appare opportuno, in via preliminare, effettuare un breve quadro riepilogativo circa il contratto di assicurazione, segnalando le possibili declinazioni che il relativo schema negoziale può assumere.

Le due macro-aree all'interno delle quali è possibile ricondurre il contratto di assicurazione sono quelle delineate dagli artt. 1882 e 1917 c.c., rispettivamente disciplinanti l'assicurazione contro i danni e quella della responsabilità civile.

Nel primo caso, l'oggetto del contratto, il rischio del sinistro, materialmente coincide con il danno patito dall'assicurato che, una

volta denunciato alla compagnia assicurativa, fa sorgere il diritto alla liquidazione dell'indennizzo in proprio favore o in favore di terzi; nel caso di assicurazione per la responsabilità civile, invece, il sinistro – ricompreso sempre nell'area di rilevanza oggettiva del contratto – coincide con il pregiudizio economico dal quale l'assicurato chiede di essere manlevato, derivante dal danno prodotto a terzi che, a loro volta, abbiano formulato domanda di risarcimento danni. In tale seconda ipotesi, è evidente la natura multifocale dell'oggetto contrattuale, dal momento che il concreto verificarsi del rischio, conseguente alla domanda di manleva, dipende da un elemento esterno – ma non estraneo - allo schema negoziale, ossia quello della richiesta di risarcimento formulata dal terzo danneggiato al danneggiante assicurato.

Circa il diritto dell'assicurato a percepire l'indennizzo, l'archetipo del modello assicurativo è quello della cd. *lossoccurrence*, in virtù del quale il suddetto diritto alla liquidazione dell'indennizzo sorge per i soli sinistri verificatisi e denunciati nel periodo di efficacia del contratto.

Con la nota pronuncia a Sezioni Unite n. 9140 del 2016, poi, la Corte di Cassazione ha definitivamente statuito circa l'ammissibilità



di un modello di liquidazione alternativo, assai diffuso nella prassi delle assicurazioni per la responsabilità civile, quello delle clausole *on claims made basis* (letteralmente “a richiesta fatta”), che àncora la copertura dell’assicurato non al momento di verificaione del sinistro, ma, di fatto, a quello della sua denuncia da parte del terzo danneggiato: alla luce di ciò, le parti legittimamente potranno estendere la copertura anche ai danni provocati a terzi prima della stipula del contratto e relativamente ai quali sia stata solo successivamente formulata domanda risarcitoria.

Premesso ciò, la sentenza in esame si è occupata di vagliare la meritevolezza di una clausola *claims made* di tipo “misto” o “impuro”, che preveda cioè, a pena di inoperatività della polizza, che la denuncia del sinistro ad opera dell’assicurato avvenga entro i dodici mesi successivi alla cessazione del contratto; tale preclusione temporale si scontra con la effettiva impossibilità per il danneggiante di conoscere quando – e se – gli verranno mai formulate richieste di risarcimento da parte di terzi, con il conseguente rischio ulteriore di addivenire alla stipula di polizze di fatto inidonee rispetto alle proprie esigenze di copertura.

La Cassazione, nell’accogliere tale motivo dedotto dal ricorrente, ripercorre, nella propria motivazione, quanto chiarito da una seconda pronuncia delle Sezioni Unite, la n. 22437 del 2018, chiamata a dirimere un ulteriore contrasto sorto successivamente alla sentenza del 2016.

In primo luogo, i Giudici di legittimità, nella loro massima composizione, nel 2018 chiariscono che l’inserimento nella polizza assicurativa di clausole del tipo *claims made* non trasforma il contratto da tipico ad atipico e, pertanto, non è richiesta la valutazione sulla meritevolezza causale di cui all’art. 1322 co. 2 c.c. Se è vero, infatti, che la tipicità del contratto di assicurazione attiene alla obbligazione, facente capo all’ente assicuratore, di tenere indenne l’assicurato dalle conseguenze patrimoniali pregiudizievoli di un evento incerto, l’apposizione di clausole del tipo delineato si limita ad ampliare il contenuto negoziale, adattandolo alle esigenze delle parti, senza stravolgerne l’elemento tipizzante. Pertanto, non dovendosi procedere al vaglio di meritevolezza, ex art. 1322 co. 2 c.c., proprio dei soli contratti atipici, del modello di assicurazione sulla responsabilità civile con clausole *on claims made basis* occorrerà verificare solo la conformità all’art. 1322 co.

1 c.c., laddove è sancito che l'autonomia negoziale delle parti è esercitabile entro i limiti imposti dalla legge.

Sulla scorta delle conclusioni della richiamata sentenza a Sezioni Unite del 2018, la pronuncia oggetto di odierna disamina sottolinea come la clausola che imponga a carico dell'assicurato una preclusione temporale del tipo anzi detto debba essere analizzata in un'ottica di legittimità, ex art. 1322 co. 1 c.c. Nello specifico, occorre segnalare che la decadenza posta a carico dell'assicurato, per cui questi è tenuto a denunciare il sinistro entro dodici mesi dalla cessazione del contratto, non tiene conto del fatto che la materiale possibilità di tale denuncia tempestiva deriva da un fattore che esula dal perimetro di controllo del danneggiante, ossia la richiesta di risarcimento danni formulatagli dal terzo. Tale clausola, quindi, contrasterebbe con disposizioni imperative di legge, sia in termini di vessatorietà, per cui l'art. 1341 c.c. dispone la sanzione della nullità, sia poiché contraria al disposto dell'art. 2965 c.c., che pure prevede una comminatoria di nullità dei patti che fissano scadenze che rendono eccessivamente difficile per una delle parti l'esercizio del diritto.

Invero, è innegabile che la clausola

contenente il termine decadenziale di cui si discute sia da ritenersi nulla, proprio perché rende l'esercizio del diritto dell'assicurato a riscuotere l'indennizzo eccessivamente oneroso; ciò in quanto la possibilità di una tempestiva denuncia del sinistro non può ritenersi slegata dall'evento, indipendente dalla volontà dell'assicurato e da questi non controllabile, della richiesta di risarcimento a lui avanzata dalla parte danneggiata. Quest'ultima, infatti, non solo è incerta nell'*an* del suo verificarsi, ma lo è ovviamente anche sotto il profilo della temporalità, potendo essere formulata anche molto dopo il termine di dodici mesi di cui alla clausola decadenziale in parola.

Soluzione

Concludendo, la Corte di Cassazione nega la validità della clausola di tipo *claims made* a carico all'assicurato, che imponga, a pena di inefficacia della copertura assicurativa, che la denuncia del sinistro vada effettuata entro dodici mesi dalla cessazione del contratto. Tale disposizione contrattuale, infatti, in spregio a quanto disposto dall'art. 1322 co. 1 c.c., è in contrasto con norma di legge – art. 2965 c.c. – che prevede la nullità di tutte quelle clausole che rendano difficile l'esercizio di un diritto, nel cui novero

vanno assolutamente ricomprese anche quelle che *“fanno dipendere quell’esercizio da una condotta del terzo autonoma e non calcolabile”* (che, nel caso di specie, coincide con la richiesta di risarcimento da parte del terzo), prescindendo dalla diligenza della parte.

PENALE

L'abrogatio sine abolizione del delitto di millantato credito: tra traffico di influenze illecite e truffa

Cass. Pen., sez. VI penale, sent. n. 1869/2021

di Federica Crescioli

Quali sono i rapporti di diritto intertemporale tra il delitto di millantato credito ex art. 346, secondo comma, c.p., quello di traffico di influenze illecite ex art. 346 bis c.p. e quello di truffa ex art. 640 c.p.?

Fatto

Nel giudizio di appello, in riforma della decisione del Tribunale di merito, l'imputato era stato riconosciuto colpevole del reato di cui all'articolo 346 c.p., secondo comma, perché, nel gennaio del 2016, millantando credito nei confronti di un pubblico ufficiale, si faceva promettere dalla persona offesa denaro o altra utilità con il pretesto di remunerarlo.

Il difensore dello stesso proponeva ricorso per cassazione asserendo l'erronea

applicazione della legge penale in virtù della quale la Corte avrebbe dovuto riqualificare la condotta ai sensi dell'articolo 346 bis c.p. (introdotto con l. n. 190/2012 e modificato ai sensi della l. 3/2019) che ingloba le azioni precedentemente punite ai sensi dell'articolo 346 c.p., nonché l'illegalità della pena dal momento che la stessa, a seguito di riqualificazione, avrebbe dovuto applicare il trattamento più mite e favorevole al reo da identificare nella cornice edittale dell'art. 346 bis c.p. come modificata dalla l. 3 del 2019.

Il Sostituto Procuratore Generale concludeva chiedendo l'annullamento senza rinvio, previa riqualificazione del reato ai sensi dell'art. 640 c.p., per difetto di querela. La Corte di Cassazione ha annullato con rinvio limitatamente alla determinazione della pena, dovendosi riqualificare i fatti ai sensi dell'articolo 346 bis c.p. e ferma restando la declaratoria di responsabilità passata in giudicato.

Norma

Art. 346 c.p. – Millantato credito (abrogato)

Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale [c.p. 357, 382], o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio [c.p. 358, n. 1], riceve o



fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro [c.p. 458] o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 309 a euro 2.065 [c.p. 29, 32].

La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 516 a euro 3.098, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare.

Art. 346 bis c.p. – Traffico di influenze illecite

Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319 ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322 bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322 bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322 bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi.

La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità.

La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie, o per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322 bis in relazione al compimento di un

atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.

Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita.

Art. 640 c.p. – Truffa

Chiunque, con artifizii o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1.549:

1) se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o dell'Unione europea o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare;

2) se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'Autorità [649];

2-bis) se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'articolo 61, numero 5.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o la circostanza aggravante prevista dall'articolo 61, primo comma, numero 7.

Inquadramento

I termini dell'inquadramento della questione si evincono anche dalle conclusioni rassegnate dalle parti del processo: l'abrogazione del delitto di millantato credito, se ha comportato già pacificamente per la giurisprudenza un fenomeno di *abrogatio sine abolitio* per la fattispecie di cui al primo comma trasposta testualmente nel “nuovo”

delitto di traffico di influenze illecite, ha invece acceso un dibattito in ordine alla condotta criminosa che risultava tipizzata dal secondo comma dell'abrogata norma.

Le tesi che si delineavano erano due: l'una contraria al fenomeno di continuità normativa e l'altra favorevole.

La prima esclude il fenomeno di continuità normativa tra millantato credito di cui all'articolo 346, secondo comma, c.p., abrogato dalla legge 3 del 2019, e quella di traffico di influenze illecite novellato all'articolo 346 bis c.p. poiché nella disposizione letterale di quest'ultima non risulta ricompresa la condotta di chi, mediante artifici e raggiri, riceve o si fa dare o promettere denaro o altra utilità, con il pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale o dell'impiegato o doverlo comunque remunerare. Tale comportamento criminoso dovrebbe, invece, integrare il reato di truffa di cui all'articolo 640, comma uno, c.p.

L'orientamento in questione muove le proprie considerazioni dall'assunto secondo cui la fattispecie di cui al secondo comma dell'articolo 346 c.p. sia da qualificare alla stregua di fattispecie autonoma della specie della truffa stante il fatto che la stessa non può che realizzarsi mediante artifici e raggiri,

traendo in ciò conferma dal termine "pretesto" utilizzato dalla norma. Tale sostantivo, infatti, evocerebbe la rappresentazione di una falsa causa posta a fondamento della richiesta decettiva, rappresentazione idonea a indurre in errore la vittima che si determina all'atto di disposizione patrimoniale. Avalla ulteriormente questa teoria la circostanza secondo cui l'oggetto della tutela della fattispecie sarebbe di tipo patrimoniale, ovvero la tutela accordata dalla norma al truffato, e non l'ipotetico futuro rapporto.

In tal senso, l'effetto pratico dell'eventuale accoglimento della stessa comporterebbe l'applicazione dell'articolo 2, comma secondo, c.p.

La seconda tesi giunge a conclusioni opposte sostenendo che alcuna rilevanza è rivestita dall'articolo 640 c.p., sussistendo tra gli articoli 346 e 346 bis c.p. un fenomeno di continuità normativa. Infatti, la giurisprudenza di legittimità aveva già affermato che il "millantare credito" deve focalizzarsi sulla condotta del soggetto agente che si fa dare denaro rappresentando i pubblici ufficiali come persone venali, così minando il prestigio della pubblica amministrazione. Dunque, per integrare la millanteria non è necessaria una condotta

ingannatoria o raggirante poiché ciò che rileva è l'offesa all'immagine della pubblica amministrazione.

Soluzione

La sentenza in commento sposa il secondo di tali orientamenti confutando anche gli argomenti portati a sostegno dal primo.

La Suprema Corte argomenta affermando la continuità normativa tra l'ipotesi di cui all'articolo 346, secondo comma, c.p. e 346 bis c.p. in virtù, *in primis*, della circostanza che il secondo ha inglobato le condotte già sanzionate sotto forma di millantato credito nella disposizione precedente. La nuova norma equipara la mera vanteria di una relazione o di un credito con un pubblico ufficiale asserita ed inesistente alla rappresentazione di una reale relazione con lo stesso da piegare a vantaggio del privato. Ciò, ovviamente, a condizione che l'agente non eserciti davvero una tale influenza sul pubblico ufficiale e che non vi sia un effettivo mercimonio dell'attività amministrativa, altrimenti integrandosi le fattispecie corruttive indicate dalla clausola di riserva in apertura della disposizione di nuovo conio.

In tal senso, dunque, non rileva la non esatta replicazione letterale del tenore

normativo, essendo comunque le condotte sostanzialmente sovrapponibili ed erra il contrapposto orientamento ermeneutico quando sostiene che l'assenza del termine "pretesto", il quale avrebbe fondato la autonomia della previgente fattispecie, vale a qualificare il fenomeno come un'*abolitio* poiché la non ripetizione del termine è proprio funzionale all'inclusione nell'illecito delle dazioni, prescindendo dalla valutazione della relazione come reale o asserita.

In guisa di ciò, inoltre, il delitto di millantato credito non può confluire nel reato di truffa in ragione, anche, del differente bene giuridico tutelato, nonché della diversa condotta tipica. Il primo, infatti, tutela l'immagine e il prestigio della pubblica amministrazione, cosicché il soggetto passivo è da identificarsi in quest'ultima, e non è necessario per la sua integrazione il porre in essere artifici o raggiri tecnicamente definiti. Il secondo, invece, tutela il patrimonio del soggetto depauperato e tassonomizza una condotta che rinviene i propri tratti caratterizzanti proprio negli artifici e raggiri.

In tal senso, dunque, i due delitti possono, al più, concorrere qualora allo specifico raggirato considerato nella fattispecie del

millantato credito si accompagni un'ulteriore attività ingannatoria diretta all'induzione in errore del soggetto passivo, al fine di conseguire un ingiusto profitto con altrui danno, identificabile nella "predisposizione di atti falsi a sostegno della propria millanteria".

Non ultimo, avalla tale orientamento un argomento di carattere sistematico in ordine all'espresso riferimento effettuato dal legislatore nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge che palesa l'intenzione di dar luogo ad un fenomeno di *abrogatio sine abolitione*.

La conseguenza dell'accoglimento di questa tesi comporta l'applicazione dell'articolo 2, comma quarto, c.p., prevedendo la nuova fattispecie di traffico di influenze illecite una cornice edittale più favorevole al reo.

In conclusione, la soluzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità appare più

coerente al dato normativo testuale, nonché alla *ratio* che orienta le fattispecie, ancorché a livello concreto la condotta si appalesi più simile a quella contemplata e tipizzata dal delitto di truffa.

Tale sfasamento tra percezione pratica dell'azione criminosa e valutazione astratta della norma incriminatrice può essere ricondotto a logicità dalla necessità per l'ordinamento di tutelare l'immagine e il prestigio della pubblica amministrazione, nonché ritenendo possibile, in ipotesi di sussumibilità in entrambe le fattispecie (art. 346 bis e art. 640 c.p.), l'istituto del concorso di reati. Criticamente, tale soluzione potrebbe comportare un trattamento sanzionatorio sproporzionato all'entità della condotta, qualora non risultino, nel caso di specie, applicabili le norme che disciplinano il cumulo giuridico, di cui all'articolo 81 c.p.



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 5.6.2021

L'effetto restitutorio e la caducazione del titolo

#effetto restitutorio #titolo #risoluzione
#chiesto e pronunciato

Corte di Cassazione, ordinanza n. 13504 del 18.5.2021

L'attore chiede la risoluzione per inadempimento di un contratto preliminare e la conseguente restituzione delle somme anticipate. La Corte d'Appello accoglie la domanda ma sul diverso presupposto della intervenuta risoluzione per mutuo consenso.

La parte soccombente propone ricorso per cassazione sostenendo che il giudice giammai avrebbe potuto condannare alla restituzione del bene per un titolo diverso rispetto a quello richiesto.

La Corte rigetta tale asserzione in quanto, afferma, che “non viola il principio della corrispondenza tra chiesto e giudicato la decisione che accolga la domanda di restituzione quale conseguenza del rilievo d'ufficio della avvenuta risoluzione consensuale, quando la restituzione sia stata

chiesta invece quale conseguenza della risoluzione per inadempimento. (...) Il venir meno del titolo, quale che ne sia la causa (risoluzione, annullamento ecc.), rende indebita la prestazione effettuata in base ad esso e, una volta che ne sia stata chiesta la restituzione, non rileva la ragione per la quale quel pagamento è diventato indebito, potendo l'effetto restitutorio seguire all'accertamento d'ufficio di altra causa risoluzione”.

La diversità di cause che possono produrre la caducazione del titolo, e che sono necessarie a specificare la domanda ed a differenziarla (risoluzione per inadempimento o per mutuo consenso, ecc.), non incide sulla causa dell'effetto restitutorio che risiede, di per sé, nella caducazione del titolo. L'effetto restitutorio è, infatti, identico e, per certi versi, indipendente dalla sua causa: non cambia l'effetto della risoluzione se la causa è l'inadempimento anziché il mutuo consenso. Pertanto, la pronuncia che ordina la restituzione ha come ragione la caducazione del titolo, ossia un fatto che produce identici effetti quale che ne sia la causa.

Penale

La pillola di diritto del 10.6.2021

Ricettazione, Riciclaggio e incauto acquisto

*#ricettazione #riciclaggio #incautoacquisto
#648cp #648biscp #712cp*

Corte di Cassazione, sez. II penale, Sentenza n. 13788 del 13.04.2021

1 - La pronuncia in commento origina dal rinvenimento, in un casolare nella disponibilità dell'imputato, di veicoli privati della targa, di propulsori privati degli elementi di identificazione e di altri pezzi di autovetture. All'imputato vengono contestati i reati di riciclaggio rispetto ai beni modificati al fine di occultarne la provenienza delittuosa e quello di ricettazione con riguardo ai pezzi per cui non era stata rilevata alcuna attività di questo genere.

2 – Il confronto tra la fattispecie di ricettazione e quella di riciclaggio, evidenzia che il presupposto comune di entrambe è la provenienza delittuosa del danaro o dell'altra utilità di cui l'agente ha acquisito la disponibilità; peraltro, le due fattispecie si distinguono sotto il profilo soggettivo in quanto la ricettazione richiede, oltre alla consapevolezza della provenienza delittuosa, necessaria anche per l'altra, solo una generica finalità di profitto, mentre il riciclaggio richiede la specifica finalità di far

perdere le tracce dell'origine illecita.

3 – Rispetto alle vetture private della targa, condotta ritenuta dalla difesa non efficacemente dissimulativa, la Corte rammenta che il riciclaggio è stato sovente ricostruito come delitto "a consumazione anticipata"; si è sottolineato, in particolare, che «l'espressione utilizzata dal legislatore ("... operazioni in modo tale da ostacolare l'identificazione della ... provenienza") impone di ritenere che il reato sia consumato già nel momento in cui tali operazioni siano state intraprese senza che sia necessario portarle a termine secondo l'intento ed il progetto perseguito dell'agente». In tal senso, il reato di riciclaggio è integrato dalle condotte volte non solo ad impedire in modo definitivo, ma anche a rendere difficile l'accertamento della provenienza del danaro, dei beni o delle altre utilità, in quanto l'accertamento o l'astratta individuabilità dell'origine delittuosa del bene non costituiscono l'evento del reato: la rimozione della targa costituisce indubbiamente una condotta tale da ostacolare tale accertamento, condotta che integra, quindi, il reato di riciclaggio nella forma consumata.

4 – Quanto ai "pezzi" di vettura per cui non si era operata alcuna attività dissimulativa, la Corte respinge la tesi difensiva nel senso della configurabilità dell'incauto acquisto. Difatti, le modalità della condotta sono tali da far ritenere presente la consapevolezza

della provenienza delittuosa dei beni quanto meno nella forma del dolo eventuale.

In proposito, la Corte, afferma che «ricorre il dolo nella forma eventuale quando l'agente ha consapevolmente accettato il rischio che la cosa acquistata o ricevuta fosse di illecita provenienza, non limitandosi ad una semplice mancanza di diligenza nel verificare la provenienza della cosa, che invece connota l'ipotesi contravvenzionale dell'acquisto di cose di sospetta provenienza».



Amministrativo

DASPO urbano e meretricio

#DASPOurbano #meretricio #prostituzione

T.A.R. Marche, Sentenza n. 460 del
1.6.2021

La condotta e i luoghi oggetto della tutela

Il cd. DASPO urbano prevede, in prima istanza, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria per chi *“ponga in essere condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione”* di talune *“infrastrutture”* in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione degli spazi ivi previsti e, in seconda istanza, l'emanazione di un ordine di allontanamento dal luogo dove il fatto è stato commesso. L'ordine di allontanamento perde efficacia dopo 48 ore dall'accertamento del fatto; la sua violazione comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (artt. 9 e 10 co. 1 del D.L. 20/02/2017, n. 14, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 18 aprile 2017, n. 48).

La reiterazione di tali condotte può dar luogo a un ordine di allontanamento per un periodo più lungo, sino a dodici mesi. Tale ordine *“lungo”* deve tuttavia individuare *“modalità applicative”* compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto”. La sua violazione integra un reato contravvenzionale, punito

con l'arresto da sei mesi a un anno.

I luoghi (o meglio, la loro libera fruizione) che ricevono questa particolare tutela sono, da un lato, le *“aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze”* e, dall'altro, le *“aree urbane su cui insistono presidi sanitari, scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei”*, le *“aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici”*, le *“aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli, ovvero adibite a verde pubblico”*. L'individuazione dei luoghi afferenti al secondo gruppo a cui è applicabile la descritta tutela avviene ad opera dei regolamenti di polizia urbana (art. 9 D.L. n. 14/2017).

Mentre, quindi, per i luoghi del primo gruppo, la sanzione e l'ordine di allontanamento possono essere applicati senz'altro, per i luoghi del secondo gruppo, tali misure sono subordinate alla loro individuazione nei regolamenti di polizia urbana (art. 10 co. 3 D.L. 14/2017).

L'inclusione tra i luoghi del secondo gruppo dei presidi sanitari è stata oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale che ne ha confermato la legittimità a condizione che l'allontanamento e l'accesso alla struttura non siano impediti a coloro che intendano accedervi per ragioni di salute.

“In ogni caso, quindi, la persona che ricorre al presidio sanitario, perché le siano erogate cure mediche (o prestazioni terapeutiche o



di analisi e diagnostica), non può essere allontanata, né le può essere precluso l'accesso alla struttura, essendo il diritto alla salute prevalente sull'esigenza di decoro dell'area e di contrasto, per ragioni di sicurezza pubblica, delle condotte — tutte sanzionate solo in via amministrativa — elencate nel comma 2 dell'art. 9 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14” (C. Cost. n. 195/2019).

Natura e presupposti del DASPO urbano

Il DASPO urbano – modellato sul DASPO “sportivo” (ex art. 6 legge 13.12.1989, n. 401) - è ascrivibile a quelle misure di prevenzione amministrative (personali) che, in quanto tali, non richiedono la commissione di un reato, ma un semplice pericolo per la sicurezza, il decoro e l'ordine pubblico. L'adozione di simili misure è ascrivibile alla discrezionalità amministrativa dell'Autorità competente, sindacabile, quindi, nei limiti del travisamento, della manifesta irragionevolezza, dell'incongruenza della motivazione. È sostenibile, peraltro, che l'attività esercitata sia contraddistinta da discrezionalità tecnica piuttosto che amministrativa, essendo declinati principi afferenti alle tecniche proprie delle attività di polizia (che danno luogo, appunto, alla prognosi in merito alla futura commissione di condotte delittuose o, comunque, pericolose).

In ogni caso, le misure di prevenzione devono essere dotate di un'ideale base legale con un'adeguata tipizzazione della

condotta che consenta una ragionevole prevedibilità in ordine all'applicazione della misura; inoltre, esse devono essere conformi al principio di proporzionalità in rapporto all'obiettivo di prevenzione perseguito.

Nello specifico, la misura tutela la sicurezza urbana intesa quale *“bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni”* (art. 4 D.L. n. 14/2017). La tipizzazione della condotta è, invero, problematica in quanto piuttosto labile in rapporto specialmente alle atipiche ma pur sempre idonee a impedire l'accessibilità e la fruizione di determinati luoghi urbani. Maggiormente conforme al principio della necessità di idonea base legale è, invece, la misura in rapporto alle condotte tipiche, tali pur sempre da limitare l'accessibilità e la fruizione di taluni luoghi, ossia quelle individuate al comma 2 dell'art. 9 D.L. 14/2017, cit. (ubriachezza, atti contrari alla pubblica decenza, esercizio abusivo del commercio, esercizio abusivo dell'attività di parcheggiatore ecc.).



In rapporto ad altre misure di prevenzione, la giurisprudenza amministrativa ha sovente svolto una funzione tipizzatrice richiedendo un particolare onere motivazionale per l'incidenza di esse su alcune libertà fondamentali. Per questo, l'adozione della misura deve essere sorretta da rigorosi presupposti e da un'adeguata motivazione e tanto coerentemente con la giurisprudenza della Corte EDU (v. la notissima Sentenza del 23.02.2017 resa nel ricorso n. 43395/09 - causa De Tommaso c. Italia) e della Corte costituzionale (Sent. n. 24/2019).

Quanto al foglio di via obbligatorio (ex art. 2, d.lgs. n. 159/2011), è stato, ad esempio, chiarito che esso deve fondarsi “necessariamente su circostanze concrete che, oltre ad essere provate, devono altresì potersi, se considerate nel complesso, ritenere significative e concludenti ai fini del giudizio di pericolosità sociale del destinatario del provvedimento. La detta misura di prevenzione personale è, infatti, diretta a prevenire reati socialmente pericolosi, non già a reprimerli, e pertanto, benché non occorra la prova della avvenuta commissione di reati, è richiesta una motivata indicazione dei comportamenti e degli episodi, desunti dalla vita e dal contesto socio ambientale dell'interessato, da cui oggettivamente emerga un'apprezzabile probabilità di condotte penalmente rilevanti e socialmente pericolose” (v. T.A.R. Roma, Lazio, sez. I, 28/12/2020, (, n.14051 nonché Cons. Stato, Sez. III, 29/1/2020, n. 741; 6/11/2019, n.

7575; Consiglio di Stato sez. VI, 20/07/2020, n. 4648).

Tornando al DASPO urbano, invece, è stato annullato il provvedimento di allontanamento basato su plurime richieste di questua poiché si tratterebbe di condotte inidonee, di per sé, a causare un pericolo per la sicurezza urbana (T.A.R. Milano n. 2360/2019).

Daspo urbano e prostituzione

La Sentenza del T.A.R. Marche qui commentata ha, invece, ritenuto motivato in maniera sufficiente il provvedimento di allontanamento basato su plurime condotte di meretricio.

Alla prevenuta è stato ordinato “di non accedere (per un periodo di sei mesi), dal tramonto all'alba, sul tratto di strada denominato -OMISSIS- ricadente all'interno del centro urbano di -OMISSIS- -OMISSIS- ed in ogni altra via ricadente nel perimetro indicato nell'art. 39 ter comma 5 del regolamento di Polizia Urbana del Comune di -OMISSIS- -OMISSIS- in riferimento all'art. 9 commi 1 e 3 della L. 18 aprile 2017, n. 48 e SS.MM.II., con modalità tali da mettere in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica ovvero stazionando sulla pubblica via al fine di contrattare prestazioni sessuali”.

In tal senso, è stata ritenuta irrilevante la circostanza che la prostituzione non costituisca reato, poiché “non è tale attività ad essere stata vietata, ma i modi con cui essa viene svolta e che possono mettere in

pericolo i valori giuridici che le norme vogliono invece tutelare”. La donna, infatti, stazionava – in violazione del regolamento di polizia urbana – in alcuni specifici luoghi del Comune in modo da impedirne la piena fruibilità da parte della cittadinanza.

Degna di rilievo è la precisazione che l'ordine di allontanamento è legato proprio alle specifiche modalità della condotta; il divieto, infatti, “non interdice l'accesso totale a zone del territorio comunale, ma riguarda solo le relative modalità, che dovranno quindi essere valutate caso per caso e in funzione dello scopo da raggiungere, cioè evitare pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica”.

L'impostazione della Sentenza sembra, quindi, quella di ritenere la legittimità (e la proporzionalità) del provvedimento solo a condizione che l'allontanamento operi in rapporto alle modalità della condotta (esercizio della prostituzione); la prevenuta potrebbe, allora, recarsi in quei luoghi per altre finalità.



Associazione Culturale
Calamus iuris
La penna del diritto

SEGUICI SU



CALAMUS IURIS

CORSO MAGISTRATURA

SONO APERTE LE ISCRIZIONI PER IL 2021/2022

PRIMA LEZIONE 13 SETTEMBRE 2021

Il corso inizierà **ON LINE** (Il ritorno in aula va verificato in base al quadro epidemiologico regionale, alle prescrizioni delle autorità sanitarie locali e statali). Il corso è a numero programmato. **RICHIEDI UNA LEZIONE DI PROVA E RELATIVO MATERIALE DIDATTICO.**

Per info e prenotazioni 347 9966161  oppure invia una mail a pennadeldiritto@gmail.com