"ISSN 2704-8209"

Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 3 - NUMERO 23 - FEBBRAIO 2022

APPROFONDIMENTI

Civile: Assicurazione sulla vita a beneficio degli eredi: la parola alle Sezioni Unite
di Mariacamilla Varricchio

Penale: Sussistenza dello stato di necessità in caso di occupazione abusiva di immobile
di Ester Moccafighe

Amministrativo: Raggruppamento Temporaneo di Imprese e modifiche soggettive in fase di gara
di Vincenza Sara Castaldo

SCHEDE GIURISPRUDENZIALI

Civile: Assicurazione - polizza sulla vita stipulata a favore di "eredi legittimi"
di Mariaflorica Sammartino

Pillole di Diritto ***a cura del Cons. Luca Cestaro e dell'Avv. Paolo Vincenzo Rizzardi***

Sommario

SOMMARIO 2
APPROFONDIMENTI 5
CIVILE 6
Assicurazione sulla vita a beneficio degli eredi: la parola alle Sezioni Unite 6
1. Premessa 6
1.1. La questione 6
1.2. Il fatto 7
1.3. Il contrasto 7
2. La pronuncia delle Sezioni Unite 8
3. Contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo 9
4. Le caratteristiche dei negozi interessati dall'evento morte 10
4.1. Segue. I rapporti tra il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo e il divieto dei patti successori 11
5. Nuove prospettive 12
6. Conclusioni 13
PENALE 14
Sussistenza dello stato di necessità in caso di occupazione abusiva di immobile 14
1. Introduzione 14
2. Lo stato di necessità 14
2.1. Fondamento e natura 14
2.2. Lo stato di necessità come scriminante 15
2.3. Lo stato di necessità come scusante 15
2.4. La doppia anima dello stato di necessità: scriminante e scusante 16
2.5. Gli elementi dello stato di necessità 16
3. Il reato di occupazione abusiva di immobile: l'art. 633 c.p. 17
3.1. Analisi del reato 17
4. La sussistenza dello stato di necessità in caso di occupazione abusiva di immobile 17
4.1. L'astratta configurabilità 17
4.2. L'evoluzione giurisprudenziale 19
5. Considerazioni conclusive 20
AMMINISTRATIVO 21
Raggruppamento Temporaneo di Imprese e modifiche soggettive in fase di gara 21
1. RTI prima e dopo il "codice appalti" 21

2. Requisiti di partecipazione ad una gara 23
3. Adunanza Plenaria 25/02/2022 e modifiche soggettive RTI 24
4. Conclusioni 27
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA 28
CIVILE 29
Assicurazione - polizza sulla vita stipulata a favore di "eredi legittimi" 29
Cassazione Civile Sez. Unite 30/04/2021 n. 11421 29
Quesito 29
Normativa 31
L'inquadramento giuridico dell'istituto secondo le Sezioni Unite 31
Soluzione 32
PILLOLE DI DIRITTO 34
Civile 35
La pillola di diritto del 16.2.2022 35
Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli. 35
A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi 35
#contrattoautonomogaranzia #exceptiodoli #abusodeldiritto 35
Corte appello Roma, sez. I civile, sentenza n. 6316 del 29/09/2021. 35
Penale 37
La pillola di diritto del 20.02.2022 37
Calcolo della recidiva infraquinquennale. 37
A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi. 37
#recidivaaggravata #circostanzaaggravante #art.99c.p. 37
Corte di Cassazione, sez. II penale, sentenza n. 32785 del 13/07/2021. 37
Amministrativo 39
La pillola di diritto del 02.02.2022 39
Illegittima la chiusura delle scuole disposta in via amministrativa a livello regionale 39
#Covid19 #scuole #Regione #Campania 39
T.A.R. Campania, sez. V, decreto n. 19 del 10.1.2022 39

Anno 3, n. 23, febbraio 2022

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
Federica Scariato
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 – M*agistrato 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– M*agistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*
Giuliana Trotta – M*agistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Lagonegro*
Pio Cerase- *Magistrato*
Carlo Gabutti- *Magistrato*
Chiara Martello - *Magistrato*
Giannicola Paladino – *Magistrato*
Maria Porcelli – *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

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

Approfondimenti

CIVILE

Assicurazione sulla vita a beneficio degli eredi: la parola alle Sezioni Unite

di Mariacamilla Varricchio

1. Premessa

La libertà di decidere delle sorti dei propri averi, per il tempo successivo alla morte, è massimamente tutelata dall'ordinamento.
Tradizionale manifestazione di simile capacità autodecisoria si rinviene nel testamento. Tipico atto di ultima volontà, con cui il disponente individua i soggetti che - *mortis causa* - beneficeranno, a vario titolo, del proprio patrimonio.
Senonché la progressiva evoluzione della società e il proliferare di esigenze sempre nuove e più complesse hanno aperto la strada al ricorso a varie forme di pianificazione patrimoniale, come le polizze assicurative sulla vita ovvero il trust in funzione successoria, che si aggiungono, senza sostituirlo, al testamento.
Se, da un lato, è indiscutibile la crescente valorizzazione dell'autonomia privata, come ratio giustificatrice di nuovi modi di disposizione del patrimonio, dall'altro, si rende necessario tracciare i confini tra una tale libertà e gli inderogabili divieti posti dall'ordinamento: in altri termini, ci si interroga sulla compatibilità dei summenzionati strumenti con il c.d. divieto dei patti successori.
Non solo, si pone, poi, il problema dell'interazione tra la disciplina contrattuale e quella successoria.
Una tematica, questa, che impone una considerazione di fondo sulla classificazione della vasta gamma di atti che orbitano intorno all'evento morte: atti *mortis causa*, di ultima volontà, negozi *post mortem* ovvero *trans mortem*.
Interessante spunto di riflessione sui temi richiamati è dato dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite di Cassazione, che si è occupata di chiarire l'esatta portata del contratto di assicurazione sulla vita, laddove la stipulazione sia fatta a favore degli eredi.

1.1. *La questione*

L'intervento delle Sezioni Unite si è reso necessario a fronte di un contrasto sorto sull'interpretazione della clausola "a favore degli eredi", contenuta nel contratto di assicurazione sulla vita.
In particolare, ferma l'indubbia ammissibilità di una simile fattispecie – espressamente disciplinata dall'art. 1920 c.c. – il dibattito si è concentrato sulla perimetrazione del concetto di erede, specie quando il richiamo a tale status sia inserito nel contratto con caratteri generici, senza cioè individuare specificamente e nominativamente i soggetti beneficiari della polizza.
Si è chiesto, dunque, un chiarimento sul senso da attribuire alla designazione fatta, genericamente, a favore degli "eredi legittimi o testamentari".

Più nel dettaglio, si tratta di puntualizzare se la stipulazione così conclusa produca effetti a beneficio dell'erede che sia tale astrattamente al momento della morte dello stipulante ovvero se beneficiario della polizza sia il soggetto che risulta erede in seguito all'effettiva delazione, assumendo rilievo anche le vicende *stricto sensu* successorie come la rinuncia ovvero la rappresentazione.

Conseguenziale alla soluzione offerta, poi, è l'individuazione del criterio di riparto dell'indennizzo assicurativo nel caso di pluralità di eredi beneficiari: a seconda dell'impostazione cui si aderisce, la suddivisione postula un'attribuzione in parti uguali ovvero va effettuata in proporzione alle quote ereditarie.

1.2. Il fatto

La vicenda da cui origina la pronuncia in commento vede protagonisti il fratello e i nipoti dello stipulante, quali suoi eredi legittimi.

Si assume in giudizio un'erronea ripartizione delle quote dell'indennizzo tra i suddetti beneficiari, asserendo il fratello di essere titolare di un diritto di credito a una somma di denaro più elevata rispetto a quella spettante ai di lui nipoti: la compagnia, infatti, aveva corrisposto il dovuto in parti uguali - dunque, per teste - sostenendo che l'operatività del contratto assicurativo a favore di terzi è da ritenersi svincolata dalle norme successorie.

La posizione del germano del de cuius, tuttavia, era stata accolta dalla Corte d'appello di Catania, che aveva pertanto condannato l'assicuratore al pagamento di una somma aggiuntiva a quella già percepita dallo stesso, motivando sulla base dell'assunto che il richiamo agli "eredi legittimi" determinasse automaticamente la ripartizione dell'indennizzo in proporzione alle quote ereditarie: essendo, dunque, i nipoti subentrati per rappresentazione ex art. 467 c.c. alla posizione della madre, sorella del defunto stipulante, avrebbero avuto diritto alla metà dell'indennizzo, da dividere, poi, tra loro in parti uguali.

1.3. Il contrasto

La definizione della questione a Sezioni Unite si è resa necessaria alla luce dell'affermarsi, nel tempo, di opposti orientamenti giurisprudenziali.

Da un lato, l'orientamento tradizionale e a lungo dominante[1] ha ritenuto che la generica designazione degli eredi vale solo ad individuare i titolari del diritto nascente dal contratto e non comporta un rinvio materiale alla disciplina successoria.

Tale impostazione fa leva sul dato letterale di cui all'art. 1920 c.c. per ricavare l'autonomia del diritto acquisito dai beneficiari direttamente dal contratto di assicurazione, e

[1] Orientamento espresso dalla sentenza della Cassazione, sez. I, 10 novembre 1994, n. 9388, poi ribadito da successive pronunce quali: Cass., sez. I, sent. 14 maggio 1996, n. 4484, Cass., sez. II, sent. 23 marzo 2006, n. 6531.

non già *iure hereditatis,* non entrando mai a far parte del patrimonio del de cuius.
Si fa salva una diversa volontà del testatore nell'individuazione di uno specifico criterio di ripartizione delle quote, ma in mancanza di questa, si presumono uguali, secondo la regola generale dell'obbligazione soggettivamente collettiva.
Si chiarisce, poi, che l'assicurazione sulla vita a favore di terzo non realizza un contratto mortis causa: ne consegue l'irrilevanza delle vicende successorie rispetto all'individuazione dei beneficiari.
Sul versante opposto si colloca quell'orientamento che, facendo leva sul senso letterale dell'espressione "erede", considera implicito tanto il rinvio al modo con cui si acquisisce tale status – la successione – quanto il richiamo alla dimensione della posizione ereditaria secondo quella fonte, quindi alla proporzione della quota: ciò si conferma, a maggior ragione, quando la clausola a favore di terzo contenga esplicito riferimento al tipo di delazione legittima ovvero testamentaria.[2]

2. La pronuncia delle Sezioni Unite

Con la pronuncia in commento,[3] la Corte di Cassazione pone fine al contrasto giurisprudenziale, aderendo all'orientamento tradizionale.
In particolare, le Sezioni Unite osservano che il contratto di cui all'art. 1920 c.c. è un tipico caso di negozio *inter vivos* con effetti *post mortem*: la morte – evento futuro e certo nell'*an* ma incerto nel *quando* - non è causa della stipulazione ma solo il momento temporale a cui si riconduce la produzione degli effetti.
Il contratto di assicurazione sulla vita a favore degli eredi, poi, viene ricondotto allo schema generale del contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c.: ne consegue, da un lato, che il terzo acquista il diritto per effetto della designazione e direttamente dal contratto; dall'altro, che è applicabile alla fattispecie in esame l'art. 1412, co. 2 c.c., in virtù del quale la premorienza del terzo allo stipulante comporta la trasmissione del beneficio in capo agli eredi del beneficiario.
Dunque, il diritto a conseguire l'indennizzo al verificarsi della morte dello stipulante è autonomo e si acquista *iure proprio*, non già *iure hereditatis*: la prestazione, cioè, promana dal patrimonio dell'assicuratore e non da quello del de cuius.
Si statuisce, inoltre, che la designazione fatta genericamente a favore degli eredi – legittimi o testamentari – costituisce un criterio di cui l'assicuratore può avvalersi per identificare i soggetti beneficiari della polizza, indipendentemente dall'effettiva vocazione.
La natura inter vivos della suddetta designazione esclude l'operatività delle regole sulla comunione ereditaria, il che si traduce nella ripartizione in quote presunte uguali dell'indennizzo spettante ai beneficiari eredi: resta comunque ferma la libertà dello stipulante, non solo di indicare nominativamente i soggetti che si intende

[2] Cass., sez. III, 29 settembre 2015, n. 19210.

[3] Cass. S.S. U.U. 30 aprile 2021, n. 11421.

beneficiare con la polizza, ma anche di individuare un diverso criterio di riparto della somma.

3. Contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo

La fattispecie negoziale che fa da sfondo alla pronuncia delle Sezioni Unite è quella disciplinata dall'art. 1920 c.c.: si tratta di una species di contratto di assicurazione sulla vita, i cui effetti favorevoli sono destinati a prodursi nella sfera giuridica di un soggetto estraneo alla stipulazione.[4]

Si suole concepire tale figura quale tipica ipotesi di contratto a favore di terzo, con la differenza che nel caso di cui all'art. 1920 c.c. il terzo non acquista il diritto per effetto della stipulazione – come invece accade nello schema di cui all'art. 1411 c.c. – bensì per effetto della designazione: è intuitiva, dunque, la centralità del momento identificativo ai fini della produzione degli effetti della polizza.

Come desumibile già dalla lettera della norma, il terzo acquista un diritto autonomo che trova nel contratto la sua fonte: dal che discende che la designazione non produce effetti sul patrimonio del contraente,[5] nonché che il beneficiario può rivolgersi direttamente al promittente assicuratore per ottenere la prestazione,[6] con il solo limite dell'esigibilità postergata al momento della morte dello stipulante.

L'autonomia dell'acquisizione, pertanto, ha dirette ricadute sul momento identificativo dei beneficiari ovvero dell'unico beneficiario, ben potendo anche verificarsi la meno problematica ipotesi in cui a succedere allo stipulante sia un solo soggetto.

Se è vero, cioè, che la designazione fatta anche successivamente alla conclusione dell'accordo vale come mera indicazione del criterio di individuazione dei beneficiari, si tratta di un'operazione che esplica i suoi effetti su un piano diverso dalla eventuale istituzione testamentaria o legittima d'erede: in altri termini, se, ad esempio, dopo la conclusione del contratto di assicurazione, lo stipulante redige testamento, l'istituzione di erede non inficia la designazione fatta genericamente a favore degli eredi.

Il testamento successivo alla stipulazione, infatti, come chiarito anche dalle Sezioni Unite, non costituisce nuova designazione, né revoca del beneficio attribuito con la polizza: il testamento costituisce il criterio di identificazione dei successibili al momento dell'apertura della successione, diversamente dal contratto che attribuisce un vantaggio diretto e immediato ai beneficiari, la cui sola esigibilità è differita al momento della morte.

Dunque, la designazione a favore degli eredi non interferisce con la successiva istituzione testamentaria: si tratta, infatti, non solo di

[4] Il terzo, infatti, non ha la qualifica di assicurato, che, invece, ha necessariamente il portatore del rischio e cioè la persona dalla cui morte o sopravvivenza deriva l'obbligo per l'assicuratore di pagare l'indennità. Cfr. *L'assicurazione,* in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1997, vol. 13, p. 103.

[5] Cass., sez. II, 26 marzo 2006, n. 6531.

[6] Cass., sez. III, 18 giugno 1998, n. 6062.

due diverse fonti di attribuzione di diritti patrimoniali, ma anche di diritti di diversa consistenza.

Non sussiste, pertanto, alcun conflitto tra disposizioni che non sono, di fatto, incompatibili; né si rende necessario prediligere quella testamentaria in ossequio a un ipotetico *favor testamentis* che va a discapito della volontà attributiva esplicitata nel contratto di assicurazione.

La revoca del beneficio, infatti, è ammessa purché sia fatta per iscritto, comunicata all'assicuratore e prima della morte dello stipulante, con l'ulteriore limite della dichiarazione di voler profittare proveniente dal beneficiario: secondo lo schema del contratto a favore di terzo, infatti, tale dichiarazione produce l'effetto di rendere irrevocabile la designazione fatta a suo favore, non già quello di perfezionare il contratto.

La revocabilità della designazione, invero, costituisce espressione di autonomia negoziale e si spiega alla luce dell'interesse dello stipulante che, così come determina la nascita del vincolo, così può giustificarne la sua caducazione: proprio in quanto espressione di libertà, la stessa revocabilità dell'effetto favorevole per il terzo può essere oggetto di rinuncia da parte dello stipulante.

La previsione dell'art. 1921 c.c., in materia di revoca, si pone in linea con quanto disposto dall'art. 1412 c.c., quale schema generale di prestazione a favore di terzo che deve essere eseguita dopo la morte dello stipulante.

Sul punto, l'opinione dominante osserva che si tratta di negozio inter vivos perché, diversamente opinando, nella parte in cui si ammette la rinuncia alla revoca, si derogherebbe al divieto di patti successori ex art. 458 c.c.[7]

Peraltro, l'immediatezza dell'acquisto, prima della morte dello stipulante, è dimostrata anche dalla trasmissibilità del beneficio agli eredi del terzo, qualora questi premorisse al disponente.

4. Le caratteristiche dei negozi interessati dall'evento morte

Al fine di comprendere la portata della pronuncia, è utile fornire, senza pretese di esaustività, un prospetto delle variegate tipologie di negozi che si rapportano all'evento morte.

Si suole, infatti, distinguere i negozi *mortis causa* da quelli *inter vivos*, e questi dagli atti di ultima volontà, nonché dai negozi *post mortem* e *trans mortem*.

Per atto mortis causa si intende un negozio la cui causa è data dalla regolazione di rapporti e situazioni che si formano in via originaria con la morte del soggetto o che dalla morte traggono autonoma qualificazione. Caratteristica degli atti di questo genere è la residualità, da apprezzarsi sul piano oggettivo – quanto ai beni che residuano al momento della morte nel patrimonio del de cuius - e soggettivo, con

[7] F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile,* Roma, 2020, p. 1051.

riferimento ai soggetti che hanno diritto a beneficiarne.

Costituisce atto di ultima volontà, di cui unico esempio è il testamento, il negozio con cui si manifesta una volontà nei confronti dei terzi, destinata a produrre effetti solo con la morte: tale negozio non genera relazioni giuridiche in vita e tanto spiega perché l'erede testamentario gode di un'aspettativa di mero fatto, non tutelabile.

In ciò risiede la differenza con gli atti inter vivos che, al contrario, producono relazioni giuridicamente rilevanti tra soggetti in vita.

I patti successori vietati ai sensi dell'art. 458 c.c., dunque, si identificano nei negozi inter vivos a causa di morte.

Diversamente dagli atti mortis causa, invece, i negozi post mortem identificano una categoria di atti di immediata e attuale attribuzione, condizionata quoad effectum al verificarsi dell'evento morte: la morte, dunque, è elemento condizionale, non causale e tanto spiega la tutelabilità dell'aspettativa giuridica che ne consegue.[8]

Di più recente acquisizione è, poi, la categoria dei negozi trans mortem, caratterizzati non solo dall'immediatezza dell'attribuzione e dalla sottoposizione della stessa alla condizione della morte, ma anche dalla revocabilità del beneficio da parte del disponente:[9] a tale tipologia sarebbe più correttamente riconducibile il contratto di assicurazione sulla vita a favore di eredi.

4.1. *Segue. I rapporti tra il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo e il divieto dei patti successori*

Giova a questo punto delineare i rapporti che intercorrono tra il contratto di cui all'art. 1920 c.c. e il divieto posto dall'art. 458 c.c.[10]

Il divieto dei patti successori si giustifica, come limitazione all'autonomia privata in materia successoria, in virtù dell'art. 457 c.c., che esclude una terza forma di delazione, ulteriore rispetto alla legge e al testamento.

Patti di questo genere possono assumere diverse forme: si parla, infatti, di patti istitutivi di erede, dispositivi di eredità e rinunciativi, ciascuno dei quali risponde ad una differente ratio.

Senza pretese di esaustività, si osserva che la nullità di un patto successorio di tipo istitutivo si spiega in ragione della necessità di garantire la più ampia libertà del testatore, che verrebbe limitata proprio dalla vincolatività dell'accordo.

Con il divieto dei patti dispositivi, invece, si intende impedire il c.d. *votum captande mortis*, vale a dire l'auspicio della morte di un soggetto al fine di beneficiarne, nonché tutelare il disponente che potrebbe essere

[8] G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni,* Milano, 1983, p. 33.

[9] F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento,* in *Riv. notariato,* 2008, p. 1007 ss.

[10] L'art. 458 c.c. recita testualmente: "*Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi.*

indotto a privarsi di un bene per un vantaggio futuro.

Si considera, invece, nullo per illiceità dell'oggetto, ex art. 1418 c.c., il patto rinunciativo di eredità o di diritti che possono spettare su una successione non ancora aperta.[11]

Così definita sinteticamente la portata dei patti successori e del relativo divieto, è possibile comprendere in che rapporto si pone il contratto di assicurazione sulla vita a favore di eredi.

Dottrina e giurisprudenza, invero, ritengono pacificamente che si tratti di contratto valido – e non potrebbe essere altrimenti, stante l'esplicita previsione legislativa – in quanto stipulato tra vivi e rispondente ad una causa meritevole di tutela a carattere previdenziale e con funzione di capitalizzazione: la stipulazione a favore di terzo, in questo caso, infatti mira a garantire i beneficiari dal rischio di trovarsi in stato di bisogno ovvero di difficoltà alla morte dello stipulante.

Dunque, generalmente si esclude che si tratti di contratto mortis causa con cui un soggetto disponga dei propri beni per il momento successivo alla sua morte.

Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, infatti, per stabilire se un determinato contratto rientri nell'ambito del divieto dei patti successori è necessario accertare: 1) se il vincolo sia funzionale a costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti oggetto del patto siano considerati dalle parti come entità ricomprese nella futura successione; 3) se i disponenti abbiano contrattato come aventi diritto alla successione; 4) se l'assetto convenuto debba aver luogo mortis causa.[12]

Nel contratto di cui all'art. 1920 c.c., invero, l'acquisto è dal promittente e non dallo stipulante, proprio in quanto il diritto di credito all'indennizzo non entra nel patrimonio del de cuius, ma si trasmette iure proprio al terzo; inoltre, la dichiarazione di voler profittare e la rinuncia al potere di revoca sono generalmente concepiti come atti unilaterali che operano indipendentemente l'uno dall'altro.

L'acquisto, poi, è effettivo e immediato, come dimostrato dalla trasmissibilità in capo agli eredi del beneficiario e non già al patrimonio dello stipulante.

5. Nuove prospettive

Le polizze fin qui esaminate non costituiscono l'unico esempio di strumento di pianificazione patrimoniale posto in essere in vita, ma destinato ad avere effetti dopo la morte.

Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al c.d. trust in funzione successoria, oggi pacificamente ammesso tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza.

In disparte la complessa problematica della

[11] F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile,* Roma, 2020, p. 1773.

[12] Cass., sez. II, 15 luglio 2016, n. 14566.

compatibilità del trust con l'ordinamento, si osserva come sempre più frequentemente si ricorre a tale meccanismo per soddisfare le più disparate esigenze del disponente, come quella – indubbiamente meritevole di tutela – di vincolare la gestione e la disponibilità di determinati beni al soddisfacimento dei bisogni di soggetti fragili, cui il de cuius sia legato da rapporti di parentela ovvero affettivi.

Con il trust infatti il settlor trasferisce la proprietà di determinati beni in capo al trustee, che assume l'obbligo di amministrarli a beneficio di un soggetto terzo, al quale è tenuto a ritrasferirli alla morte del disponente.

Si tende a ritenere non in contrasto con l'art. 458 c.c. un atto dispositivo che non è frutto di accorto tra disponente e beneficiari, che realizza un'immediata uscita dal patrimonio del disponente dei beni che ne formano oggetto e che preclude al disponente stesso di disporne: costituiscono, infatti, atti inter vivos sia l'attribuzione al trustee, che l'atto traslativo al beneficiario da effettuarsi post mortem.

La validità di tale programma, poi, è stata ribadita anche dalle Sezioni Unite che hanno chiarito, peraltro, che ove sorretto da un intento liberale realizza una donazione indiretta.[13]

6. Conclusioni

Con la pronuncia in commento, in conclusione, le Sezioni Unite ribadiscono importanti principi generali su cui si fonda l'ordinamento, intercettando tanto la materia contrattuale, quanto quella successoria.

La generica designazione degli eredi, contenuta nel contratto di assicurazione sulla vita, non interferisce né con la libertà testamentaria, né con le norme in materia di successione: il disponente, infatti, resta libero di definire soggetti, modalità e criteri di attribuzione del beneficio indennitario, senza con ciò stravolgere i meccanismi di delazione legittima ovvero testamentaria e senza, peraltro, coinvolgere l'intera massa patrimoniale che residua al momento della sua morte.

Assume, dunque, un ruolo centrale l'interpretazione del contratto e, in particolare, dell'effettiva volontà delle parti, dovendo il giudice verificare se, dietro lo schema legale di cui all'art. 1920 c.c., non si sia inteso eludere il divieto dei patti successori.

Materia contrattuale e successoria, così, restano distinte quanto a funzione e struttura dei relativi atti ma comunicano, in modo da garantire un costante monitoraggio sul rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento.

[13] Cass., S.S. U.U., 12 luglio 2019, n. 18331.

PENALE

Sussistenza dello stato di necessità in caso di occupazione abusiva di immobile

di *Ester Moccafighe*

1. Introduzione.

Il tema dell'occupazione abusiva di immobile è di notevole rilevanza, giacché la cronaca e i dati dipingono uno scenario alquanto tragico dell'emergenza abitativa in Italia.

Capita spesso di leggere sui quotidiani o di udire da altri canali di informazione che persone e famiglie sono costrette ad occupare abitazioni altrui temporaneamente o prevalentemente disabitate, poiché non dispongono di valide alternative.

In questo contributo non si darà spazio agli aspetti sociali dell'argomento, ma se ne analizzeranno i profili giuridici, con la consapevolezza che rispetto a situazioni così delicate è ancora più complicato individuare un equilibrio tra diritto e giustizia.

Nello specifico si focalizzerà l'esame sulla sussistenza della scriminante dello stato di necessità nel caso di commissione del reato di cui all'art. 633 c.p.

2. Lo stato di necessità[1].

2.1. Fondamento e natura

Lo stato di necessità costituisce un istituto antico, che risale al diritto romano, e consiste in una fattispecie destinata a disciplinare situazioni limite, in cui l'ordinamento non può pretendere dal destinatario del precetto atti di eroismo ovvero il sacrificio dei propri beni primari.

Nell'ordinamento penale è descritto all'art. 54 c.p., che esclude la punibilità di chi commette il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, purché tale pericolo non sia stato da lui volontariamente causato né altrimenti evitabile e tra il fatto e il pericolo vi sia un rapporto di proporzione.

Prima ancora di analizzare la questione di carattere applicativo, è indispensabile tracciare le linee essenziali del dibattito dottrinale circa la natura giuridica dello stato di necessità.

Invero, la dottrina si divide essenzialmente in tre indirizzi: il primo riconduce l'esimente nell'alveo delle scriminanti; il secondo la qualifica come scusante; il terzo, infine, ne riconosce una natura ambivalente.

Non si tratta di meri capricci intellettuali; al contrario, l'attribuzione dell'una o dell'altra natura allo stato di necessità determina l'applicazione di un differente regime giuridico e, pertanto, una diversa indagine da

[1] FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto penale,* Accademia del Diritto, 2020. MARINUCCI G. e DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré editore, 2012. MANTOVANI F., *Diritto penale*, CEDAM, 2017.

parte del giudice[2].

2.2. Lo stato di necessità come scriminante[3]

La tesi che attribuisce allo stato di necessità natura di causa di giustificazione si fonda innanzitutto sul dato letterale e sulla collocazione sistematica dell'art. 54 c.p.
Invero, la norma chiude l'elenco delle scriminanti individuate nella parte generale del codice penale, subito dopo la difesa legittima e l'uso legittimo delle armi (rispettivamente artt. 52 e 53 c.p.).
Ciò comporta altresì che si applica l'art. 59 comma 1 c.p., che stabilisce che le circostanze che escludono la pena operano obiettivamente, quindi anche se l'agente non le conosce o per errore le ritiene insussistenti.
Un ulteriore dato a sostegno di questa soluzione ermeneutica è l'equiparazione tra lo stato di necessità per salvare sé stessi e il cd. soccorso di necessità: la norma non precisa che il terzo debba necessariamente essere un prossimo congiunto o una persona altrimenti vicina al soggetto agente; ne deriva che in tali ipotesi non sussiste necessariamente una pressione psicologica ovvero un'alterazione del processo motivazionale.
Peraltro, l'accertamento del giudice in merito alla sussistenza dello stato di necessità si incentra sulla valutazione della proporzione tra il fatto commesso e il pericolo, cioè un rilievo oggettivo.
Quanto all'elemento della costrizione, che apparentemente stride con una ricostruzione in termini di causa di esclusione dell'antigiuridicità del fatto, parimenti esso può essere inteso come situazione obiettiva in cui l'agente viene a trovarsi.

2.3. Lo stato di necessità come scusante

Nondimeno, la locuzione "costretto dalla necessità" evoca il perturbamento psichico idoneo ad influire sulla capacità di autodeterminazione del soggetto e, dunque, sulla colpevolezza.
In tale prospettiva, lo stato di necessità si fonda sull'inesigibilità di una condotta conforme al diritto da parte del soggetto che si trovi in quella condizione.
Secondo i sostenitori di questa tesi, "i casi tradizionalmente e universalmente ricondotti allo stato di necessità sono tutti caratterizzati da un'effettiva pressione psicologica esercitata dalla natura o dall'uomo"[4].
Invero, l'art. 54 comma 2 c.p. precisa che la disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. Ciò significa che non rileva esclusivamente il dato obiettivo della condizione di pericolo attuale di un danno

[2] Secondo MARINUCCI G. e DOLCINI E. la disputa riguarda solo l'ipotesi di cui al primo e al secondo comma dell'art. 54 c.p., mentre è pacifico che l'ipotesi di cui al comma 3 descrive una scusante.
MARINUCCI G. e DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré editore, 2012, p. 269.
[3] MANTOVANI F., *Diritto penale*, CEDAM, 2017, pp. 258 ss.
L'autore afferma che lo stato di necessità si colloca al limite delle scriminanti, ma comunque fa venire meno l'antigiuridicità obiettiva del fatto.
[4] MARINUCCI G. e DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré editore, 2012, p. 272.

grave alla persona, quanto la pressione psicologica esercitata dalle circostanze esterne sul soggetto agente, tale da non consentire una piena e consapevole traduzione della propria volontà in azione.
Allora, nell'ipotesi di cd. soccorso di necessità, il fatto può essere scusato, solo se la rappresentazione del pericolo che incombe sul terzo abbia determinato un'influenza significativa sul processo motivazionale dell'agente. Altrimenti deve riconoscersi la colpevolezza del soggetto.

2.4. La doppia anima dello stato di necessità: scriminante e scusante

Un'altra impostazione teorica riconosce allo stato di necessità una duplice natura: elimina l'antigiuridicità del fatto, quando il bene salvaguardato è di maggior valore rispetto a quello sacrificato; esclude la colpevolezza, nel caso di equivalenza tra i due beni.
In ciò sta la differenza di maggior rilievo: se lo stato di necessità è una scriminante, allora il fatto è lecito per effetto dell'applicazione del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico; se, invece, è una scusante, allora il fatto resta illecito, ma il soggetto viene scusato, appunto, perché il suo processo motivazionale è stato alterato da circostanze esterne che sfuggono alla sua sfera di controllo.

2.5. Gli elementi dello stato di necessità

Esaurita la disamina delle tre principali correnti di pensiero circa la natura e il fondamento dello stato di necessità, occorre ricostruirne gli elementi costitutivi.
Essi, ovviamente, si ricavano dal precetto, chiarito dall'esegesi consolidatasi in giurisprudenza.
Oltre alla costrizione, su cui si incentra il dibattito dottrinale, la legge richiede che sussista un pericolo attuale, cioè già presente al momento del fatto.
Si riscontrano sia pronunce più rigorose, che pretendono che il pericolo sia incombente, sia pronunce più elastiche, che si riferiscono ad una minaccia ragionevole di una causa prossima di danno.
Il pericolo de quo deve avere ad oggetto un danno grave alla persona.
Il danno pacificamente è ingiusto: è vero che la disposizione normativa non lo specifica, ma può ritenersi requisito implicito, giacché il legislatore non potrebbe legittimare una condotta diretta ad ostacolare un fatto compiuto in condizioni lecite.
È opinione diffusa che nell'intenzione del legislatore la nozione di danno grave sia essenzialmente riferibile a beni primari come la vita e l'integrità fisica.
Nondimeno, l'accento che oggi l'ordinamento appone sulla tutela della persona umana conduce ad un'interpretazione evolutiva di tale concetto, sino ad estenderlo ad altri beni come la libertà personale, fisica, morale e sessuale, la riservatezza, il pudore e l'onore.
Ed è qui che si inserisce la questione oggetto del presente contributo: gli interpreti si sono domandati se l'estensione della locuzione "danno grave alla persona" possa spingersi a ricomprendere persino il bisogno economico

e, dunque, applicare l'esimente dello stato di necessità anche ai casi di occupazione di alloggi disabitati.

L'eventuale risposta affermativa a questo quesito, però, da sola non sarebbe sufficiente, poiché debbono sussistere due ulteriori elementi, uno positivo e l'altro negativo: la proporzione tra il fatto commesso e il pericolo e la non volontaria causazione del pericolo medesimo da parte dell'agente.

A bene vedere, si tratta di coordinate difficili da declinare in ipotesi di occupazione abusiva di immobile.

3. Il reato di occupazione abusiva di immobile: l'art. 633 c.p.

3.1. Analisi del reato

L'art. 633 c.p. si inserisce nel libro dedicato ai delitti contro il patrimonio ed è rubricato "invasione di terreni o edifici".

Si tratta di un reato comune che si configura quando un soggetto invade arbitrariamente, cioè senza autorizzazione del proprietario o di chi ne fa le veci, terreni o edifici altrui, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto.

La mera intrusione nell'altrui proprietà privata, invero, rileva come illecito civile: la previsione del dolo specifico consente alla fattispecie elaborata dal legislatore di superare il vaglio di offensività e di giustificare in termini di necessarietà la tutela penale.

La norma ha subito una recente modifica ad opera del cd. decreto sicurezza 2018 (D.L. n. 113/2018 convertito con L. n. 132/2018): non è stata alterata la struttura della fattispecie, ma è stato inasprito il trattamento sanzionatorio ed è stata riveduta l'aggravante per l'ipotesi concorsuale. In particolare, la previgente disposizione sanzionava più aspramente la realizzazione in concorso del reato, qualora posta in essere da più di cinque persone e purché almeno una di queste fosse armata in modo evidente ovvero da più di dieci persone; l'attuale formulazione, invece, attribuisce rilievo autonomo alla commissione del reato da parte di più di cinque concorrenti, a prescindere dall'impiego di armi.

4. La sussistenza dello stato di necessità in caso di occupazione abusiva di immobile

4.1. L'astratta configurabilità

Si procede ad un esercizio di ragionamento giuridico, vestendo i panni di un giudice di merito.

Poniamo che gli adulti di una famiglia di quattro persone abbiano appena perso il lavoro a causa della pandemia e di conseguenza siano stati sfrattati dalla propria abitazione. Il Comune di riferimento non risponde tempestivamente alle richieste di aiuto o comunque non ha a disposizione soluzioni da offrire. Dopo un paio di notti trascorse a dormire nella propria autovettura, la famiglia individua un appartamento disabitato e vi si introduce, occupandolo.

I proprietari dell'abitazione sono

temporaneamente assenti, ma al loro rientro riscontrano di essere stati illegittimamente spossessati.

Da un lato la famiglia invoca lo stato di necessità; dall'altro, i proprietari dell'immobile reclamano la tutela del loro diritto di proprietà (art. 42 Cost.).

È indubbio che siano integrati tutti gli elementi della fattispecie descritta dall'art. 633 c.p.; il giudice deve, allora, accertare se sussistano i presupposti per riconoscere lo stato di necessità e assolvere gli imputati.

Secondo l'attuale tendenza interpretativa, il diritto penale tutela beni costituzionalmente orientati: ciò significa che spetta all'interprete stabilire il bene salvaguardato dagli imputati sia presidiato dalla Costituzione.

L'art. 3 comma 1 Cost. sancisce che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale. L'assetto antropocentrico della Costituzione italiana induce ad interpretare il concetto di dignità sociale come diritto di ogni uomo ad essere trattato come tale, quale che sia il rapporto nel quale esso si venga a trovare.

L'art. 36 Cost., poi, in materia di diritto al lavoro stabilisce che la retribuzione deve essere sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

Orbene, la Costituzione non menziona espressamente un diritto supremo ed inviolabile alla dignità. Tuttavia, non si tratta di una lacuna, bensì di una precisa presa di posizione: non è necessario che la Costituzione riconosca espressamente il diritto alla dignità umana, giacché essa è imprescindibile e trascendente.

Infatti, l'intero sistema costituzionale è improntato a garantire e valorizzare la dignità della persona. Ciò trova conferma nella disposizione di cui all'art. 2 Cost., che garantisce la tutela dei diritti inviolabili della persona e impone il dovere di solidarietà.

La lesione alla dignità di per sé non integra un danno grave alla persona, a meno che non si declini in uno specifico valore.

Nel caso specifico, per esempio, il danno grave alla persona può riferirsi al diritto all'abitazione, in quanto l'esigenza di un alloggio rientra fra i bisogni primari della persona[5].

All'estensione della nozione di tale elemento costitutivo fa da contraltare una più stretta e rigorosa interpretazione degli altri requisiti, ossia la necessità e l'inevitabilità, giacché i diritti dei terzi non possono essere compressi, se non in comprovate condizioni eccezionali.

Ebbene, è sotto il profilo dell'attualità del pericolo che occorre seguire una linea interpretativa più restrittiva.

Nell'esempio illustrato in questa sede, trattandosi di una situazione contingente, si può sostenere la sussistenza di un pericolo attuale di un danno grave alla persona non altrimenti evitabile, stante l'impossibilità da parte dell'ente locale preposto di rispondere all'emergenza abitativa.

Nondimeno, l'accertamento deve essere operato caso per caso, valutando tutte le

[5] Cass. Pen. Sez. II, 27 giugno 2007, n. 35580.

peculiarità di ogni singola situazione.

4.2. L'evoluzione giurisprudenziale

Prima di esaminare la casistica giurisprudenziale sviluppatasi sulla questione de qua, occorre una premessa: in giurisprudenza prevale la qualificazione dello stato di necessità come causa di giustificazione, sicché nella seguente trattazione si seguirà tale indirizzo interpretativo.

La questione non è nuova alla giurisprudenza di legittimità[6].

L'orientamento prevalente è consolidato nel riconoscere la sussistenza dell'esimente dello stato di necessità soltanto in casi di assoluta emergenza e necessità.

Sin dal 2007, invero, la Corte di Cassazione da un lato ha accolto un'interpretazione estensiva del concetto di danno grave alla persona, ricavandolo dalla disposizione di cui all'art. 2 Cost. e, dall'altro lato, ha ribadito costantemente che l'operatività della causa di esclusione della pena presuppone gli ulteriori elementi costitutivi dell'assoluta necessità della condotta e dell'attualità ed inevitabilità del pericolo.

A tal proposito, la Suprema Corte ha puntualizzato che la scriminante non può coincidere con l'esigenza dell'agente di reperire un alloggio, risolvendo così i problemi abitativi[7].

Infatti, l'art. 54 c.p. postula che al momento della condotta contra ius il pericolo sia imminente e, dunque, individuato e circoscritto nel tempo e nello spazio. Le situazioni caratterizzate da cronicità, cioè quelle datate e destinate a protrarsi nel tempo chiaramente non si conciliano con il concetto di imminenza del pericolo.

Come affermato dai giudici di legittimità, se in tali casi si riconoscesse la configurabilità dello stato di necessità, "si effettuerebbe una torsione interpretativa del dettato legislativo, in quanto si opererebbe una inammissibile sostituzione del requisito dell'attualità del pericolo con quello della permanenza, alterando così il significato e la ratio della norma che, essendo di natura eccezionale, necessariamente va interpretata in senso stretto"[8].

Peraltro, nell'ipotesi di occupazione abusiva di immobile altrui il bene giuridico offeso è il diritto di proprietà del terzo: l'art. 42 Cost. sancisce che la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge e che può essere espropriata solo nei casi previsti dalla legge e per motivi di interesse generale. Ciò implica che se si ammettesse tout court l'operatività della scriminante di cui all'art. 54 c.p. in tutte le situazioni di emergenza abitativa, si verificherebbe un esproprio senza indennizzo ovvero un'alterazione della destinazione della proprietà al di fuori di ogni procedura legale o convenzionale.

Recentemente la Suprema Corte[9] ha affrontato un caso non dissimile dall'esempio presentato nel paragrafo

[6] La questione era stata affrontata già da Cass. Pen. Sez. III, 18 marzo 1983, n. 5924.
[7] Cass. Pen. Sez. II, 21 dicembre 2011, n. 4292.
[8] Cass. Pen. Sez. II, 3 maggio 2013, n. 19147.
[9] Cass. Pen. Sez. II, 16 dicembre 2021, n. 46054.

precedente. Invero, i ricorrenti avevano invocato davanti al giudice d'appello il riconoscimento dello stato di necessità, rinvenibile nell'impellente bisogno di garantire l'abitazione ai figli minori dopo lo sfratto per morosità e nell'impossibilità di attendere il compimento della procedura di assegnazione degli alloggi di edilizia popolare.

Il collegio di legittimità, dopo aver confermato che il danno grave alla persona richiesto dall'art. 54 c.p. può consistere nella compromissione del diritto di abitazione ovvero di altri diritti fondamentali della persona riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. e aver al contempo ribadito l'indefettibilità dei requisiti della necessità della condotta e dell'inevitabilità del pericolo, ha rilevato un difetto di motivazione nella sentenza impugnata. In particolare, il giudice d'appello aveva negato la sussistenza della scriminante sulla scorta dell'asserita insufficienza delle precarie condizioni economiche dei ricorrenti e della complessiva inidoneità del compendio probatorio raccolto.

Quanto all'onere probatorio, si ritiene che pure per lo stato di necessità valga la regola generale di cui all'art. 530 comma 3 c.p.p.: l'imputato, allora, è gravato da un mero onere di allegazione che, qualora soddisfatto, trasferisce in capo alla pubblica accusa l'onere della prova quanto all'insussistenza della scriminante medesima[10].

5. Considerazioni conclusive

A fronte dell'eventuale esclusione della configurabilità dello stato di necessità in caso di occupazione abusiva di immobile altrui, motivata da un'emergenza abitativa, permane una strada alternativa che consente quantomeno di ristabilire la giustizia: l'istituto di cui all'art. 131bis c.p.

Invero, la fattispecie di cui all'art. 633 c.p. è pacificamente compatibile – perlomeno in astratto – con la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Ça va sans dire, oltre al presupposto oggettivo del limite edittale devono altresì sussistere gli altri requisiti da accertare e valutare secondo i criteri di cui all'art. 133 c.p.: le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo, tali da determinare un'offesa di particolare tenuità.

Ciò significa che la rinuncia alla pretesa punitiva trova spazio soltanto nelle ipotesi in cui l'occupazione dell'abitazione altrui sia avvenuta con modalità tali da arrecare il minor danno possibile ai beni e soprattutto senza l'uso di violenza, armi o minacce.

Orbene, non si tratta di mera speculazione teorica, giacché si registrano alcune pronunce in cui i ricorrenti avevano invocato sia lo stato di necessità sia l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, alla stregua di quanto accade nel processo civile nel rapporto tra domanda principale e domanda subordinata[11].

[10] Cass. Pen. Sez. II, 9 dicembre 2020, n. 35024

[11] Si veda, ad esempio: Cass. Pen. Sez. II, 18 settembre 2020, n. 26225.

AMMINISTRATIVO

Raggruppamento Temporaneo di Imprese e modifiche soggettive in fase di gara

di Vincenza Sara Castaldo

1. RTI prima e dopo il "codice appalti"

I raggruppamenti temporanei di imprese, o associazioni temporanee, sono forme di cooperazione contemporanea ed occasionale tra imprese poste in essere per realizzare congiuntamente un'opera o un affare complesso. Si tratta per lo più di grandi opere pubbliche che superano le capacità operative della singola impresa ma che nel contempo presentano caratteristiche tali da consentire il concorso di più imprese distinte nella loro realizzazione.

Giuridicamente, se le imprese partecipano alla gara attraverso una società o un consorzio, saranno tali organismi aggiudicatari dell'appalto e non le singole imprese che intendono cooperare nell'esecuzione dell'opera.

Nella prassi contrattuale, le imprese interessate si presentano come imprese distinte ma collegate, si obbligano congiuntamente ad eseguire l'opera complessiva affidando a una di esse, definita impresa capogruppo o capofila, il compito di gestire unitariamente i rapporti con il committente e di coordinare i lavori nella fase esecutiva. Nel contempo ciascuna impresa conserva piena autonomia giuridica ed economica nel compimento della parte dell'opera o della specifica prestazione da essa direttamente assunta e risponde direttamente nei confronti del committente per la parte di propria competenza[1].

Il raggruppamento temporaneo di imprese disciplinato dal codice degli appalti pubblici si fonda su un mandato collettivo con rappresentanza conferito dalle imprese che intendono partecipare alla gara di appalto ad una di esse qualificata capogruppo. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata ed è per legge gratuito. In base a tale mandato la capogruppo è ammessa a formulare un'unica offerta, in nome e per conto proprio e delle altre imprese riunite.

Per assicurare all'ente pubblico committente un unico interlocutore per tutta la durata dell'appalto, la capogruppo conserva la veste di rappresentante per tutto tale periodo. Il mandato conferito alla capogruppo è infatti irrevocabile e la revoca anche per giusta causa non ha effetto nei confronti del soggetto appaltante.

Il codice dei contratti pubblici, Dlgs 50/2016 ha innovato significativamente la previgente disciplina del d.lgs. 263/2006.

In particolare l'art 48, al comma 1 dispone che il raggruppamento temporaneo di

[1] Campobasso G.F., Diritto commerciale 1, Diritto dell'impresa, pag. 288.

imprese di tipo verticale è una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono i lavori come definiti dall'art 3, comma 1 lettera oo-ter, assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria[2].

In relazione ai lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'art 84 sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale[3].

Il comma 8 dell'art 48 dispone che è consentita la presentazione di offerte da parte di soggetti di cui all'art 45 comma 2 lett d) ed e) anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario: questi, poi, stipulerà il contratto in nome e per conto proprio dei mandanti[4].

La grande novità della norma in esame è al comma 9, che dispone che è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impiego risultante in sede di offerta; l'inosservanza dei divieti di cui al menzionato comma 9 comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto.[5]

Ulteriore elemento che è di fondamentale importanza per la disamina dell'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese per comprendere la vecchia e l'attuale disciplina, è il comma 17 dello stesso articolo 48 Dlgs 50/2016.

Salvo quanto disposto dall'art 110 comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo oppure di procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario o, ancora, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte,

[2] Comma 1 del Dlgs 50/2016
[3] Comma 6 del Dlgs50/2016
[4]Comma 8 del Dlgs 50/2016
[5] Comma 10, Dlgs 50/2016

interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo oppure in caso di perdita in corso di esecuzione dei requisiti di cui all'art 80, o, infine, nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni, la stazione appaltante deve recedere dal contratto.[6]

Queste previsioni trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara.

2. Requisiti di partecipazione ad una gara

Al fine della partecipazione ad una procedura di selezione per l'affidamento di contratti pubblici, gli operatori economici devono dimostrare di essere in possesso di precisi requisiti, idonei a dimostrare il possesso di capacità adeguate, secondo quanto previsto dal Codice dei Contratti (d. lgs. n. 50/16). I requisiti prescritti dalla legge possono essere di ordine generale o di ordine speciale, essi inoltre,[7] devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. È l'articolo 80 che elenca i requisiti generali la cui mancanza ha come conseguenza l'immediata esclusione della gara: riguardano l'affidabilità morale e professionale del partecipante alla gara d'appalto. Rientra, ad esempio, tra i requisiti di ordine generale l'assenza di violazioni definitivamente accertate di natura fiscale, contributiva, assistenziali ovvero riferite a riciclaggio o frodi. Al contrario, i requisiti speciali provano la capacità economica e l'esperienza tecnica e professionale del concorrente che partecipa ad una procedura di selezione pubblica. Tali requisiti sono mutevoli a seconda della gara in questione; la loro portata cambia in base alle esigenze della stazione appaltante che dimostra una grande discrezionalità sul punto.

La norma originaria[8] ha subito modifiche che hanno comportato una apertura e sono sfociate nella possibilità di modificare gli elementi soggettivi dei raggruppamenti temporanei di imprese anche in fase di gara. Nello specifico, il legislatore, con l'art. 32, comma 1, lett. h) d.lgs. n. 56 del 2017, c.d. correttivo al codice, è intervenuto aggiungendo ai commi 17 e 18 del citato art. 48 la frase "ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80"; in tal modo, si sono ampliate le sopravvenienze in grado di determinare la

[6] Comma 17 Dlgs 50/2016

[7] come specificato dal Consiglio di Stato, sezione terza, Sentenza 12 dicembre 2018, n. 7022,

[8] Art 48 Dlgs 50/2016

modifica in senso soggettivo del raggruppamento anche ai casi di perdita dei requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici, precisando che l'ambito rilevante era, pur sempre, quello della esecuzione del contratto di appalto. Contestualmente, al suddetto art. 48 veniva aggiunto il comma 19-ter del seguente tenore: "Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara".[9]

3. Adunanza Plenaria 25/02/2022 e modifiche soggettive RTI

Va detto che i commi 17, 18 e 19 dell'art 48 Dlgs 50/2016, introducono molteplici e ampie deroghe al principio di immodificabilità dei raggruppamenti temporanei di impresa così da elidere grandemente la portata del principio di immodificabilità dei raggruppamenti affermato dal co. 9 del medesimo articolo.

Ebbene, la vicenda esaminata riguarda l'esclusione di un RTI la cui mandante aveva perso in corso di gara i requisiti soggettivi. Più in particolare, il Presidente del Consiglio di Amministrazione della società mandante era stato sottoposto a misura cautelare nell'ambito di un giudizio penale e l'Amministrazione ha ritenuto rilevante detto accadimento per dimostrare l'inaffidabilità dell'impresa configurandosi un caso di "grave illecito professionale" ex art. 80 comma 5 lett. c). Il Raggruppamento aveva contestato la propria esclusione sotto molteplici profili, tra cui quello che la stazione appaltante non aveva concesso la possibilità di modificare la composizione del RTI. Dopo aver ricevuto il provvedimento di esclusione, il Raggruppamento aveva chiesto la facoltà di ridurre la propria compagine estromettendo l'impresa mandante che aveva perso i requisiti di ordine generale. Il presupposto era che l'impresa capogruppo mandataria da sola fosse in grado di assolvere al possesso integrale dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara[10].

Giova rammentare che l'Adunanza Plenaria - investita della questione della sostituibilità in corso di gara dell'impresa mandataria fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese (c.d. sostituzione per addizione)- , con la Sentenza 27 maggio 2021, n. 10, già aveva affermato che "*nella sola fase di esecuzione … il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. h, del d.lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti – non*

[9] Ora dunque le sopravvenienze descritte dai commi 17 e 18 (oltre che dal comma 19, riferito alla vicenda del recesso di una delle componenti del raggruppamento) hanno assunto rilevanza non più solamente nella fase esecutiva del contratto, ma anche nella fase di gara.

[10] L'Amministrazione non aveva dato alcun riscontro alla richiesta. La sentenza merita attenzione poiché è una delle prime pronunce che fanno applicazione del principio secondo cui le modifiche soggettive in corso di gara previste dal comma 19-ter dell'art. 48 non contemplano anche quelle discendenti dalla perdita di uno dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice dei contratti.

essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara … – possa giustificare la modifica soggettiva, ma sempre e solo interna al raggruppamento perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco ex post all'aggiramento delle regole della trasparenza e della concorrenza, che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione". Quindi, si è consentita la modifica dell'R.T.I. per sottrazione e non quella per addizione che equivale all'ingresso nel raggruppamento di un'impresa ulteriore rispetto a quelle previste originariamente. In merito, si è affermato: "*la modifica sostitutiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario*".

Nel caso di specie viene in rilievo un'ulteriore questione relativa alla modifica soggettiva dell'RTI. In particolare, si discute di un'antinomia normativa tra i commi 17 e 18 e il comma 19 ter della norma in questione. La Plenaria così descrive la questione: "*i commi 17 e 18, nella loro originaria formulazione, si occupavano di specifiche sopravvenienze, quali la sottoposizione a procedura concorsuale (fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione), ovvero, nel caso di imprenditore individuale, la morte, l'interdizione e l'inabilitazione, ovvero ancora i "casi previsti dalla normativa antimafia".*

In tali ipotesi, le disposizioni predette consentivano, rispettivamente, la prosecuzione del rapporto di appalto con altro operatore in qualità di mandatario, purché in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire e, nel caso di sopravvenienza relativa ad una delle mandanti, consentivano l'indicazione da parte del mandatario di altro operatore economico subentrante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, prevedendo altresì che, in caso di mancata indicazione, fosse lo stesso mandatario tenuto all'esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché in possesso dei requisiti adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Il riferimento, in entrambe le disposizioni, ai "lavori ancora da eseguire" rendeva chiaro – come sottolinea anche l'ordinanza di rimessione – "che la fase cui le disposizioni avevano riguardo era quella di esecuzione del contratto di appalto".

A fronte di ciò, l'art. 32, comma 1, lett. h) del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 ha introdotto nel testo dell'art. 48, per quel che interessa nella presente sede, due modifiche:

- la prima nei commi 17 e 18, aggiungendo alle sopravvenienze già ivi presenti anche il "caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80";

- la seconda, consistente nell'introduzione del comma 19-ter, il quale prevede che "le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara".

Per un verso, dunque, il riferimento espresso al "corso dell'esecuzione", contenuto nei commi 17 e 18, farebbe propendere per ritenere l'ipotesi di "perdita dei requisiti di cui all'art. 80", come limitata ad una sopravvenienza che si verifichi in quella fase; per altro verso, l'ampia dizione del comma 19-ter rende applicabili tutte le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 (quindi anche la predetta "perdita dei requisiti di cui all'art. 80"), anche in fase di gara".

L'Adunanza plenaria chiarisce che si tratta di un'antinomia assoluta tra norme che si verifica quando nessuna delle due norme può essere applicata alla circostanza considerata senza entrare in conflitto con l'altra.

Il criterio interpretativo utile a risolvere l'antinomia è rinvenuto nei principi di interpretazione secondo ragionevolezza ovvero secondo Costituzione (o costituzionalmente orientata), cui peraltro lo stesso criterio di ragionevolezza (riferibile all'art. 3 Cost.) si riporta.

Si rileva come "*una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara, per un verso introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata; per altro verso, perverrebbe ad un risultato irragionevole nella comparazione in concreto tra le diverse ipotesi, poiché sarebbe consentita la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerate più gravi – secondo criteri di disvalore ancorati a valori costituzionali che l'ordinamento deve tutelare, come certamente quella inerente a casi previsti dalla normativa antimafia - rispetto a quelli relative alla perdita di requisiti di cui all'art. 80. Inoltre, si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese in sé "incolpevoli", riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di "responsabilità oggettiva", ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di culpa in eligendo".*

La Plenaria richiama adesivamente l'ordinanza di rimessione nella parte in cui aveva considerato che "*nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisii di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato*".

L'Adunanza Plenaria ritiene, allora, che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di

gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice. Ne consegue che, laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provveda ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione.

Conclusivamente, la Plenaria afferma il seguente principio di diritto: "*la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice*".

4. Conclusioni

Dunque, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria riveste una fondamentale importanza nell'interpretazione di cardinali principi amministrativi nell'ambito dei contratti pubblici.

Se il background normativo intende affermare la massima partecipazione delle imprese, in condizione di parità, ai procedimenti di scelta del contraente[11], una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80 codice dei contratti pubblici, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma nemmeno percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni[12].

I principi di diritto ora espressi dall'Adunanza Plenaria sembrano risolvere conflitti giurisprudenziali che fino a questo momento non avevano trovato una definizione piana e lineare, dal momento che nelle precedenti pronunce nulla era stato enunciato riguardo a detti principi di diritto anche alla luce del diritto extraeuropeo.

[11] Favorirne la potenzialità di accedere al contratto, al contempo tutelando l'interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta conseguente alla pluralità di offerte

[12] Come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contrati pubblici).

Schede di Giurisprudenza

CIVILE

Assicurazione - polizza sulla vita stipulata a favore di "eredi legittimi"

di Mariaflorica Sammartino

Cassazione Civile Sez. Unite 30/04/2021 n. 11421

Quesito

In caso di assicurazione sulla vita a favore di terzo, quale valore va attribuito alla clausola che indica come beneficiari del contrante i propri "eredi legittimi" ?

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la pronuncia n. 11421 del 30/04/21, ha posto fine all'annoso dibattitto sussistente in giurisprudenza in ordine alla corretta interpretazione da rendere alla clausola "eredi legittimi" volta ad individuare i soggetti beneficiari di una polizza assicurativa sulla vita.

Nello specifico l'ordinanza di rimessione della III Sezione Civile della Corte di Cassazione n. 33195 del 2019 poneva i seguenti quesiti: a) quali soggetti vanno identificati con la clausola "eredi legittimi" in sede di stipula del contratto di assicurazione sulla vita; b) quale interferenza determina la designazione ereditaria compiuta de cuius sulla individuazione contrattuale effettuata dei beneficiari "eredi legittimi"; c) quali criteri vanno applicati in ordine alla ripartizione dell'indennizzo assicurativo.

Il dibattito, su cui verteva l'ordinanza interlocutoria, si diramava in due contrapposti orientamenti, i quali dalla differente interpretazione che attribuivano ai beneficiari della polizza identificati con la clausola "eredi", collocavano la fonte dell'attribuzione patrimoniale nell'alveo del rapporto contrattuale ovvero della successione. La diversa lettura non è fine a sè stessa, sicché la stessa genera una differente qualificazione soggettiva dei soggetti beneficiari della polizza assicurativa e una differente attribuzione in fase di liquidazione dell'indennizzo. Nello specifico, l'applicazione della disciplina contrattuale consente di ripartire l'indennizzo in parti uguali tra i soggetti designati come beneficiari nel contratto; di contro l'applicazione della disciplina successoria comporta una ripartizione

della liquidazione dell'indennizzo secondo il grado in cui ciascun erede succede.

Un primo orientamento giurisprudenziale sostiene che al contratto di assicurazione sulla vita si applichi la disciplina dell'art. 1920, comma 3, c.c. riconducibile alla figura del contratto a favore del terzo, il quale acquisisce vantaggi non in forza della stipulazione ma della designazione. Da quest'ultima, i beneficiari traggono un diritto alla prestazione che trova il proprio titolo e la fonte regolatrice nel contratto, da ripartire in parti uguali, sicché solo ove la designazione dei beneficiari risulti incerta, o in difetto di quella specifica, allora sarebbe possibile ricorrere a quella impersonale di eredi secondo la disciplina legittima o testamentaria (Cass. Civ. n. 9388 del 1994; Cass. Civ. n. 1779 del 1977).

Pertanto, in presenza di una specifica designazione non possono trovare applicazione le disposizioni mortis causa in materia di devoluzione ereditaria, in quanto i beneficiari acquisiscono l'indennità assicurativa iure proprio e non iure successionis in ragione di un diritto che trova la propria fonte nel contratto stesso. Lo stipulante di una polizza assicurativa designa come beneficiari coloro che risultano eredi al momento della sottoscrizione del contratto e che potrebbero assumere la qualità di eredi secondo le disposizioni di legge al momento della stipula.

Dunque, il contratto contenente la clausola "eredi legittimi", volta ad individuare i beneficiari dell'indennizzo della polizza assicurativa, dovrebbe riguardare i soggetti che possono definirsi eredi ed in virtù di siffatta qualità avrebbero diritto alla ripartizione dell'indennizzo in parti uguali senza che si applichi la disciplina in materia successoria (Cass. Civ. n. 9388/1994 ; Cass. Civ. n. 15407/2000).

Di contro, un diverso orientamento giurisprudenziale ritiene che la detta interpretazione contrasterebbe con il senso letterale della parola "erede" che, non solo, riguarderebbe i legittimati alla successione ma imporrebbe anche di seguire i criteri di attribuzione coerenti con il loro grado, secondo la disciplina contenuta nel testamento o, in subordine,

in base ai criteri della successione legittima. Tanto troverebbe conferma allorché i beneficiari del contratto di assicurazione vengano individuati non con una clausola generica "eredi" ma con una più specifica "eredi legittimi o testamentari" (Cass. Civ., n. 1910/2015).

Normativa

La disciplina della polizza assicurativa è riconducibile al contratto a favore del terzo ex art. 1411 cc il quale però acquisisce un diritto per effetto della designazione di cui all'art. 1920 rubricato "assicurazione a favore di un terzo", secondo cui "*è valida l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo. La designazione del beneficiario può essere fatta nel contratto di assicurazione, o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, o per testamento; essa è efficace anche se il beneficiario è determinato solo genericamente. Equivale a designazione l'attribuzione della somma assicurata fatta nel testamento a favore di una determinata persona. Per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione*".

L'inquadramento giuridico dell'istituto secondo le Sezioni Unite

La designazione del terzo è una componente essenziale del contratto di assicurazione, quale atto inter vivos, che attribuisce un diritto al beneficiario posticipandone gli effetti al momento della morte dello stipulante. La posticipazione degli effetti trasmette i diritti derivanti dalla titolarità dei vantaggi dell'assicurazione al beneficiario non iure proprio ma iure hereditatis, subentrando anche nel grado di successione.

La qualità di erede comporta l'identificazione con coloro che ai sensi dell'art. 457 c.c. rivestano tale qualità. È possibile che il *de cuius* in vita abbia identificato con eredi legittimi coloro che saranno i beneficiari della polizza assicurativa e successivamente abbia predisposto atti testamentari, i quali allorché non risulti una volontà diversa nei due *atti inter vivos e mortis causa* non sono sovrapponibili essendo del tutto autonomi. Senonchè la designazione dei beneficiari come eredi induce da un lato a indentificare i soggetti legittimati a succedere ma dall'altro, essendo la polizza assicurativa un atto *inter vivos*, nega l'operatività della comunione ereditaria tipica degli atti *mortis causa*.

Dunque dalle disposizioni di cui all'art.

1920, 1921, 1923 si evince una libertà contrattuale in favore dello stipulante con riferimento alla disegnazione dei beneficiari i quali acquisiscono benefici dal patrimonio assicurativo e non dall'asse ereditario.

La designazione dei destinatari definiti come "eredi legittimi" ne comporta l'identificazione con i soggetti che rivestono tale qualità in forza della delazione ereditaria prescelta dal contrente, indipendentemente dall'accettazione o rinunzia al momento della vocazione.

Pertanto non sono contrapponibili le eventuali disposizioni testamentarie compiute dal contraente successivamente alla designazione dei beneficiari del contratto di assicurazione, salvo non ne derivi una diversa volontà. Qualora uno dei soggetti beneficiari premuoia, si applicheranno le norme sulla rappresentazione di cui all'art 467 c.c., subentrando gli aventi diritto nello stesso grado e con diritto alla stessa quota di ripartizione. Infatti, si osserva che lo stipulante, avrebbe ben potuto identificare la diversa modalità di ripartizione dell'indennizzo della polizza, sicché in assenza di una diversa volontà si presume che con la clausola "eredi legittimi" abbia inteso riferirsi si suoi successori e a coloro che subentreranno per rappresentazione.

Soluzione

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la pronuncia in commento ha quindi stabilito che la definizione generica di "eredi" di un contratto di assicurazione sulla vita comporta l'acquisto di un diritto proprio da parte di coloro che al momento della morte del contraente rivestono tale qualità in forza della designazione, quali creditori della prestazione. Dunque, essi concorrono all'indennizzo, in forza della eadem causa obligandi, in parti uguali, non trovando applicazione le norme in materia di successione ereditaria, salvo l'ipotesi in cui lo stipulante non esprima una volontà differente.

Nel caso in cui si verifichi la circostanza che uno dei creditori premuoia al contraente, subentreranno gli eredi del premorto in proporzione della quota

spettante al premorto, salvo che il contrente non revochi il beneficio o non decida di esprimere una volontà diversa.

Pillole di Diritto

a cura di Luca Cestaro

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

Civile

La pillola di diritto del 16.2.2022

Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli.

A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi

#contrattoautonomogaranzia #exceptiodoli #abusodeldiritto

Corte appello Roma, sez. I civile, sentenza n. 6316 del 29/09/2021.

La pronuncia in commento offre degli ottimi spunti di riflessione rispetto alla tematica del contratto autonomo di garanzia e alla proposizione dell'exceptio doli ad opera del garante.
Preliminarmente, occorre chiarire che il contratto autonomo di garanzia rappresenta un modello negoziale atipico caratterizzato dalla clausola "pagamento a prima richiesta e senza eccezioni", la quale differisce significativamente dalla clausola "solve et repete", con cui il garante si obbliga, prima, ad adempiere la prestazione e solo successivamente a sollevare le eventuali eccezioni. Quest'ultima clausola, quindi, è volta ad evitare che la proposizione delle eccezioni pregiudichi la tempestività dell'adempimento dell'obbligazione.
Diversamente, la clausola "pagamento a prima richiesta e senza eccezioni" postula che il garante è chiamato ad assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del creditore direttamente non potendo addure le eccezioni sottese al rapporto tra creditore e debitore.
Diversamente da quanto attiene al contratto di fideiussione che si caratterizza dall'accessorietà, come confermato dagli articoli 1939 e 1945 c.c., il contratto autonomo di garanzia postula un'astrazione sostanziale tra il rapporto garante- garantito e garante- creditore.
Ciò implica che il garante potrà opporre le eccezioni letterali sottese al rapporto di garanzia, oltre quelle fondate su distinti rapporti personali che lo legano alla controparte.
Pertanto, restano opponibili esclusivamente le eccezioni fondate sul rapporto di valuta.
Tuttavia, la giurisprudenza ha evidenziato che il garante possa rifiutare il pagamento opponendo alla controparte l'excepetio doli generalis, nel caso in cui l'infondatezza della pretesa appaia manifesta ed incontrovertibile.
Infatti, proprio sulla liquidità della prova resa dal garante, la pronuncia chiarisce che: "In tema di contratto autonomo di garanzia, l'abusività della richiesta di garanzia ai fini dell'accoglimento dell''exceptio doli' deve risultare prima facie o comunque da una prova cd liquida cioè di pronta soluzione che il garante è tenuto a fornire, mentre

non possono essere addotte a suo fondamento circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile dal debitore garantito al creditore beneficiario della garanzia, in ragione dell'inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale. Con particolare riferimento ai rapporti bancari è stato statuito che "nel contratto autonomo di garanzia il garante è legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative. Ne consegue che può essere sollevata nei confronti della banca l'eccezione di nullità della clausola anatocistica nonché di quella che prevede interessi usurari, atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta".

Penale

La pillola di diritto del 20.02.2022

Calcolo della recidiva infraquinquennale.

A cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.

#recidivaaggravata #circostanzaaggravante #art.99c.p.

Corte di Cassazione, sez. II penale, sentenza n. 32785 del 13/07/2021.

La pronuncia in commento chiarisce che ai fini del riconoscimento della recidiva aggravata, il dies a quo decorre dal passaggio in giudicato della sentenza relativa al reato presupposto.
Preliminarmente, occorre chiarire che la recidiva costituisce una circostanza aggravante, inerente alla persona del colpevole, funzionale a determinare un aumento di pena a carico del soggetto che abbia commesso un delitto non colposo, dopo essere stato condannato per altro delitto non colposo.
L'articolo 99 del codice penale disciplina cinque ipotesi di recidiva.
In particolare, il primo comma dell'articolo 99 c.p. sancisce la c.d. recidiva semplice, la quale si configura quando l'agente, in seguito ad una condanna definitiva per un delitto non colposo ne commette un altro – sempre doloso o preterintenzionale- di qualsiasi specie o gravità, sempre che siano decorsi cinque anni dalla precedente condanna. In tal caso, la pena può essere aumentata nella misura fissa di un terzo.
La recidiva c.d. aggravata – comma 2- postula, invece, un aumento della pena fino alla metà nel caso in cui ricorra una delle seguenti tre ipotesi: 1) recidiva specifica, si realizza allorchè il nuovo delitto non colposo è della stessa indole del precedente, secondo la nozione che si ricava dall'articolo 101 c.p.; 2) recidiva infraquinquennale, la quale ricorre qualora il nuovo delitto non colposo venga commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) la recidiva per il caso in cui il nuovo delitto non colposo sia stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.
Il terzo comma dell'articolo 99 c.p. disciplina, invece, la recidiva pluriaggravata che si configura nell'ipotesi in cui ricorra più di una delle circostanze indicate nel comma 2. Tale tipologia di recidiva comporta l'aumento della pena in misura fissa della metà.
Inoltre, la recidiva reiterata, di cui al comma 4 dell'articolo 99 c.p., viene in rilievo nell'ipotesi in cui il recidivo commetta un nuovo delitto non colposo.

Al riguardo, la misura dell'aumento della pena varia in ragione della forma di recidiva ritenuta nella precedente condanna: se si tratta di recidiva semplice, l'aumento è della metà; se si tratta di recidiva aggravata, l'aumento è di due terzi.

Da ultimo, la recidiva di cui al comma 5 dell'articolo 99 c.p., afferente ai delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lett. a), c.p.p., è stata oggetto di una dichiarazione di incostituzionalità, nella parte in cui prevedeva l'applicazione obbligatoria – nell'an- dell'aumento di pena. Tale automatismo si fondava sulla presunzione legale di pericolosità dell'autore di reati particolarmente gravi quali quelli indicati all'articolo 407, comma 2, lett. a), c.p.p.

La decisione in commento origina dalla difesa dell'imputato che contestava l'applicazione della recidiva infraquinquennale, di cui all'articolo 99, comma 2, n. 2). c.p., essendo decorsi più di cinque anni dalla commissione del precedente reato non colposo.

Al riguardo, il collegio chiarisce che: "ai fini del riconoscimento della recidiva aggravata infraquinquennale, il calcolo dei cinque anni va effettuato avendo riguardo, quanto al dies a quo, non già alla data di commissione dell'ultimo delitto antecedente a quello espressivo della recidiva, bensì a quella relativa al passaggio in giudicato della sentenza avente ad oggetto il medesimo reato presupposto (ex plurimis cfr. Sez. 6, n. 15441 del 17/03/2016, Graviano, Rv. 266547; da ultimo v. Sez. 4, n. 21557 del 05/05/2021, Solinas, non mass.).

Nel caso di specie risulta dal certificato del casellario giudiziale che l'ultima condanna, per il fatto commesso nel 1993, divenne irrevocabile nell'anno 2008, soltanto tre anni prima della commissione del nuovo delitto".

Amministrativo

La pillola di diritto del 02.02.2022

Illegittima la chiusura delle scuole disposta in via amministrativa a livello regionale

#Covid19 #scuole #Regione #Campania

T.A.R. Campania, sez. V, decreto n. 19 del 10.1.2022

1. Ancora una volta la giustizia amministrativa si occupa dei provvedimenti "emergenziali" adottati per contrastare l'avanzare della pandemia. Va detto che, ormai, la giurisprudenza si è assestata sulla prevalenza della competenza statale (v., tra le altre, C.d.S., parere n. 850/2021) tanto sul piano legislativo quanto sul piano amministrativo. Sussiste, infatti, "l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività" (C. Cost. n. 37/2021).
2. Nel caso di specie, con un'ordinanza contigibile e urgente, la Regione Campania ha sospeso la frequenza scolastica fino al 31.1.2022 e ciò nonostante che, a livello nazionale, fosse stata operata una scelta ben diversa ossia tale da garantire la frequenza scolastica pur con l'adozione di numerose misure di cautela.
Il decreto di cui si discute presenta numerosi profili di interesse.
3. In primo luogo, emerge come tali decreti, di norma interinali e, quindi, con effetti assolutamente provvisori, assumano un carattere decisorio in rapporto a fattispecie che si "consumano" in un tempo assai breve. Il rispetto dei termini processuali, infatti, determina che tanto la fase cautelare collegiale quanto, a maggior ragione, il giudizio di merito si celebrino quando i provvedimenti impugnati hanno esaurito la propria efficacia. Com'è noto, in simili occasioni, un'interpretazione "costituzionalmente orientata" al rispetto del diritto di difesa ha ritenuto l'impugnabilità dei decreti pur in presenza di un dato normativo che sembra andare in senso contrario.
4. In secondo luogo, il provvedimento del T.A.R. partenopeo chiarisce ulteriormente che le scelte operate a livello statale non possono essere sovvertite da provvedimenti amministrativi basate su un 'diverso opinamento' delle Autorità regionali e locali.
È bene chiarire che il T.A.R. non entra nel merito delle scelte operate, ma si limita a precisare che il contemperamento tra diritti costituzionali operato a livello

statale e, in questo caso, di norma primaria statale (mediante il D.L. n. 1/2022 dedicato proprio al servizio scolastico in quest'epoca pandemica), non può essere posto nel nulla da un provvedimento amministrativo regionale.

5. La disciplina legislativa specifica esclude la possibilità di emanare ordinanze contigibili e urgenti. In particolare, l'emanazione di un'esplicita disciplina statale "esclude che possa residuare spazio, nei settori considerati, per l'emanazione di ordinanze contingibili che vengano a regolare diversamente i medesimi settori di attività e che, stante la loro astratta natura 'contingibile', presuppongono che non sia possibile individuare una diversa 'regola' della concreta fattispecie, regola, invece, effettivamente, come visto, già esistente, allo stato, in diritto positivo".

Le ordinanze emergenziali "si giustificano nell'ordinamento, e si fanno legge nel caso concreto, solo ove ricorra, oltre all'urgenza, la mancanza di altra regola che abbia previsto la fattispecie e l'abbia regolata; il che non è nel caso all'esame, ove, in via d'urgenza (mediante la fonte normativa primaria del decreto-legge), si è tenuto conto dell'emergenza specifica e si è disciplinato partitamente il settore di attività, preservandolo e garantendone la continuità di esercizio, stante la scelta politico-valoriale pure in detto decreto-legge esplicitata, con l'individuazione delle specifiche modalità del detto esercizio".

6. Il decreto reca, poi, come si è accennato, interessanti considerazioni sulla necessaria prevalenza della scelta discrezionale operata a livello di norma primaria statale – sindacabile solo mediante incidente di costituzionalità - quanto al livello di tutela dell'interesse primario alla salute, individuale e collettiva, e al punto di equilibrio del bilanciamento tra diversi valori (concretati in diritti e interessi dei soggetti dell'ordinamento). In tal senso, il 'diverso opinamento' di altra Autorità "che manifestasse la non condivisibilità, politica e/o giuridica o finanche di complessiva ragionevolezza, dell'intervento legislativo operato non potrebbe giammai essere espresso e fatto valere con provvedimenti amministrativi evidentemente distonici rispetto a detta scelta del legislatore nazionale, giacché pretenderebbe inammissibilmente di individuare un diverso livello di tutela e un diverso punto di equilibrio dei valori in gioco rispetto al legislatore".

Il T.A.R. ha, quindi, sospeso l'efficacia di un provvedimento amministrativo giudicato "palesemente contrastante rispetto alle scelte, politiche, operate a livello di legislazione primaria, peraltro incidente, in maniera così evidentemente impattante, sui livelli uniformi (a livello nazionale) di fruizione di servizi pubblici, tra i quali quello scolastico".

Associazione Culturale

Calamus iuris

La penna del diritto

SEGUICI SU

CALAMUS IURIS

CORSO MAGISTRATURA

SONO APERTE LE ISCRIZIONI PER IL 2021/2022

LE LEZIONI SI TENGONO
OGNI LUNEDì ALLE ORE 16.30

Invia mail a **pennadeldiritto@gmail.com**
per prenotare la tua partecipazione.
LA LEZIONE SARÀ ON LINE.

Per ulteriori informazioni 347 9966161