



# DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562  
ISBN xxx-xx-xxxxx-xx-x



Libellula

[WWW.DEIUSTITIA.IT](http://WWW.DEIUSTITIA.IT)

Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 3 / Luglio 2021 Trimestrale

**DE IUSTITIA** - Rivista giuridica scientifica – [www.deiustitia.it](http://www.deiustitia.it)

**Fondata da:** Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

**Diretta da:** Dott. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

**Direttore responsabile:** Avv. Francesco Boccia

**Comitato scientifico:** Prof.ssa Carla Acocella - Prof. Amedeo Arena - Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia - Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Pres. Francesco Caringella - Prof. Avv. Gianluca Cascella - Avv. Gabriella De Maio - Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Pres. Luigi Maruotti - Dott.ssa Daniela Messina - Dott. Andrea Napolitano - Prof.ssa Anna Papa - Dott. Giacomo Palombino - Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Prof.ssa Laura Solidoro - Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo - Dott. Francesco Zappatore – Dott. Pierluigi Zarra

**Comitato di referaggio:** Prof.ssa Francesca Angiolini - Prof.ssa Maria Consiglia Botta - Prof. Antonio Cilento - Prof. Alberto De Vita - Prof. Fabrizio Ripa - Prof.ssa Francesca Salerno - Prof. Vincenzo Verdicchio

**Comitato di redazione:** Dott.ssa Abruzzi Leandra - Avv. Francesco Bottiglieri - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gaetano del Giudice - Dott. Giuseppe Di Meglio - Avv. Davide Giordano - Dott. Francesco Iazeolla - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Cons. Andrea Migliozi - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott.ssa Edda Napolitano - Avv. Gianluca Pirozzi - Avv. Nicolò Rubino - Avv. Marina Sfarzo

**Redattori:** Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

**Amministrazione:** [www.youcanprint.it](http://www.youcanprint.it) selfpublishing  
via Roma 73 - 73039 Tricase (Le)

**Registrazione:** presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

## INDICE

### PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

*Appalti pubblici e sanzioni amministrative: profili di diritto intertemporale collegati alla evoluzione della disciplina in materia di incameramento della garanzia provvisoria.*  
di Gianpiero Gaudiosi

**Pag. 4**

### PARTE II – DIRITTO CIVILE

*La diseredazione testamentaria.*  
di Maurizio Amendola

**Pag. 15**

### PARTE III – DIRITTO PENALE

*Cenni sul traffico di influenze illecite: dalla riforma 'Severino' alla legge 'spazzacorrotti'.*  
di Fabrizio Rippa

**Pag. 28**

## **Appalti pubblici e sanzioni amministrative: profili di diritto intertemporale collegati alla evoluzione della disciplina in materia di incameramento della garanzia provvisoria.**

**Di Gianpiero GAUDIOSI\***

**SOMMARIO:** **1.** Spunti introduttivi. **2.** L'art. 93 nella sistematica del Codice dei contratti pubblici. **3.** La fattispecie oggetto di scrutinio. **4.** Uno sguardo a ritroso: gli artt. 48 e 75 del D.lgs. n. 163/2006. **5.** L'apporto mitigatore del Codice del 2016. **6.** La cauzione provvisoria: un Giano bifronte. **7.** "Viaggio giurisprudenziale" tra i tornanti della legittimità costituzionale in materia di diritto amministrativo punitivo in caso di disposizioni che ostano ad un'applicazione retroattiva dello ius superveniens più favorevole. **8.** Riflessioni conclusive: l'insostenibile complessità dei tentativi di semplificare un "mandala" giuridico. L'impasse dei DD.LL. nn. 76/2020 e 77/2021.

**ABSTRACT:** *This paper aims to investigate the state-of-the-art of the Italian administrative case law as regards the nature and functions attributable to the institution of the provisional guarantee, set out by article 93 of the new Public Procurement Code. In this regard, useful interpretative insights are derived from the recent ordinance no. 3299/2021 of the Italian "Consiglio di Stato", which has recently addressed the issue and has deemed it possible to affirm its punitive nature. Starting from this assumption, at the same time, the Court has questioned to the Italian "Corte Costituzionale" as to whether it is constitutional for the Italian judicial authorities to deny the retroactivity of the rules contained in the 2016 Code, although more favorable than those established by articles 48-75 of the 2006 Code.*

### **1. Spunti introduttivi.**

Come ampiamente noto, l'intera architettura degli affidamenti di contratti pubblici poggia saldamente su un sistema di cautele poste dal legislatore a presidio della posizione del soggetto che bandisce la gara, in piena sintonia con l'esigenza di realizzare l'interesse pubblico sotteso all'appalto. Per quanto qui rileva, il non infrequente verificarsi – nella prassi di settore – dell'evenienza per la quale possa rimanere inattuato il costituendo sinallagma negoziale costituisce

---

\* Dottore in giurisprudenza presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma; abilitato all'esercizio della professione forense; già tirocinante ex art. 73 D.L. n. 69/2013.

una tra le principali ragioni giustificatrici della necessità, da parte della stazione appaltante, di preconstituirsì una "sorta di tutela" che il codice, più correttamente, inquadra sotto la definizione di «garanzia per la partecipazione». L'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce, a questo proposito ed in confronto di quanti intendano partecipare ad una procedura evidenziale, l'obbligo di porre a corredo dell'offerta una garanzia fideiussoria (c.d. "provvisoria") pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione<sup>1</sup>, a scelta dell'offerente (co. 1). Il composito dibattito giurisprudenziale inteso a delimitare natura e funzioni dell'istituto de quo, con l'ordinanza n. 3299/2021, è tornato oggetto di attenzioni da parte dei giudici di Palazzo Spada i quali, incidentalmente, affrontano il tema in quanto chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento di escussione della cauzione. Sul punto, la Quinta Sezione ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'operatività dell'art. 93, comma 6, andrebbe circoscritta a valle dell'aggiudicazione definitiva e pertanto nei soli confronti dell'aggiudicatario (recte, "affidatario"). Ciò posto, la medesima pronuncia ha ritenuto sussistere i presupposti di rilevanza e non manifesta infondatezza per rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale della norma sopraindicata nel combinato disposto con l'art. 21<sup>2</sup>, Disposizioni transitorie e di coordinamento, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici. In particolare, il Collegio ha ravvisato un contrasto delle anzidette norme con gli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione (quest'ultimo in relazione all'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), nei termini in cui le stesse, congiuntamente applicate e facendo quindi applicazione delle note regole intertemporali stabilite dal nuovo codice in relazione alle procedure bandite prima della sua entrata in vigore, consentirebbero l'applicazione delle previsioni

---

<sup>1</sup> Con specifico riferimento alle modalità di versamento della garanzia, se in forma di cauzione, oltre a titoli di debito pubblico si può ricorrere a contante, bonifico o assegni circolari. Ove invece la garanzia sia riconducibile allo schema tipico del negozio fideiussorio, occorre rammentare che AGCM ha ritenuto illegittime le clausole dei bandi e avvisi che escludano offerte corredate da fideiussioni rilasciate da imprese extracomunitarie autorizzate. Si veda in proposito l'atto di segnalazione, 4 dicembre 2017, n. AS1466.

<sup>2</sup> Stando al quale, le disposizioni contenute nel nuovo Codice si applicano «alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte».

preesistenti (i.e. artt. 48 e 75, d.lgs. n. 163/2006) e indubbiamente più afflittive nei riguardi dei partecipanti alla gara.

## **2. L'art. 93 nella sistematica del Codice dei contratti pubblici.**

Prima di addentrarsi nel merito della pronuncia da cui traggono spunto le odierne riflessioni, val la pena soffermarsi brevemente sui tratti caratteristici della cauzione, una volta calata all'interno del complesso iter di esecuzione dei contratti pubblici. La latitudine applicativa dell'istituto in esame si apprezza compiutamente già solo pensando alla tradizionale dicotomia tra garanzia provvisoria e definitiva che ricalca perfettamente lo sviluppo diacronico della procedura di affidamento. Quest'ultima si snoda difatti lungo una linea che consta di una duplice fase: quella genetica, di formazione del contratto, ed altra successiva dal carattere tipicamente funzionale-esecutivo. Affidando ad altra e più opportuna sede i dovuti approfondimenti in materia di garanzia definitiva<sup>3</sup>, mette conto osservare, ad integrazione di quanto già in parte anticipato, che in via generale la misura della garanzia provvisoria, stando all'art. 93, da calcolarsi in percentuale rispetto all'importo posto a base di gara, può oscillare in aumento o in diminuzione entro una forbice ricompresa tra l'1% e il 4%<sup>4</sup> del prezzo base, sempreché lo scostamento dal valore iniziale risulti adeguatamente motivato dalla stazione appaltante e fatta salva in ogni caso la facoltà per quest'ultima di non farne neppure richiesta in caso di procedure sotto soglia di importo inferiore a 40.000 euro. In aggiunta, la norma elenca al comma 7 un insieme di ipotesi ulteriori al verificarsi delle quali la misura della garanzia è ridotta dalla stazione appaltante. Si tratta, invero, di abbattimenti percentuali che traggono la relativa ragione ispiratrice nella connotazione soggettiva dell'operatore e tra questi, in particolare, i più significativi sono quelli descritti al primo ed al secondo periodo, che postulano la dimidiazione degli importi formanti oggetto di garanzia, ove la stessa debba essere prestata da concorrenti in possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero da microimprese e PMI, anche se costituite in raggruppamento o consorzio ordinario. Nelle ipotesi testé menzionate, la concessione del beneficio è accordata al ricorrere di precisi standard dimensionali dell'impresa e/o del

---

<sup>3</sup> La cui disciplina, come ben si saprà, è contenuta nell'art. 103 del Codice e che all'interno della sequenza procedimentale di un appalto pubblico assolve ad una funzione ben diversa da quella che connota la garanzia provvisoria.

<sup>4</sup> Fino al 4%, fatta salva l'ipotesi in cui si tratti di gare realizzate da centrali di committenza.

carattere qualitativo della relativa prestazione, purché debitamente attestato da organismi accreditati, si da far presumere la maggiore affidabilità strutturale ed operativa del concorrente. Tra gli altri aspetti idonei a contraddistinguere la portata di un siffatto istituto risalta la previsione contenuta al comma 4, a mente del quale la fideiussione o polizza assicurativa presentata quale garanzia provvisoria importa la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la rinuncia altresì a tutte le altre eccezioni da questi altrimenti opponibili ai sensi dell'art. 1945 del codice civile. In punto di efficacia, il comma 5 – in assenza di diversa previsione contenuta nella *lex specialis* di gara – ne fissa l'operatività in almeno centottanta giorni a decorrere dalla data di presentazione dell'offerta. Resta salva in ogni caso la facoltà per la Stazione appaltante, allorché ciò risulti espressamente previsto nel disciplinare, di richiedere l'estensione temporale della copertura fideiussoria ove, al momento della sua scadenza, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione<sup>5</sup>. Sulla scorta di quanto detto, non sfuggirà di certo che la misura disciplinata dal citato art. 93 può a buon diritto ritenersi un istituto specifico del diritto pubblico che – malgrado la continua opera di "tentata civilizzazione" e le innegabili analogie con alcuni istituti privatistici – obbedisce a logiche sue proprie e, come tale, va ricostruito ed applicato in base alle norme pubblicistiche che lo disciplinano<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Fermo restando che, secondo quanto riconosciuto più di recente dal Consiglio di Stato, nell'ipotesi in cui la SA non si fosse avvalsa della suddetta facoltà, la polizza fideiussoria deve intendersi cessata alla scadenza ordinaria del contratto, cfr. Cons. St., sez. III, 19 maggio 2020, n. 3190.

<sup>6</sup> In argomento, particolare interesse rivestono i ragionamenti sviluppati dal recente Tar Marche – Ancona, sez. I, 2 marzo 2021, n. 177. Nella pronuncia in commento il Tribunale fa il punto delle più significative posizioni su cui si è attestata la giurisprudenza amministrativa in anni recenti per ciò che riguarda la qualificazione normativa della cauzione provvisoria. A questo proposito la ricorrente, richiamandosi all'indirizzo fatto proprio da un recente Consiglio di Stato n. 2408/2020, aveva ritenuto che la cauzione presentata in una procedura ad evidenza pubblica andasse qualificata alla stregua della caparra confirmatoria ex 1385 c.c.; il Collegio si mostra a contrario di tutt'altro avviso osservando come l'assimilazione de qua fosse giuridicamente scorretta dal momento che: «la caparra confirmatoria presuppone la consegna anticipata da parte di uno dei contraenti all'altro contraente di una "porzione" della prestazione contrattuale (tanto è vero che, laddove l'esecuzione del contratto non faccia registrare eventi patologici, la caparra viene restituita oppure, ed è il caso più frequente, imputata alla prestazione)» e che, di contro, «nulla di tutto questo è osservabile con riguardo alla cauzione provvisoria, visto che essa non può in alcun modo essere intesa come un "anticipo" della prestazione che sarà dovuta dal contraente privato» (punto 8.1.1.). Al più, prosegue il giudice amministrativo, potrebbe ritenersi che – al pari di ciò che accade tanto per la clausola penale quanto per la caparra confirmatoria – la garanzia provvisoria produce l'effetto di «liquidare ex ante il danno subito dalla parte fedele (ossia, nel caso delle gare ad evidenza pubblica, dalla stazione appaltante) per effetto del comportamento omissivo, negligente, etc., del concorrente escluso» (punto 8.1.2). Ad ogni buon conto, conclude la sentenza, la cauzione de qua non può dirsi riconducibile ad un istituto civilistico, in quanto presidiata da talune peculiarità che corrispondono ai principi generali sanciti dall'art. 97 Cost. e, in questo senso, le garanzie di celerità e regolarità cui assolve la Stazione appaltante mediante richiesta di prestazione della

Siffatte considerazioni assumono notevole importanza se rapportate all'esigenza di risalire all'esatta qualificazione normativa dell'istituto e in maniera del tutto consequenziale alle relative funzioni, aspetti sui quali si tornerà più avanti nel corso della trattazione<sup>7</sup>.

### **3. L'art. 93 nella sistematica del Codice dei contratti pubblici.**

Tanto premesso in via generale, volendo offrire al lettore un breve inquadramento fattuale della vicenda da cui trae abbrivio l'odierna analisi – afferente nello specifico a una procedura aperta e suddivisa in più lotti per «l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi» concernenti alcuni interventi di manutenzione degli uffici di un'Amministrazione Pubblica – basti qui ricordare che il consorzio, primo graduato in uno dei lotti, vistosi dapprima revocare l'aggiudicazione in esito al riscontro di una serie di irregolarità fiscali a carico di una delle imprese consorziate e dappoi subito l'escussione della cauzione provvisoria anche in relazione a quei lotti per i quali non era risultato né aggiudicatario provvisorio né secondo graduato, gravava il provvedimento di esclusione unitamente all'escussione della relativa garanzia con ricorso innanzi al T.A.R.. Quindi, a seguito di rigetto del giudice di primae curae, proponeva appello al Consiglio di Stato e contestualmente sollevava questione di legittimità costituzionale per «omessa applicazione del principio della lex mitior in relazione all'art. 93 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 2016».

### **4. Uno sguardo a ritroso: gli artt. 48 e 75 del D.lgs. n. 163/2006.**

Ai fini di una corretta esegesi della pronuncia è d'uopo confrontarsi primariamente con il contesto normativo in cui si inserisce la quaestio facti. In parte già si è detto che la disciplina applicabile ratione temporis alla procedura evidenziale, nel caso de quo, era quella tratteggiata dal vecchio codice, oggi abrogato, che all'art. 48 prevedeva l'obbligo per la Stazione Appaltante – in un momento antecedente all'apertura delle buste – di verificare a campione il

---

garanzia, rappresentano un valore la cui tutela è imposta a monte dal legislatore ed è perciò sottratta alla libera scelta dell'amministrazione aggiudicatrice.

<sup>7</sup> Per un maggiore approfondimento sul tema si rinvia diffusamente a P. ALGIERI e F. FEDERICI, *Le garanzie negli appalti pubblici* in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it). Sul punto, anche S. CERRATO, *Anatomia giuridica di un contratto «singolare»: l'appalto pubblico. Un «tipo negoziale» al confine fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, Pacini Giuridica Editore, 2021, pp. 150 e ss.



possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (c.d. "speciali") da parte dei concorrenti<sup>8</sup>, mediante sorteggio pubblico di un «numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate». Il sistema previgente risultava, dunque, congegnato in maniera tale che alla pluralità di adempimenti a carico della Stazione Appaltante facesse da contraltare la possibilità per quest'ultima, in caso di esito negativo del suddetto controllo, di escutere la cauzione provvisoria anche prima che fosse intervenuta l'aggiudicazione<sup>9</sup>. Possibilità che, di fatto, veniva normata e trovava riscontro nel primo comma della norma sopraindicata<sup>10</sup>. In generale, la suddetta previsione viene letta congiuntamente all'art. 75, d.lgs. cit., che regola l'ipotesi della mancata stipula del contratto "per fatto dell'affidatario", con perifrasi che – secondo l'interpretazione graniticamente condivisa dal Consiglio di Stato e consolidatasi in seguito all'entrata in vigore del nuovo Codice, come meglio si dirà infra – sembrerebbe alludere a qualunque ostacolo sia stato frapposto alla stipula del contratto dal concorrente aggiudicatario<sup>11</sup>. Accogliere una siffatta lettura equivale ad integrare la possibilità per l'Amministrazione di incamerare la cauzione provvisoria, destinata per l'appunto a coprire la mancata sottoscrizione (co. 6), non solo in presenza del rifiuto dell'affidatario di formalizzare il c.d. pactum fiduciae, ma anche in caso di difetto in capo a questi dei requisiti (generali o speciali) ovvero per incongruenza palese dell'offerta tecnica rispetto alla realtà effettivamente appurata all'esito dei controlli propedeutici alla stipula; ossia, al verificarsi di evenienze tutte in egual modo ostative al perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva. Alla stregua di ciò, viene ad instaurarsi una sorta di automatismo<sup>12</sup> tra l'esclusione dalla gara, quale effetto dell'accertata infrazione, e l'escussione della garanzia, intesa a sua volta come conseguenza vincolata e diretta (ope legis) del provvedimento di esclusione. Per dirla in altri

---

<sup>8</sup> È bene qui precisare che, secondo giurisprudenza costante, rientra nella discrezionalità dell'amministrazione richiedere ai partecipanti il possesso di speciali requisiti di capacità tecnica o economico-finanziaria, sempreché tali limitazioni rispettino la concorrenza tra operatori economici e risultino coerenti e proporzionate rispetto all'oggetto dell'affidamento; in tal senso, si veda più di recente Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2021, n. 380.

<sup>9</sup> Come, fra gli altri, più di recente ci ricorda anche il T.A.R. Lazio, Sezione II-ter Sentenza 5 febbraio 2020, n. 1553.

<sup>10</sup> Cfr. Art. 48, co. 1: «Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11».

<sup>11</sup> T.A.R. Lazio, Sezione I, 20/10/2016, n. 10465.

<sup>12</sup> In questo senso, si vedano, tra le altre, Cons. St., Sez. V, 16/5/2018, n. 2896; Cons. Stato, Sez. V, 02/02/2018, n. 691.

termini, il meccanismo dell'incameramento della garanzia assume i caratteri propri di un "atto dovuto", «insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione»<sup>13</sup> e in relazione al quale «l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta»<sup>14</sup>.

## 5. L'apporto mitigatore del Codice del 2016.

Giova a questo punto rammentare che l'assetto normativo ante riforma è stato oggetto di una profonda e intensa opera di rivisitazione la quale, attraversando l'intero corpus codiciale, ha finito per travolgere anche il regime di escussione della cauzione provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara. La nuova disposizione, oggi scolpita all'art. 93, si discosta – come correttamente rimarca in più occasioni il Consiglio di Stato<sup>15</sup> – da quella contenuta nel testo del previgente codice e merita particolare notazione non solo in ragione del fatto che, rispetto ad esso, aggiunge la positiva denominazione di "garanzia provvisoria", ma anche in quanto reca con sé l'indiscutibile pregio di aver recepito, adoperando una formula linguistica più comprensiva, la consolidata elaborazione giurisprudenziale cui sopra si faceva menzione e di aver dunque puntualizzato che la copertura riguarderebbe «ogni fatto riconducibile all'aggiudicatario» (co. 6). Allo stesso modo, dal tenore letterale della norma in parola emerge inequivoca – ad avviso dei giudici dell'odierna pronuncia – la volontà del legislatore del 2016 di «circoscrivere la possibilità, per la stazione appaltante, di escutere detta garanzia nei soli confronti dell'aggiudicatario, nei casi specifici ivi contemplati» (p. 11). Dai rilievi che precedono si coglie altrettanto chiaramente il carattere più favorevole che riveste la disciplina sanzionatoria sopravvenuta. Pertanto, dalla esigenza di garantirne il retroagire a fatti di gara occorsi prima del 2016 trae fondamento il dubbio di legittimità costituzionale prospettato da parte ricorrente.

## 6. La cauzione provvisoria: un Giano bifronte.

---

<sup>13</sup> Cons. di St., Sezione V, 24 gennaio 2019, n. 589.

<sup>14</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 29 aprile 2003, n. 2190.

Così delineata la cornice normativa, il Massimo Consesso si volge ad esaminare più attentamente la natura della garanzia di che trattasi ed il relativo perimetro funzionale. Allo scopo, la Sezione ripercorre alcune tra le principali "tappe" che hanno scandito il sentiero esegetico nel cui solco si inseriscono anche i ragionamenti di seguito riproposti. In merito a ciò, il Collegio menziona in primo luogo la Plenaria n. 8 del 2005, giunta a conclusioni pressoché pedissequamente riprese da una recentiore pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2181/2020<sup>15</sup>. Il mosaico di decisioni meticolosamente ricomposto dai giudici amministrativi è avvinto dal fil rouge che ascrive alla cauzione provvisoria – da intendersi come parte integrante dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa – una duplice natura in quanto misura di indole patrimoniale in grado di assolvere, a un tempo, una funzione indennitaria, preposta a garantire alla stazione appaltante il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto-impedimento dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto, «ipotesi che nel caso di specie non rileva», e suscettiva di realizzare nel contempo anche una funzione latamente sanzionatoria<sup>16</sup>, in caso di inadempimenti procedurali addebitabili al concorrente. Sempre attingendo ai principi ricavabili dall'ampio excursus giurisprudenziale in discorso, è ordunque evidente che si tratta di un istituto atto a svolgere un'azione di "garanzia" del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche, autoresponsabilizzandosi per il tramite di esso. Ciò posto, la Sezione condivide e intende dare continuità al suo precedente e riconosce pertanto che «l'escussione della cauzione provvisoria assumerebbe quindi anche la funzione di una sanzione amministrativa, seppure non in senso proprio». Ad abundantiam, più avanti nel testo e compiendo un sforzo terminologico ancor maggiore, i giudici chiariscono che:

«l'escussione della garanzia in parola non può essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove irregolarità da parte dell'operatore economico», trattandosi piuttosto:

«di una sanzione dall'elevata carica afflittiva ...che in assenza di una specifica finalità indennitaria (propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario) o risarcitoria si spiega soltanto in chiave

---

<sup>15</sup> Tra le altre si ricordano, inoltre, Cons. Stato, V, 27 giugno 2017, n. 3701; V, 19 aprile 2017, n. 1818; IV, 19 novembre 2015, n. 5280; IV, 9 giugno 2015, n. 2829; V, 10 settembre 2012, n. 4778.

<sup>16</sup> Pur non avendo, ricorda l'A.P. n. 34/2014, anch'essa menzionata, carattere di sanzione amministrativa in senso proprio.

di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto».

### **7. "Viaggio giurisprudenziale" tra i tornanti della legittimità costituzionale in materia di diritto amministrativo punitivo in caso di disposizioni che ostano ad un'applicazione retroattiva dello ius superveniens più favorevole.**

Preso atto del carattere punitivo ascrivibile al meccanismo dell'escussione, quale delineato a suo tempo dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, essa non può in alcun modo sottrarsi alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dedicano alla materia penale così come convenzionalmente inquadrata e tra queste, in particolare, al principio della retroattività della *lex mitior*, di cui il Collegio si sforza di tracciare le coordinate normative nell'ottica di definirne il preciso ambito di operatività. Sul punto si mostra dirimente il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 63 del 2019, senz'altro innovativa nella misura in cui ancora il principio della retroattività in *bonam partem* alle previsioni contenute negli artt. 3 e 117, primo comma, Cost. e ne estende l'operatività anche alle sanzioni amministrative aventi natura punitiva, facendo propri i ragionamenti espressi, già qualche tempo prima, dalla sentenza n. 193 del 2006. Nell'occasione la Consulta aveva rilevato che: «laddove, infatti, la sanzione amministrativa [avesse avuto] natura "punitiva"<sup>17</sup>, di regola non vi [sarebbe stata] ragione per continuare ad applicare nei confronti [dell'autore] tale sanzione, qualora il fatto [fosse stato] successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento».

Sempre guardando in via generale ai precedenti cui si rifà il Consiglio di Stato, la Corte Costituzionale non ritiene di poter collocare il principio *de quo* nell'alveo dell'art. 25, secondo comma, Cost.; norma quest'ultima che, sancendo il principio – apparentemente antinomico – secondo cui: «[n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», risponderebbe piuttosto all'esigenza di tutelare la libertà di autodeterminazione individuale del singolo, garantendogli di non essere

---

<sup>17</sup> Alla luce dei ben noti Engel criteria

sorpreso dall'infrazione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto. Siffatte considerazioni finiscono inevitabilmente per riverberarsi anche sul diverso regime di deroghe operanti in relazione alle due distinte ipotesi. Sicché, mentre l'irretroattività in peius della legge penale costituisce un «valore assoluto e inderogabile», il retroagire della sopravvenuta modifica mitigatrice «è suscettibile di limitazioni e deroghe, legittime sul piano costituzionale [a condizione che le stesse siano] sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli». Alla luce dei predetti orientamenti e in particolare delle valutazioni offerte dalla 63/2019, seppur calibrate sulla scorta di precise ipotesi di illecito amministrativo confinabili all'interno del T.U.B., la Quinta Sezione conclude per l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che precludono l'applicabilità, al caso di specie, della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta ed investe la Consulta della citata questione di legittimità.

### **7. Riflessioni conclusive: l'insostenibile complessità dei tentativi di semplificare un "mandala" giuridico. L'impasse dei DD.LL. nn. 76/2020 e 77/2021.**

Ragioni di completezza argomentativa impongono di fare un breve accenno alle deroghe che – fra le altre – sono state introdotte anche in materia garanzia provvisoria dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. Decreto Semplificazioni), convertito in legge n. 120/2020, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali». Il Decreto, come ampiamente noto, risponde ad una finalità dichiaratamente acceleratoria delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici e disegna, in deroga a quanto previsto in via ordinaria dal Codice Appalti, un regime normativo temporaneo e semplificato, diretto a incentivare, come testualmente recita l'art. 1:

«gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19». Più in particolare, dall'impianto complessivo del decreto emerge che è proprio verso la fase di gara – malgrado quest'ultima mediamente impegni tempi di durata relativamente contenuta – che si sono affastellate le più pregnanti stanze acceleratorie<sup>18</sup>. Ebbene, seppur solo in relazione alle procedure sottosoglia (e

---

<sup>18</sup> Le stime ricavabili da alcuni rapporti hanno calcolato, relativamente alla fase di gara, una durata media di 0,6 anni al cospetto di una media complessiva pari a 4,4 anni circa. Più in generale, un

perciò anche per i lavori di importo superiore ai cinque milioni), l'art. 1, co. 4, ha previsto una peculiare ipotesi di semplificazione che consiste proprio nella disapplicazione della garanzia provvisoria. La previsione, in piena armonia con la finalità di alleggerire gli oneri economici e amministrativi a carico degli operatori economici, importa il divieto di richiedere la cauzione de qua, mentre riveste carattere puramente eccezionale la possibilità per la stazione appaltante di farne espressa richiesta nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Richiesta che peraltro, chiarisce ulteriormente il decreto, necessita in ogni caso di una congrua motivazione sorretta da "particolari esigenze", tali da giustificarla in rapporto alla tipologia e specificità della procedura ed il cui ammontare andrebbe ad ogni modo dimezzato rispetto alla misura indicata dall'art. 93<sup>19</sup>. Dal momento che la norma derogatoria fa un generico riferimento alle garanzie provvisorie di cui all'art. 93, senza compiere alcuna distinzione tra i diversi commi, comunemente si è ritenuto che l'intero testo della disposizione in parola fosse da intendersi derogato con riferimento alle procedure di affidamento dei contratti aventi un valore non rilevante rispetto alla soglia di interesse comunitario, sino al 31 dicembre 2021. Ad una valutazione complessiva, l'abolizione della garanzia, così declinata, ha dato adito ad accese discussioni. In particolare, per quanto attiene alla effettiva opportunità della scelta derogatrice, se l'opzione è parsa certamente apprezzabile e pienamente logica con riferimento agli affidamenti diretti, per i quali di fatto l'art. 93, primo comma, all'ultimo periodo – richiamandosi per l'appunto alle ipotesi di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) – già concedeva alla stazione appaltante la possibilità di non chiederne il rilascio, coerentemente con la logica secondo cui «l'affidamento diretto consente la scelta del contraente e, quindi, dovrebbe condurre alla selezione di operatori economici di cui già si conoscono le caratteristiche di serietà ed attendibilità»<sup>20</sup>, d'altro canto non è meno vero che l'esclusione

---

interessante focus in merito alle principali novità introdotte dal D.L. semplificazioni del 2020 si ricava da A.M. COLARUSSO, Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com), IV, 2020, pp. 461 e ss.

<sup>19</sup> Beneficio che, ben s'intende, potrebbe finire per cumularsi ad altro già tipicamente previsto a vantaggio dell'operatore, che fruisca del dimezzamento dell'importo previsto a titolo di cauzione al ricorrere dei casi di cui all'art. 93, co. 7, d.lgs. 50/2016.

<sup>20</sup> Così atto A.N.AC. di segnalazione n. 2 del 26 febbraio 2020, concernente l'articolo 93, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e gli articoli 36, comma 2, lettera a) e 98 del medesimo decreto, cui integralmente si rinvia: <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/attiDiSegnalazione/2020/AttoSegnalazione.2.2020.pdf> .

dell'istituto – nel caso di lavori di importo significativo – equivarrebbe alla rinuncia a qualsivoglia cautela in sede di dichiarazioni rese a corredo dell'offerta e si tradurrebbe allo stesso tempo nella facoltà, di fatto accordata all'aggiudicatario, di venir meno al suo impegno a firmare il contratto ove l'offerta non dovesse risultargli più vantaggiosa. In via generale, ad onta del pur condivisibile intento di semplificazione della macchina burocratica, sulle cui "nobili fondamenta" è stato eretto anche l'ultimo e più recente D.L. 31 maggio 2021, n. 77, «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», resta da chiarire se, a fronte di un'analisi costi-benefici e viste anche le numerose zone d'ombra create dal disorganico insieme di "interventi tampone"<sup>21</sup> messi a punto dalla novella legislativa, non si sia trattato dell'ennesimo "specchietto per le allodole"<sup>22</sup>, a conferma della cronica debolezza manifestata dal nostro Paese nell'approntare soluzioni realmente idonee a snellire e rendere più efficiente l'apparato amministrativo e, contestualmente, a restituire competitività alle procedure selettive.

---

<sup>21</sup> Tra i quali quello concernente la materia delle garanzie provvisorie rappresenta probabilmente uno degli esempi maggiormente paradigmatici.

<sup>22</sup> Espressione questa che si rifà ad una breve nota critica del prof. Clarich, rivolta alle più recenti riforme previste all'interno del PNRR. A questo proposito, si v. M. CLARICH, Basta martoriare il Codice degli appalti. La ricetta di Clarich consultabile su <https://formiche.net/2021/05/codice-appalti-clarich/> del 25/05/2021.

## La diseredazione testamentaria

Di Maurizio AMENDOLA \*

**SOMMARIO:** **1.** La diseredazione, nozione e brevi cenni storici **2.** La natura giuridica della diseredazione – evoluzione dottrinale e giurisprudenziale **3.** Differenze tra indegnità, diseredazione e preterizione **4.** L'art 448-bis c.c. **5.** La diseredazione dei legittimari, prospettive di ammissibilità e aspetti critici **6.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *his work is concerned with providing an in-depth analysis of an institution that still today presents itself as limping under various profiles, in order to provide food for thought. The cassation marked a reversal of the trend regarding disinheritance, the legitimacy of which has been contested for years but which constitutes a good omen towards a definitive acceptance. This study attempts to investigate the nature and effects of disinheritance with the hope of an exhaustive discipline by the Italian legislator.*

### 1. La diseredazione, nozione e brevi cenni storici.

La diseredazione nel nostro ordinamento non è contemplata espressamente da alcuna norma giuridica. L'istituto in esame, di cui ci si appresta a fornire una attenta disamina, rappresenta una delle cause di esclusione dalla successione del chiamato a succedere. Al fine di dare una corretta definizione dell'istituto de quo occorre risalire al diritto romano. Secondo il diritto romano, la diseredazione rappresenta una sanzione civile che il pater familias infliggeva, in maniera privata, ai suoi eredi ove manifestasse nei loro confronti risentimento per qualche offesa ricevuta. L'offesa in questione poteva scaturire da varie fonti, ma il dato essenziale consiste nel potere enorme che il de cuius aveva, ovvero di impedire la successione dei chiamati necessari a succedergli. Prima dell'avvento dell'imperatore Giustiniano, il testatore romano aveva un ampissimo potere discrezionale. Egli infatti poteva avvalersi dell'istituto in commento per qualsivoglia tipologia di offesa, non essendoci una disciplina che ne limitasse l'efficacia a casi predeterminati. Fu soltanto con l'imperatore Giustiniano<sup>1</sup> che la

---

\* Dottore in giurisprudenza.

<sup>1</sup> Con la novella 115 del 529 d.C.



diseredazione a cura del pater familias fu limitata a casi determinati, limitando notevolmente lo strapotere discrezionale di cui era dotato originariamente. Nel nostro ordinamento un siffatto potere, sia pure a certi limiti, non è auspicabile. L'autonomia testamentaria, per quanto costituisca un principio gerarchicamente prevalente soggiace a certi limiti, in particolare: la proporzionalità e la tutela dei legittimari. Questi due principi si pongono principalmente a tutela della categoria dei legittimari come una barriera protettiva, impedendo al testatore di precludere a quest'ultimi i diritti che la legge riserva loro, con una espressa manifestazione di volontà. La diseredazione, giusta la sua antica tradizione, rientra tra le disposizioni testamentarie atipiche a carattere non patrimoniale e può, quindi, definirsi come una dichiarazione di volontà atta ad escludere dalla propria successione coloro che sarebbero chiamati a succedere ex lege. Pertanto, l'effetto principale della suddetta dichiarazione consiste nell'escludere a priori dalla successione il chiamato, il quale non avrebbe altra alternativa se non quella di adire l'autorità giudiziaria, impugnando il testamento con l'azione di riduzione. La suddetta esclusione, a cura di una mera manifestazione di volontà e non ipso iure, di fatto consentiva al testatore di ostacolare la capacità di succedere, cui il chiamato aveva diritto, ponendo un vero e proprio veto. Di qui, si comprende come il suddetto istituto è stato oggetto di grande dibattito non solo dottrinale ma soprattutto giurisprudenziale, cui hanno dato seguito alcune sentenze della Suprema Corte.

## **2. La natura giuridica della diseredazione – evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.**

La natura giuridica della diseredazione, in assenza di una norma codicistica che possa definirla, ha lasciato nel tempo una sorta di vuoto normativo. La nozione soprariportata inquadra in via generale l'istituto in commento, ma non fornisce una nozione giuridica sufficiente, non solo al fine di inquadrarne i presupposti ma anche i relativi limiti. In via preliminare, occorre affrontare alcune osservazioni per comprendere la natura giuridica dell'istituto in esame e come si è evoluto il pensiero della Giurisprudenza sull'argomento. La diseredazione rientra nel novero degli istituti idonei ad impedire la continuazione da parte del chiamato, nei rapporti giuridici del de cuius. La capacità di succedere, contemplata ai sensi dell'art. 462 c.c. consiste nella idoneità di un soggetto di essere titolare del diritto di succedere mortis causa sia a titolo universale che a titolo particolare e permette il subentro nei rapporti giuridici trasmissibili del

de cuius<sup>2</sup>. Pertanto, rappresenta il presupposto essenziale della vocazione ereditaria e deve essere accertata alla data di apertura della successione.<sup>3</sup> Tale capacità risiede in tutte le persone, nate o concepite al tempo dell'apertura della successione come una manifestazione della capacità giuridica. Relativamente ai concepiti la predetta capacità viene acquisita unicamente al momento della nascita. Tuttavia essi sono già suscettibili di succedere, in quanto la loro vocazione è attuale ma la delazione è differita, come se fosse sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva legale dell'evento nascita. Un impedimento a succedere deve risiedere a monte in capo al chiamato, maturando una incapacità a succedere tale da renderlo non idoneo alla successione. Tale impedimento opera in presenza di condizioni legalmente previste e, giusta la disciplina codicistica, non può essere rimesso alla discrezionalità del testatore. Pertanto, una dichiarazione a cura del testatore, finalizzata ad escludere dalla successione un soggetto legalmente capace a succedergli, sarebbe inefficace, in quanto la suddetta capacità si acquista di diritto e non può essere negata dal testatore, invocando a sostegno l'autonomia testamentaria. Alla luce delle suddette considerazioni, la diseredazione quale atto di volontà difficilmente può avere efficacia, non solo perché pone un limite del tutto discrezionale alla successione di certi soggetti ma soprattutto perché priva, nel suo oggetto, di quella componente dispositiva tipica delle clausole testamentarie. Il testamento<sup>4</sup> infatti, ai sensi dell'art. 587 c.c. è l'atto con cui si dispone in tutto o in parte delle proprie sostanze, pertanto, sorgono non pochi dubbi circa l'ammissibilità di un istituto, quale la diseredazione, analogamente alle altre eventuali disposizioni testamentarie dal carattere negativo. La Suprema Corte<sup>5</sup> ha da sempre sostenuto un orientamento divenuto ormai granitico, secondo cui è invalida una clausola testamentaria meramente negativa, ove la stessa non sia accompagnata da altre che contengano disposizioni attributive. Dalle motivazioni espresse nelle pronunce della Suprema Corte è possibile ricavare alcune considerazioni. In primo luogo, il testamento ha una natura essenzialmente

---

<sup>2</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile II. La famiglia. Le Successioni*, Milano 2001 Giuffrè editore

<sup>3</sup> R. APICELLA, *Successioni e donazioni*, a cura di C. CARBONE Milano 2011, S. TUZIO, *Capacità a succedere, indegnità e diseredazione* Rivista notarile n. 2/2018.

<sup>4</sup> R. APICELLA *Successioni e Donazioni*, a cura di C. CARBONE Milano 2011, F. LUIPIA *Successioni e Donazioni* 2009 Maggioli editore

<sup>5</sup> Cass Civ. n. 1458 del 1967, Cass. Civ. n.6339 del 1982, e Cass. Civ. n. 5895 del 1994.

patrimoniale, come si evince dall'art. 587 c.c., pertanto, esercita una funzione meramente dispositiva delle sostanze del de cuius. In secondo luogo, il contenuto del testamento si esaurisce in una serie di disposizioni meramente attributive a carattere patrimoniale, rispetto alle quali mal si combinano disposizioni di carattere negativo, quindi non attributive come la diseredazione. Pertanto, il contenuto del testamento appare come il prodotto del combinato disposto dell'art. 587 c.c. e dell'art. 588 c.c., in base ai quali è caratterizzato da un insieme di disposizioni di carattere patrimoniale avente ad oggetto le proprie sostanze, le quali possono assumere le formalità tanto dell'istituzione di erede quanto del legato. Seguendo questo filone giurisprudenziale, in assenza di un'attenta e finanche corretta disamina delle motivazioni della Cassazione, si corre il rischio di vedere fondersi due elementi: il carattere dispositivo e attributivo del testamento. Il pericolo in questione comporta ad associare una disposizione testamentaria tipica, necessariamente ad una disposizione meramente attributiva e gioco forza, riconducibile o all'istituzione di erede o ad una disposizione a titolo particolare. In riferimento al carattere attributivo, associato alle disposizioni testamentarie tout court, occorre rilevare che esso non va ricondotto necessariamente ad un atto meramente dispositivo<sup>6</sup> di beni ereditari ma, al contempo, anche a delle regolamentazioni di rapporti a soddisfacimento di taluni interessi anche di natura morale e sociale. Pertanto, sebbene il titolo delle disposizioni testamentarie, che può assumere i connotati dell'istituzione di erede o del legato<sup>7</sup>, abbia un carattere meramente attributivo, non significa con ciò circoscrivere la natura giuridica del testamento ad atto attributivo. Si pensi alla eredità damnosa, oppure a quei testamenti aventi ad oggetto beni non più presenti nell'asse ereditario all'apertura della successione, alle disposizioni circa la destinazione del proprio cadavere e tante altre. In questi casi, non si evince una disposizione attributiva di beni determinati a favore di qualcuno, tuttavia ciò non mette in discussione la loro appartenenza alla macrocategoria di disposizioni testamentarie. Il carattere dispositivo, pertanto, emerge ogni qual volta si esprime una volontà, non solo finalizzata ad attribuire beni a un beneficiario, sia esso un erede o un legatario, ma anche a definire rapporti privi di una componente economica. L'art. 587 co II c.c., infatti, fa un espresso riferimento a tali disposizioni, a riprova che il testamento può essere

---

<sup>6</sup> M. BIN, *La diseredazione, contributo allo studio del contenuto del testamento* Ed. Scientifiche 2011.

<sup>7</sup> G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie* 1980 Giuffrè editore, cit. p. 203

un atto con cui sic et simpliciter si dispongono volontà, nel senso più ampio del termine, aventi tanto un carattere attributivo- patrimoniale quanto meramente dispositivo e quindi anche non patrimoniale. All'interno di questo quadro è possibile collocare disposizioni quale la diseredazione, a mezzo della quale si manifesta la volontà di impedire che la successione possa includere soggetti poco graditi. Si badi che, sebbene il principio della sacralità del testamento sia predominante, la legge è chiamata ad intervenire in due casi specifici senza eccezioni: in primo luogo al fine di colmare c.d. vuoti da parte del testatore, ove questi non abbia disposto del suo intero patrimonio e di qui aprendosi la successione conosciuta come legittima sui beni residui; in secondo luogo, in presenza di disposizioni illecite, punendo a seconda della gravità con l'inefficacia o finanche con la nullità. Pertanto, premessa la natura dispositiva non patrimoniale della diseredazione, occorre a questo punto valutarne la legittimità. In merito si sottolinea che la dottrina<sup>8</sup> e la giurisprudenza<sup>9</sup> per anni hanno continuato a mantenere fermo il loro orientamento, secondo cui la diseredazione non sia una disposizione legittima poiché con essa si prevede una esclusione dalla successione di soggetti, si pensi ai legittimari, che sono di diritto capaci di succedere e titolari di una quota di riserva, salvo l'ipotesi di indegnità. Il testatore, nonostante la sacralità delle sue ultime volontà, non può quindi precludere ciò che la legge riconosce a tali soggetti, pena la nullità ex art. 549 c.c., inoltre non è consentito al testatore derogare arbitrariamente alle cause di esclusione dalla successione tassativamente previste dalla legge. La svolta rispetto a questo orientamento è intervenuta solo con una importantissima sentenza della Suprema Corte datata 25 maggio 2012 n. 8352, con cui ha sostenuto la validità e l'efficacia della clausola della diseredazione. La sentenza in esame ha espresso il principio, andando in controtendenza rispetto al tradizionale orientamento, secondo cui "è valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla propria successione alcuni dei successibili". La Suprema Corte, con tale pronuncia ha sollevato un orientamento contraddittorio rispetto al passato. Nelle sue remote sentenze<sup>10</sup> la suddetta Corte ha fondato l'illegittimità della diseredazione, non solo perché meramente negativa ex se ma, al contempo, nel caso in cui a tale

---

<sup>8</sup> A. MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale 1962 Giuffrè editore; S. CICU, Successioni per causa di morte 1961 Giuffrè editore; A. TORRENTE, Diseredazione Enc. Dir. Milano 1964; L. FERRI, Successioni in generale Bologna 1964 Zanichelli editore

<sup>9</sup> Cass civ. 20 giugno 1967, n. 1458, Cass civ. 18 giugno n. 5895

<sup>10</sup> Cass civ. 20 giugno 1967 n. 1458, Cass civ. n. 18 giugno 1994 n. 58

clausola non fossero seguite disposizioni attributive positive, accompagnate da un'istituzione espressa o implicita di erede di altri successibili. Gli argomenti a sostegno della sentenza del 2012 si fondano su quanto sopra parzialmente accennato. Nello specifico, la natura meramente dispositiva della diseredazione, riconosciuta da una accurata disamina degli artt. 587 e 588 c.c., in base ai quali il termine "disporre", con cui si esprime il legislatore, va inteso non esclusivamente come "attribuzione di beni", ma anche come regolamentazione di tipo istitutivo e di converso anche destitutivo. Un'ulteriore sentenza<sup>11</sup>, ancor più recente di quella sopra riportata, ha ribadito il medesimo orientamento e precisamente la corte ha riconosciuto in linea di principio valida la disposizione testamentaria di esclusione di "fratelli e nipoti", ritenendo di doversi uniformare al nuovo corso della giurisprudenza di legittimità sul tema della diseredazione, inaugurato dalla sentenza n. 8532 del 2012. La sentenza della Suprema Corte del 2012 ha definitivamente aperto la strada verso un accoglimento della diseredazione nel novero delle disposizioni legittime, superando molti dubbi circa la sua legittimità. Essa oggi rappresenta un monito per le future pronunce giurisprudenziali, dando uno slancio in avanti verso un inserimento della diseredazione tra gli strumenti a disposizione del testatore.

### **3. Differenze tra indegnità, diseredazione e preterizione.**

Gli istituti in esame hanno in comune una peculiarità, ovvero essere tutti finalizzati ad escludere dalla successione un chiamato. Le differenze che contraddistinguono i suddetti istituti sono molteplici che in questa sede verranno delineati per un'analisi ancor più esaustiva degli strumenti giuridici. L'indegnità è disciplinata ai sensi dell'art. 463 c.c. e vanta una funzione prettamente pubblicistica rispetto alla diseredazione e alla preterizione. Innanzitutto l'indegnità è una causa di esclusione dalla successione, tipicamente prevista dal legislatore al fine di impedire che taluni soggetti possano essere anche solo chiamati a succedere, provocando una incapacità assoluta del successibile a causa della sua condotta. Le cause di indegnità sono tassativamente elencate dall'art. 463 c.c. e non possono essere derogate o incrementate dalla volontà del testatore. L'indegnità non opera ipso iure, bensì per effetto di una sentenza del Tribunale, la cui efficacia è stata oggetto di un dibattito dottrinale e

---

<sup>11</sup> Cass civ. sez. II 17 ottobre 2018 n. 26062

giurisprudenziale. Parte della dottrina<sup>12</sup> ha sostenuto la tesi secondo cui l'indegnità impedisce alla delazione di essere efficace, pertanto, una volta verificatesi uno dei casi elencati dalla suddetta norma, il chiamato andrebbe equiparato ad un soggetto incapace di succedere una volta intervenuta la sentenza. Questa tesi è stata nettamente accantonata dalla dottrina maggioritaria<sup>13</sup> nonché dalla giurisprudenza<sup>14</sup>, le quali hanno sostenuto che l'indegnità costituisce causa tipica di esclusione dalla successione. Accogliendo questa tesi si comprende come la pronuncia giudiziale della indegnità abbia una natura giuridica costitutiva<sup>15</sup> e non dichiarativa. Pertanto, il chiamato fino alla pronuncia giudiziale conserva tutti i poteri tipici del delato senza alcuna preclusione, conservando la sua capacità di succedere fino alla sentenza suddetta. Inoltre, parimenti al chiamato che non possa o voglia accettare l'eredità, all'indegno, una volta emessa la sentenza, trovano applicazione gli istituti della sostituzione, della rappresentazione e della trasmissione e finanche dell'accrescimento. La diseredazione non opera come l'indegnità, sebbene sia riconducibile ad una causa di esclusione dalla successione. In primo luogo, si precisa che contrariamente all'indegnità, la diseredazione ha un fondamento esclusivamente privatistico, e non pubblicistico. Pertanto, se non ci fosse una espressa disposizione a cura del testatore, la diseredazione non troverebbe efficacia. In secondo luogo, le due fattispecie si distinguono anche sul piano degli effetti. Nello specifico, la diseredazione obbliga colui che ne è stato destinatario ad agire unicamente in riduzione impugnando il testamento, al fine di vedersi riconoscere i suoi diritti successori. L'indegno, viceversa, è escluso dalla successione, salvo una espressa riabilitazione a cura del testatore, per effetto della sentenza del giudice e non avrebbe motivi di ricorso alla suddetta azione al fine di riacquistare i suoi diritti. Il concetto di preterizione coincide con il concetto di esclusione dell'erede istituito, come si ricava dall'art. 735 c.c. in materia di divisione. Pertanto, si configura la fattispecie in esame quando il testatore ha suddiviso i suoi beni solo con taluni eredi lasciando fuori altri. L'esclusione in esame non incide sulla capacità di succedere, la quale rimane intatta, inoltre non costituisce una forma di esclusione dalla successione,

---

<sup>12</sup> S. CICU, *Successioni per causa di morte* Milano 1961 Giuffrè editore, cit. 162; L. FERRI, *Successioni in generale* Bologna 1964 Zanichelli editore; C. M. BIANCA, *Diritto Civile 2* Giuffrè editore 2001, *La famiglia. Le successioni*, cit. 409-410 Giuffrè editore;

<sup>13</sup> P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile)*, parte generale Torino 1971

<sup>14</sup> Cass. civ. 4 maggio 1957 n. 1407, Cass. civ. 16 febbraio 2005 n. 3096

<sup>15</sup> In senso conforme Cass. civ. 29 maggio 2006 n. 7266

potendo il preterito agire in riduzione per ottenere tutti i diritti a lui spettanti. La preterizione non è sanzionata dal nostro ordinamento, non avendo un carattere dispositivo. In particolare, la preterizione implica letteralmente il silenzio in atto da parte del testatore circa l'attribuzione di beni in favore di taluni soggetti. Questi ultimi a loro volta, parimenti al diseredato, potranno unicamente impugnare il testamento e ottenere quanto loro spettante, con l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione. In materia di divisione, occorre sottolineare che la preterizione può condurre alla massima sanzione della nullità<sup>16</sup>, unicamente quando l'erede, sia esso legittimario o meno, è stato istituito ma non ha ottenuto l'attribuzione di alcun bene, avendo il testatore distribuito tutto ad altri fino ad esaurire tutto il patrimonio relitto. Tuttavia, la suddetta divisione, stante la dottrina<sup>17</sup> prevalente e giurisprudenza costante<sup>18</sup>, conserva la sua efficacia unicamente quando residuano ancora beni sufficienti a colmare le porzioni spettanti ai pretermessi. Alla luce delle suddette osservazioni, emerge che la diseredazione in termini di effetti detiene più punti in comune con la preterizione rispetto alla indegnità. L'unica differenza intercorrente tra diseredazione e preterizione consiste unicamente nella natura prettamente dispositiva della prima, come sostenuto dal nuovo filone giurisprudenziale maturato con la sentenza della Suprema Corte del 2012.

#### **4. L'art 448-bis c.c.**

L'art 448-bis c.c. è una norma di nuova concezione introdotta dal Dlgs. 28 dicembre 2013 n. 154, che ha riformato la disciplina sulla filiazione, su delega contenuta nell'art. 2 L. 10 dicembre 2012 n. 219, relativa ai diritti alimentari e successori del figlio. Nello specifico, la norma in esame precisa che "il figlio anche adottivo nonché i suoi discendenti, non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo degli alimenti al genitore, nei cui confronti è stata pronunciata la decadenza della responsabilità genitoriale e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463, possono escluderlo dalla successione". Nel presente studio si tenta di affrontare l'ingerenza che ha avuto la suddetta norma esclusivamente sulla diseredazione, in particolare fornire spunti di riflessione circa la possibilità di annoverare l'istituto tra gli strumenti tipici previsti dall'ordinamento. Il testo della

---

<sup>16</sup> L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano 1950 Giuffrè editore cit. 152

<sup>17</sup> P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, Bologna 2000 Zanichelli editore cit. 332; L. MENGONI, *La divisione testamentaria* Milano 1950 Giuffrè editore cit. 106

<sup>18</sup> Cass. civ. 23 marzo 1992 n. 3599.

norma apre espressamente alla diseredazione, facendo riferimento alla esclusione dalla successione per cause diverse dalla indegnità. Il riferimento alla diseredazione, quale causa di esclusione dalla successione appare evidente pertanto, occorre esaminare quali sono i limiti e le condizioni perché possa operare tale forma di esclusione. In primo luogo, occorre esaminare i fatti ulteriori cui fa riferimento la norma suddetta, rispetto ai quali il figlio può procedere alla suddetta esclusione. A tal proposito, la dottrina<sup>19</sup> sostiene si possa includere nella categoria tutte le cause che giustificano la perdita della responsabilità genitoriale. Pertanto, rientrano nelle cause suddette la commissione di reati concernenti lo Stato civile. A riguardo si ricordano gli artt. 566-568 c.p., i quali come pena accessoria prevedono la perdita della responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 569 c.p.

Tale norma, va precisato, è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale<sup>20</sup> limitatamente alla parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore, per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567 co II c.p., consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, precludendo di fatto, ogni possibilità al giudice di valutazione dell'interesse del minore. La stessa Corte con un'altra pronuncia<sup>21</sup> ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 566 co II c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna del genitore per il delitto di soppressione di stato, consegua la perdita della responsabilità genitoriale, precludendo anche in questo caso ogni possibile valutazione dell'interesse del minore da parte del giudice. Un'altra ipotesi, da cui deriva la possibilità di invocare la esclusione dalla successione da parte del figlio, risiede nei delitti per quali è prevista la pena dell'ergastolo, per i quali è prevista ai sensi dell'art. 32 co II c.p. la decadenza della responsabilità genitoriale. Le ipotesi sopra richiamate sono enunciate unicamente a titolo esemplificativo, ma che restringono il campo di applicazione della diseredazione, che ha nella perdita della responsabilità genitoriale il suo presupposto secondo la norma in esame. Il campo di applicazione della norma, stante la sua posizione codicistica, è circoscritta alla materia degli alimenti. Ne consegue da un'attenta analisi che le condizioni per la decadenza della responsabilità genitoriale rappresentano le condizioni per esimere il figlio dall'obbligo della prestazione degli alimenti

---

<sup>19</sup> S. DE ROSA, La diseredazione, in [www.fedoa.unina.it](http://www.fedoa.unina.it)

<sup>20</sup> Corte cost. 23 febbraio 2012 n. 31

<sup>21</sup> Corte Cost. 23 gennaio 2013 n. 7



rispetto all'ascendente. In questo quadro, la diseredazione a cui allude la norma non trova il suo fondamento nei medesimi presupposti, anzi rappresenta un surplus. Pertanto, non è la causa di decadenza dalla responsabilità genitoriale a consentire la diseredazione, ma qualora ci fossero cause ulteriori e diverse da quelle previste per l'indegnità, si potrebbe invocare l'esonero dagli alimenti. Ne consegue che la norma difficilmente può rappresentare la porta d'ingresso nel nostro ordinamento per una diseredazione tipicamente prevista. Le ragioni a sostegno di tale assunto risiedono nella lettera stessa del dettato normativo. In primo luogo, la decadenza della responsabilità materiale è presupposto per l'esonero dagli alimenti e non per la diseredazione. In secondo luogo, sebbene la norma faccia riferimento a cause di esclusione dalla successione diverse dall'indegnità, implicitamente invocando la diseredazione vi è una sostanziale difficoltà a collocare una disposizione mortis causa qual'è la diseredazione con una fattispecie inter vivos come gli alimenti. Va altresì precisato che il genitore inizialmente decaduto dalla responsabilità genitoriale può essere reintegrato in presenza di determinate condizioni. Pertanto, ove si riconoscesse all'art 463-bis c.c. il ruolo di fonte giuridica della diseredazione testamentaria non sarebbe pertinente, essendo collocata fuori dal contesto successorio. Tuttavia, per la dottrina « la disposizione in esame ha un effetto dirompente nell'ordinamento giuridico in quanto si apre, legislativamente, in maniera espressa alla possibilità di diseredare». Tale effetto è innegabile se ci si limita al solo dettato normativo, il cui riferimento appare evidente, ma al contempo non si può negare il carattere eccezionale della norma, la quale in maniera implicita rinvia ad un istituto che, attualmente, ancora deve trovare una sua tipicità. Pertanto, la sentenza della Suprema Corte n. 8352/12 in primo luogo e la suddetta norma tracciano la strada verso una possibile apertura alla diseredazione, quale strumento alla portata dell'autonomia testamentaria purché con certi limiti, al fine di non pregiudicare i diritti che la legge riserva a determinati soggetti.

##### **5. La diseredazione dei legittimari – prospettive di ammissibilità e aspetti critici.**

La diseredazione, alla luce della svolta annunciata con la sentenza<sup>22</sup> della Suprema Corte, è ritenuta ammissibile dal nostro ordinamento, in quanto concepita come una disposizione testamentaria non patrimoniale. I principali dubbi sull'argomento, tutt'ora irrisolti, riguardano la possibilità per il testatore di

---

<sup>22</sup> Cass civ. 25 maggio 2012 n. 8352

diseredare un legittimario. La categoria in esame è contemplata ai sensi dell'art. 536 c.c., la quale sancisce che «Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli, gli ascendenti». I soggetti in esame sono tassativamente previsti, ai quali la legge riserva una quota de patrimonio relitto non suscettibile di subire pesi, condizioni o qualsivoglia onere. Al fine di comprendere se sia possibile estendere l'efficacia della diseredazione, anche per questa categoria di soggetti occorrono alcune osservazioni preliminari. I legittimari sono per definizione una categoria protetta dall'ordinamento, pertanto, i diritti loro spettanti non possono essere sacrificati dal testatore. L'art 547 co III c.c., a baluardo della tutela dei legittimari, sancisce che: «le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari». Questo principio è tutelato ai sensi dell'art. 549 c.c., una norma che pone un forte limite all'autonomia testamentaria e che fornisce una tutela decisamente più pronta ed efficace, rispetto all'azione di riduzione, punendo con la nullità ogni disposizione avente ad oggetto l'apposizione di un peso gravante sulla suddetta quota di riserva. È stato osservato in questo studio che l'autonomia testamentaria è soggetta a peculiari limiti, in particolare: il principio dell'intangibilità della legittima e il principio di proporzionalità tra la quota di riserva e il valore dei beni attribuiti al legittimario, a riempimento della sua quota purché compresi nell'asse ereditario<sup>23</sup>. Va precisato che la nullità suddetta implica non solo che può essere fatta valere da chiunque in ogni momento, ma stando alla dottrina prevalente<sup>24</sup> il peso apposto in spregio del suddetto divieto ex art 549 c.c., si considera come non apposto, parimenti a quanto si evince ex art. 634 c.c., in merito alle condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative e all'ordine pubblico. I principi suddetti sono inderogabili, pertanto, una disposizione quale la diseredazione, difficilmente potrebbe essere compatibile con l'esigenza di tutela imposta dal legislatore. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti<sup>25</sup> sostengono che la diseredazione dei legittimari sia esclusa, pertanto, ove venisse disposta la relativa disposizione sarebbe esposta alla sanzione della nullità, o in alternativa sarebbe riducibile in sede giudiziaria. La sentenza del 2012 in materia di legittimari non si è espressa in modo esplicito, lasciando attorno alla eventuale estensione della efficacia anche per la suddetta categoria svariati dubbi, ad oggi ancora irrisolti. Pertanto, allo stato attuale è possibile solo esprimere un dottrinale dibattito che ha

<sup>23</sup> Cass. civ. 28 giugno 1968 n. 2202, Cass civ. 23 marzo 1992 n. 3599, Cass. civ 12 marzo 2003 n. 3694

<sup>24</sup> L. FERRI, *Dei legittimari* Bologna Zanichelli editore 1971 cit. 103, G. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla successione legittima* Roma A. SAMPAOLESI ed. cit. 71, S. CICU, *Le successioni* Milano Giuffrè editore cit. 227

<sup>25</sup> A. TORRENTE, *Appunti sulla diseredazione*, in *Scritti Barberio Corsetti* 1965, cit 743, L. MENGONI, *Successione necessaria* 2000 Giuffrè editore cit. 90, O. CAVANDOLI, *Clausola di diseredazione e testamento*, in [www.vitanotarile.it](http://www.vitanotarile.it) 2001, cit. 607; in senso conforme, Cass. civ. 20 giugno 1967 n. 1458

condotto i giuristi ad elaborare rispettivamente due filoni interpretativi. Relativamente alla sanzione da applicare dinanzi ad una diseredazione espressa di un legittimario, è necessario sottolineare i numerosi aspetti pratici della questione. Pertanto, ove si ritenga debba applicarsi la massima sanzione della nullità, come se la disposizione in esame rientrasse nella violazione del divieto ex art. 549 c.c., potrebbe essere fatta valere in ogni tempo da ogni avente interesse. Tuttavia non si può al contempo negare un aspetto cruciale della questione. L'art. 549 c.c. è una norma che opera nei confronti dei legittimari istituiti, pertanto, non potrebbe invocarsi una violazione ove il legittimario non venisse compreso nel testamento e quindi pretermesso. Ecco perché ha acquisito sempre più rilevanza l'idea secondo cui la disposizione suddetta rientri nel novero delle disposizioni riducibili. Tuttavia, volendo ritenere che la diseredazione sia impugnabile in sede di azione di riduzione, va precisato che, contrariamente alla nullità, tale azione è soggetta ad un termine di prescrizione di dieci anni<sup>26</sup>, quest'ultimo un limite inderogabile. Sotto questo punto di vista, è evidente quanto sia difficile per il notaio rogante ricevere una siffatta disposizione, non solo per il rischio di esporsi dinanzi allo spettro della nullità, seppur discutibile, ma al contempo alla impugnazione del testamento. A riguardo, occorre precisare che costituisce prassi ormai pacifica secondo cui il notaio ha l'obbligo professionale di informare il testatore circa il rischio di riducibilità delle disposizioni contenute nel suo testamento, salvo l'ipotesi di disposizioni proibite dalla legge che sono per loro natura irricevibili, ex art. 28 L. 16 febbraio 1913 n. 89. Una eventuale aspettativa di ammissibilità della diseredazione di un legittimario potrebbe maturare unicamente ove si ritenga che la suddetta disposizione sia riducibile. Le disposizioni suscettibili di essere ridotte, premesso il termine di prescrizione decennale della relativa azione, consentono di mantenere la loro efficacia fino alla pronuncia dell'autorità giudicante. Pertanto, non si porrebbe dinanzi il limite per il notaio derivante dal rischio di ricevere una disposizione in astratto nulla, fermo restando gli obblighi di informativa che la deontologia professionale gli impone circa la riducibilità della medesima. Sul piano degli effetti, ove si accolga l'ipotesi che la suddetta disposizione sia riducibile, il legittimario sarebbe escluso dal testamento. All'uopo, si rivela che la sua esclusione non si estende alla intera successione in quanto, per le ragioni esposte in questo studio, un siffatto effetto si avrebbe unicamente con la indegnità. Pertanto, neppure la volontà testamentaria può escludere una capacità a succedere che la legge riconosce ad un chiamato, a maggior ragione, se esso sia un legittimario titolare di una quota di riserva che deve pervenirgli priva di qualsivoglia peso. Il testatore può disporre quindi una volontà negativa avente ad oggetto la successione di un legittimario ma non ha

---

<sup>26</sup> Cass. civ. 7 marzo 2012 n. 3584; G. GABRIELLI, I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti, Vita notarile, ISSN 1824- 1484, 2005 pp. 703-720

il potere di negare i diritti che sono ad esso riservati. Pertanto, in qualità di escluso dalle volontà meramente attributive del testatore, il legittimario si troverebbe ad occupare una posizione giuridica equivalente ad un qualunque altro pretermesso. In questo caso, il diseredato giusta la efficacia delle disposizioni negative come quella in esame, può agire in riduzione e ottenere la quota a lui spettante. Un'altra ipotesi si avrebbe ove il legittimario facesse decorrere il termine di prescrizione suddetto senza procedere all'esperimento dell'azione di riduzione. In questo caso occorre sottolineare che la volontà testamentaria resta salva ma al contempo, la suddetta equivalenza tra la posizione di legittimario pretermesso e quella di diseredato verrebbe meno. Di qui, solo in questa ipotesi nonostante l'assenza di una norma che lo consenta, il legittimario sarebbe definitivamente escluso dalla successione e la diseredazione potrebbe acquisire in modo definitivo tutta la sua efficacia di causa di esclusione dalla successione. A questo punto, si potrebbe parlare di diseredazione piena e non di preterizione, non avendone le caratteristiche e la volontà del testatore sarebbe quindi non solo felicemente soddisfatta ma soprattutto diventerebbe giuridicamente inattaccabile.

## **6. Conclusioni.**

A conclusione del presente lavoro, si sottolinea che la diseredazione è destinata ad essere oggetto di molteplici dibattiti al fine di superare i limiti rimasti ancora invalicabili. I passi in avanti compiuti soprattutto dalla giurisprudenza con la sentenza qui esaminata, hanno di fatto tracciato il cammino verso una epocale svolta sull'argomento, mutando una concezione sedimentata negli anni. Il silenzio a cura della Suprema Corte in merito alla categoria dei legittimari apre nuovi scenari non necessariamente contrari ad una estensione della fattispecie anche nei loro confronti. La natura giuridica di disposizione non patrimoniale e la equivalenza del diseredato alla stregua dei legittimari preteriti inducono ad un epilogo positivo circa l'ammissibilità dell'istituto de quo. Tuttavia, ammesso che si proceda verso un accoglimento definitivo della diseredazione dei legittimari, l'autorità giudiziaria in ogni caso interverrà sostituendosi alla volontà del testatore riducendola al fine di assicurare una maggiore conformità alla legge. A questo punto, occorre domandarsi a parere dello scrivente, quale sia il ruolo del notaio dinanzi ad una simile volontà, vedendo seriamente compromessa la sua acclarata funzione anti processualistica. Il pubblico ufficiale come potrebbe svolgere al meglio siffatta funzione dinanzi a volontà palesemente soggette a riduzione che impongono, per loro natura, un intervento del tribunale? Tale interrogativo, unitamente alle considerazioni su espresse inducono alla prudenza in ogni caso, complice l'assenza ancora oggi di una normativa esaustiva. Un esempio di cautela al fine di rendere la disposizione ricevibile senza dubitare

della legittimità, consiste nella istituzione di erede di taluni legittimari con la conseguente aggiunta di molteplici sostituzioni 28 volte a impedire che il legittimario "poco gradito" possa intervenire alla successione. Tali istituzioni devono essere effettuate in misura tale da coprire l'intero asse ereditario, fermo restando in ogni caso la possibilità di impugnare il testamento. Fermo restando i limiti non ancora superati, stante la normativa vigente e le recenti pronunce a cura della Suprema Corte, non sussistono dubbi circa la possibilità di procedere alla diseredazione di soggetti non legittimari. In questo caso le limitazioni sopra esposte non sussistono mancando le condizioni per invocare sia le norme che prevedono la nullità che l'inefficacia della disposizione. In questo caso alla luce delle motivazioni esposte dalla sentenza suddetta<sup>29</sup> la disposizione in esame è a tutti gli effetti ricevibile ex art. 587 co II c.c.. Si sottolinea che nonostante le perplessità legate alla funzione del notaio rogante, è opportuno sottolineare che al momento della redazione del testamento è pressoché impossibile valutare la potenziale lesione dei diritti dei legittimari soprattutto per quanto concerne la determinazione dei valori dei beni loro attribuiti. Pertanto, dovendosi rimandare all'apertura della successione ogni valutazione in tal senso, non si può dubitare che il rischio di impugnazione esiste in ogni caso, al di là di una diseredazione espressa contenuta nel testamento. All'uopo, una volta aderito alla tesi per cui la diseredazione è una disposizione impugnabile e quindi suscettibile di azione di riduzione, il legittimario potrebbe adire l'autorità competente per ottenere quanto a lui spettante, a quel punto escluso il rischio di nullità, non si frappongono ostacoli ad un suo ricevimento. Attualmente si auspica nel futuro un intervento del legislatore che, seguendo il filone tracciato dalla giurisprudenza, si prodighi di rispondere esaustivamente ai numerosi interrogativi che, col presente lavoro si è cercato di far emergere.

## Cenni sul traffico di influenze illecite: dalla riforma 'Severino' alla legge 'spazzacorrotti'.

Di Fabrizio RIPPA\*

**SOMMARIO:** **1.** La lotta 'totale' alla corruzione e l'inasprimento degli strumenti repressivi. **2.** L'introduzione del traffico di influenze illecite ad opera della legge Severino: tra tipicità 'sbiadita' ed ambiguità di sistema. **3.** La riforma del 2019 ed i persistenti rischi di irrazionalità punitiva. **4.** L'attuale disciplina e la necessità di letture restrittive dell'art. 346-bis c.p.

**ABSTRACT:** *The introduction of the influence peddling crime by the "Severino" law in 2012 is fully in line with current criminal-political trends, aimed at the maximum repression of all phenomena that are collateral to corruption in the strict sense of the term. However, the law requires a restrictive reading that restores rationality and punitive balance to a legislative text that lacks determination, especially following the 2019 reform that has dangerously broadened its application boundaries, encompassing even the old conduct of false claims.*

### **1. La lotta 'totale' alla corruzione e l'inasprimento degli strumenti repressivi.**

Nell'ambito delle politiche di contrasto alla corruzione pubblica – almeno a partire dagli anni '90 – il nostro legislatore non ha più saputo rinunciare ad un approccio di tipo repressivo, ritenendo puntualmente di dover fronteggiare l'allarme sociale generato dagli 'scandali' di corruzione con nuovi interventi normativi penali volti perlopiù ad aumentare la dosimetria sanzionatoria ed introdurre nell'ordinamento nuovi istituti dotati di una forte carica repressiva. L'idea che ha governato per anni e tuttora governa il sistema politico criminale – da Mani Pulite in avanti – è sempre stato orientato allo spirito della lotta alla corruzione con cui lo Stato – cavalcando l'onda populistica e l'approccio pan- penalistico di quella che potremmo definire una nuova società punitiva – ha avvicinato il fenomeno corruttivo al sistema di contrasto alla criminalità organizzata ed alle mafie, in una perenne emergenza giustificatrice di provvedimenti sempre più estensivi dell'area di intervento del diritto penale. Certo, accanto a questo movimento teso

---

\* Ricercatore di diritto penale presso l'Università di Napoli "Parthenope".

alla massimizzazione del sistema punitivo-repressivo, il legislatore ha saputo anche avviare un virtuoso movimento normativo volto alla costruzione ed all'implementazione programmatica di un sistema di prevenzione amministrativa della corruzione pubblica, il cui perno è rappresentato dall'ANAC e dalla disciplina dei piani nazionali e triennali anticorruzione. Circostanza che, in verità, rende ancor più opinabile, sotto il profilo della stessa legittimazione di un diritto penale inteso come *extrema ratio*, il contestuale e continuo inasprimento degli strumenti di tutela tipici dello *ius puniendi*.

Assecondando tale idea totalizzante dell'intervento repressivo dei fenomeni corruttivi, in ciò sospinto anche dalle dinamiche di internazionalizzazione e globalizzazione del diritto penale, il legislatore si è preoccupato non solo di allargare l'ambito applicativo delle fattispecie *stricto sensu* corruttive (sostituendo, in particolare, la vecchia corruzione per atto d'ufficio alla c.d. corruzione per asservimento della funzione) e di irrobustire ciclicamente i parametri sanzionatori – sia principali che accessori – delle disposizioni codicistiche. Ma anche – sul presupposto che il fenomeno de quo sia sempre più un tipo di criminalità di relazione, sviluppata in forma spesso associativa e ramificata nella società attraverso una vera e propria rete di soggetti coinvolti a vario titolo nelle pratiche di malaffare – di colpire ogni tipo di condotta collaterale rispetto ai veri e propri accordi corruttivi, poste in essere da soggetti intermediari (i c.d. faccendieri) che si preoccupano di facilitare l'incontro tra la domanda e l'offerta della tangente pubblica. Anche sotto tale profilo, l'aggiunta o l'adattamento di disposizioni incriminatrici ha trovato giustificazione – oltre che nella necessità di colmare gli indubbi vuoti di tutela dovuti all'evolversi delle fenomenologia delinquenziale in esame – nell'obbligo di adeguamento a strumenti pattizi di natura internazionale.

## **2. L'introduzione del traffico di influenze illecite ad opera della legge Severino: tra tipicità 'sbiadita' ed ambiguità di sistema.**

Ripercorrendo brevemente gli snodi temporali di questo percorso legislativo, la prima tappa di quella che potremmo definire una vera e propria 'crociata' contro le pratiche di malaffare pubblico è rappresentato sicuramente dalla legge Severino (l. 190/2012), la quale ha apportato consistenti modifiche ed innovazioni nell'armamentario della legislazione nazionale anticorruzione. E, per quanto più nello specifico ci riguarda, una delle novità più rilevanti ha riguardato l'introduzione nell'ordinamento italiano del reato di traffico d'influenze illecite –

disciplinato dall'allora neonato art. 346bis c.p.<sup>1</sup> –, la cui ratio politico-criminale, come anticipato, trova origine ed ispirazione (o forse, un vero e proprio contenuto obbligato) nelle indicazioni contenute in alcune importanti convenzioni internazionali finalizzate alle strategie globali di contrasto alla corruzione. Tali strumenti di origine pattizia sono destinati, in generale, ad irrobustire l'apparato normativo a tutela della legalità e dell'imparzialità nel funzionamento dei pubblici uffici; in particolare, a prevedere forme di anticipazione significativa dell'intervento penale nei confronti di quelle "nefaste manifestazioni del sottobosco politico-amministrativo che, alimentate dalle ambigue figure dei faccendieri, mina(no) pericolosamente l'imparzialità della p.a."<sup>2</sup>.

Così, la Convenzione ONU di Merida del 2003 e la Convenzione penale del Consiglio d'Europa di Bruxelles del 1999<sup>3</sup> avevano stabilito per il nostro legislatore l'obbligo di introdurre una nuova forma di incriminazione che andasse ad intercettare le condotte prodromiche e funzionali ad eventuali accordi di corruzione.

---

<sup>1</sup> Per un commento integrale alla normativa introdotta dalla legge Severino in relazione al traffico di influenze illecite si vedano SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 7 ss.; M. ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1399; VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013, disponibile in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>2</sup> V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in MATTARELLA-PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 427.

<sup>3</sup> La Convenzione di Merida (Convenzione delle Nazioni unite contro la corruzione del 2003, ratificata ai sensi della l. 3 agosto 2009 n. 116) che all'art. 18 lettera a) imponeva agli Stati di incriminare "il fatto di promettere, offrire o concedere ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto per ogni altra persona" e alla lettera b) imponeva l'incriminazione "per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, che abbia sollecitato o accettato, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte". Sulla medesima linea si esprime anche la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999 – ratificata dall'Italia con la legge n. 110 del 28 giugno 2012 – che, all'art. 12, chiamava gli Stati aderenti ad incriminare "il fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione di una persona di cui agli articolo 2, 4–6 e 9–11, così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato". Sugli accordi pattizi in sede internazionale si rinvia a LOSAPPIO, *Traffico di influenze illecite*, in CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE (a cura di) *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 2015, pp. 353- 354.



Tali ragioni politico-criminali, seppur condivisibili, si sono tuttavia tradotte in un prodotto normativo "a tassatività debole", incentrato su un tipo criminoso sbiadito, il quale – orientato "al Tätertyp del faccendiere"<sup>4</sup> – ha finito per dare eccessiva rilevanza a "scopi e moventi", all'interno di una struttura di reato di pericolo astratto. Di certo più vicini alle pericolose degenerazioni illiberali di un diritto penale a base autoriale, che non agli stilemi garantistici di un diritto penale del fatto.

Questo il testo dell'art. 346-bis c.p. allora varato:

"chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale"<sup>5</sup>.

Al di là dei già suindicati difetti, ulteriore espressione di una tecnica normativa poco incisiva può certamente considerarsi l'ancoraggio del disvalore tipico della fattispecie a clausole di illiceità speciale, che caratterizzavano da un lato la mediazione illecita del trafficante e dall'altro il pagamento indebito del privato interessato all'influenza<sup>6</sup>. Ciò in un quadro di tipicità che basava il momento offensivo della fattispecie sullo sfruttamento di "relazioni esistenti", locuzione che si opponeva alla millanteria del 346 c.p., segnando la vera linea di confine tra le due figure di reato<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> MANES, Corruzione senza tipicità, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, pp. 1135 ss.

<sup>5</sup> I successivi commi così disponevano: "La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale 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.

<sup>6</sup> Offre una lettura tipicizzante di queste clausole di illiceità espressa V. MAIELLO, Il delitto di traffico di influenze indebite, cit., pp. 425 ss.

<sup>7</sup> Le norme internazionali citate individuano la ratio del cd. trading in influence – istituto di matrice anglosassone ma già riconosciuto in diverse tradizioni giuridiche europee come in Spagna e Francia – nella necessità di dover sanzionare l'accordo che sorge tra un privato – interessato ad es. ad un determinato atto d'ufficio – ed un facilitatore/faccendiere che risulta essere realmente in grado di esercitare un'influenza sul funzionario target. Qui risiede anche la diversità strutturale tra il traffico di influenze illecite ed il pre-esistente reato di millanto credito che consiste in una vanteria – cd. vendita di fumo – per cui il facilitatore in realtà non gode di nessun potere di influenza sul funzionario ma per lo più truffa il privato, secondo uno schema di plurisoggettività impropria.

Questi vizi di determinatezza hanno richiesto importanti sforzi interpretativi da parte di dottrina e giurisprudenza per un vasto ordine di motivi che qui ci limitiamo solo ad accennare<sup>8</sup>.

In primo luogo, all'introduzione del traffico di influenze illecite non ha fatto seguito, almeno fino all'intervento di riforma del 2019, l'abrogazione del millantato credito, come auspicato da subito da parte di autorevole dottrina<sup>9</sup>. La sincronica vigenza di queste due fattispecie<sup>10</sup>, che si collocavano su un perimetro di tipicità invero solo apparentemente contiguo, o quantomeno reso tale dal diritto vivente<sup>11</sup>(che, nel seguire un autorevole indirizzo dottrinale<sup>12</sup>, aveva già ampliato l'area di operatività del millantato credito fino a toccare il tipo criminoso che poi è stato previsto dalla nuova fattispecie del 346-bis c.p.), ha ingenerato vari problemi interpretativi legati alle interferenze di tipicità delle due ipotesi in questione. Questo binomio normativo a tutela della imparzialità della pubblica amministrazione presentava, inoltre, strutturali difetti in termini di ragionevolezza: il traffico di influenze illecite, figura realmente in grado di attentare a beni di pubblica rilevanza, veniva punito con un trattamento sanzionatorio sensibilmente inferiore rispetto a quello del millantato credito, che invece ben poteva sostanzarsi in un mero mendacio o comunque nell'esaltazione iperbolica di rapporti inconsistenti con il pubblico agente, non risultando tale fattispecie, nell'ipotesi appena descritta, minimamente pericolosa per i beni pubblici che mirava a tutelare. Gli evidenziati profili di irragionevolezza della originaria previsione normativa del traffico di influenze illecite che emergevano con particolare evidenza rispetto al *tertium comparationis* del millantato credito, hanno fatto legittimamente sorgere perplessità circa la compatibilità di questa

<sup>8</sup> Per un ampio ed analitico commento all'art. 346bis c.p. nella sua originaria formulazione, cfr. V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, cit., pp. 419 ss.; CONSULICH, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in GROSSO-PELISSERO (a cura di) *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, pp. 608 ss.

<sup>9</sup> Per tutti, DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 1/2012, pp. 232 ss.

<sup>10</sup> Sui rapporti tra queste due fattispecie, MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità? Alcune osservazioni critiche*, in *Arch. Pen.*, fasc. n.2/2015, pp. 646 ss.; VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, pp. 118 ss.

<sup>11</sup> Cass., sez. VI, 4 marzo 2003, n. 16255; Cass., sez. VI, 8 settembre 2009, n. 34827. In senso critico nei confronti di questa concezione della millanteria, GAMBARDELLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze nel caso "Tempa Rossa": una debole tutela legislativa*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 3597 ss.

<sup>12</sup> Il riferimento è a PEDRAZZI, *Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pp. 935 ss. In questo senso, altresì RAMPIONI, s.v. *Millantato credito*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, pp. 688 ss.

nuova fattispecie con il dettato costituzionale, al parametro degli articoli 3 e 27, terzo comma, Cost.<sup>13</sup>

Essi, tuttavia, non si arrestavano a questi aspetti. La contestuale operatività del millantato credito, infatti, costruito su un modello di plurisoggettività impropria<sup>14</sup>, a differenza del traffico di influenze illecite che richiedeva la punibilità di entrambi i soggetti, consentiva alla pubblica accusa di disporre di un duplice strumento di incriminazione, da scegliere sulla base delle evidenze probatorie raccolte: la qualifica del cd. compratore di fumo di soggetto passivo del reato ne permetteva l'escussione in qualità di testimone, circostanza di non poco momento nei casi di compendio probatorio esile<sup>15</sup>. La decisione di optare per la contestazione del millantato credito, inoltre, era dovuta anche alla possibilità, assente nel caso di un'imputazione ai sensi dell'art. 346-bis c.p., di ricorrere all'utilizzo delle intercettazioni come strumento di raccolta prove, mezzo spesso necessario per perseguire reati-contratto<sup>16</sup>, come buona parte dei reati contro la p.a. (tra cui certamente rientra anche il traffico di influenze illecite)<sup>17</sup>.

Queste 'pratiche' investigative e giudiziarie, muovevano da un presupposto dubbio, per non dire fallace: esso consisteva nella mancata considerazione che l'introduzione del 346-bis c.p. avrebbe dovuto restituire il millantato credito al suo spazio originario di rilevanza penale, consistente nella millanteria quale ipotesi speciale di truffa, al fine di rimarcare in maniera più convincente le differenze tra le due figure.

### **3. La riforma del 2019 ed i persistenti rischi di irrazionalità punitiva.**

In questo contesto normativo è intervenuto il legislatore che, con legge 9 gennaio 2019, n. 3, passata alle cronache con l'epiteto 'spazzacorrotti', ha inteso porre rimedio alle difficoltà interpretative sopra accennate, abrogando il delitto

---

<sup>13</sup> MANES, La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie, in MANES-NAPOLEONI, La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale, Torino, 2019, pp. 357 ss.

<sup>14</sup> Le peculiarità dei modelli di reato a plurisoggettività propria e impropria danno luogo a rilevanti differenze, sia in termini di disvalore tipico della fattispecie, che in termini di costruzione dei requisiti oggettivi della condotta punibile. In argomento si rinvia a MERENDA, I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione, Roma, 2016.

<sup>15</sup> Evidenzia limpidamente questi aspetti V. MAIELLO, Il delitto di traffico di influenze indebite, cit., pp. 432-433.

<sup>16</sup> In questo senso, V. MAIELLO, Il delitto di traffico di influenze indebite, cit., p. 430.

<sup>17</sup> Particolarmente critico sulla scelta del trattamento sanzionatorio (proprio perché impedisce il ricorso alle intercettazioni), GAMBARDELLA, Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione, in Cass. pen., 2019, p. 71.

di cui all'art. 346 e riformulando quello di cui al successivo 346bis c.p.<sup>18</sup>. L'obiettivo della novella era innanzitutto quello di compiere ulteriori passi in avanti nel percorso di adeguamento dell'ordinamento interno alle indicazioni ricevute dalle Convenzioni internazionali, che: 1. non facevano distinzioni, in termini di gravità dell'offesa, le ipotesi di concreta possibilità di esercizio dell'influenza e semplici millanterie; 2. prevedevano, di conseguenza, sempre la punibilità per il privato, anche nel caso si rivelasse "acquirente di fumo". Il legislatore ci tenne in effetti a specificare era come "la doppia punibilità, sia di chi dà, sia di chi riceve il vantaggio indebito per il traffico illecito di influenze è imposta dalla necessità di adeguamento agli obblighi assunti sul piano internazionale (...), indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato"<sup>19</sup>. Al fine di produrre determinati risultati interpretativi, com'è noto, la volontà del legislatore storico – di per sé insufficiente, per non dire irrilevante<sup>20</sup> – dovrebbe tradursi in un coerente prodotto normativo, che, soprattutto se ambisce ad intervenire sui rapporti successivi tra le fattispecie (per i quali l'unico criterio rilevante è quello della specialità unilaterale<sup>21</sup>), deve essere preciso e deve tenere conto di criteri logico-formali.

La riforma, così, ha esteso i confini della tipicità fino ad accogliere al suo interno anche lo sfruttamento delle "relazioni asserite", accanto a quelle "esistenti", ritenendo che tramite questa locuzione si potesse ottenere l'obiettivo dell'assorbimento tra il vecchio millantato credito e il traffico di influenze illecite.

---

<sup>18</sup> Per un commento a questa parte della riforma, si vedano DE VITA, La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3, in *Proc pen giust.*, 4/2019, pp. 940 ss.; ARIOLLI-PIVIDORI, Il traffico di influenze illecite tra vecchie e nuove criticità, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 45 ss.; CINGARI, La riforma del delitto di traffico di influenze illecite e l'incerto destino del millantato credito, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 749 ss.; GAMBARDELLA, Il grande assente, *cit.*, pp. 69-73; N.M. MAIELLO, L'abrogazione del millantato credito e la riformulazione del traffico di influenze illecite: barlumi di ragionevolezza nel buio della riforma, in *Arch. Pen. web*, 1/2019, pp. 1 ss.; ID Traffico di influenze illecite, in AMARELLI-FIORE (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, II ed., Milano, 2021, pp. 230 ss.; MONGILLO, Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dopo la legge "spazzacorrotti": questioni interpretative e persistenti necessità di riforma, in GIAVAZZI-MONGILLO-PETRILLO (a cura di) *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Torino, 2019, pp. 265 ss.

<sup>19</sup> Relazione di accompagnamento al ddl, A.C. 1189, recante Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici, 24 settembre 2018, disponibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con scheda di UBIALI, 2 ottobre 2018.

<sup>20</sup> VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, pp. 80 ss.

<sup>21</sup> Cass., Sez. Un., 28 aprile 2017, n. 20664, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di FINOCCHIARO, Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione, 8 maggio 2017.

Ma, date le premesse, allora, il risultato non poteva che essere quelle di aver insistito su di un "tipo criminoso che si espone al rischio di interpretazioni destabilizzanti"<sup>22</sup>: occorre sempre ricordare, infatti, che mentre il traffico di influenze illecite è chiaramente fenomeno che si inserisce nel paradigma degli accordi di tipo corruttivo, rappresentandone prodromicamente una forma di agevolazione (nel senso di rappresentare "dei veri e propri avamposti di patti corruttivi")<sup>23</sup>, e come tale lesivi, quantomeno sotto il profilo della pericolosità, della legalità dell'azione amministrativa (le ragioni politico-criminali alla base dell'incriminazione si fondano dunque sull'opportunità di predisporre un'azione di contrasto 'a tutto campo' del fenomeno corruttivo, colpendolo sin dalla sua possibile genesi ad opera di 'facilitatori' dell'incontro tra la parte pubblica e quella privata); il millantato credito - almeno nella sua configurazione originaria (prima, cioè, che il suo ambito applicativo venisse ampliato ermeneuticamente includendovi anche il tipo criminoso del traffico di influenze) - era ipotesi a base truffaldina nella quale il privato cittadino, seppur mosso dall'intento di ottenere un possibile ed indebito tornaconto dalla futura locupletazione della pubblica funzione, era considerato soggetto non punibile. Secondo una condivisibile opzione punitiva, infatti, ciò che conta - nelle traiettorie di un diritto penale del fatto - è il dato di lesività rispetto ad una o più oggettività giuridiche: ebbene, nel caso di specie, al di là del patrimonio del 'compratore di fumo', in nessun modo la millanteria in senso proprio era in grado di aggredire, neanche potenzialmente, i valori pertinenti al bene pubblica amministrazione. Nel momento in cui però, attraverso l'operazione novellistica del 2019, si esprime aperti verbis la volontà di far riassorbire le vecchie condotte ex art. 346 c.p. nel neo-formulato art. 346-bis c.p., il legislatore della riforma sembra obliterare del tutto la struttura normativa e la prassi applicativa dell'abroganda disposizione, ed in particolare la circostanza per cui "mentre l'illecito delineato nel primo comma, infatti, era stato avvicinato al tipo del traffico di influenze, al punto che è stato possibile, in seguito alla modifica dell'art. 346 bis c.p., affermare una vicenda di continuità normativa tra le due fattispecie [...]; quello descritto dal secondo comma, invece, disciplinava un'ipotesi speciale di truffa, quella della c.d. millanteria corruttiva"<sup>24</sup>. Ora, se risulta tutto sommato congruo cercare di assicurare una continuità normativa tra il vecchio millantato credito di cui al primo comma e il nuovo traffico di influenze illecite, provocando una vicenda di abrogatio sine abolitione (in virtù della quale l'eliminazione legislativa di una fattispecie non fa venire meno la rilevanza penale dei fatti che questa puniva a seguito della operatività di un'altra figura di reato nel medesimo ambito di tipicità)<sup>25</sup>, è evidente come sia invece del tutto censurabile l'idea -

<sup>22</sup> N.M. MAIELLO, *Traffico*, cit., p. 233.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Contra*, già all'epoca della prima versione dell'art. 346-bis c.p., MONGILLO, *Profili penali della rappresentanza di interessi: il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano*, in *Percorsi*

potenzialmente racchiusa nel testo dell'art. 346-bis c.p. varato nel 2019 - di far trasmigrare in tale disposizione anche le vecchie ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 346 c.p., creando in definitiva un innaturale ibrido tra il tipo corruttivo e quello truffaldino, attraverso il quale - al di là di ogni ragionevole criterio di politica criminale - non solo si renderebbe punibile un soggetto (il compratore di fumo) solo sulla scorta del suo intento criminoso (che, nel caso di specie, non potrebbe mai trovare concretizzazione, in quanto sfruttato ai fini del raggio); ma si equiparerebbero, dal lato della parte 'venditrice', condotte aventi ad oggetto intermediazioni potenzialmente lesive del bene pubblica amministrazione (in quanto insistenti su relazioni realmente esistenti) e condotte a sfondo ingannatorio, nelle quali l'asserita capacità di intercedere sul soggetto pubblico risulta infondata. Una soluzione che forse non troverebbe razionale giustificazione - sul piano valoriale - neanche ove le incriminazioni fossero fondate sul tipo di autore (equiparando un 'truffatore' ad un 'trafficante di relazioni'), e che a fortiori risulta del tutto inaccettabile seguendo le logiche ed i vincoli del principio di offensività e del valore fondante e costituzionalmente orientato del bene giuridico<sup>26</sup>.

Occorre dunque avallare una lettura per quanto possibile restrittiva e coerente con il significato politico-criminale dell'incriminazione, che leghi la punibilità a condotte che siano in grado di inserirsi - anche solo potenzialmente - in una successiva dinamica affaristica di tipo corruttivo, cercando dunque non solo di epurare il significato normativo del traffico di influenze illecite da una "innaturale componente truffaldina, esterna alle sue caratteristiche strutturali e valoriali"; ma anche di orientarne la sua lettura sostanziale "alla tutela dei soli interessi protetti dalle fattispecie di corruzione, rispetto alle quali deve perciò ritenersi circoscritta la "mediazione illecita"<sup>27</sup>. In tale maniera fuoriusciranno dal perimetro applicativo della fattispecie non solo quei fenomeni di mediazione "lecita" (che 'scontano' ancora oggi l'assenza di una disciplina extrapenale del lobbying, "l'introduzione della quale avrebbe il merito di obliterare la retorica della natura 'paracorruttiva' dell'attività di rappresentanza di interessi e di garantire democraticità al procedimento decisionale, migliorandone la qualità della disciplina"<sup>28</sup>), ma anche ogni forma di traffico c.d. oneroso del privato non destinata alla realizzazione di fatti corruttivi, e che al limite si porrebbero come ipotesi di compartecipazione rispetto ad altre e meno gravi figure di reato (come l'abuso di ufficio, la rivelazione di segreti di ufficio o l'omissione di atti di ufficio). Si vuole cioè "escludere così che il traffico di influenze sia posto a protezione di

---

costituzionali, 1-2/2016, pp. 89 ss.; e GAMBARDELLA, Corruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite nel caso "Tempa Rossa": una debole tutela legislativa, in Cass. Pen., 2016, pp. 3597 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 7 febbraio, 2020, n. 5221

<sup>27</sup> N.M. MAIELLO, op. ult. cit., p. 233.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 231

un'accezione ampia di buon andamento e imparzialità", comprIn evitando "una dispersione degli scopi di tutela, che renderebbe enormemente variegata l'area di tutela del delitto"<sup>29</sup>.

#### **4. L'attuale disciplina e la necessità di letture restrittive dell'art. 346-bis c.p.**

Questo, a seguito delle modifiche introdotte tramite l'art. 1, comma 1, lett. s) e t) della l. 3/2019, l'attuale testo della disposizione in commento: "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". Rispetto alla previgente versione - e per il momento tralasciando il piano dei rapporti con l'abrogata ipotesi di millantato credito (che il legislatore avrebbe voluto de plano travasare nel nuovo disposto mediante il riferimento alle relazioni "asserite") - va innanzitutto sottolineata l'integrazione della clausola di riserva con il riferimento alla corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p., esclusa nella prima versione del 2012)<sup>30</sup>, ed alla corruzione internazionale ex art. 322-bis c.p. Tale innovazione dovrebbe chiarire anche i rapporti tra le norme richiamate in clausola e la disposizione de quo, per cui, in base all'applicazione del principio di

---

<sup>29</sup> Ibidem, per il quale "questa curvatura interpretativa risulterebbe irragionevole anche al metro del principio di proporzione sanzionatoria in chiave ermeneutica: la fattispecie "intermedia" di pericolo, infatti, sarebbe punita più severamente del reato la cui realizzazione intende prevenire, come nel caso, ad esempio, dell'abuso d'ufficio, evitando altresì di punire condotte neutre in chiave offensiva di beni e interessi di pertinenza della p.a."

<sup>30</sup> Soluzione che allora venne giustificata dalla preoccupazione di differenziare tra mediazione lecita e illecita, ed evitare la criminalizzazione delle attività di lobbying; sul punto M. ROMANO, Legge anticorruzione, cit., p. 1408.



assorbimento risolutivo, dovrebbe essere escluso un eventuale concorso di reati<sup>31</sup>. Ovviamente la modifica in parola non poteva che riflettersi anche sul parte del precetto che si riferiva alle finalità della mediazione illecita: se infatti nella versione originaria - in virtù del limitato richiamo ai soli fatti di corruzione propria e in atti giudiziari - si stabiliva che il prezzo della mediazione (sia nel caso in cui esso fosse servito a remunerare l'attività del mediatore, sia se esso fosse stato destinato a corrompere il pubblico agente), era sinallagmaticamente legato al compimento di "un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio", a seguito dell'intervento novativo del 2019, il legislatore ha dovuto aumentare il novero delle finalità della mediazione, facendo riferimento anche "all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri".

In verità l'operazione novellistica non ha mancato di suscitare (o meglio di rinfocolare) un noto dubbio interpretativo, non chiarendo se la relazione di connessione di questa particolare proiezione finalistica si riferisca ad entrambe le forme di traffico (quello oneroso e quello gratuito) ovvero solo a quello gratuito. Più in generale, e ripercorrendo anche i passaggi dottrinali elaborati in costanza della vecchia formulazione, occorre chiarire: da un lato, infatti, si può avere l'ipotesi del traffico c.d. gratuito quello cioè in cui il prezzo è destinato a remunerare il p.a.; tale ipotesi non suscitava e non suscita tuttora particolari problematiche, perché - sfociando necessariamente in un patto corruttivo - ne limita alle sole ipotesi ad esso prodromiche l'ambito applicativo della disposizione<sup>32</sup>. Diversamente occorre riflettere sul traffico cd. oneroso, ossia quello in cui il cliente paga (anche, o solo) per la mediazione illecita: qui, sia prima che dopo la riforma del 2019, la norma fa ricorso a due requisiti di anti giuridicità speciale, qualificando come "indebita" la dazione o la promessa e come "illecita" la mediazione proposta. come è stato affermato, si tratta di due elementi "caratterizzati da debole capacità descrittiva, non in grado di conferire materialità al messaggio normativo espresso dalla norma", e che lasciano aperto il quesito: la dazione sarà indebita e la mediazione illecita in quanto destinati alla realizzazione di un fatto corruttivo, o tale requisito di anti giuridicità deve riflettersi sul contenuto di disvalore della condotta a prescindere dalla proiezione finalistica? E in questo secondo caso come può evitarsi il ricorso ad interpretazioni eccessivamente formalistiche e tautologiche che rendano la stessa mediazione illecita per il solo fatto di essere indebitamente remunerata? Il rischio di questa seconda opzione è evidente, e finirebbe - in assenza di una disciplina extrapenale del lobbying, per rendere penalmente rilevanti anche semplici attività di intermediazione volte a far incontrare la parte pubblica e quella privata relativamente ad attività del lecite. Contro una simile

<sup>31</sup> In tal senso N.M. MAIELLO, ult. cit., p. 238.

<sup>32</sup> CINGARI, La riforma del delitto di traffico di influenze illecite e l'incerto destino del millantato credito, in Dir. pen. proc., 2019, pp. 753-754.



degenerazione, era stata prospettata un'interpretazione teleologicamente orientata, in virtù della quale si sarebbe dovuta qualificare come mediazione illecita esclusivamente quella finalizzata a procurare indebiti vantaggi al 'cliente'<sup>33</sup>, con l'esito - è vero - di allargare l'ambito di operatività della disposizione anche rispetto agli accordi prodromici ad ulteriori ipotesi di reato oltre la corruzione in senso stretto (come l'abuso di ufficio ed altri delitti del titolo), ma legando comunque il disvalore del fatto ad un futuro e probabile esercizio illegittimo delle funzioni amministrative (ed eventualmente ritenendo accessorio a fatto di reato eventualmente posto in essere l'accordo illecito; o qualificarlo addirittura come antefatto non punibile in virtù del principio di consunzione)<sup>34</sup>. Nonostante l'apprezzabile tentativo di recupero in chiave tassativizzante (comprensiva anche dell'aspetto dell'offesa), tale ultima tesi non è esente da alcuni profili critici:

- innanzitutto essa, seppur mossa dalla necessità di arginare letture ancor più formalistiche del testo normativo, dovrebbe poter effettivamente dimostrare la natura di requisito implicito dell'elemento del vantaggio indebito, laddove non sarebbero assolutamente peregrine opinione volte a qualificare tale esito interpretativo come vero e proprio risultato ottenuto in via analogica<sup>35</sup>;

- sotto il profilo teleologico, inoltre, tale operazione ermeneutica vanificherebbe quell'esigenza (prima segnalata) di evitare il ricorso ad una concezione generalizzata dei beni giuridici di pertinenza della p.a., realizzando anzi "una fattispecie capace di presidiare tanti beni giuridici quanti sono quelli protetti dalle singole fattispecie di "indebito vantaggio"<sup>36</sup>;

- slegare il traffico di influenze illecite dalla (necessaria) proiezione finalistica rispetto al fatto corruttivo porterebbe, inoltre, ad irragionevoli esiti sul piano della dosimetria sanzionatoria, poiché si punirebbe molto più severamente il delitto 'avamposto' rispetto ai reati di indebito vantaggio (diversi dalla corruzione) che presentano esiti sanzionatori di gran lunga inferiori. Per tali ragioni, allora, sembra più corretto far coincidere la rilevanza penale (anche) del traffico oneroso con la sua destinazione verso i soli patti corruttivi, comprensivi sia di quelli aventi ad oggetto l'esercizio della funzione che quelli aventi ad oggetto un atto contrario ai doveri dell'ufficio o una dolosa omissione o ritardo

<sup>33</sup> V. MAIELLO, *Il delitto*, cit., p. 426; PULITANÒ, *Legge anticorruzione*, in *Cass. Pen.*, 2012, suppl. n. 11, p. 14.

<sup>34</sup> V. MAIELLO, *op. cit.*, p. 428.

<sup>35</sup> AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità.: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1406 pp. ss.

<sup>36</sup> N.M. MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 240.

di quegli stessi atti (e di quelli destinati alla corruzione in atti giudiziari ed alla corruzione internazionale).

Risolta tale questione interpretativa, e prima di affrontare il problema delle "relazioni asserite", va segnalato l'inserimento dell'"altra utilità" quale oggetto della promessa o della dazione del cliente al venditore di influenze: tale aggiunta va sicuramente apprezzata, apparendo inopportuna la limitazione al solo denaro presente nella precedente versione.

Eccoci, infine, alla modifica che ha rappresentato allo stesso tempo l'obiettivo primario avuto di mira dagli autori della novella e l'oggetto dei principali dibattiti interpretativi, in un non semplice tentativo di allineamento della chiara ed esplicita intentio legislatoris con i principi e le regole di sistema: come si è avuto modo di verificare, l'originaria formulazione della fattispecie richiedeva che la mediazione illecita avesse ad oggetto lo sfruttamento di "relazioni esistenti", lasciando alla vecchia disposizione ex art. 346 c.p. il compito di punire le relazioni solamente millantate. Con la legge del 2019, è stata ampliata la portata applicativa dell'incriminazione includendovi anche la previsione dei patti di influenze con i quali il faccendiere vanta "relazioni asserite". Il legislatore, in tal modo, ha esplicitamente optato per la linea della continuità normativa tra vecchio e nuovo tessuto normativo, escludendo che all'abrogazione dell'art. 346 c.p. facesse seguito anche una sostanziale abolitio criminis. Tuttavia, come più volte ricordato, all'interno di quella disposizione esistevano due tipi criminosi, uno al primo ed uno al secondo comma, ben distinguibili sotto il profilo strutturale e dell'offesa, ed il cui unico tratto comune era rappresentato dal fatto che esse punivano in ogni caso ipotesi di 'vanteria' da parte del soggetto attivo (in contrapposizione alle relazioni realmente esistenti di cui alla disposizione successiva): nel primo comma, tuttavia, il significato dell'incriminazione non riduceva l'asserzione del venditore al riferimento a relazioni inesistenti o impossibili, richiedendo che oggetto del mercimonio fossero relazioni almeno potenziali. Un'influenza non immediatamente e direttamente spendibile, dunque, ma fondata su relazioni che, "per motivi di contesto sociale, professionale o ambientale, possono essere instaurate"<sup>37</sup>. Il secondo comma, invece, come più volte ricordato, andava ricondotto al paradigma della vera e propria truffa, e come tale insistente su dichiarazioni del venditore del tutto infondate, basate cioè su relazioni non solo inesistenti al momento della vanteria, ma anche impossibili da attualizzare in futuro. Ecco perché, al di là del dichiarato intento di voler far trasmigrare all'interno del nuovo disposto dell'art. 346-bis c.p. anche le vecchie ipotesi di millantato credito, è necessario 'scomporre' la vicenda

---

<sup>37</sup> GAMBARELLA, Il "grande assente", cit., p. 72, seppur con riferimento alla proposta interpretativa dedicata all'attuale versione della norma in commento.

normativa, e procedere separatamente a seconda che si voglia prendere in considerazione il primo o il secondo comma dell'abrogato art. 346 c.p.

Partendo allora dal nuovo tenore letterale complessivamente assunto dal traffico di influenze illecite, nonché del suo significato politico-criminale, di incriminazione posta a presidio avanzato delle pratiche corruttive, occorre precisare quanto segue:

- l'aggiunta nel perimetro applicativo della fattispecie della vanteria di "relazioni asserite", dovrebbe comportare un ulteriore restringimento dell'area semantica del sintagma "relazioni esistenti": "sembra infatti più coerente concepire tale requisito come sinonimo di relazioni attuali, tali cioè da poter essere concretamente sfruttate in virtù di un rapporto di frequentazione costante con il decisore pubblico"<sup>38</sup>;

- per quanto invece riguarda le "relazioni asserite", sembra possibile affermare (ed in questo senso si sono attestate le prime pronunce di legittimità<sup>39</sup>) che in esse siano confluite le ipotesi di millantato credito di cui al primo comma dell'art. 346 c.p., fondate - come prima chiarito - sulla vendita di relazioni potenziali. Il fenomeno successorio che si è verificato è dunque riconducibile all'art. 2, co. 4, c.p., ricorrendo gli estremi di una parziale continuità normativa;

- motivi sia di ragionevolezza che di proporzionalità dell'incriminazione suggeriscono (o meglio dovrebbero imporre) di scartare la possibilità che le relazioni asserite possano sostanziarsi in relazioni inesistenti, sul presupposto che, come chiarito anche in giurisprudenza, "l'offensività del tipo del traffico di influenze illecite richiede una reale capacità di influenza sul soggetto pubblico"<sup>40</sup>. Di conseguenza, a proposito dei profili successivi, non è possibile affermare la traslazione delle vecchie ipotesi di millanteria 'pura', sebbene anche per esse non è stata esclusa la permanente rilevanza penale: la S.C. ha infatti stabilito che "l'area prima occupata dall'art. 346, comma 2, c.p. è attualmente riconducibile nell'alveo della punibilità ex art. 640 c.p., escludendo il suo assorbimento nel traffico di influenze illecite"<sup>41</sup>.

Tali spunti pretori appaiono pienamente condivisibili, almeno sul piano della discontinuità tra il traffico di influenze e la vecchia disposizione di cui all'art. 346, comma 2, c.p.: diversa soluzione colliderebbe "non solo con argomenti legati

<sup>38</sup> N.M. MAIELLO, Sulla discontinuità normativa tra la millanteria corruttiva e il traffico di influenze illecite, in Riv. It. Dir. proc. Pen., 2020, p. 1512.

<sup>39</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 30 aprile 2019, n. 17890.

<sup>40</sup> Cass., Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 5221

<sup>41</sup> Ibidem

alla struttura delle due fattispecie, ma anche, e soprattutto, con ragioni attinenti al profilo di ragionevolezza offensiva del traffico di influenze illecite", che richiedendo il requisito materiale della reale (seppur potenziale) capacità di incidere sul pubblico agente, "rende il delitto di cui all'art.346-bis c.p. una figura prodromica della corruzione e non una incriminazione alternativa alla truffa"<sup>42</sup>. Senza contare l'ulteriore profilo relativo alla mutata struttura complessiva della fattispecie, che da reato monosoggettivo diviene ipotesi a concorso necessario: tale passaggio, con la contestuale "trasformazione di una vittima in correo, non è operazione che può essere fatta a costo zero perché comporta profondi mutamenti nella struttura del fatto"<sup>43</sup>: ingiustificabile, in particolare, apparirebbe la punibilità del 'cliente', di fatto vittima di un raggio, ed in definitiva incentrata sulla volontà di crearsi una corsia preferenziale rispetto ad un futuro rapporto con l'esponente della p.a. senza che a tale intento possa seguire la benché minima possibilità di lesione del buon andamento dell'azione amministrativa. Senza tali correttivi interpretativi, a ben vedere, sarebbe difficile sottrarre la norma de quo dal sindacato di costituzionalità, sia sotto il profilo della determinatezza/precisione<sup>44</sup> che sotto quello delle ragionevolezza/offensività.

---

<sup>42</sup> N.M. MAIELLO, op. ult. cit., p. 1513.

<sup>43</sup> I. MERENDA, op. cit., p. 11.

<sup>44</sup> Come sostiene MONGILLO, *Il traffico*, cit., p. 300.