

*nuovi*

**I MANUALI SUPERIORI**

---

**MANUALE DI  
DIRITTO  
PENALE  
AMMINISTRATIVO  
CIVILE**

**ESTRATTI**

**NEL DIRITTO  
EDITORE**

# DIRITTO PENALE

Si riportano i paragrafi 10.1. e 11 dell'area III.

## PARTE I LEGALITÀ, PREVEDIBILITÀ, *NE BIS IN IDEM*, *NEMO TENETUR SE DETEGERE*, IRRETROATTIVITÀ SFAVOREVOLE E RETROATTIVITÀ FAVOREVOLE

### CAPITOLO I IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

#### AREA III

#### LA PIÙ ESTESA BASE APPLICATIVA DEI PRINCIPI CEDU IN MATERIA PENALE: I CRITERI *ENGEL* E L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA PUNITIVO

\*6. La concezione autonomista di illecito penale e sanzione penale: i criteri *Engel*. \*7. Criteri *Engel*, legalità, prevedibilità e i rapporti con confisca urbanistica *ex art. 44, co. 2, d.P.R. 380/2001*. \*7.1. *Segue*. Confisca urbanistica e prescrizione: dalla sentenza *Varvara* a Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*. \*8. Criteri *Engel*, doppi regimi sanzionatori e *ne bis in idem*. \*8.1. *Segue*: “Materia penale” e sanzioni amministrative Consob: natura giuridica, principio dell'equo processo e del *ne bis in idem*. Da *Grande Stevens* ad *A. e B. c. Norvegia*. \*8.2. *Segue*: La posizione espressa in *Grande Stevens* e i seguiti italiani. \*8.3. *Segue*: La svolta segnata da Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*. \*8.4. *Segue*: La parola alla Corte di Giustizia: i casi *Menci*, *Garlsson Real Estate e a., Di Puma e Zecca*. \*8.5. *Segue*: I problemi di coordinamento tra le posizioni della Corte Edu e della Corte di giustizia. Il recente caso *Arnanson*: Corte Edu, 16 aprile 2019. \*8.6. *Segue*: La nozione di medesimo fatto e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p.. Gli impatti sul tema del concorso apparente: i rapporti tra bancarotta e appropriazione e bancarotta e truffa. \*9. Illeciti amministrativi sostanzialmente penali e diritto al silenzio. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117. \*10. Criteri *Engel* e principio di irretroattività sfavorevole: la natura delle confische per equivalente, *ex art. 240 bis c.p.* e antimafia. *Rinvio*. \*10.1. *Segue*: Criteri *Engel* e principio di irretroattività sfavorevole: esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. I problemi posti dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3. \*11. Criteri *Engel* e retroattività favorevole: Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63.

### 10.1. *Segue: Criteri Engel e principio di irretroattività sfavorevole: esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. I problemi posti dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3.*

La necessità di verificare gli esatti confini applicativi del principio di irretroattività sfavorevole si è riproposta nel valutare se allo stesso debbano soggiacere le norme che disciplinano le *modalità esecutive della pena* e le *misure alternative alla detenzione* di cui alla legge sull'ordinamento penitenziario.

Se, infatti, la giurisprudenza nazionale le ha di frequente ritenute non coperte dalla garanzia di irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost., reputandoli *istituti a connotazione processuale*, assoggettati quindi al principio *tempus regit actum*, il diritto europeo, ancorché con posizioni non sempre convergenti, pare considerarle, invece, coperte dalla garanzia di cui all'art. 7, CEDU<sup>1</sup>.

Anche in questo caso, dunque, il diritto europeo sembra assestarsi su una linea di tutela dei diritti fondamentali più avanzata rispetto a quella su cui si è collocata la nostra Corte costituzionale, che, se talvolta ha evitato di pronunciarsi sulla estensione del principio di irretroattività alle norme di diritto penitenziario<sup>2</sup>, ha talora optato per la soluzione negativa<sup>3</sup>.

Rinviano al successivo **Cap. V, Sez. I** per la trattazione, è qui sufficiente considerare che dalla qualificazione di un istituto come processuale discende l'applicazione del principio *tempus regit actum* con insensibilità del rapporto giuridico in corso ad eventuali *nova* normativi; viceversa, l'attribuzione della natura (penale) sostanziale implica l'assoggettamento delle modifiche normative che lo investono ai ben più garantistici principi della irretroattività sfavorevole e della retroattività favorevole.

La questione si è di recente riproposta con riferimento alle misure alternative alla detenzione, in specie a seguito delle rilevanti modifiche introdotte dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. *Spazzacorrotti*).

È utile considerare che, a partire dall'entrata in vigore della l. 26 luglio 1074, n. 354, recante *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (di seguito, per brevità, O.P.) e via via con sempre maggiore decisione, il legislatore ha implementato le c.d. misure alternative alla detenzione, ovvero sia istituti (la cui natura è appunto al centro di dibattito) in forza dei quali, al ricorrere di determinate circostanze, colui il quale sia stato definitivamente condannato ad una pena detentiva *non sospesa* può scontare, in tutto o in parte, la stessa con modalità diverse dalla restrizione intramuraria e, segnatamente, mediante l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, l'affidamento in prova in comunità terapeutiche per tossicodipendenti o nelle altre forme previste dalla legge.

Molteplici le finalità perseguite dalle misure tra cui, principalmente, il contrasto al sovraffollamento carcerario e l'attuazione del principio costituzionale del finalismo rieducativo della pena, meglio soddisfatto da modalità di espiazione della stessa certamente pensate per favorire la risocializzazione rispetto alla carcerazione.

Il sistema delle misure alternative alla detenzione

<sup>1</sup> *Jamil c. Francia*, 8 giugno 1995.

<sup>2</sup> Corte cost., sent. 306/1990 e 68/1995.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. 376/1997. Per una rassegna della giurisprudenza della Corte in tema di norme sull'esecuzione penale, MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, 2006, 84 ss. In senso critico su tale giurisprudenza, VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, 2006, 1049.

Sospensione dell'ordine di esecuzione della pena e reati ostativi

Proprio in quest'ottica, l'art. 656, co. 5, c.p.p., nel testo modificato dapprima nel 1998 (l. 27 maggio 1998, n. 165, c.d. Simeone) e poi nel 2013 (l. 9 agosto 2013, n. 94), ha previsto un complesso *meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena*, sostanzialmente diretto a consentire al condannato di chiedere la concessione delle misure alternativa in stato di libertà, *senza* dover previamente subire un *assaggio di pena*, onde evitare una permanenza temporanea in carcere desocializzante e foriera di accrescere l'*overcrowding* penitenziario.

Tale meccanismo è, però, inibito, tra l'altro, se la condanna ha ad oggetto determinati reati (c.d. *reati ostativi*) elencati all'art. 656, co. 9, c.p.p. e all'art. 4 bis, O.P. e per i quali lo stesso art. 4 bis (in relazione ai soli illeciti ivi menzionati) ha anche previsto - per la concessione della misura alternativa (oltre che di permessi premio e del lavoro esterno)- la necessaria compresenza di alcuni ulteriori stringenti presupposti (ad es. la collaborazione con la giustizia).

La questione

Ci si chiede se norme intervenute ad ampliare l'elenco dei reati ostativi, con correlativo restringimento dell'area di applicazione dell'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione e dell'accesso alle misure alternative senza necessità di collaborazione con l'autorità giudiziaria (e requisiti aggiuntivi analoghi), debbano *retroagire* applicandosi anche allorché, in relazione ai reati considerati ostativi dalla norma sopraggiunta, siano già intervenute condanne passate in giudicato o se, viceversa, le stesse debbano essere applicate solo ai fatti commessi dopo la relativa entrata in vigore.

Al riguardo, tradizionalmente la giurisprudenza e parte della dottrina optano per la tesi favorevole all'applicazione del *novum* alle condanne pregresse sull'assunto della *natura processuale* delle misure alternative, con conseguente applicazione del richiamato principio *tempus regit actum*; tanto sull'assunto secondo cui le stesse *non sono pene*, ma *mere modalità di esecuzione della pena*, come tali non a caso disciplinate dal codice di rito penale.

Tale approccio tradizionale è stato, però, messo in discussione dalla sentenza *Gran Camera Corte EDU Del Rio Prada c. Spagna del 2013* che, proprio applicando gli *Engel criteria*, ha concluso per la *natura sostanziale* dell'istituto portato alla sua attenzione ed assimilabile ad una delle misure alternative del diritto italiano, con le indicate conseguenze in punto di diritto intertemporale.

Il dibattito è diventato di grande attualità da quando la citata l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. *Spazzacorrotti*) ha inserito nel novero dei delitti di cui all'art. 4 bis, O.P. anche taluni reati contro la p.a.

Anche valorizzando la citata pronuncia della Corte EDU, alcuni giudici dell'esecuzione<sup>4</sup> e della sorveglianza<sup>5</sup>, richiamando diffusamente *Cass., sez. VI, ud. 20 marzo 2019, n. 12541*<sup>6</sup> hanno sollevato, pur con varietà di accenti, questione di

<sup>4</sup> Corte app., Lecce, ord. 4 aprile 2019 e Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di GATTA, *Estensione del regime ex art. 4-bis o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questione di legittimità costituzionale*.

<sup>5</sup> Trib. di Sorveglianza di Venezia, ord. 8 aprile 2019, in *Archivio Penale Online*, 2019, fasc. 2, p. 1 e ss., con nota di MANES, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4 bis ord. pen. e legge "spazzacorrotti")*.

<sup>6</sup> In [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

legittimità costituzionale del nuovo art. 1, co. 6, lett. b), l. 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui – nell’includere tra i reati ostativi di cui all’art. 4 *bis*, O.P. anche taluni reati contro la p.a.- non prevede un’adeguata disciplina di diritto intertemporale fondata sul principio di irretroattività sfavorevole.

I giudici *a quibus* hanno, al riguardo, sostenuto che, a dispetto delle qualificazioni formali offerte dalla giurisprudenza nazionale, le misure alternative alla detenzione non incidono solo sulle modalità pratiche di espiazione della pena –come accade, ad esempio, per le norme disciplinanti il numero dei colloqui consentiti al detenuto, i contatti col proprio legale, o la partecipazione alle attività formative tenute entro il penitenziario- ma sulla stessa *qualitas* della sanzione, evidente apparendo la diversità della situazione di chi si trovi a scontare una pena formalmente identica *da ristretto* rispetto a chi quella stessa pena debba espiarla *presso il proprio domicilio*.

In questo senso anche la prospettiva di richiedere la concessione della misura da detenuto o da soggetto libero non può essere confinata nell’angusto spazio delle modalità procedurali di espiazione della sanzione ma impinge direttamente sul *quomodo* della privazione della libertà personale.

Se così è, lede il principio di irretroattività sfavorevole e di certezza del diritto l’assoggettamento del condannato ad un regime di accesso a tali misure più sfavorevole di quello vigente all’epoca del fatto commesso e sulla base del quale, verosimilmente, egli si è orientato nella scelta sul *se delinquere*. Occorre allora garantire –è stato sostenuto nelle ordinanze di remissione- la calcolabilità delle conseguenze penali della propria condotta quale contenuto indefettibile del principio di prevedibilità, a sua volta componente essenziale della legalità convenzionale e costituzionale.

### **11. Criteri *Engel* e retroattività favorevole: Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63.**

La qualificazione come *penali*, in applicazione dei criteri *Engel*, di taluni illeciti e di talune sanzioni formalmente amministrativi ha comportato una ridefinizione dei confini applicativi dell’ulteriore principio di *retroattività favorevole*, di cui è qui necessario metterne subito in rilievo il rango costituzionale e il riconoscimento quale principio riconosciuto dalla Convenzione EDU, attesa la lettura che la Corte EDU ha dato del relativo art. 7, nella nota sentenza *Scoppola*.

Rinviando, quindi, al successivo **Cap. V, Sez. I** per la disamina del principio di retroazione favorevole, della sua base giuridica e dei suoi risvolti applicativi, è utile qui osservare, con specifico riguardo al tema sopra indicato, che la disciplina generale dell’illecito amministrativo, dettata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, pur estendendo a quell’illecito altri principi prettamente penalistici, nulla dice, invece, quanto all’operatività del principio che qui si sta considerando.

Sul tema, in passato, la Corte costituzionale ha escluso la possibilità di estendere alle sanzioni amministrative garanzie e principi che, nell’ordinamento nazionale, sono previste soltanto per le pene in senso stretto, rimarcando, sotto tale profilo, la differenza tra un ordinamento, come il nostro, fondato sulla dicotomia tra le due tipologie di sanzioni e un ordinamento, come quello convenzionale, che presuppone una equiparazione tra le misure afflittive ai fini dell’applicazione delle garanzie penalistiche.

In dettaglio, alla Consulta è stata innanzitutto rimessa una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto proprio l'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, “nella parte in cui non prevede l'applicazione all'autore dell'illecito amministrativo della legge successiva più favorevole.”

Corte Cost.  
20 luglio  
2016, n. 193

Tuttavia, nel rigettare i denunciati profili di contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193 – pur dando conto della giurisprudenza di Strasburgo in materia – ha negato che dall'art. 7 della Convenzione, così come interpretato dalla Corte EDU, discenda “l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata [...] del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative”. Conseguentemente, il Giudice delle leggi, valorizzando la persistente autonomia dell'illecito amministrativo rispetto al penale, ha giudicato infondata la questione prospettata dal giudice *a quo* e ha così respinto il tentativo di integrare la disciplina generale di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, mediante un'affermazione generale dell'obbligo di applicazione della legge successiva più favorevole anche agli autori di tutti gli illeciti amministrativi.

Senonché, più di recente, è tornata sul tema Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, che, nel ritenere la necessità di estendere l'ambito applicativo del principio di retroattività favorevole agli illeciti ed alle sanzioni *formalmente amministrativi ma sostanzialmente punitivi* in applicazione dei criteri *Engel*, ha concluso per l'illegittimità costituzionale di ogni previsione che, senza una giustificazione ragionevole, rappresentata dalla necessità di tutelare interessi di pari rango costituzionale, impedisca la retroattività di una sanzione amministrativa *punitiva* successiva più favorevole<sup>7</sup>.

Illegittimità  
costituzionale e sorte  
dei giudicati  
riguardanti  
sanzioni  
amministrative  
“punitive”

Di un tema attiguo ma diverso si è invece occupata Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43, intervenuta a valutare la sorte delle sentenze, passate in giudicato, con le quali sia stata inflitta una sanzione amministrativa, qualificabile come *penale* ai sensi del diritto convenzionale, nell'ipotesi in cui il fondamento normativo della sanzione stessa sia venuto meno per effetto di una sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale.

In particolare, il giudice rimettente ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, co. 4, della legge 11 marzo 1987, n. 87, nella parte in cui tale disposizione non estende alle sanzioni formalmente amministrative, ma *sostanzialmente punitive* sulla base dei criteri *Engel*, la conseguenza della cessazione dell'esecuzione della pena e di tutti i suoi effetti penali nel caso in cui sia stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma in applicazione della quale la sentenza di condanna è stata pronunciata.

Questione ritenuta infondata dalla Corte sulla base di tre considerazioni.

In primo luogo, la Consulta rileva come non sia rinvenibile, nella giurisprudenza della Corte EDU, una regola che imponga, in caso di sopravvenuta caducazione della base legislativa di una misura afflittiva, la rimozione del giudicato di condanna. Del resto, chiosa la Corte, il principio di necessaria retroattività della legge penale più favorevole è stato sinora affermato dalla giurisprudenza di

<sup>7</sup> In *www.penalecontemporaneo*, con nota di SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*.

Strasburgo soltanto rispetto alle leggi succedutesi dal momento del fatto alla sentenza definitiva, senza alcuna affermazione – per converso – della necessità di travolgere il giudicato, così come richiesto dal giudice *a quo* nel caso di specie.

In secondo luogo, ad avviso del Giudice delle leggi, spetterebbe soltanto al legislatore la scelta in ordine a quali garanzie riservare alle disposizioni penali secondo il diritto interno ed è pertanto del tutto legittima la mancata estensione all'illecito amministrativo di taluni principi operanti nel diritto penale in senso stretto (come quello previsto dal censurato art. 4, l. n. 11 marzo 1987, n. 87).

Infine, si evidenzia come tale soluzione non si risolva in un'indebita disparità di trattamento tra sentenze di condanna a una pena e sentenze comminatorie di sanzioni amministrative, trattandosi di situazioni aventi riflessi processuali molto diversi (basti pensare, al riguardo, alla differenza tra la fase esecutiva a cui sono sottoposte le sanzioni amministrative e l'esecuzione penale).

copyright Neldiritto Editore

# DIRITTO AMMINISTRATIVO

Si riportano i paragrafi 2., 2.2. e 8.5. della Parte II, Cap. IV.

## PARTE II L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

### CAPITOLO IV LE DISCIPLINE SULL'ACCESSO AI DOCUMENTI, AI DATI E ALLE INFORMAZIONI

#### SEZIONE I - L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA SULL'ACCESSO. DALL'ACCESSO CLASSICO A QUELLI CIVICO E GENERALIZZATO

\*1. Il percorso parallelo della trasparenza e dell'accesso. Dall'accesso classico (l. n. 241 del 1990) all'accesso "civico" (d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33) fino all'accesso generalizzato (d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97). \*2. L'accesso civico e l'accesso generalizzato: ambiti applicativi e disciplina. \*2.1. L'accesso civico. \*2.2. L'accesso generalizzato: base applicativa e regime delle esclusioni e dei limiti, espliciti e impliciti. L'accesso generalizzato agli atti di gara: rinvio. \*2.2.1. L'accesso generalizzato: natura e disciplina.

#### SEZIONE II - LA NATURA GIURIDICA DELL'ACCESSO CLASSICO

\*3. Il diritto di accesso classico. \*4. La natura giuridica del diritto di accesso. \*4.1. Le ragioni del contrasto e le implicazioni applicative. \*4.2. Il secondo intervento dell'Adunanza plenaria e le ulteriori prese di posizione giurisprudenziali.

#### SEZIONE III - LA DISCIPLINA SOSTANZIALE DELL'ACCESSO CLASSICO

\*5. I soggetti legittimati. \*5.1. L'attualità dell'interesse. \*5.2. L'accesso alle informazioni ambientali. \*5.3. I soggetti portatori di interessi diffusi. \*6. L'oggetto del diritto di accesso. Gli atti interni. \*6.1. Gli atti con rilievo investigativo o probatorio nel procedimento penale. \*6.2. Accesso ed attività di diritto privato degli enti pubblici e dei gestori di pubblico servizio. \*6.2.1. La discussa nozione di strumentalità dell'attività residuale del gestore del pubblico servizio. \*6.2.2. L'accesso agli atti delle imprese di assicurazione. \*6.2.3. I soggetti passivi dell'accesso. \*6.2.3.1. Accesso agli atti degli organismi di diritto pubblico e dei soggetti *in house*. \*6.3. Il diritto di accesso e gli *open data*. \*7. Accesso ed Autorità indipendenti. \*7.1. Il caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. \*7.2. Ulteriori profili concernenti l'accesso ai documenti detenuti dall'Autorità. \*7.3. Il caso della Consob. La disciplina del segreto d'ufficio. \*8. I limiti del diritto di accesso e i controllimiti di cui all'art. 24, commi 5 e 7. \*8.1. Il limite della riservatezza. Nozioni introduttive. \*8.2. Accesso e dati sensibili e sensibilissimi. \*8.3. Accesso alle cartelle cliniche. \*8.4. Accesso agli elaborati delle procedure concorsuali. \*8.5. Accesso agli atti di gara: le ragioni di una disciplina speciale. I rapporti con l'accesso generalizzato: Cons.

Stato, sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780. \*8.6. I pareri legali resi in favore dell'amministrazione. \*8.7. I profili procedimentali e processuali: la tutela dei controinteressati nel Codice del processo amministrativo. \*9. L'accesso agli atti degli enti locali. L'art. 10, d.lgs. n. 267 del 2000. \*9.1. L'accesso dei consiglieri degli enti locali.

#### SEZIONE IV \* IL GIUDIZIO

\*10. La tutela giurisdizionale nel Codice del processo amministrativo. Introduzione. \*10.1. La disciplina. \*10.2. Il carattere accelerato del rito. I termini. La sospensione feriale. L'ammissibilità di una tutela cautelare. \*10.3. L'ambito oggettuale e soggettivo di operatività del rito accelerato. \*10.4. Giurisdizione esclusiva e natura accertativa del giudizio in materia di accesso. \*10.4.1. Ammissibilità del ricorso al Capo dello Stato in materia di accesso. Rinvio. \*10.5. Ricorso in tema di accesso innestato nel giudizio principale pendente. Ambito applicativo e soggetti cui notificare l'atto introduttivo. \*10.5.1. Natura giuridica e regime dell'ordinanza. \*10.6. L'oggetto del rito speciale dell'accesso: proponibilità di domande di annullamento ed esperibilità dell'azione risarcitoria. \*11. La tutela giustiziale innanzi alla commissione per l'accesso o al difensore civico.

#### SEZIONE V \* LA TUTELA PENALE E CIVILE DEL DIRITTO DI ACCESSO

\*12. La tutela penale del diritto di accesso. Silenzio-diniego e rilievo penale dell'inerzia. Il silenzio sulle istanze di accesso civico e generalizzato. \*13. La tutela civile del diritto di accesso. *Rinvio.*

copyright Neldiritto Editore

## 2. L'accesso civico e l'accesso generalizzato: ambiti applicativi e disciplina.

Alla disamina dei profili problematici emersi con riferimento alla disciplina dell'accesso classico, come dettata dalla l. n. 241 del 1990, giova allora anteporre l'illustrazione del regime cui soggiacciono le due cennate forme evolutive dell'accesso: quello civico e quello generalizzato<sup>1</sup>.

### 2.2. L'accesso generalizzato: base applicativa e regime delle esclusioni e dei limiti, espliciti e impliciti. L'accesso generalizzato agli atti di gara: rinvio.

Accesso generalizzato e accesso civico: le differenze

Quanto riferito in merito all'ambito applicativo proprio dell'accesso civico consente di cogliere agevolmente la netta distinzione tra lo stesso e l'accesso generalizzato, a differenza del primo attivabile con riferimento a tutti i documenti e i dati dell'amministrazione, "ulteriori" rispetto a quello oggetto di prescritti obblighi di pubblicazione (art. 5, co. 2, d. lgs. n. 33 del 2013).

Come chiarito dall'ANAC, intervenuta in attuazione dell'art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33 del 2013, che alla stessa domanda il compito di "definire" le esclusioni e i limiti frapposti dalla stessa disposizione all'accesso generalizzato, "i due diritti di accesso, pur accomunati dal diffuso riconoscimento in capo a "chiunque", indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva connessa, sono .. destinati a muoversi su binari differenti .... L'accesso generalizzato si delinea come affatto autonomo ed indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione e come espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati all'art. 5 *bis*, commi 1 e 2, e dall'altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5 *bis*, comma 3)"<sup>2</sup>.

Accesso generalizzato e accesso classico: identità di basi applicative ..

Meno scontata la demarcazione degli ambiti applicativi propri dell'accesso classico e dell'accesso generalizzato, al pari del primo riguardante *tutti gli atti detenuti dall'Amministrazione*, non già solo quelli oggetto di previsti (ed inosservati) obblighi di pubblicazione.

.. diversità dei limiti che si frappongono all'uno e all'altro ...

Proprio l'indicata coincidenza oggettuale ha indotto il legislatore a differenziare la disciplina dei limiti che si frappongono all'esercizio dell'una e dell'altra tipologia di accesso.

Rinviano al successivo par. 8 per l'esame dei limiti propri dell'accesso classico, giova qui osservare che, con l'intento di bilanciare l'estensione dell'ambito applicativo dell'accesso generalizzato, il legislatore del 2016 ha introdotto, nel corpo del d.lgs. n. 33 del 2013, l'art. 5 *bis*, recante la disciplina

<sup>1</sup> V. sul punto la Circolare della Presidenza del Consiglio – Dipartimento della funzione pubblica 30 maggio 2017, n. 2/2017, recante *Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)*, nonché la Delibera Anac 28 dicembre 2016, n. 1309, recante *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2 D.L.vo n. 33 del 2013*.

<sup>2</sup> Del. 28 dicembre 2016, n. 1309.

relativa ad esclusioni e limiti all'accesso *generalizzato*.

Si tratta di limiti ed esclusioni che - in quanto frapposti ad un accesso ben più esteso di quello disciplinato dalla l. n. 241 del 1990, perché slegato da requisiti legittimanti - sono previsti in termini più stringenti rispetto a quelli che l'art. 24, l. n. 241 del 1990, indica con riguardo all'accesso classico.

Si consideri, peraltro, che distinti sono non solo i limiti frapposti dalla legge all'azionabilità dell'accesso classico e di quello generalizzato, ma anche la *forza di resistenza* di cui gli stessi sono muniti nel contrapporsi alle ben diverse esigenze sottese all'uno e all'altro tipo di accesso: non vi è dubbio, infatti, che l'accesso classico, richiesto per *curare* o addirittura per *difendere* una situazione soggettiva di cui l'accedente è titolare, presenta un'attitudine a superare la capacità di resistenza di taluni limiti che pure la legge anche per quell'accesso contempla (si pensi a quello costituito dalla riservatezza opposta da chi è titolare di un dato personale contenuto nell'atto di cui si chiede l'ostensione) ben più elevata rispetto a quella propria del mero accesso generalizzato, azionabile da *chiunque*, anche al solo fine di meglio "*partecipare al dibattito pubblico*", come consente l'art. 5, co. 2, d. lgs. n. 33 del 2013.

Mutano, pertanto, anche i parametri che l'amministrazione deve utilizzare nel bilanciare ciascuno dei due distinti accessi con i limiti (talvolta coincidenti) che la legge prevede per l'uno e per l'altro.

Come è stato osservato dall'ANAC nella richiamata delibera 28 dicembre 2016, n. 1309, ben può accadere che l'amministrazione, respinta l'istanza di accesso generalizzato, perché richiesto con riguardo ad atto oggetto di una esclusione prevista dall'art. 5 *bis*, d. lgs. n. 33 del 2013 (per es. perché contenente dati per i quali la legge contempla un divieto di divulgazione, come è per quelli idonei a rivelare lo stato di salute del terzo), ostenda tuttavia lo stesso atto in accoglimento della diversa istanza di accesso classico, in specie se proposto ai sensi dell'art. 24, co. 7, l. n. 241 del 1990, in funzione cioè di difesa di una situazione soggettiva dell'accedente<sup>3</sup>.

Volendo, allora, dare atto della disciplina dettata dal richiamato art. 5 *bis*, d. lgs. n. 33 del 2013, lo stesso distingue, per l'accesso generalizzato, due categorie di eccezioni al regime di conoscibilità, la prima *assoluta* (c.d. *esclusioni assolute o limiti tassativi*), la seconda *relativa* (c.d. *esclusioni relative o limiti facoltativi*): in presenza delle prime, l'amministrazione è tenuta a respingere l'istanza di accesso generalizzato, senza poter attendere ad un

.. e delle  
tecniche di  
bilancia-  
mento

Esclusioni  
assolute e  
limiti

<sup>3</sup> Osserva sul punto C. TOMMASI, *Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018, che "la minore profondità dell'accesso civico generalizzato segnala che, dinanzi a "interessi-limite" comuni sia all'accesso civico che documentale, quest'ultimo è in grado di imporre un metodo di bilanciamento più favorevole alle esigenze di conoscenza, all'interno del quale le eccezioni al principio di trasparenza vanno interpretate con meno rigidità. In altri termini, l'accesso documentale sarebbe in grado di creare un bilanciamento tale per cui, essendo l'interesse personale di rilevanza superiore per l'ordinamento rispetto all'interesse al controllo sulla PA, le categorie di "interessi-limite" per questo tipo di accesso andrebbero interpretate con meno rigidità rispetto ai casi di accesso generalizzato".

bilanciamento, come invece nel caso in cui vengano in considerazione limiti del secondo tipo.

**Le esclusioni assolute**

Quanto alle esclusioni assolute, l'art. 5 *bis*, co. 3, d. lgs. n. 33 del 2013, dispone che il diritto di accesso generalizzato è "escluso" "nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990".

Oltre al segreto di Stato, vengono in considerazione gli altri casi di segreto previsti dalla legge (per es. quelli statistico, militare, bancario, scientifico e industriale, professionale, istruttorio in sede penale) o di divieto di divulgazione parimenti prescritti da fonti primarie, come per i dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale ((art. 22, co. 8, d. lgs. n. 196 del 2003; art. 7 *bis*, co. 6, d. lgs. n. 33/2013).

**Accesso generalizzato e atti di gara: rinvio**

Sulla possibilità che, per effetto del richiamato art. 5 *bis*, co. 3, d. lgs. n. 33 del 2013, in specie laddove esclude l'accesso generalizzato nei casi "in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti", siano da ritenere sottratti all'ambito applicativo dell'accesso che si esamina anche gli atti delle procedure di affidamento ed esecuzioni di contratti pubblici, la cui ostensione è regolamentata dall'art. 53, d. lgs. n. 50 del 2016, si rinvia al successivo **par. 8.5.**

**I limiti espliciti**

Quanto ai limiti, l'art. 5 *bis*, co. 3, d. lgs. n. 33 del 2013, dispone che la P.A. deve respingere la richiesta di accesso libero e universale allorché sia *necessario* per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di interessi *pubblici* inerenti a:

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;
- b) la sicurezza nazionale;
- c) la difesa e le questioni militari;
- d) le relazioni internazionali;
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;
- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

Inoltre, l'Amministrazione deve rifiutare l'accesso di cui all'art. 5, comma 2, se il diniego è *necessario* per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

Come sottolineato dallo stesso *Consiglio di Stato* nel parere della *Commissione Speciale 24 febbraio 2016 n. 515*, si tratta di limiti indicati con particolare ampiezza: il che reca con sé il rischio di neutralizzare la portata innovativa

del nuovo istituto. Alcuni significativi temperamenti alle ampie limitazioni all'accesso libero e universale sono introdotti nei successivi commi 4 e 5, che prevedono, rispettivamente, la possibilità di escludere l'accesso solo rispetto ad alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, o di fare ricorso al potere di differimento ove sufficiente a garantire la tutela dei suddetti interessi. Sotto il profilo temporale, si prevede che i suddetti limiti si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato.

Si consideri, per concludere, che un'ulteriore limite all'azionabilità dell'accesso generalizzato è stato in giurisprudenza desunto dalle finalità per il cui soddisfacimento l'art. 5, co. 2, d. lgs. n. 33 del 2013, introduce e riconosce la nuova tipologia di accesso che si esamina.

Come chiarito da *T.A.R. Lazio, 2 luglio 2018, n. 7326*, prima ancora che gli interessi declinati nell'art. 5 *bis*, d. lgs. n. 33 del 2013, vanno valorizzate -in chiave selettiva e delimitativa dell'accesso generalizzato- le finalità per le quali tale strumento è stato previsto dal legislatore, esplicitate dall'art. 5, co. 2, con il riferimento all'obiettivo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico. È necessario, quindi, che l'istanza di accesso generalizzato sia diretta a soddisfare “*un interesse che presenti una valenza pubblica*” e non, invece, “*un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo*”.

### **8.5. Accesso agli atti di gara: le ragioni di una disciplina speciale. I rapporti con l'accesso generalizzato: Cons. Stato, sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780.**

Una disciplina speciale è dettata per l'accesso agli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici dall'art. 53, d. lgs. n. 50 del 2016.

È utile, preliminarmente, chiarire le ragioni sottese all'introduzione di una disciplina speciale.

Peculiari le esigenze che vengono in rilievo nel settore in considerazione.

Su un primo versante, ciò che primariamente connota le procedure di evidenza è il *confronto competitivo* che in esse si svolge tra i partecipanti, i quali sottopongono le loro offerte alla valutazione comparativa della stazione appaltante perché la stessa scelga la migliore, sul piano tecnico/economico. Non vi è dubbio, conseguentemente, che nelle procedure in questione l'esigenza di trasparenza si manifesta in modo ancor più spiccato atteso che le condizioni di aggiudicazione, nonché quelle contrattuali, costituiscono la prova ed il riscontro della corretta conduzione delle competizioni fra gli offerenti.

I limiti  
impliciti

Le speciali  
esigenze  
antagoniste  
da soddisfare

1. Confronto  
competitivo  
e massima  
trasparenza

2. Non alterare il confronto competitivo finché è in corso

Su altro e contrapposto fronte, è necessario evitare che l'ostensione in corso di gara, o comunque durante le singole fasi lungo le quali si snoda la procedura di evidenza, finisca per consentire al partecipante o all'aspirante tale che conosca le componenti dell'altrui offerta di modulare conseguentemente la propria: è evidente, infatti, che ne risulterebbe alterato il fisiologico dispiegarsi della competizione.

3. La tutela dei segreti industriali e commerciali

Al contempo, anche a procedura conclusa, vi è l'esigenza che l'esigenza di trasparenza sopra illustrata si coniughi con quella dei singoli partecipanti a che non siano divulgate quelle componenti dell'offerta prodotta in gara maggiormente idonee a disvelare quanto attiene al nucleo tecnico più intimo e importante del proprio processo produttivo o commerciale ovvero del proprio prodotto.

L'art. 53, d. lgs. n. 50 del 2016, detta quindi una disciplina la cui specialità si spiega tenendo conto della necessità di trovare un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze sopra rappresentate<sup>4</sup>.

Il richiamo alla l. n. 241 del 1990 e i differimenti

Così, dopo aver richiamato la disciplina generale in tema di accesso, disponendo, al comma 1, che *“il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241”*, l'art. 53, al comma 2, formula un'articolata disciplina delle ipotesi di differimento<sup>5</sup> dell'accesso agli atti di gara.

Le esclusioni previste dal comma 5 ...

In ogni caso, il comma 5 prevede che sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

- a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta a giustificazione della medesima, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, *segreti tecnici o commerciali*;
- b) ai *pareri legali* acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici<sup>6</sup>;

<sup>4</sup> È quanto mette bene in luce Cons. St., sez. III, 17 novembre 2017, n. 1213.

<sup>5</sup> Ai sensi dell'art. 53, comma 2, *“Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:*

*a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione”*.

<sup>6</sup> Inoltre, alla successiva lettera d), di nuova introduzione, si prevede l'esclusione del diritto di accesso e di ogni forma di divulgazione anche per le soluzioni tecniche e i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale. Quanto ai pareri legali, sono, tuttavia, accessibili quelli che, anche per l'effetto di un richiamo esplicito nel provvedimento finale, rappresentano un passaggio istruttorio di un procedimento amministrativo in corso e, una volta acquisiti dall'amministrazione, vengono ad innestarsi nell'*iter* procedimentale, assumendo la configurazione di atti endoprocedimentali e perciò costituiscono uno degli elementi che condizionano la scelta dell'amministrazione (Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2011, n. 3812; Id.,

c) alle *relazioni riservate* del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

Senonché, ai sensi del successivo comma 6 dell'art. 53, tuttavia, l'esclusione prevista dal richiamato comma 5, lettera a), è destinata a cedere a fronte dell'istanza di accesso proposta dal “*concorrente*” ai fini della *difesa in giudizio* dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

.. e la prevalenza dell'accesso volto alla “difesa in giudizio” di cui al comma 6

Si tratta di un delicato punto di equilibrio.

Da un lato, invero, in omaggio alla suillustrata esigenza di trasparenza, il Codice dei contratti pubblici esclude dall'ambito applicativo dell'accesso agli atti di gara, non già le componenti dell'offerta per le quali si pone una generica esigenza di *riservatezza industriale o commerciale* (limite, questo, già contemplato dalla generale disciplina dell'accesso all'art. 24, co. 6, lett. d), ma solo quelle che, alla stregua di motivata e comprovata (e quindi valutabile ad opera della stazione appaltante) dichiarazione dell'offerente, costituiscano *segreti tecnici o commerciali*.

Segreto tecnico o commerciale e non mera riservatezza

Come chiarito da *Cons. St., sez. III, 17 novembre 2017, n. 1213*, “il riferimento al “segreto” commerciale, contenuto nell'art. 53, più rigoroso e stringente dell'art. 24 che invece parla di “riservatezza” commerciale, si spiega in relazione allo specifico contesto dell'evidenza pubblica nell'ambito del quale si svolge una vera e propria competizione governata dal principio di concorrenza e da quello di pari trattamento che ne costituisce il corollario endoconcorsuale”.

Al contempo, il Codice dei contratti, questa volta mosso –limitatamente alle informazioni che, contenute nell'offerta, siano da ritenere coperte da segreto alla stregua del meccanismo sopra descritto- dall'esigenza di proteggere più adeguatamente il segreto stesso, introduce una disciplina che, pur volta a far prevalere su quello l'accesso difensivo, trova un campo di applicazione più limitato rispetto a quanto generalmente previsto dall'art. 24, co. 7, l. n. 241 del 1990, in tema di criteri di soluzione del conflitto tra accesso difensivo e riservatezza.

Accesso difensivo del solo concorrente e di tipo giudiziale

In primo luogo, infatti, la prevalenza dell'accesso difensivo sul segreto tecnico e commerciale è prevista dall'art. 53, co. 6, d. lgs. n. 50 del 2016, solo a condizione che l'istanza ostensiva sia presentata dal “*concorrente*” che abbia partecipato alla gara e che abbia intrapreso, quindi, ovvero debba intraprendere un giudizio avente ad oggetto la procedura di gara cui l'istanza di accesso si riferisce<sup>7</sup>: il soggetto che non ha partecipato alla gara non vanta

Sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7237). L'accesso è quindi escluso per i pareri legali richiesti non in funzione del procedimento amministrativo conclusosi con l'atto impugnato ma al fine di definire e/o delineare la strategia difensiva e/o la futura condotta processuale più conveniente per l'Amministrazione, da assumere nella controversia giurisdizionale già instaurata o nella futura (Cons. St., Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1056).

<sup>7</sup> Come chiarito da Cons. St., Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1446, nel codice dei contratti pubblici l'accesso ai

un interesse differenziato alla conoscenza dei relativi atti e, pertanto, non può considerarsi legittimato all'accesso<sup>8</sup>.

Inoltre, l'istanza ostensiva deve essere fondata non su una generica esigenza difensiva, ma sulla necessità di attendere alla “*difesa in giudizio*”, per quanto quest'ultima debba intendersi come comprensiva non solo della tutela impugnatoria a fini caducatori, ma anche di quella risarcitoria, se del caso da proporre in forma autonoma<sup>9</sup>.

I rapporti  
con la  
generale  
disciplina  
sull'accesso  
classico

Concludendo, l'art. 53, d. lgs. n. 50 del 2016, se da un lato richiama, per gli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione, la generale disciplina sull'accesso *classico* dettata dalla l. n. 241 del 1990, dall'altro, introduce significative deroghe.

Il rapporto tra la normativa generale in tema di accesso e quella particolare dettata in materia di contratti pubblici non si pone, quindi, in termini di accentuata differenziazione, ma piuttosto di complementarietà, nel senso che le disposizioni contenute nella disciplina della l. n. 241 del 1990 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvengono disposizioni derogatorie nel codice dei contratti.

I rapporti  
con l'accesso  
generaliz-  
zato

Resta, in conclusione, da chiedersi se agli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici possa accedersi con lo strumento dell'*accesso generalizzato* di cui all'art. 5, co. 2, d. lgs. n. 33 del 2013.

La questione va esaminata considerando che, come indicato al precedente par. 2.2., l'art. 5 *bis*, co. 3, d. lgs. n. 33 del 2013, esclude l'accesso generalizzato nei casi “*in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti*”. Si tratta di valutare se l'art. 53, d. lgs. n. 50 del 2016, integri una disciplina *speciale e chiusa* dell'accesso agli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione.

In giurisprudenza, sono emerse due contrapposte posizioni.

La prima, nell'optare per la tesi che esclude l'estensione dell'accesso generalizzato agli atti cui ha riguardo l'art. 53 in questione, ha valorizzato, in uno al dato letterale del richiamato art. 5 *bis*, co. 3, d. lgs. n. 33 del 2013, il carattere “*speciale e a sé stante*” della disciplina dettata dall'art. 53, d. lgs. n. 50 del 2016, destinata ad integrare “*un complesso normativo chiuso*”, non integrabile da una disciplina che, alterando il delicato equilibrio sopra

---

documenti della procedura di aggiudicazione assume una particolare natura, in quanto non è sufficiente il riferimento alla cura di propri interessi giuridici prevista dall'art. 24, l. n. 241 del 1990, ma è richiesto espressamente che l'accesso sia effettuato in vista della difesa in giudizio. Si tratta, quindi, di una previsione molto più restrittiva di quella contenuta nell'art. 24, l. n. 241 del 1990, la quale contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso - ove necessario - per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale.

<sup>8</sup> Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 25 luglio 2006, n. 1863; Tar Veneto, Sez. I, 19 luglio 2005, n. 2864.

<sup>9</sup> Tar, Valle D'Aosta, 5 giugno 2017, n. 34.

illustrato, riconoscerebbe a soggetti non qualificati una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara<sup>10</sup>.

Ad esiti del tutto differenti è di recente pervenuto il Consiglio di Stato<sup>11</sup>.

Nel ritenere che l'accesso civico generalizzato possa avere ad oggetto atti di una *procedura di gara ormai definita* –nel caso di specie consistenti perlopiù nella documentazione amministrativa e contabile, incluse le fatture pagate all'aggiudicatario, come tali ben diversi da quelli che l'art. 53, co. 5, lett. a), d. lgs. n. 50 del 2016, ritiene esclusi dal diritto di accesso e ogni forma di divulgazione, perché integranti “segreti tecnici o commerciali” - il Consiglio di Stato si sofferma sulla portata:

- dello stesso art. 53 laddove pare richiamare i *soli* artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e non anche la disciplina dell'accesso generalizzato;
- dell'art. 5 *bis*, co. 3, d.lgs. n. 33/2013, ai sensi del quale il diritto di cui all'art. 5, co. 2, è escluso nei casi “*in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della l. 241/1990*”.

Ad avviso della terza Sezione, in particolare, quest'ultima disposizione fa riferimento, nel limitare il diritto all'accesso civico generalizzato, a “*specifiche condizioni, modalità e limiti*”, ma non ad intere “*materie*”, sicché non sarebbe condivisibile un esito interpretativo che escluda l'intera *materia* relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso generalizzato, volta a garantire il rispetto del fondamentale principio di trasparenza.

In particolare, il Consiglio valorizza il fatto che il d. lgs. 25 maggio 2016, n. 67, preveda una *limitazione soltanto oggettiva* dell'accesso generalizzato, sicché, al di là delle specifiche “*materie*” sottratte – ad esempio quelle relative alla politica estera o di sicurezza nazionale – vi possono essere “*casi*” in cui, per una materia altrimenti compresa per intero nella possibilità di accesso, norme speciali (ovvero l'art. 24, co. 1, l. 241 del 1990) prevedano “*specifiche condizioni, modalità e limiti*”.

Deriva da tale principio che:

- l'ambito delle materie sottratte debba essere definito senza possibilità di estensione o analogia interpretativa;
- ove non si ricada in una “*materia*” esplicitamente sottratta, possono esservi solo “*casi*” in cui il legislatore pone *specifiche limitazioni, modalità o limiti*.

D'altro canto –osserva il Consiglio di Stato- il richiamo contenuto nel primo comma del citato art. 53 Codice dei contratti alla *sola* disciplina del c.d. accesso “ordinario” di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241 del 1990 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al d. lgs. 25

<sup>10</sup> T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 18 luglio 2018, n. 197. In termini, T.A.R. Lombardia, Milano, 25 marzo 2019, n. 630.

<sup>11</sup> Cons. St., sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780.

maggio 2016, n. 67, che, nel modificare il d.lgs. 33/2013, ha per l'appunto introdotto l'accesso generalizzato.

A supporto di tale approccio interpretativo, il Consiglio valorizza le ragioni sottese all'introduzione legislativa del diritto all'accesso generalizzato, calibrandole sullo specifico settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Proprio con riferimento a siffatte procedure –sostiene la terza Sezione- il riconoscimento della possibilità di accesso generalizzato, una volta che la gara sia conclusa e viene perciò meno la tutela della *par condicio* dei concorrenti, non risponde soltanto ai canoni generali di “*controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*” (art. 5, co. 2, d.lgs. 33 del 2013), ma anche all'esigenza che quelle stesse procedure si svolgano nel rispetto del principio di *trasparenza*, inteso come presidio di prevenzione e contrasto della corruzione.

copyright Neldiritto Editore

# DIRITTO CIVILE

Si riportano i paragrafi 4.1., 5. e 5.1. della Parte IV, capitolo I

## PARTE IV LA FAMIGLIA

### CAPITOLO I LA FAMIGLIA IN GENERALE. IL MATRIMONIO E LE UNIONI CIVILI

#### SEZIONE I - FAMIGLIA LEGITTIMA, FAMIGLIA DI FATTO E UNIONI CIVILI

\*1. Nozione di famiglia. \*2. Il fondamento costituzionale della famiglia. \*3 La famiglia "tradizionale". \*3.1. Il matrimonio-atto. \*3.2. Il matrimonio-rapporto. \*4. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. \*4.1 Le unioni civili. \*4.2. Lo scioglimento delle unioni civili. Rinvio. \*5. La convivenza di fatto. \*5.1. I contratti di convivenza. \*6. La cessazione della convivenza.

#### SEZIONE II - MISURE CONTRO LA VIOLENZA NELLE RELAZIONI FAMILIARI

\*7. La legge 4 aprile 2001, n. 154: profili essenziali. \*8. L'ambito oggettivo di applicazione delle misure. \*9. L'ambito soggettivo di applicazione delle misure.

#### 4.1. Le unioni civili.

Come anticipato, con legge 20 maggio 2016 n.76 sono state istituite le unioni civili tra persone dello stesso sesso. L'art. 1 comma 1 della legge specifica che le unioni civili costituiscono una specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione. Si tratta di un'unione avente carattere non matrimoniale a cui, tuttavia, vengono estesi sostanzialmente i medesimi diritti, vincoli ed effetti derivanti dal rapporto di coniugio.

La legge è composta di un unico articolo suddiviso in numerosi commi, i cui primi 35 disciplinano le unioni civili tra persone dello stesso sesso mentre i restanti regolamentano le convivenze di fatto.

La normativa sulle unioni civili è costituita da un primo gruppo di norme volte a disciplinare la costituzione dell'unione civile e che dunque considerano l'unione intesa quale atto giuridico. A riguardo, sono previsti alcuni richiami al codice civile ed in particolare agli artt. 120 (impugnativa per incapacità di intendere o di volere), 123 (simulazione), 125 (azione del pubblico ministero), 126 (separazione dei coniugi in pendenza del giudizio), 127 (intrasmissibilità dell'azione agli eredi), 128 (matrimonio putativo), 129 (diritti dei coniugi in buona fede) e 129-bis (responsabilità del coniuge in mala fede) del codice civile.

La legge istitutiva delle unioni civili disciplina in modo più dettagliato la modalità di costituzione dell'unioni civili, che viene regolata in modo espresso con l'obiettivo di prevedere una disciplina parzialmente diversa da quella concernente la costituzione del vincolo matrimoniale.

A differenza di quanto stabilito per la costituzione del vincolo matrimoniale, non sono previste attività preliminari alla costituzione dell'unione civile come, ad esempio, le pubblicazioni matrimoniali.

Il regolamento provvisorio<sup>1</sup> si limita a prevedere che è necessario che due persone maggiorenni dello stesso sesso, che intendono costituire l'unione civile, ne facciano richiesta congiuntamente all'ufficiale dello stato civile del comune di loro scelta.

In tale richiesta le parti devono dichiarare i propri dati anagrafici, la cittadinanza, il luogo di residenza nonché l'insussistenza delle cause impeditive alla costituzione dell'unione di cui all'articolo 1, comma 4, della legge istitutiva.

Ai sensi di tale disposizione, sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso:

- a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso;
- b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente<sup>2</sup>;
- c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di parentela indicati dall'art. 87, primo comma c.c.<sup>3</sup>, in taluni casi è possibile comunque che il tribunale possa autorizzare

<sup>1</sup> DPCM 23 luglio 2016, n. 144 "Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76".

<sup>2</sup> In tal caso l'art. 1 comma 5 della legge istitutiva prevede espressamente l'applicabilità dell'art. 119 c.c. relativo all'impugnazione del matrimonio contratto dall'interdetto.

<sup>3</sup> Oltre ai rapporti di parentela già indicati non possono unirsi civilmente lo zio ed il nipote ovvero la zia e la nipote. Si tratta di rapporti di parentela già disciplinati dall'art. 87 c.c. Tale norma tuttavia, presupponendo la diversità di sesso tra i nubendi, sanciva il divieto soltanto tra lo zio e la nipote ovvero

la costituzione dell'unione civile, in tal caso si applica il disposto di cui al predetto art. 87 c.c.

d) il c.d. *impedimentum criminis*, ossia la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte;

La sussistenza di una delle cause impeditive di cui al predetto comma 4 comporta la nullità dell'unione civile.

In tale caso, l'unione civile può essere impugnata da ciascuna delle parti, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarla un interesse legittimo e attuale. È, tuttavia, espressamente richiamato l'art. 125 c.c. ai sensi del quale il pubblico ministero non può promuovere l'azione di nullità prima della morte di una delle parti dell'unione civile.

Nella dichiarazione resa per la costituzione dell'unione civile le parti possono indicare quale regime patrimoniale intendono applicare all'unione, in mancanza di scelta, si applicherà il regime della comunione legale dei beni. Gli aspetti patrimoniali dell'unione saranno trattati congiuntamente a quelli del matrimonio, si rinvia pertanto all'apposito capitolo del manuale.

Ricevuta la dichiarazione, l'ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile nell'archivio dello stato civile. L'unione civile tra persone dello stesso sesso è altresì certificata dal relativo documento attestante la costituzione dell'unione.

È importante sottolineare che la legge istitutiva delle unioni civili non contempla la possibilità dell'obiezione di coscienza, ossia la facoltà per l'ufficiale di stato civile di astenersi, per motivi etici o religiosi, dal dovere di ufficio consistente nel ricevere la dichiarazione di costituzione dell'unione civile.

Tale considerazione è stata infatti ribadita dal Consiglio di Stato in sede di emanazione del parere consultivo concernente il DPCM disciplinante provvisoriamente gli adempimenti riguardanti la costituzione delle unioni civili<sup>4</sup>.

---

tra la zia ed il nipote. Il legislatore ha dunque chiarito che il divieto è operante anche tra zio e nipote dello stesso sesso.

<sup>4</sup> Parere del Consiglio di Stato n. 01695/2016 depositato il 21/07/2016. Il Consiglio di Stato ritiene che "il rilievo giuridico di una "questione di coscienza" - affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti - può derivare soltanto dal riconoscimento che di tale questione faccia una norma, sicché detto rilievo, che esime dall'adempimento di un dovere, non può derivare da una "auto-qualificazione" effettuata da chi sia tenuto, in forza di una legge, a un determinato comportamento. Il primato della "coscienza individuale" rispetto al dovere di osservanza di prescrizioni normative è stato affermato - pur in assenza di riconoscimento con legge - nei casi estremi di rifiuto di ottemperare a leggi manifestamente lesive di principi assoluti e non negoziabili (si pensi alla tragica esperienza delle leggi razziali). In un sistema costituzionale e democratico, tuttavia, è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge. Nel caso della legge n. 76/2016 una previsione del genere non è stata introdotta; e, anzi, dai lavori parlamentari risulta che un emendamento volto ad introdurre per i sindaci l' "obiezione di coscienza" sulla costituzione di una unione civile è stato respinto dal Parlamento, che ha così fatto constare la sua volontà contraria, non aggirabile in alcun modo nella fase di attuazione della legge. [...] Del resto, quanto al riferimento alla "coscienza individuale" adombrato per invocare la possibilità di "obiezione", osserva il Consiglio di Stato che la legge, e correttamente il decreto attuativo oggi in esame, pone gli adempimenti a carico dell' "ufficiale di stato civile", e cioè di un pubblico ufficiale, che ben può essere diverso dalla persona del sindaco. In tal modo il Legislatore ha affermato che detti adempimenti, trattandosi di disciplina dello stato civile, costituiscono un dovere civico e, al tempo stesso, ha posto tale dovere a carico di una ampia categoria di soggetti - quella degli ufficiali di stato civile - proprio per tener conto che, tra questi, vi possa essere chi affermi un "impedimento di coscienza", in modo che altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti nell'interesse della coppia richiedente."

L'articolo 1 comma 7 della legge istitutiva, prevede che l'unione civile possa essere impugnata altresì dalla parte il cui consenso sia stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità determinato da cause esterne alla parte stessa.

L'unione civile può essere altresì impugnata dalla parte il cui consenso è stato dato per effetto di errore sull'identità della persona o di errore essenziale su qualità personali dell'altra parte. L'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che è cessata la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore.

L'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altra parte, si accerti che la stessa non avrebbe prestato il suo consenso se le avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi: a) l'esistenza di una malattia fisica o psichica, tale da impedire lo svolgimento della vita comune; b) le circostanze di cui all'articolo 122, terzo comma, numeri 2), 3) e 4), del codice civile. Ai sensi del successivo comma 8, la parte può in qualunque tempo impugnare il matrimonio o l'unione civile dell'altra parte. Se si oppone la nullità della prima unione civile, tale questione deve essere preventivamente giudicata.

Per quanto concerne, invece, l'unione civile intesa come "rapporto", la legge detta la disciplina attraverso una serie di disposizioni che, in gran parte, ricalcano quanto previsto dal codice civile con riferimento al vincolo matrimoniale tra coniugi. I doveri patrimoniali e personali che discendono dall'unione civile sono essenzialmente gli stessi che discendono dal matrimonio. In particolare, in analogia con quanto previsto per quest'ultimo, dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, inoltre, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni.

Il successivo art. 1 comma 12 stabilisce che le parti concordino tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissino la residenza comune. Il legislatore tuttavia non richiama la disciplina prevista dall'art. 145 c.c. per il caso in cui le parti dell'unione civile siano in disaccordo sull'individuazione dell'indirizzo della vita familiare.

Nonostante la significativa omologazione – ricavabile anche dall'art. 1, comma 20 L. n. 76 del 2016<sup>5</sup> – sussistono quattro importanti differenze tra le due formazioni sociali:

- a) La prima e forse più importante è rappresentata dal mancato richiamo, tra i doveri dell'art. 143 c.c., dell'obbligo di fedeltà. Si tratta di una discriminazione non condivisa dalla prevalente dottrina, che mette in evidenza l'irragionevolezza della previsione alla luce delle coordinate CEDU, specie se si considera che il dovere di fedeltà viene oggi inteso

---

<sup>5</sup> *«Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso». Il rinvio opera soltanto per l'applicazione delle disposizioni necessarie ad assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso. Non saranno dunque applicabili all'unione civile eventuali disposizioni limitative dei diritti e degli obblighi derivanti dalla costituzione dell'unione.*

non solo con un significato sessuale ma anche in senso morale e personale, come dedizione al progetto di vita comune.

- b) La seconda è il mancato richiamo all'istituto della separazione personale dei coniugi quale fase intermedia prima dello scioglimento definitivo del vincolo costituitosi tra le parti dell'unione civile.
- c) La terza differenza sussiste in tema di cognome: mentre nel matrimonio la donna aggiunge il cognome del marito al proprio (art. 143 bis), le parti dell'unione civile possono, nell'esercizio di un'autonomia negoziale sottratta ai coniugi, scegliere il cognome comune della coppia, che si aggiunge a quello dei singoli.
- d) Infine, sebbene il richiamo operato dall'art. 1, comma 20 L. n. 76 del 2016 sembri onnicomprensivo, lo stesso specifica che tale norma non si applica alle disposizioni del codice civile non richiamate. Alla luce di tale tecnica legislativa le disposizioni del codice civile saranno, quindi, applicabili all'unione civile soltanto se espressamente richiamate con esclusione di possibili interpretazioni analogiche delle disposizioni non espressamente dichiarate applicabili dal legislatore.

Tale norma esclude altresì l'applicabilità alle unioni civili anche della Legge n. 184 del 1983 in tema di adozioni. Questa disposizione ha posto l'ulteriore problema dell'ammissibilità della *stepchild adoption*.

## 5. La convivenza di fatto.

La l. 20 maggio 2016 n.76 fornisce per la prima volta una specifica regolamentazione delle "convivenze di fatto".

Anche prima di essa, il riconoscimento della convivenza come "*famiglia di fatto*" era derivato da un'evoluzione normativa<sup>6</sup> e giurisprudenziale, che aveva fondato

<sup>6</sup> La rilevanza delle convivenze di fatto era, infatti, stata riconosciuta da singole disposizioni di legge che attribuiscono a ciascun convivente specifici diritti, tra cui: a) il diritto di ottenere la corresponsione della pensione di guerra, in presenza di specifici requisiti (decreto luogotenenziale n. 1726 del 27.10.1918 e la l. n. 313/1968); b) il diritto di sostituzione al socio assegnatario defunto, purché documenti lo stato di convivenza da almeno due anni dal decesso (art. 17 l. n. 179/1992); c) il diritto, ex art. 13 del DPR n. 510/99 (regolamento recante nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata), ad un assegno vitalizio, laddove dimostri un rapporto di convivenza stabile con il defunto nei tre anni precedenti all'evento; d) la facoltà, ex art. 1 comma 598 l. n. 266/05 (legge finanziaria 2006), in sede di alienazione degli immobili già IACP, di subentrare nel diritto all'acquisto dell'immobile, in caso di rinuncia da parte dell'assegnatario, purché la convivenza duri da almeno cinque anni; e) l'art. 1 della l. n. 405/1975 (istitutiva dei consultori familiari) comprende tra gli aventi diritto alle prestazioni assistenziali anche le «coppie» di fatto; l'art. 30 della l. n. 354/1975 (riforma dell'ordinamento penitenziario) attribuisce un permesso al condannato, in caso di imminente pericolo di vita di un familiare, con la possibilità di indicare anche il convivente; f) l'art. 5 della l. n. 194/1978 (interruzione di gravidanza) permette la partecipazione all'evento chi è indicato «padre del concepito», quindi anche in presenza di convivenza more uxorio; g) l'art. 2 del d.P.R. n. 136 del 31 gennaio 1958 considera la famiglia non solo quella fondata sul matrimonio e legata da rapporti di parentela, affinità, affiliazione ed adozione, ma ogni altro nucleo che si fonda su legami affettivi, caratterizzato dalla convivenza e dalla comunione di tutto o parte del reddito dei componenti per soddisfare le esigenze comuni, quindi anche la convivenza.

Anche sul versante penalistico, oltre alla disposizione di cui all'art.199 c.p.p., che consente l'astensione dalla testimonianza del coniuge di fatto convivente o ex convivente, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza, si deve convenire che l'unione libera fra persone di sesso diverso ha finito per acquistare, «pur limitatamente al profilo interpretativo, un suo preciso spazio di tutela simile a quello riservato alla famiglia legittima, in ordine a fatti penalmente rilevanti in quanto lesivi della

sull'art. 2 Cost. e sul concetto di formazione sociale la base normativa per ritenere le convivenze meritevoli di considerazione da parte dell'ordinamento giuridico. La famiglia veniva definita *“una formazione sociale che dà luogo ad un autentico consorzio familiare basato su un progetto di vita comune”*<sup>7</sup>.

Con la Legge Cirinnà si ottiene quindi il consolidamento legislativo di un risultato a cui la giurisprudenza era, gradualmente, già pervenuta.

In tale testo normativo si precisa che per conviventi di fatto si intendono *“due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”* (art. 1, comma 36).

Al comma 37 si specifica, inoltre, che per l'accertamento della stabile convivenza si debba fare riferimento alla dichiarazione anagrafica resa dai conviventi ai sensi delle vigenti disposizioni del regolamento anagrafico.

Recenti pronunce della Cassazione hanno affermato che, per essere conviventi di fatto, non è però necessaria la comune residenza né la coabitazione, essendo sufficienti che le due persone abbiano spontaneamente e volontariamente assunto reciproci impegni di assistenza morale e materiale. La coabitazione assume quindi le vesti di un elemento indiziario attraverso il quale desumere l'esistenza di un rapporto di convivenza di fatto e non può costituire prova se non corroborato da ulteriori indizi che muovono verso la stessa conclusione<sup>8</sup>. A conferma, lo stesso art. 1, comma 53, nello stabilire che i conviventi possono stabilire la loro dimora abituale, si esprime in termini di possibilità e non di obbligo.

La novella del 2016 specifica che i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario. In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno inoltre diritto reciproco di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali.

Sono riconosciuti specifici diritti per quanto concerne l'assegnazione degli alloggi di edilizia popolare. La legge si preoccupa altresì di tutelare il convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa familiare dell'altro convivente.

Particolarmente incisiva è la possibilità per ciascun convivente di fatto di designare l'altro quale suo rappresentante in caso di malattia ovvero per le decisioni concernenti la donazione di organi, le e modalità di trattamento della salma e le celebrazioni funerarie. In merito, si rinvia a quanto già esposto nella parte II cap. I sez. II par. 12.1 del manuale.

È, inoltre, previsto un inedito diritto di abitazione a favore del convivente superstite, qualora l'altro convivente di fatto fosse proprietario della casa adibita a

---

personalità fisica e morale dei soggetti componenti il nucleo familiare» (D'ANGELI, *La tutela delle convivenze*, Torino, 2001, 54).

<sup>7</sup> Cass. civ., sez. II, 2 gennaio 2014, n. 7. Tale sentenza ha avuto il merito di riconoscere al convivente di fatto il diritto alla tutela possessoria ex art. 1168 c.c. rispetto all'abitazione comune. Si legge che *“in considerazione del rilievo sociale che ha ormai assunto per l'ordinamento la famiglia di fatto, la convivenza “more uxorio” determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità, tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata”*. Poiché l'art. 1168 c.c. attribuisce l'azione possessoria non solo al possessore ma anche al detentore qualificato, sentenza in esame ritiene ammessa tale tutela anche in capo al convivente di fatto.

<sup>8</sup> Cass. Civ., sez. III, ord. 14 aprile 2018, n. 9178.

residenza comune. In tal caso, art. 1 comma 42 della legge stabilisce che il convivente di fatto superstite abbia diritto di continuare ad abitare nella casa di residenza comune per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni dalla morte dell'altro convivente. Qualora nella stessa abitazione coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni dalla morte.

Il predetto diritto di abitazione viene meno qualora il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto.

La legge non si preoccupa di specificare se trattasi di un diritto reale di abitazione ovvero di un atipico diritto di godimento. In questa sede giova ricordare che la giurisprudenza ha negato che al diritto abitazione della casa coniugale riconosciuto in sede di separazione o divorzio potesse ascriversi la natura di diritto reale. Il problema si pone per l'eventuale opponibilità a terzi del diritto di abitazione riconosciuto al convivente di fatto. A riguardo potrebbe, tuttavia, applicarsi in via analogica il disposto dell'art. 1599 c.c. che prevede l'opponibilità a terzi del contratto di locazione non trascritto avente durata infranovennale. Applicando tale norma, il convivente di fatto potrebbe opporre ai terzi il proprio diritto di abitazione che, si ricorda, non può eccedere i cinque anni dalla morte.

La nuova normativa, infine, si preoccupa di tutelare il convivente più debole in caso di cessazione della convivenza di fatto. L'art. 1 comma 65 prevede infatti che il giudice possa sancire il diritto del convivente, in stato di bisogno e non in grado di provvedere al proprio mantenimento, a ricevere dall'altro convivente gli alimenti. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438 comma 2 c.c.

Due, in sostanza, le principali differenze rispetto al matrimonio e all'unione civile: a) in primo luogo, l'attuale quadro legislativo esclude il convivente *more uxorio* dal novero dei chiamati in base alla successione legittima, limitandosi a prevedere il citato diritto di abitazione del convivente superstite (art. 1, comma 42). Ne discende che il testamento continua a costituire l'unico strumento per porre in essere un trasferimento *mortis causa* di diritti dall'uno all'altro dei *partners*, nei limiti della quota di legittima riservata dal codice ai prossimi congiunti;

b) in secondo luogo, non vi è traccia di obblighi personali a carico dei conviventi (quali quelli di assistenza, coabitazione, fedeltà ecc) né di doveri patrimoniali: questi ultimi sono rimessi alla libera determinazione delle parti, nel senso che possono (ma non devono) essere oggetto di specifica disciplina convenzionale, laddove i conviventi decidano di stipulare un c.d. contratto di convivenza (su cui subito *infra* al par. 5.1.).

Qualora i conviventi di fatto non abbiano regolato i propri rapporti mediante la stipula di un contratto di convivenza occorrerà applicare i principi elaborati prima dell'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016 n.76. Ricorrendone i presupposti, i reciproci apporti di natura economica, lavorativa o anche sentimentale, verificatisi durante la convivenza potranno essere qualificati come obbligazioni naturali.

Proprio il ricorso all'istituto di cui all'art. 2034 c.c. impedisce che il successivo

«ripensamento» del convivente che abbia fornito l'assistenza materiale al proprio partner possa legittimare la restituzione di quanto versato durante la convivenza. Il contributo corrisposto per i bisogni della persona con la quale si convive o, più in generale, per i bisogni complessivi della famiglia di fatto, trova la propria giustificazione nell'adempimento di un dovere morale o sociale, e ciò esclude, *ex art. 2034 c.c.*, la ripetibilità delle somme versate. In tal modo, si valorizza la solidarietà tra i conviventi, assicurando la reciprocità dei doveri e garantendone gli effetti anche nella fase successiva alla fine della relazione, in analogia a previsto per i coniugi dall'art. 142 c.c.

**Il limite delle prestazioni già effettuate**

Il limite del ricorso allo schema dell'obbligazione naturale è di offrire tutela con riguardo alle sole prestazioni già effettuate.

**Prestazioni lavorative**

Altra questione legata ai rapporti patrimoniali nelle famiglie di fatto attiene alla natura della prestazione lavorativa compiuta da un convivente in favore dell'altro. Al presente tema è dedicato il comma 46 dell'art. 1 che, aggiungendo l'art. 230 *ter* nel codice civile, riconosce i diritti del convivente alla partecipazione agli utili e alla gestione dell'impresa familiare. Tale norma dispone infatti che al convivente *more uxorio*, laddove presti la propria opera stabilmente all'interno dell'impresa dell'altro convivente, spetti una partecipazione agli utili dell'impresa familiare commisurata del lavoro prestato, salvo che esista un rapporto di società o di lavoro subordinato. Tale disposizione chiuse l'ampio dibattito che si era sviluppato anteriormente in ordine all'applicabilità in via analogica dell'art. 230 *bis* anche al convivente di fatto<sup>9</sup>. La giurisprudenza di Cassazione, anche recentemente, ha affermato che pur operando una presunzione di gratuità della prestazione lavorativa – che trova la sua fonte nella circostanza che la stessa viene normalmente resa *affectionis vel benevolentiae causa*, ovvero per motivi di affetto o di benevolenza – a diversa conclusione deve pervenire se venisse fornita una “prova rigorosa degli elementi tipici della subordinazione” che sia in grado di superare questa presunzione<sup>10</sup>.

**Attività domestica**

Diverso il caso dell'attività domestica compiuta da uno dei conviventi in favore del proprio nucleo familiare. In relazione a questa fattispecie, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno ipotizzato l'applicabilità dell'istituto dell'ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.). In particolare, si è ritenuto giustificato l'arricchimento da parte di chi si avvantaggia dell'attività svolta dal proprio compagno nel solo caso in cui anche l'*accipiens* abbia attivamente e corrispettivamente contribuito al *menage* familiare<sup>11</sup>. In altri termini, si ritiene giustificato l'arricchimento in presenza di una sinallagmaticità tra le prestazioni dei conviventi, dovendo l'attività domestica svolta da uno dei conviventi essere controbilanciata dall'adempimento dell'obbligazione naturale di contribuire agli oneri famigliari gravante sull'altro.

<sup>9</sup> ROMEO, VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 5, 971.

<sup>10</sup> Cass. Civ., sez. Lav., 29 novembre 2018, n. 30899.

<sup>11</sup> Trib. Torino, 24 novembre 1990, in *Giur. It.* 1991, I, 2, 573.

### 5.1. I contratti di convivenza.

L'art. 1 comma 50 della legge 20 maggio 2016 n.76 prevede che i conviventi di fatto possano disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza.

Il contratto di convivenza è un contratto formale in quanto deve essere redatto in forma scritta a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Per quanto concerne l'opponibilità a terzi è previsto che una copia del contratto di convivenza sia trasmessa, a cura del professionista che ha rogato l'atto o ne ha autenticato le sottoscrizioni, al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe<sup>12</sup>.

Il contratto di convivenza reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo. Il contratto può, inoltre, contenere: l'indicazione della residenza; le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile.

Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza attraverso la stipula di un diverso contratto di convivenza ai sensi dell'art. 1 comma 51 della l. 20 maggio 2016.

Il contratto di convivenza non può invece essere sottoposto a termine o condizione. Qualora le parti abbiano inserito comunque termini o condizioni, questi si hanno per non apposti.

La legge infine prevede che il contratto di convivenza sia affetto da nullità qualora sia stato concluso nonostante la presenza di vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza relativo ad uno dei contraenti; oppure quando sia stipulato tra soggetti che non siano qualificabili come conviventi ai sensi del comma 36; oppure, ancora, quando sia stipulato da un minore di età, da un soggetto interdetto giudizialmente ovvero qualora uno dei contraenti sia stato condannato per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altro<sup>13</sup>.

In tutte le predette ipotesi, la nullità del contratto di convivenza è insanabile ed assoluta, potendo essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse.

L'art. 1 comma 59 della l. 20 maggio 2016 n.76, disciplina infine la risoluzione del contratto di convivenza.

Il contratto può risolversi non solo per accordo delle parti ma anche per recesso unilaterale.

Comportano la risoluzione di diritto del contratto anche il matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona ovvero la morte di uno dei contraenti.

<sup>12</sup> La norma fa espresso riferimento agli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

<sup>13</sup> La norma fa espresso rinvio all'art. 88 c.c. che disciplina il c.d. *impedimentum criminis* nel matrimonio. Non è chiaro quindi se tale specifica ipotesi di nullità possa ritenersi operante anche qualora la condanna di sia relativa all'omicidio tentato o consumato nei confronti del precedente partner dell'unione civile dell'altro convivente.

Qualora la risoluzione del contratto di convivenza avvenga per accordo delle parti o per recesso unilaterale, è necessario il rispetto degli oneri di forma prescritti dall'art. 1 comma 51 della legge per la stipulazione del contratto di convivenza. Una copia dell'atto contenente il recesso unilaterale deve essere notificato all'altro contraente all'indirizzo indicato per ricevere le comunicazioni nel contratto di convivenza. Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione comune.

Qualora i contraenti avessero adottato il regime della comunione dei beni, la risoluzione del contratto di convivenza determina lo scioglimento della comunione dei beni. In tal caso si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile.

copyright Neldiritto Editore