

NULLITÀ CD. VIRTUALI DI PROTEZIONE E CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE ATIPICHE: L'ATIPICITÀ NELLA TUTELA CIVILE E PENALE

di MICAELA LOPINTO

SOMMARIO: Abstract.; 1. Profili di atipicità nel diritto civile; 2. L'atipicità nel diritto penale: riserva di legge ed anti giuridicità; 3. La tutela del soggetto debole nelle nullità di protezione: sono ammissibili le nullità cd. virtuali di protezione?; 4. La tutela atipica del soggetto agente: le cd. scriminanti tacite o atipiche; 5. Conclusioni.

Abstract Ita

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di individuare dei punti di contatto tra il diritto civile ed il diritto penale, analizzando istituti posti a tutela (volendo usare, per il momento, una espressione atecnica) di "interessi del soggetto debole" sia in campo prettamente contrattuale, attraverso l'esame delle nullità virtuali di protezione, sia in campi al confine tra il diritto civile ed il diritto penale, attraverso l'analisi delle cause di giustificazione atipiche – che, si sa, hanno un campo di applicazione omnicomprensivo dei diversi settori dell'ordinamento – con particolare riferimento alle ipotesi in cui ad invocarle è il soggetto agente di una condotta tipica. Può il terreno contrattuale atipico avere dei punti di contatto con il concetto di anti giuridicità atipica?

Abstract Eng

This paper analyses some cardinal points between the civil law and the criminal law, focusing on rules issued to protect “weak people’s interests” (It’s better to express the concept, this time, using common language terms) both in contractual research area – by a study about virtual protection contract nullity – and in a boundary line between the civil law and the criminal law, passing through an analysis about atypical justifications – that, it’s easy to understand, can be applied in a lot of sectors of the legal system – when an author of a crime wants to apply them. Could atypical contractual research sectors have got any points of contact with atypical excuses?

1.- Profili di atipicità nel diritto civile.

Nell’ambito del diritto civile il concetto di atipicità è particolarmente noto e si cela anche dietro istituti apparentemente dotati di compiuta e puntuale disciplina. Basti pensare, da un lato, alla norma per eccellenza che codifica l’autonomia negoziale sia nei contratti tipici (art. 1322 comma primo cc.), sia nei contratti atipici (art. 1322 comma secondo cc.). Dall’altro, alla possibile atipicità dei modi di acquisto dei diritti reali (nonostante il nostro ordinamento ancora oggi risulti favorevole al mantenimento del principio di tipicità dei diritti reali), nonché al contenuto atipico nelle disposizioni testamentarie che ha sollecitato il dibattito, forse ancora non del tutto sopito, in ordine alla ammissibilità o meno delle cd. clausole di diseredazione¹. Ancora, erano tipici, almeno finché non si sono articolati e particolarmente diffusi gli studi sulle sentenze Marziale e Rordorf e sulla sentenza Pannon², anche i

¹ Sul punto, per un approfondimento: Veronica Bongiovanni, Diseredazione e violazione dei doveri familiari, in *Jus Civile*, 2015, 2, p. 57 e ss., www.juscivile.it.

² Nella predetta sentenza la Corte ha avuto la possibilità di esaminare i margini del potere e degli obblighi del giudice di esaminare d’ufficio la natura abusiva di una clausola attributiva di competenza, chiarendo a tal fine che: <>. In *Eurlex*, Sentenza della Quarta Sezione del 4 giugno 2009, Pannon GSM contro Erzsebet Sustikné Gyòrfi.

rimedi delle nullità contrattuali³, salvo poi aprirsi alle ipotesi di cd. nullità virtuali di protezione. L'atipicità, in altri termini, sembra essersi inserita anche nel tessuto delle invalidità a tutela delle parti contrattuali deboli, tanto da far discutere la dottrina di “nuovo diritto dei contratti⁴”.

2.- L'atipicità nel diritto penale: riserva di legge ed anti giuridicità.

Nel diritto penale, per contro, tutto ciò che è atipico, privo di copertura di legge in senso formale, di copertura costituzionale o che si sottrae alle evoluzioni giurisprudenziali che hanno interessato le tecniche di integrazione delle fattispecie incriminatrici con fonti normative secondarie si espone ad inevitabile e sicura censura. Si possono, tuttavia ed in ragione della loro natura non strettamente penale, ritenere ammissibili le cd. cause di giustificazione derivanti da norme consuetudinarie *secundum legem*⁵ oppure, ed è questo il punto qui maggiormente oggetto di attenzione, si possono ammettere le cd. cause di giustificazione atipiche.

3.- La tutela del soggetto debole nelle nullità di protezione: sono ammissibili le nullità cd. virtuali di protezione?

Nell'ambito dei profili di atipicità delle invalidità contrattuali, la giurisprudenza, europea ed italiana, ha dovuto affrontare l'annoso problema della applicabilità di cd. invalidità virtuali di protezione. Il nostro ordinamento, in estrema e non esaustiva sintesi, conosce tre tipi di nullità: le

³ Un autore, Giovanni D'Amico, in Nullità Virtuale - Nullità Di Protezione (Variazioni Sulla Nullità), chiarisce che: “Vacillano principi che si ritenevano fondamentali di questo sistema [...] il principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio, in primo luogo dei vizi del consenso, e il principio della inderivabilità della nullità dalla violazione di regole di correttezza/buona fede. Vacilla la distinzione stessa su cui quel sistema era stato elaborato, ossia la distinzione tra nullità e annullabilità”.

⁴ In questi termini anche Giovanni D'Amico.

⁵ Sul punto, tra tanti: Fiandaca Musco, Diritto penale parte generale, 2014, Zanichelli.

nullità testuali, le nullità strutturali e le nullità cd. virtuali⁶. Le prime sono di facile intuizione: si basano sull'esistenza di una esplicita norma di legge. Le seconde richiedono la conoscenza degli elementi che costituiscono il contratto, dal momento che sanzionano la mancanza degli elementi contrattuali degli schemi negoziali. L'ultimo nucleo, per contro, richiede sforzi interpretativi maggiori. Se si abbracciassero gli studi più raffinati si dovrebbero distinguere, nel *genus* delle nullità virtuali, anche le nullità cd. politiche. Tuttavia, al fine di semplificare e schematizzare le evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali che si pongono alla base di queste scissioni, si può affermare che le nullità virtuali sono poste a tutela di interessi o principi generali dell'ordinamento⁷. Tale definizione, in questa sede presentata come molto ampia, ha rappresentato il primo tassello per la applicazione delle cd. nullità virtuali di protezione. Le nullità, infatti, possono essere a legittimazione assoluta, tanto da poter esser fatte valere da chiunque vi abbia interesse, oppure a legittimazione relativa. Queste ultime sono nullità cd. di protezione e sono pensate per tutelare la parte contrattuale più debole, al fine di evitare che la stessa resti ancorata ad un contratto che non risponde più ai suoi interessi o che contiene clausole lesive dei suoi interessi. Per tale ragione possono essere fatte valere solamente dal soggetto per la cui tutela sono state coniate. Espressione di tale sistema cautelativo è l'art. 1419 comma primo cc., norma che, pur reggendosi sul principio *utile per inutile non vitiatur*, consente la caducazione dell'intero contratto quando alcune clausole essenziali di esso incidano sull'assetto contrattuale, sbilanciandolo a svantaggio di una parte. A queste nullità di protezione si affiancano le nullità di protezione necessaria. Le predette nullità non comportano la caducazione dell'intero schema negoziale, come invece prevede, ad esempio, il prima

⁶ Sulla differenza tra le varie forme di nullità: G. Facci, Nullità virtuale del contratto e principio di buona fede, in Riv. Contratto ed impresa, Novembre-Dicembre 2012, p. 1417 e ss.

⁷ Sulla definizione di norma imperativa, oltre ad "Il Contratto" di V. Roppo, anche: S. Bernardi, Nullità parziale ed etero integrazione del contratto, Tesi di dottorato, Università degli Studi della Tuscia di Viterbo, p. 69 e ss. (sbernardi_tesid.pdf (unitus.it))

citato art. 1419 comma primo cc., bensì comportano la caducazione solamente della clausola viziata e lesiva della posizione contrattuale debole⁸. Esempio emblematico di questo sistema protettivo sono gli artt. 33 e 36 del codice del consumo⁹. Che siano nullità di protezione standard o nullità di protezione necessaria ai fini della loro applicazione si è sempre reso necessario un dato normativo, tanto da poter dire che le stesse rientrano nel *genus* delle nullità testuali. Al fine di rendere possibile una estensione del loro utilizzo e, dunque, al fine di rispondere all'implicito quesito sul se siano ammissibili o meno¹⁰ le cd. nullità virtuali di protezione, parte della dottrina (e della giurisprudenza) ha provato a far leva sulla distinzione “regola di comportamento” e “regola di validità”¹¹. Le nullità virtuali di protezione, infatti, in mancanza di una norma esplicita, dovrebbero essere qualificate come nullità ancorate alla violazione di una regola di comportamento, che normalmente produce come conseguenza l'insorgere di una responsabilità contrattuale, ma non comporta, a differenza della violazione di una regola di validità, l'invalidità dello schema negoziale, con conseguenti critiche dettate dalla operatività del principio di separazione, che rende difficile ammettere che da un “comportamento” possa scaturire, senza precisazioni ulteriori, una “nullità”. Se si dovesse aderire strettamente al principio di separazione¹², le nullità virtuali di protezione

⁸ Sulle nullità nel diritto commerciale: V. Calderini, *Le nullità speciali di diritto commerciale. Le nullità delle intese restrittive della concorrenza*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Napoli Federico II, p. 11 e ss.

⁹ Sui contratti asimmetrici: A. Zoppini, *Il Contratto Asimmetrico Tra Parte Generale, Contratti Di Impresa E Disciplina Della Concorrenza*, in Riv. Dir. Civ., Settembre 2008, p. 515 e ss.

¹⁰ Ha negato la sussistenza di una nullità virtuale di protezione: Tribunale Rovereto, 18/01/2005, n.31, in DeJure, data di consultazione 27/01/2021. Ancora, sul tema delle nullità di protezione in generale e virtuali di protezione: Tribunale Palermo sez. V, 06/08/2020, n.2518, in DeJure, data di consultazione 27/01/2021.

¹¹ G. D'Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in Riv. I contratti – mensile di dottrina e giurisprudenza, 2009, p. 734 e ss.

¹² Si definisce “principio di separazione” il principio a mente del quale solamente le regole di validità possono produrre la nullità di uno schema negoziale e non anche le regole di comportamento. Perché ciò accada dovrebbe esser presente una norma di legge che, in deroga alla regola norma che commina la nullità- nullità, esplicitamente prevede che il comportamento scorretto possa produrre nullità. Proprio in ragione dell'esistenza di principi come quello appena descritto che si sono posti i maggiori dubbi interpretativi

farebbero fatica ad affermarsi. Tuttavia tale distinzione non è apparsa esaustiva ed anzi è stata definita fuorviante. Vi è, infatti, chi ha ritenuto superfluo operarla, facendo leva, specie dopo la famosa sentenza Pannon, di derivazione europea, sulla esigenza di non considerare “più” – a differenza di quanto si riteneva in passato – “speciali” o, meglio, “eccezionali” rispetto all’art. 1418 cc., le nullità di protezione. Le stesse, in altri termini, non costituirebbero più una ipotesi particolare di nullità in deroga o in aggiunta alle regole generali, bensì rappresenterebbero semplicemente delle ipotesi di nullità parziale. Le nullità parziali differiscono dalle nullità totali solamente per la già citata legittimazione relativa e, qualora siano parziali necessarie, per la capacità di caducare solamente le clausole viziate del contratto, ma non rappresentano più, almeno per una parte della dottrina, una “forma speciale” di invalidità. Pertanto nulla esclude che anche le nullità parziali possano essere nullità virtuali, specie laddove l’organo giudicante ritenga di dover far applicazione di quei principi generali che sorreggono le regole di invalidità non totali, le quali sono volte alla protezione della parte che, a causa di quella parte di contratto affetta da vizi, risulta essere particolarmente ed ingiustificatamente svantaggiata. Si potrebbe, al più e come è stato fatto ripetute volte, disquisire sulla effettiva necessità di invocare il regime delle invalidità in tali contesti in sostituzione di altri rimedi¹³.

4.- La tutela atipica del soggetto agente: le cd. scriminanti tacite o atipiche.

Abbandonando per un momento il terreno delle invalidità contrattuali e tornando al terreno delle scriminanti tacite, si possono svolgere delle considerazioni che, almeno in parte,

in ordine alla ammissibilità delle nullità virtuali di protezione che attualmente sembrano essersi dissipati in senso positivo.

¹³ A conferma della ammissibilità della nullità virtuale di protezione si pone anche la recente sentenza n. 525 del 15/01/2020, con la quale si chiarisce che le predette invalidità possono essere applicata ove necessario, ma a condizione che non esistano altri rimedi, quali la annullabilità o altre nullità esplicitamente previste dalla legge.

riprendono i concetti richiamati nel precedente paragrafo. Come è accaduto per i contratti, anche per le scriminanti si è posto il problema del superamento del confine della tipicità. Come per le nullità parziali virtuali, anche per le scriminanti si è cercato di risolvere il quesito in ordine alla loro ammissibilità attraverso una scissione che somiglia alla differenza tra “regola di validità” – “regola di comportamento”. Più precisamente e procedendo con ordine, si è inizialmente cercato di risolvere il quesito della esclusione di responsabilità penale nei contesti sportivi a cd. violenza necessaria (es. nelle partite di pugilato, judo o box) attraverso l’applicazione di norme che, per quanto aventi valenza trasversale nell’ordinamento, sono pur sempre “tipizzate” nel codice penale¹⁴. Ci si riferisce all’art. 50 cp., consenso dell’avente diritto ed all’art. 51 cp. esercizio di un diritto. La prima norma incontra il limite della assenza di consenso nei confronti di condotte che, pur inserite in un contesto per sua natura violento, si sono spinte al punto da arrecare lesioni maggiori del previsto. Neppure può sussistere, in tali contesti, l’esercizio del diritto perché lo stesso, per quanto plausibile, non potrebbe comunque coprire le ipotesi di gioco violento non autorizzato, ovvero di gioco che si perpetra al di fuori di contesti legali. Al fine di privare in ogni caso di anti giuridicità (nonostante i precedentemente esposti limiti delle scriminanti tipiche) le condotte di gioco violento non dolose e, quindi, non intenzionali ma che comunque sfociano in lesioni nei confronti dell’altro giocatore nonché, volendo soffermare l’attenzione su un altro esempio calzante, le condotte che potrebbero implicare l’integrazione degli estremi del peculato comune o del peculato d’uso, ovvero di un uso “improprio” del telefono da parte di un pubblico ufficiale, ma che possono essere fatte rientrare in una sorta di “soglia di tolleranza”, una parte della giurisprudenza¹⁵ ha ritenuto di

¹⁴ Sul tema: Tribunale Milano sez. VII, 09/10/2017, n.7173, in DeJure, data di consultazione 27/01/2021.

¹⁵ Il caso sottoposto all’attenzione della Suprema Corte riguardava la necessità di valutare la qualificazione giuridica della condotta del pubblico dipendente che utilizza il cellulare di servizio per scopi personali e, precisamente, per effettuare telefonate private da più utenze cellulari estere per una somma consistente. La Corte ricorda come, ai sensi dell’art. 10 comma 5, D.M. 31.3.1994 il delitto di peculato possa essere escluso quando

dover invocare proprio la distinzione tra mera regola di comportamento e regola che diventa un *quid pluris*, tanto da atteggiarsi alla stregua di una causa di giustificazione atipica¹⁶. Più precisamente e soffermando l'attenzione nuovamente ed in primo luogo sulla violenza sportiva, si è affermata la cd scriminante atipica della accettazione del rischio consentito¹⁷ da parte della persona offesa. Il soggetto agente, quando agisce senza dolo di lesione, può essere scriminato in ragione della implicita accettazione delle conseguenze della partecipazione al gioco da parte della vittima anche quando lo stesso è svolto in contesti non ufficiali. Pur non presentandosi come esplicita regola codificata, la accettazione implicita del cd. "rischio consentito", che si attegga quasi alla stregua di un principio generale del sistema, consente di escludere l'antigiuridicità di

le telefonate possano essere contenute nell'ambito di circostanze e casi eccezionali di urgenza. Al riguardo, ci si è chiesti che valenza possa avere la norma derogatoria e se la stessa possa aprire le porte ad una rimozione di antigiuridicità a mezzo di una cd. causa di giustificazione atipica. Ci si chiede, in altri termini, se la stessa debba essere valutata come semplice norma di comportamento dei pubblici ufficiali che impone alle Pa di vigilare sull'uso improprio dei cellulari di servizio o se possa rappresentare l'appiglio normativo per un *quid pluris* e, dunque, per la configurazione di una scriminante non codificata, dal momento che consente di punire l'uso improprio solo qualora lo stesso superi una determinata soglia di "tolleranza". Sul tema, in modo particolarmente esaustivo, Giancarlo Caruso, Pubblico funzionario che fa uso del cellulare di servizio per fini privati. alcune riflessioni sul principio di offensività, Nota a sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 19054 del 2012, in Riv. Diritto Penale Contemporaneo, in particolare p. 4 e ss.

¹⁶ Giancarlo Caruso, ult. op. cit., Nota a sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 19054 del 2012, in Riv. Diritto Penale Contemporaneo, in particolare p. 4 e ss.

¹⁷ Sul punto, tra tante: Cassazione Penale, Sez. IV, 08 marzo 2016, n. 9559, con la quale si è chiarito che la Corte di cassazione, aderendo all'opinione dominante, secondo la quale gli eventi lesivi causati nel corso d'incontri sportivi e nel rispetto delle regole del gioco restano scriminati per l'operare della causa di giustificazione atipica dell'accettazione del rischio consentito, ha escluso l'operatività di una tale causa di giustificazione, con la conseguente antigiuridicità del fatto, fonte di responsabilità, esclusivamente quando: "a) si accerti assenza di collegamento funzionale tra l'evento lesivo e la competizione sportiva; b) la violenza esercitata risulti sproporzionata in relazione alle concrete caratteristiche del gioco e alla natura e rilevanza dello stesso (a tal ultimo riguardo, un conto è esercitare un agonismo, anche esacerbato, allorché sia in palio l'esito di una competizione di primario rilievo, altro conto quando l'esito non abbia una tale importanza o, ancor meno, se si tratti di partite amichevoli o, addirittura, di allenamento); c) la finalità lesiva costituisce prevalente spinta all'azione, anche ove non consti, in tal caso, alcuna violazione delle regole dell'attività. Deve inoltre escludersi antigiuridicità e, quindi, obbligo di risarcimento: a) ove si tratti di atto posto in essere senza volontà lesiva e nel rispetto del regolamento e l'evento di danno sia la conseguenza della natura stessa dell'attività sportiva, che importa contatto fisico; b) ove, pur in presenza di una violazione della norma regolamentare, debba constatarsi assenza della volontà di ledere l'avversario e il finalismo dell'azione correlato all'attività sportiva".

condotte perpetrate senza dolo. Ancora e passando al secondo caso, ovvero alle ipotesi di peculato, si può sottolineare come, nel diritto civile, si è pensato di invocare la scissione tra “regola di validità” (ovvero, regola la cui violazione comporta come conseguenza la privazione di effetti contrattuali *ex tunc*) – “regola di comportamento” (ovvero, regola dalla quale possono discendere profili di responsabilità). Nel diritto penale, parallelamente e per finalità sempre cautelative di esclusione dell’antigiuridicità di condotte altrimenti “astrattamente” punibili, si è riflettuto sulla scissione “norma di mero comportamento” – “causa di giustificazione atipica”, al fine di comprendere se – ed occorre qui soffermarsi sul caso concreto, per poter dedurre da esso un principio generale – l’art. 10 comma 5, D.M. 31 marzo del 1994, nella parte in cui impone di vigilare sulle condotte di uso improprio dei mezzi in dotazione dei pubblici ufficiali facendo incidentalmente salve alcune condotte a condizione che non superino una determinata soglia di offensività, possa essere considerata o meno come causa di giustificazione, pur non essendo espressamente qualificata come tale e pur mancando un preciso dato normativo in tal senso, al fine di escludere l’antigiuridicità di condotte per le quali, a conti fatti, l’applicazione della pena potrebbe essere evitata, con conseguente esaltazione del principio generale del favor rei.

5.- Conclusioni.

A conclusione di questa brevissima indagine si può affermare che il regime delle nullità virtuali di protezione e delle cd. scriminanti atipiche presenta dei punti di contatto. Per la risoluzione dei quesiti consistenti nella ammissibilità dei due rimedi la dottrina e la giurisprudenza hanno proposto in entrambi i casi, sia pure con dei tratti necessariamente differenziali, la distinzione tra “regole esplicitamente codificate” (dalla cui applicazione discendono, nel settore dei contratti, l’invalidità, nel settore penale, la privazione di antigiuridicità) e “mere regole di comportamento”. Ancora, per

entrambi gli istituti tale soluzione non è apparsa soddisfacente, dal momento che tanto per le invalidità quanto per le scriminanti atipiche si è ritenuto di dover far leva solamente sui principi generali: tutela di un interesse generale/della parte debole per le nullità virtuali di protezione, tutela del soggetto agente o della parte offesa – a seconda che si prenda in considerazione la condotta dell'agente o la possibile esclusione dell'ambito della scriminante qualora l'offesa sia commessa con dolo, al fine di tutelare la parte offesa, pur mancando oggi una funzione retributiva della pena, sostituita dalla consolidata ed apprezzata funzione rieducativa – nelle scriminanti atipiche, le quali, non qualificandosi come istituti prettamente penalistici, si sottraggono alle regole della indispensabile tipicità, tassatività, determinatezza che connotano invece le fattispecie incriminatrici¹⁸. Nonostante le chiare diversità che connotano i due settori del diritto, il *modus operandi* adoperato nella risoluzione dei predetti specifici quesiti giuridici, tra l'altro, ad implicita conferma della nozione omnicomprensiva del concetto di antigiuridicità, presenta dei tratti comuni, dettati dalla apprezzabile esigenza di esaltazione dei profili cautelativi e garantistici degli istituti.

¹⁸ Sul tema, tra tanti, trattandosi di una tematica classica: Fiandaca Musco, *Diritto penale parte generale*, op. cit..