



# DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562  
ISBN 978-88-67355-24-2



[WWW.DEIUSTITIA.IT](http://WWW.DEIUSTITIA.IT)  
Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 4 / Ottobre 2019 Trimestrale

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

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

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

**Direttore responsabile:** Avv. Francesco Boccia

**Comitato scientifico:** Prof.ssa Carla Acocella – Prof. Arena Amedeo - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia – Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Avv. Francesco Bottiglieri - Pres. Francesco Caringella – Prof. Avv. Gianluca Cascella - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gabriella De Maio – Avv. Gaetano del Giudice – Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Avv. Davide Giordano – Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Dott.ssa Ilaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Pres. Luigi Maruotti - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott. Andrea Napolitano – Dott.ssa Edda Napolitano – Prof.ssa Anna Papa – Dott. Giacomo Palombino - Dott. Angelo Rubano - Avv. Nicolò Rubino - Prof. Avv. Angelo Scala - Avv. Marina Sfarzo - Prof.ssa Laura Solidoro - Avv. Silvia Tuccillo – Dott. Francesco Zappatore

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

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

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

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

## INDICE

**PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO**

*La responsabilità amministrativa dei privati.*  
di Sergio Capozzi **Pag. 4**

*L'accesso nelle procedure di pubblica evidenza: la complessa ricerca di una pacifica convivenza tra esigenze di riservatezza e diritto a conoscere.*  
di Valentina Ferrara **Pag. 11**

*Le nomine dei manager sanitari: dalla fiducia politica al nuovo sistema introdotto dalla Riforma Madia. Aspetti procedurali e applicativi legati al conferimento degli incarichi e ricadute in tema di riparto di giurisdizione.*  
di Emanuele Ragosta **Pag. 36**

**PARTE II – DIRITTO CIVILE**

*Il danno tanatologico e le nuove prospettive funzionali dell'illecito civile.*  
di Annunziata Rapillo **Pag. 65**

*La tormentata storia del contratto di leasing: anche prima della dichiarazione di fallimento si applica l'art. 72 quater della legge fallimentare.*  
di Francesca Maria Leo **Pag. 91**

*Le intese e l'Islam. Modello attuabile?*  
di Gianluca Trenta **Pag. 100**

**PARTE III – DIRITTO PENALE**

*Il principio di proporzionalità: genesi, sviluppo e applicazioni pratiche.*  
di Chiara Giovannini **Pag. 110**

*"Eppur si muove": l'ergastolo ostativo al vaglio delle due Corti.*  
di Sara Spiezia **Pag. 129**

*Il contratto di cash pooling: profili civilistici, penalistici e tributari.*  
di Tiziana Caboni **Pag. 149**

## PARTE IV – FOCUS PROCEDURE CONCORSUALI

*Coordinato dalla dott.ssa Giuliana Trotta*

*Commento a Cassazione Civile, Sezione I, ordinanza 2 ottobre 2019, n. 24602  
di Carlo Giordano*

**Pag. 163**

*Commento a Cassazione Civile, SS.UU., sentenza n. 24068/2019  
di Giuliana Santa Trotta*

**Pag. 169**

*Commento a Cassazione Civile, Sezione I, 30 settembre 2019 n. 24441  
di Fabio Cugnetto*

**Pag. 175**

## PARTE V – FOCUS ESECUZIONI

*Coordinato dal dott. Alessandro Auletta*

*Commento a Cass. civ., Sez. III, 11 giugno 2019, n. 15597  
di Alessandra Migliorino*

**Pag. 180**

*Commento a Corte cost., (ud. 18/06/2019) 10-07-2019, n. 172  
di Flavia Bonelli*

**Pag. 184**

*Commento a Cass. civ., 31.5.2019, n. 15082  
di Ilaria Ippolito*

**Pag. 189**

*Commento a Cass. civ., Sez. Un., 23 luglio 2019, n. 19889  
di Angel Fucci*

**Pag. 192**

## La responsabilità amministrativa dei privati<sup>1</sup>

di Sergio CAPOZZI\*

**SOMMARIO:** **1.** Il rapporto di servizio nell'evoluzione del diritto vivente della Corte dei Conti. **2.** Il labile confine tra responsabilità civile e amministrativa. **3.** Conseguenze della dilatazione dell'area della responsabilità amministrativa dei pubblici dipendenti.

**ABSTRACT:** *The traditional arrangement of the administrative liability, firstly addressed only towards the people within the administration, has been extended by the case law even towards external people, as private subjects, for the damage caused. In case of wrongful use of public resources.*

### **1. Il rapporto di servizio nell'evoluzione del diritto vivente della Corte dei Conti.**

L'accertamento della responsabilità amministrativa, tradizionalmente intesa come la responsabilità patrimoniale in cui incorre il dipendente pubblico che abbia causato un danno all'amministrazione col proprio comportamento doloso o colposo, costituisce una funzione storica e certamente tra le più importanti della Corte dei Conti.

Dapprima prevista solo a carico dei dipendenti dello Stato, è stata nel tempo via via estesa anche ai dipendenti delle amministrazioni parastatali, delle Regioni, delle aziende sanitarie e degli enti locali. Oggi il fondamento normativo di tale responsabilità è contenuto nelle Leggi 19<sup>2</sup> e 20<sup>3</sup> del 1994 e può dunque affermarsi che si applica a tutti gli amministratori e dipendenti di qualsiasi ente pubblico. Si tratta quindi di una forma particolare di responsabilità concepita a carico solo dei soggetti interni all'amministrazione, mentre per quelli esterni vige la ordinaria responsabilità civile. Di conseguenza, in caso di danno causato ad una amministrazione, l'assoggettamento all'uno o all'altro tipo di responsabilità,

---

<sup>1</sup> Il presente lavoro costituisce una rielaborazione dell'intervento svolto nell'incontro tenutosi il 4 luglio 2019 presso l'Università Parthenope per la presentazione della nuova "Rivista della Corte dei Conti".

\*Professore Associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

<sup>2</sup> Legge 14 gennaio 1994, n. 19, in *www.normattiva.it*.

<sup>3</sup> Legge 14 gennaio 1994, n. 20, in *www.normattiva.it*.

e dunque l'attribuzione al Giudice ordinario o a quello contabile, si configura come questione di giurisdizione, rimessa quindi alla cognizione delle Sezioni Unite della Cassazione.

Pur mutuando molti elementi dalla responsabilità civile, la disciplina di quella amministrativa ne differisce per diversi aspetti non secondari. Tra i più significativi vale la pena di ricordare: l'iniziativa a carico della Procura della Corte dei Conti, il requisito soggettivo limitato alle ipotesi di dolo o la colpa grave dell'agente (è esclusa quindi la colpa lieve), il potere di riduzione del risarcimento, l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, la sostanziale intrasmissibilità agli eredi, il regime della prescrizione.

La tradizionale configurazione della responsabilità amministrativa – come detto originariamente concepita solo a carico dei soggetti interni all'amministrazione – ha subito ad opera della giurisprudenza una evoluzione assai significativa essendo stata estesa anche a soggetti esterni, di natura privata, non collegati da alcun rapporto di dipendenza con l'amministrazione, per il danno causato a quest'ultima nel caso di cattivo utilizzo di risorse pubbliche.

A tale risultato si è giunti attraverso una dilatazione del concetto di "rapporto di servizio" che, non essendo normato, ben può essere oggetto delle più varie interpretazioni. E così dalla classica concezione che lo vedeva direttamente collegato al rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche (configurando la responsabilità amministrativa come sanzione per la "violazione degli obblighi di servizio") si è giunti a ravvisarlo allorché l'attività del privato si inserisca nell'ambito di quella propria dell'amministrazione risultando pertanto strettamente legata all'effettiva realizzazione dell'interesse pubblico. "In tale ipotesi, il privato assume, nell'ambito di un rapporto di servizio non organico bensì funzionale il ruolo di compartecipe anche solo di mero fatto dell'attività del soggetto pubblico finalizzata alla realizzazione di un pubblico interesse"<sup>4</sup>.

Un tale approdo è il risultato di una costante evoluzione della giurisprudenza della Corte dei Conti. Quest'ultima, infatti, si muove nella logica di ritenere che

---

<sup>4</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 5 giugno 2018, n. 14433, in cui è stato espressamente evidenziato che «Un rapporto di servizio tra la pubblica amministrazione e il soggetto privato è configurabile solo allorché l'attività da questo ultimo prestata si inserisca nell'ambito di quella propria della prima, risultando, pertanto, strettamente legata alla effettiva realizzazione dell'interesse pubblico che l'agire discrezionale è funzionalmente volto a tutelare. In tali ipotesi il privato assume, nell'ambito di un rapporto di servizio non organico, bensì funzionale, il ruolo di compartecipe, anche soltanto di mero fatto, della attività del soggetto pubblico finalizzata alla realizzazione del pubblico interesse. Bene può, quindi, il rapporto di servizio essere assolto da un soggetto di diritto privato, con conseguente relativo assoggettamento alla responsabilità contabile e alla giurisdizione della Corte dei conti, in ipotesi di danno erariale», in *www.dejure.it*.

la responsabilità amministrativa rientri tra quelle "materie di contabilità pubblica" che l'art. 103 della Costituzione assegna alla sua giurisdizione. E in una visione ampia della contabilità pubblica rientrerebbero tutti casi di danno patrimoniale subito dalla finanza pubblica, assumendo un ruolo secondario la natura del rapporto che intercorre tra il danneggiante e l'amministrazione danneggiata.

## **2. Il labile confine tra responsabilità civile e amministrativa.**

Con la fondamentale sentenza delle Sezioni Unite n. 4511 del 2006<sup>5</sup> anche la Corte di Cassazione ha superato definitivamente il criterio di riparto di giurisdizione tra il giudice ordinario e la giurisdizione contabile basato sul profilo soggettivo del danneggiante e quindi di un rapporto di servizio, inteso anche in senso ampio, ponendo invece l'accento sulle risorse pubbliche utilizzate e sul danno provocato che incide negativamente sul programma imposto dalla pubblica amministrazione. La sentenza ha affermato esplicitamente che "il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato o un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicché ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla pubblica amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo" realizza un danno per l'ente pubblico di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile.

In sostanza, dunque, per la configurabilità della responsabilità amministrativa e quindi della giurisdizione della Corte dei Conti, è indifferente la natura del rapporto formale con l'ente danneggiato assumendo invece rilievo decisivo l'uso distorto delle risorse pubbliche rispetto al fine pubblico per il quale sono state erogate.

Sono stati così sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti società concessionarie di pubblici servizi, soggetti privati per l'irregolare utilizzo di finanziamenti pubblici anche comunitari, il direttore dei lavori, il collaudatore di opera pubblica, ecc.

In sintesi, in base al principio più volte affermato dalla giurisprudenza, la responsabilità amministrativa è configurabile tutte le volte che un soggetto,

---

<sup>5</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 1 marzo 2005, n. 4511 in cui è statuito che «*La giurisdizione della Corte dei conti in tema di danno erariale non dipende dalla natura o qualità del soggetto che ha causato il danno, ma da quella di chi l'ha patito; da ciò consegue che può essere devoluto al giudice contabile anche il giudizio sulla condotta del privato imprenditore che abbia distratto finanziamenti pubblici a lui erogati con vincolo di scopo*».

persona fisica o giuridica, benché estraneo alla pubblica Amministrazione, venga investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore della medesima pubblica Amministrazione nella cui organizzazione perciò si inserisce, assumendo particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali cui l'attività medesima, nel suo complesso, è preordinata.

L'abbandono di un criterio formale di dipendenza da una pubblica amministrazione, certamente superato ma alquanto affidabile, in favore di un criterio che si incentra sul rapporto di "carattere funzionale" che deve legare il danneggiante con l'amministrazione, ha reso estremamente labile il confine tra la generale responsabilità civile e quella amministrativa con conseguenti incertezze ed incongruenze circa il regime giuridico e la giurisdizione, anche perché ogni attività amministrativa (anche quella negoziale) è finalizzata al perseguimento di interessi pubblici ed utilizza risorse pubbliche. E così nell'ipotesi di danni patrimoniali collegati alla realizzazione di opere pubbliche, mentre in caso di concessione la giurisdizione è attribuita alla Corte dei Conti in virtù di un rapporto di servizio che deriverebbe dai poteri pubblicistici conferiti al concessionario, in caso di appalto la giurisdizione è riconosciuta al giudice ordinario in quanto il rapporto ha natura solo contrattuale; mentre il direttore dei lavori incorre in responsabilità amministrativa se nominato dall'amministrazione in quanto svolge un'attività ricollegabile ad una funzione rientrante tra i compiti dell'amministrazione, ma risponde a titolo di responsabilità civile se nominato dal concessionario, ecc.

Ma forse il caso più emblematico che testimonia la difficile convivenza tra i due tipi di responsabilità è rappresentato dalle società partecipate da soggetti pubblici dove è stato lo stesso legislatore (art. 12 D. lgs. 175/2016<sup>6</sup>), riprendendo orientamenti giurisprudenziali, a introdurre una problematica differenziazione laddove ha assoggettato gli organi di amministrazione e

---

<sup>6</sup> Art. 12 del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175: Art. 12. Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate

1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. E' devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.



controllo alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali mentre ha sottoposto alla giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale gli amministratori e i dipendenti delle società *in house* nonché i rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

La giurisprudenza della Corte dei Conti ha ulteriormente ampliato la propria giurisdizione ricomprendendovi anche rapporti giuridici che discendono da vincoli di natura contrattuale. E' stato infatti condannato, a titolo di responsabilità amministrativa, un docente universitario per inadempimento di un incarico di consulenza scientifica, conferitogli da una regione per la formazione di un inventario informatizzato degli usi civici<sup>7</sup>.

La Cassazione<sup>8</sup> ha cassato la sentenza richiamandosi alla propria giurisprudenza secondo cui la giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità erariale può riguardare anche soggetti privati ma è necessario un titolo di responsabilità diverso da quello ordinario contrattuale o da illecito aquilano. La Suprema Corte ha fatto ancora riferimento al concetto di rapporto di servizio precisando che deve intendersi "per tale una relazione funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'apparato organico e nell'attività dell'ente, suscettibile di rendere il primo compartecipe dell'attività del secondo". Sulla scorta di tali considerazioni ha quindi escluso la giurisdizione contabile ponendo un limite alla sua tendenza espansiva.

---

<sup>7</sup> Corte Conti, sez. I appello, 3 giugno 2013, n. 360.

<sup>8</sup> Cass. Civ., Sez, Un., 19 maggio 2016, n. 10324 in cui viene sottolineato che « *La giurisdizione della Corte dei Conti sussiste tutte le volte in cui tra l'autore del danno e l'amministrazione o l'ente pubblico danneggiati sia ravvisabile un rapporto, non solo di impiego in senso proprio, ma di servizio. Si intende per tale una relazione funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'apparato organico e nella attività dell'ente, suscettibile di rendere il primo compartecipe dell'operato del secondo. La giurisdizione contabile, pertanto, va affermata allorché il danno erariale dipenda da comportamenti illegittimi tenuti dall'agente nell'esercizio di quelle funzioni per le quali possa dirsi che egli è inserito nell'apparato dell'ente pubblico, così da assumere la veste di agente dell'amministrazione. Ben diversa è la situazione che si determina quando il pregiudizio di cui si pretende il ristoro sia conseguenza di comportamenti che il privato abbia assunto nella veste di controparte contrattuale dell'amministrazione medesima. In tale evenienza - infatti - a essere violato non è il dovere, lato sensu pubblicistico, gravante sul contraente generale di agire nell'interesse dell'amministrazione, bensì quello di adempiere correttamente le obbligazioni dedotte nel contratto, alle quali corrispondono diritti corrispettivi, su un piano di parità. Deriva da quanto precede, pertanto, che la prospettazione di un danno erariale nel senso sopra indicato non è sottratta a sindacato, sotto il profilo dei limiti esterni, qualora non venga allegato dall'amministrazione alcuno degli elementi sintomatici del rapporto di servizio».*

### **3. Conseguenze della dilatazione dell'area della responsabilità amministrativa dei pubblici dipendenti.**

E' evidente che questa dilatazione della responsabilità amministrativa trova la sua spiegazione da un lato nel mutamento del quadro ordinamentale nel quale sempre più spesso soggetti (formalmente o sostanzialmente) privati sono chiamati a svolgere attività finalizzate al perseguimento di interessi pubblici utilizzando risorse pubbliche e, dall'altro, dal ruolo di custode della contabilità pubblica mediante un controllo sostanziale della spesa che la Corte dei Conti rivendica in virtù dell'art. 103 Cost..

Non può nascondersi però che tutto ciò non è privo di conseguenze. In primo luogo in termini di riparto di giurisdizione. La "nuova" nozione di rapporto di servizio, che radica la giurisdizione del giudice contabile, è talmente vaga e ricomprende rapporti talmente eterogenei da essere estremamente evanescente e genera evidenti problemi interpretativi. Inoltre viene stravolta la specificità della responsabilità amministrativa. Quest'ultima ha caratteri suoi propri che discendono dall'essere stata concepita avendo come destinatari i soggetti che svolgono in maniera continuativa attività pubbliche assumendo spesso notevoli rischi e responsabilità. In una logica di ripartizione del rischio tra ente e dipendenti si è voluto escludere la responsabilità in caso di colpa lieve e si è attribuito al Giudice il cd. potere riduttivo. Anzi, a ben guardare, proprio questi elementi di favore che attenuano le conseguenze di comportamenti illeciti (si pensi anche alla sostanziale intrasmissibilità agli eredi) mal si conciliano con la dichiarata volontà di preservare le finanze pubbliche: questo risultato ben avrebbe potuto raggiungersi, e senza mitigazioni, attraverso l'ordinaria responsabilità civile. Se, dunque, la disciplina concreta non giustifica, o non giustifica pienamente, lo slittamento di casi così eterogenei dalla responsabilità civile a quella amministrativa, le reali ragioni vanno ricercate altrove. Non è inverosimile ritenere che la ragione determinante, avallata anche dalla Cassazione ma naturalmente inespresa, vada ravvisata nel potere di iniziativa attribuito al Pubblico Ministero della Corte dei Conti. La naturale titubanza e ritrosia delle amministrazioni pubbliche a perseguire i propri dipendenti e gli altri soggetti ad essa collegati per i danni da loro prodotti, rende la responsabilità civile un'arma spuntata mentre l'attribuzione dell'iniziativa ad un soggetto estraneo (la Corte dei Conti appunto) dà maggiori garanzie di un risultato utile e rafforza la sua funzione di deterrenza.

Trova quindi conferma il rammarico di quegli illustri studiosi<sup>9</sup> che, facendo parte della Commissione istituita per la elaborazione del Codice di giustizia contabile, avevano suggerito di "assegnare all'amministrazione un ruolo più marcatamente 'proattivo' per il recupero del danno erariale, prevedendo l'iniziativa del Pubblico Ministero nel caso in cui l'amministrazione fosse rimasta inerte o nel caso in cui, per qualsiasi ragione, l'azione dell'amministrazione fosse risultata problematica o inadeguata, o nel caso in cui comunque lo stesso Pubblico Ministero avesse ritenuto opportuno non lasciare l'iniziativa all'amministrazione". Il mancato accoglimento di questa proposta costituisce certamente un'occasione persa perché avrebbe consentito di dare una sistemazione organica e coerente ad una materia che invece al momento soffre per ambiguità e incongruenze, armonizzando, nel contempo, le esigenze di tutela della finanza pubblica, affidate al potere di iniziativa "sussidiario" della Procura della Corte dei Conti, con quelle di una maggiore responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche in materia di danno patrimoniale da chiunque causato.

---

<sup>9</sup> M. CLARICH, F.P. LUISO, A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei Conti*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2016, pag. 1271.

## **L'accesso nelle procedure di pubblica evidenza: la complessa ricerca di una pacifica convivenza tra esigenze di riservatezza e diritto a conoscere.**

**di Valentina FERRARA\***

**SOMMARIO:** **1.** L'istituto dell'accesso agli atti: origini ed evoluzione; **1.1.** L'accesso civico generalizzato; **2.** L'accesso agli atti di gara: breve esegesi dell'art. 53 d.lgs. 50/2016; **3.** Qualificazione dell'istanza di accesso: sull'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara; **3.1.** La tesi dell'esclusione dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti; **3.2.** La tesi dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara; **4.** La tutela dei segreti tecnici e commerciali; **5.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *The principle of proportionality is a pillar of the Italian law. This is based on the Constitution and on the sources of European law that have transformed its essence. In fact, from a criterion dependent of the principle of equality, the principle of proportionality has become an independent means of assessment for the legislator and the judges. Today there are many rulings of the Constitutional Court confirming the extensive scope of this principle.*

### **1. L'istituto dell'accesso agli atti: origini ed evoluzione.**

La celeberrima "casa di vetro"<sup>1</sup> dell'amministrazione pubblica impone, quale fisiologica conseguenza dei principi fondamentali, la piena conoscenza da parte dei comuni cittadini, dei meccanismi interni, delle scelte, delle valutazioni e di ogni valutazione che muove le pedine della pubblica amministrazione.

---

\* *Avvocato, Dottore di Ricerca in Diritto e Mercato Globale presso l'Università degli Studi di Salerno.*

<sup>1</sup> Sull'argomento la dottrina è vasta, per tutti si v. G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2009; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in F. Scoca (a cura di), *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 8-9; V. SARCONI, *La trasparenza amministrativa: da principio a diritto*, in AA.VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2013; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza, alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giustizia civile*, 2015, 2; A. ROMANO, *Accesso ai documenti amministrativi*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; A. LAZZARO, *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Milano, 2017.

Nonostante il diritto di accesso non sia espressamente riconosciuto dalla Costituzione italiana, esso non sfuggì all'attenzione dei padri costituenti, i quali volsero lo sguardo ed il loro studio anche al diritto di conoscenza e partecipazione del cittadino ai processi decisionali.

Pur non avendo una norma costituzionale *ad hoc* che lo disciplini, l'accesso, in quanto naturale esplicazione del dovere di trasparenza dalla parte pubblica, è rinvenibile in più dettami, già a partire dall'art. 1 che riconosce in capo al popolo la sovranità. Ancora, l'art. 97, nell'affermare i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, lascia ricoprire un ruolo importante al tema della trasparenza. Infine, esaminando gli artt. 24 e 113 Cost. ci si rende conto che la conoscenza degli atti che hanno condotto alla lesione della propria posizione giuridicamente tutelata è imprescindibile all'azione di difesa.

Dunque, il principio di trasparenza è un fine per il quale sono strumentali la pubblicità e il diritto di accesso, ma, a sua volta costituisce uno strumento per evitare elusioni del principio di concorrenza e accordi illeciti o corruttivi.

Per tale ragione, la materia in esame acquisisce una valenza diversa e più spessa all'interno del dibattito che coinvolge le procedure di gara ed i contratti pubblici. Lo sviluppo dei principi dell'ordinamento ha condotto, via via, all'abbandono del primordiale concetto in base al quale la vita della pubblica amministrazione, ricoprendo un ruolo di assoluta supremazia sugli interessi dei privati, dovesse essere avvolta in un velo di segretezza<sup>2</sup>. Tale originario pensiero derivava dalla concezione d'infalibilità dello Stato; d'altronde come avrebbe potuto avere una giustificazione l'interesse di un privato cittadino di venire a conoscenza delle cause di un provvedimento emanato nei suoi confronti se, in ogni caso, non avrebbe potuto comunque poter agire per la difesa della sua posizione, che doveva necessariamente cedere il posto dinanzi al pubblico volere.

L'evolversi *in primis* della società stessa, degli scenari politici e di conseguenza della produzione normativa ha portato ad una prima ed embrionale forma di partecipazione data dalla legge n. 241 del 1990, anche sotto la forte spinta degli orientamenti comunitari del tempo.

---

<sup>2</sup> R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989; G. VIRGA, *Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, in *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza (atti XXXV Conv. Varenna, 21-23 settembre 1989)*, Milano, 1991; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in *L'amministrazione pubblica italiana* (a cura di S. Cassese e C. Franchini), Bologna, 1994.

In tema di partecipazione, la Comunità europea prima, e l'Unione europea poi, hanno seguito un percorso certamente di più ampio respiro rispetto al delimitato ambito del mero procedimento amministrativo. In quelle sedi, la tematica della trasparenza e della partecipazione del privato è stata oggetto di una svolta radicale che ha riformato gli ordinamenti in un'ottica democratica, e che ha consolidato la figura del cittadino europeo.

L'influenza delle istituzioni europee, dunque, ha gravato in maniera notevole sulle riforme nostrane in materia di accesso, così da giungere alla sopracitata normativa che ha messo innanzitutto nero su bianco la volontà di tutelare il diritto alla conoscenza del privato di tutto ciò che tange la propria sfera giuridica, ed in secondo luogo ha abbattuto le mura che circondavano le sedi del potere. Pertanto negli anni '90 si è arrivati ad affermare con solidità il principio della trasparenza<sup>3</sup>, il quale deve permeare l'intera vita dell'amministrazione, quindi sia l'iter procedimentale che l'organizzazione stessa dell'attività degli enti. Da ciò ne discende, quale corollario, il diritto di accesso del singolo cittadino, seppur con limiti e riserve, avente una portata innovativa rispetto al passato. Basti pensare che la previgente disciplina prevista dal d.P.R. n. 3 del 1975 statuiva il dovere di mantenere il segreto d'ufficio non solo per gli atti qualificati come segreti, ma in generale per tutti quegli atti che potevano in qualche modo provocare un danno sia per la pubblica amministrazione che per terzi, lasciando piena discrezionalità in tema di ostensione alla persona preposta alla direzione del procedimento, prevedendo altresì una sanzione di natura penale per l'impiegato che rilasciava l'accesso a documenti non segreti.

Con l'avvento dell'art. 28 della l. 241 del 1990 è venuto meno il dovere di mantenere il segreto d'ufficio e la discrezionalità sulla decisione di rilascio di informazioni, facendo venir meno anche la subordinazione del divieto di comunicazione da parte del funzionario pubblico alla possibile sussistenza di un danno.

L'istituto dell'accesso diviene, dunque, il pratico strumento messo nelle mani del cittadino per dar vita al principio della trasparenza, specialmente a seguito, poi, della riforma operata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15.

Ma il collegamento tra dovere di trasparenza e diritto di accesso resta non proprio di solida struttura, in quanto la normativa richiede in ogni caso un interesse diretto, concreto e specifico correlato ad una posizione giuridicamente

---

<sup>3</sup> M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo la l. n. 241/1990*, in F. Manganaro e A. Romano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Torino, 2005.

tutelata in relazione alla documentazione di cui se ne chiede l'ostensione<sup>4</sup>; altri elementi che connotano l'istituto in tal senso sono le limitazioni tassative previste ex art. 24, la motivazione da porre alla base dell'istanza di accesso, la necessità di dover difendere i propri interessi giuridici, il divieto di utilizzare l'accesso quale strumento per un mero controllo diffuso dell'operato dell'amministrazione.

Alla luce di tale considerazione appare evidente che la portata del diritto di accesso sia direttamente proporzionale a quella della concezione del principio di trasparenza, che è andato ad ampliarsi specialmente negli ultimi due decenni. È arrivato a riconoscersi un esteso diritto di accesso, specialmente in ragione della normativa statunitense il cui paradigma è costituito dal *Freedom of Information Act* (c.d. FOIA), introdotto nel 1966 e poi rivisto in chiave più ampia. Il principio su cui si fonda il concetto del predetto istituto è quello della presunzione di accessibilità ai documenti, ai provvedimenti, agli atti propedeutici alla decisione finale, ai dati ed alle informazioni che sono in possesso dell'amministrazione pubblica: da un lato vi è il c.d. diritto a conoscere e dall'altro troviamo il dovere della p.a. di fornire sua sponte gli atti e le informazioni, proprio a prescindere da una specifica istanza avanzata dal privato cittadino interessato.

### **1.1. L'accesso civico generalizzato.**

Il passaggio dal dovere di esibizione su richiesta, al dovere di rendere pubblico, a prescindere dalla presentazione o meno di una istanza di accesso si è avuto con l'introduzione degli obblighi di pubblicità ed il conseguente accesso civico: la concezione amministrativa della trasparenza è andata oltre il concetto di tutela delle esigenze individuali circoscritte a determinati documenti ed a determinati soggetti titolari di un interesse specifico e qualificato<sup>5</sup>. Ciò ha consentito la trasformazione da un modello amministrativo di tipo "reattivo" ad uno di tipo "proattivo"<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Sulla disciplina della l. 241/1990, in epoca anteriore alle riforme del 2013 e del 2016, v. per tutti M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in Enc. dir., Agg. IV, Milano, 2000.

<sup>5</sup> Si v. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017.

<sup>6</sup> Tale considerazione è stata evidenziata dal Consiglio di Stato, sez. cons. per gli atti normativi, nell'adunanza di sezione del 18 febbraio 2016, n. 515: «Lo schema di nuovo provvedimento ribalta l'attuale impostazione normativa in tema di trasparenza sotto un duplice profilo. Innanzitutto, riconosce al cittadino un vero e proprio diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni, a qualunque fine e senza necessità di motivazioni: dunque, la disclosure non è più limitata a quelle informazioni riguardo alle quali egli sia titolare di un interesse specifico e qualificato ("diretto, concreto e attuale") idoneo a "motivare" la sua istanza di accesso, come disposto dalla legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90). In secondo luogo, il decreto in discorso aggiunge alla preesistente trasparenza di tipo "proattivo", ossia realizzata mediante la

Il legislatore, con il d.lgs. n. 33/2013 ha introdotto nell'ordinamento italiano una nuova forma di accesso: la stessa norma fissa gli obblighi di pubblicazione inerenti una specifica documentazione e nel caso in cui l'amministrazione non adempia tali obblighi "chiunque" può chiederne l'esibizione<sup>7</sup>.

L'eliminazione delle barriere soggettive che limitavano l'accesso esclusivamente a persone prestabilite titolari di posizioni differenziate rispetto ad altri, e specificamente tutelate dal legislatore, ha permesso un notevole ampliamento dell'istituto oggetto d'esame: viene superato il modello originario della legittimazione perimetrata, per lasciar spazio ad una legittimazione aperta.

Da ciò ne discende che viene meno anche qualsiasi riferimento all'obbligo di motivazione specifica dell'istanza di accesso, essendo consentito a chiunque di poter accedere alla documentazione amministrativa indicata dallo stesso legislatore.

Conseguentemente, ancora, cade anche la possibilità di una valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione, in quanto non vi è più la necessità di una scelta sul bilanciamento di interessi tra riservatezza e trasparenza, poiché tale valutazione viene già effettuata *ex ante* dallo stesso legislatore, il quale opera una scelta a monte circa la tipologia di atti e provvedimenti di cui s'impone la pubblicazione e che, quindi, saranno oggetto dell'accesso generalizzato. Pertanto, almeno in teoria, non residuerebbe spazio per l'esercizio di discrezionalità da parte dell'Amministrazione destinataria dell'istanza di accesso qualificata come "accesso generalizzato", ma la pratica applicazione non sembra essere fedele all'idea originaria.

Nell'assetto così delineato dalla normativa del legislatore del 2013, nella relazione tra obbligo di pubblicazione e diritto all'esibizione, appare logicamente deducibile anche sul fronte giurisdizionale una condanna a provvedere *ex art.* 116 c.p.a..

L'introduzione dell'istituto dell'accesso civico ha pertanto emancipato (o almeno avrebbe dovuto emancipare) la tutela del diritto di accesso, ha spostato verso l'alto l'asticella dell'attenzione nei confronti del diritto a conoscere dei privati

---

pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge (d.lgs. 33/2013), una trasparenza di tipo "reattivo", cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese *F.O.I.A.*) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una "casa di vetro"<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> L'accesso civico generalizzato è stato introdotto in Italia sulla base della delega di cui all'art. 7, comma 1, lett. h) della cd. Legge Madia (legge 124/2015), ad opera dell'art. 6 del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 che ha novellato l'art. 5 del decreto trasparenza (d. lg. 33/2013).



cittadini eliminando i limiti soggettivi all'azionabilità dell'istituto, portandolo così ad un livello superiore nella gerarchia dei diritti, giungendo al rango di diritto fondamentale giacché strettamente ancorato al dovere costituzionale di pubblicità.

Analizzando le origini dell'istituto, è facile notare che il legislatore italiano non ha optato per una pedissequa riproduzione del modello nordamericano del c.d. FOIA, bensì ha deciso di utilizzare in maniera più efficace internet, dapprima con l'introduzione del codice dell'amministrazione digitale nel 2005 e successivamente con le riforme del 2013 e del 2016 che hanno completamente innovato rispetto ai regimi previgenti in materia<sup>8</sup>.

Già con il citato d.lgs. del 2013 il dovere di rendere pubbliche le informazioni diventa un obbligo seriale, di tal guisa esigibile da "chiunque", poi, con il d.lgs. 97/2016 si passa all'accesso generalizzato in attuazione della legge delega n. 124 del 7 agosto 2015: la documentazione ostensibile non si circoscrive più all'area delimitata dall'obbligo di pubblicazione<sup>9</sup>.

Malgrado le innovazioni positive apportate dalle riforme in tema di accesso, la sovrapposizione dei regimi è stata una conseguenza quasi inevitabile, nonostante le due tipologie di accesso civico (semplice e generalizzato) siano così diverse tra loro. La principale distinzione tra i due strumenti sta nel fatto che mentre l'accesso civico semplice consente a chiunque di richiedere ad una pubblica amministrazione l'esibizione di documentazione, nei casi in cui sia stata omessa la pubblicazione obbligatoria, quello generalizzato, invece, consente di accedere a dati ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. G. SGUEO, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. NATALINI e G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015.

<sup>9</sup> M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 597.

<sup>10</sup> Sul punto cfr. Tar Campania, Napoli, sentenza n. 2486/2019: «Alla luce del dettato normativo, si comprende bene la rilevante differenza che esiste tra accesso ai documenti e accesso civico generalizzato che, pur condividendo lo stesso tipo di tutela processuale, non possono considerarsi sovrapponibili: il primo è strumentale alla tutela degli interessi individuali di un soggetto che si trova in una posizione differenziata rispetto agli altri cittadini, in ragione della quale ha il diritto di conoscere e di avere copia di un documento amministrativo; il secondo è azionabile da chiunque, senza la previa dimostrazione della sussistenza di un interesse attuale e concreto per la tutela di situazioni rilevanti, senza dover motivare la richiesta e con la sola finalità di consentire una pubblicità diffusa e integrale dei dati, dei documenti e delle informazioni che sono considerati, in base alle norme, come pubblici e quindi conoscibili. L'art. 5, co. 2 del decreto 33/2013 consente ai cittadini di accedere a dati e documenti (detenuti dalle Amministrazioni) "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati individuati all'art. 5-bis del decreto, conoscenza che deve portare a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico».

Sul punto giova però precisare che, nonostante l'ampiezza della normativa circa l'accesso generalizzato, che non è condizionato dalla esistenza meno di obblighi di pubblicazione, anche il predetto strumento incontra dei limiti e ciò quelli relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti<sup>11</sup>, secondo quanto previsto dall'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013.

Si tratta di una serie di limitazione all'accesso generalizzato che, nonostante rivestano lo stesso carattere di tutela di un diritto fondamentale, costituzionalmente garantito, e nonostante siano aderenti agli altri sistemi *FOIA*, sembrano avere un taglio eccessivamente generico, tanto da far correre il rischio di giungere alla vanificazione stessa dell'istituto in esame.

L'*ANAC*, d'intesa con il Garante della privacy, ha poi, definito i suddetti limiti con l'adozione delle "*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della o definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 33/2013*", in cui viene evidenziato che, vista la natura e la *ratio* stessa dell'accesso civico generalizzato, i limiti oggettivi sono delle eccezioni e come tali devono essere interpretati in senso restrittivo.

Una delle questioni venutesi a creare all'indomani dell'entrata in vigore della predetta norma era la pratica determinazione dei limiti all'accesso generalizzato, che di fatto rientra nella valutazione del funzionario incaricato dell'evasione dell'istanza di accesso<sup>12</sup>. Il legislatore ha formulato il dettato normativo utilizzando una tecnica alquanto generica, rimettendo la pratica applicazione del caso concreto all'amministrazione diretta interessata, per tale motivo ci si è interrogati sulla delicatezza del bilanciamento tra gli interessi in gioco, nonché sul rispetto del principio di proporzionalità<sup>13</sup>.

Il funzionario, sulla scorta del dettato normativo, ha il compito di valutare caso per caso se l'istanza presentata dal privato cittadino qualificata quale accesso

<sup>11</sup> I limiti individuati dall'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013 attengono alle seguenti categorie: la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; la sicurezza nazionale; la difesa e le questioni militari; le relazioni internazionali; la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; il regolare svolgimento di attività ispettive; la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; la libertà e la segretezza della corrispondenza; gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali; casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge. In sintesi, si tratta di una tutela di interessi costituzionalmente garantiti, quali gli interessi pubblici, la protezione dei dati personali *ex art. 2 Cost.*, la segretezza della corrispondenza *ex art. 15 Cost.* e la tutela della proprietà intellettuale *ex art. 41 Cost.*

<sup>12</sup> Sul punto si v. E. CARLONI e M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 3.

<sup>13</sup> Sull'applicazione concreta del principio di proporzionalità in materia di trasparenza e di obblighi di pubblicazione si v. la recente sentenza della Corte Cost. n. 20/2019.

generalizzato sia ammissibile o meno in base ai limiti del citato art. 5 *bis*, oltre ad avere comunque l'obbligo di individuare eventuali controinteressati ed informarli dell'istanza<sup>14</sup>; l'accesso sarà rifiutato se il diniego è necessario per evitare un "pregiudizio concreto" alla tutela di uno degli interessi pubblici tutelati dallo stesso T.U. Trasparenza<sup>15</sup>.

Nello specifico, il d.lgs. 97/2016 impone all'Amministrazione destinataria dell'istanza di accedere a valutare, quindi, l'eventualità di un danno agli interessi in modo specifico, concreto e diretto, nonché ragionevolmente prevedibile o comunque non meramente ipotetico. Ma, in un contesto tale, è proprio la valutazione discrezionale della concretezza del danno a creare le maggiori difficoltà applicative, in quanto vi è la reale possibilità che la prudenza dell'Amministrazione renda inutile lo strumento dell'accesso generalizzato. Dunque, da un lato dovrà aversi riguardo per una eventuale lesione degli interessi pubblici data dalla divulgazione dei dati contenuti nella documentazione richiesta, e, dall'altro, all'interesse del privato alla conoscenza.

La giurisprudenza amministrativa<sup>16</sup>, nel dirimere le svariate questioni attinenti il bilanciamento tra i contrapposti interessi, ha più volte sostenuto che l'Amministrazione deve in ogni caso stimare i limiti *ex d.lgs.* 33/2013 nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, valutando le esigenze di tutti i titolari degli interessi presenti nell'azione amministrativa, compreso quello del richiedente, al fine di ricercare la soluzione che comporti il minor sacrificio per tutti gli interessi coinvolti. Di conseguenza «la presenza delle condizioni che permettono di escludere l'accesso civico generalizzato, come l'esistenza di un pregiudizio alla tutela di interessi pubblici o di interessi privati, non rappresentano limiti assoluti all'accesso civico: la PA deve effettuare una valutazione discrezionale e comparativa, secondo il principio di proporzionalità,

---

<sup>14</sup> La mancata comunicazione anche solo da uno dei controinteressati vizia dunque, irrimediabilmente, la decisione finale sulla richiesta di accesso rendendola, già per ciò stesso, annullabile.

<sup>15</sup> Per punto di vista favorevole alla compressione del diritto all'accesso per la tutela della privacy, si v. D.U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in *www.federalismi.it*, 2018, 10. L'Autore ritiene che «L'obiettivo delle richieste appare invece molto sovente connesso, piuttosto, al desiderio di raccogliere informazioni sulla vita (privata e professionale) di soggetti privati ed evoca, quindi, scenari degni del capolavoro cinematografico "Le vite degli altri". Colpisce, infatti, la circostanza che sussistano già ora numerosi casi in cui, pur a seguito dell'accoglimento parziale di una richiesta di accesso (civico) generalizzato, si registri un'insistenza del richiedente l'accesso per cercare di ottenere anche i dati personali omessi».

<sup>16</sup> *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631.

fra il beneficio che potrebbe arrecare l'accesso richiesto e il sacrificio causato agli interessi pubblici e privati contrapposti che vengono in gioco»<sup>17</sup>.

Anche le Linee guida ANAC ed il garante per la protezione dei dati, percorrendo lo stesso sentiero tracciato dal Consiglio di Stato, evidenziano la necessità di un indispensabile bilanciamento degli interessi in gioco, invitano l'Amministrazione a scegliere l'alternativa meno pregiudizievole, ed inoltre, sottolineano anche l'opportunità di ostensione di documenti con l'omissione dei "dati personali" presenti, nel caso in cui l'esigenza informativa, che muove il soggetto richiedente accesso, possa essere soddisfatta senza implicare il trattamento dei dati personali<sup>18</sup>.

Orbene, alla luce di quanto delineato in merito all'istituto dell'accesso generalizzato, pare che la pratica applicazione dello strumento in esame si distanzi da ciò che era stato inizialmente elaborato nel progetto originario. La *ratio* di base della tipologia di accesso generalizzato come viene descritta dalla stessa norma<sup>19</sup>, sta nella finalità di «promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» (art. 1, co. 1, d.lgs. 33/2013) e, nello specifico, quella 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» (art. 5, co. 2. d.lgs. 33/2013); ma i limiti imposti dalla norma, poi, in concreto, rendono le predette finalità difficilmente raggiungibili.

Se al "diritto a conoscere", nonché alla trasparenza, viene riconosciuta pari dignità rispetto all'interesse dell'Amministrazione all'oblio allora nel bilanciamento si dovrebbe aver pari riguardo ad entrambe le fazioni. Eppure, nonostante ancora l'eliminazione della barriera soggettiva che differenzia

<sup>17</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, sentenza n. 2486/2019, cit.

<sup>18</sup> Per una critica alla possibilità dell'accesso parziale si v. A. BERTI, in *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, 11 maggio 2018, [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it). L'autore sostiene la parziale oscurazione dei dati personali non è sempre, anzi mai, garanzia di privacy poiché vi è sempre il rischio di una re-identificazione: «*non è sufficiente ad escludere l'accesso parziale mediante la tecnica degli omissis, dovendo piuttosto verificarsi, caso per caso, se sia non solo "possibile, ma "altamente probabile" la re-identificazione dei soggetti, perché solo in tal caso potrà dirsi che il pregiudizio derivante dalla ostensione è "altamente probabile". Con l'ulteriore precisazione che neppure l'alta probabilità della "re-identificazione" è di per sé sufficiente a escludere l'accesso parziale dovendo verificarsi se, nonostante detta re-identificazione dei soggetti questi ricevano effettivamente un "concreto pregiudizio"*».

<sup>19</sup> La Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica 30 maggio 2017, n. 2/2017 recante "Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)" attribuisce all'accesso civico generalizzato la qualifica di diritto fondamentale.

l'accesso generalizzato dalle altre forme, non è raro il caso in cui il cittadino "chiunque" dovrà motivare il proprio interesse al fine di convincere la p.a. che l'evasione dell'istanza da lui presentata non arrechi un pregiudizio concreto agli interessi tutelati *ex art. 5 bis*<sup>20</sup>. Nella fattispecie in esame, l'obbligo di motivazione dell'istanza da parte dell'interessato, non viene imposto dalla legge quale elemento necessario all'accoglimento della richiesta, la motivazione diviene uno strumento che il privato ha interesse ad utilizzare in modo tale da consentire all'amministrazione di operare un bilanciamento accurato ed approfondito con gli interessi contrapposti.

## **2. L'accesso agli atti di gara: breve esegesi dell'art. 53 d.lgs. 50/2016.**

In riferimento alle procedure di pubblica evidenza, il Codice degli appalti disciplina il diritto di accesso alla documentazione amministrativa all'art. 53<sup>21</sup>,

---

<sup>20</sup> Sulla motivazione dell'istanza di accesso civico generalizzato si v. C. DEODATO, La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017. L'Autore rappresenta che «per quanto la legge non esiga l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la sua rispondenza alla soddisfazione di un interesse che presenti valenza pubblica e che non resti confinato a un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale o, addirittura, utilitaristico».

<sup>21</sup> Il previgente d.lgs. 163 del 2006, all'art. 13, prevedeva una disciplina di analogo tenore all'attuale d.lgs. 50 del 2016, il cui art. 53 recita: «1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, 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. Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti.

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.

3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

4. L'inosservanza dei commi 2 e 3 per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi rileva ai fini dell'articolo 326 del codice penale.

consentendo l'esibizione degli atti al soggetto che avanzi l'istanza, con specifiche modalità di differimento dipendenti dalla tipologia di procedura e dalla documentazione richiesta.

La norma del novellato codice si pone in linea di continuità con il testo previgente, mantiene il rinvio a quanto statuito dalla l. 241 del 1990 agli articoli 22 e ss. in materia di accesso, mantiene anche l'impianto delle casistiche di differimento dell'evasione della richiesta; inoltre, resta coerente altresì con la normativa Eurounitaria precedente, dettata dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, nonché con l'art. 28 della direttiva 2014/23/UE, con l'art. 21 della direttiva 2014/24/UE e con l'art. 39 della direttiva 2014/25/UE, oggetto di recepimento del Codice dei contratti pubblici vigente.

La disciplina dettata dall'art. 53 resta ugualmente coerente con la formulazione "impersonale" per quanto attiene ai soggetti che sono tenuti a garantire l'accesso, ciò in virtù dell'ormai consolidato orientamento<sup>22</sup> in base al quale, a prescindere dalla natura pubblica o privata, tutti i soggetti che pongono in essere una procedura di gara, seguendo le regole dettate dal codice degli appalti, sono tenuti al rispetto dell'intera normativa in materia.

D'altro canto, anche per quanto concerne i soggetti legittimati alla richiesta di accesso, la norma non indica come indispensabile la qualifica di concorrente della procedura in cui si formano gli atti oggetto della richiesta, fatta salva l'eccezione prevista al comma 6 che prevede la legittimazione attiva in capo al concorrente alla gara che necessita degli atti, elencati al comma 5 (non accessibili da coloro che non hanno partecipato alla gara), ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi<sup>23</sup>. Il giudice amministrativo, però, in passato ha spesso sostenuto

---

5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

- a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o 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 presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- 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;
- d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto».

<sup>22</sup> Si veda, *ex multis*, Cons. di Stato, sentenza n. 3703 del 27 luglio 2017.

<sup>23</sup> Per un esame della disciplina in oggetto si v. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018.

che il rinvio alla l. 241/90 rende necessaria anche la prova di un interesse specifico e concreto da parte del terzo, estraneo alla procedura di pubblica evidenza, che chiede di venire a conoscenza degli atti di gara. Dunque, su tale fattispecie, la giurisprudenza affermava che il terzo, sulla scorta della disciplina dettata dalla legge sul procedimento amministrativo, in virtù dell'espresso rinvio effettuato dal codice degli appalti, avrebbe dovuto dimostrare di ricevere un'utilità concreta dalla conoscenza degli atti di gara<sup>24</sup>.

Sui limiti oggettivi, al contrario, il codice vigente è molto specifico nelle sue limitazioni, mediante la fissazione delle deroghe di cui al secondo comma, che prevede ipotesi di mero differimento a determinate fasi della gara, e di cui al comma sesto, che elenca le ipotesi di esclusione relativa.

La *ratio* dei predetti differimenti sta nel preservare la speditezza della procedura di gara e limitare l'eventualità di possibili collusioni tra gli offerenti, difatti viene spostato in avanti anche il termine previsto dall'art. 10 della l. 241 del 1990, che prevede la possibilità di accesso ai partecipanti in ogni momento e fase della procedura.

Sul punto, però, giova precisare che la giurisprudenza amministrativa si è spesso pronunciata nel senso che il differimento di cui all'art. 53 deve essere inteso con esclusivo riferimento al contenuto delle offerte presentate dagli operatori economici partecipanti alla gara. La *ratio* della norma sta nella tutela della segretezza delle offerte tecnico-economiche, pertanto ciò non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa, e cioè quella relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti<sup>25</sup>.

Il comma terzo, poi, dell'art. 53 introduce espressamente il divieto di divulgazione, fino alla scadenza dei termini previsti dalla norma stessa, per la documentazione oggetto del comma secondo, per cui è previsto il differimento dell'accesso.

Le deroghe previste in tema di accesso alle procedure di gara potrebbero rientrare nel dettato dell'art. 5 *bis*, comma 3, del d.lgs. 33/2013 sull'accesso civico generalizzato<sup>26</sup>: il legislatore dell'accesso generalizzato ha previsto divieti di esibizione e divulgazione, poi condivisi dalle linee guida ANAC del 2016, aventi ad oggetto atti secretati o atti inerenti a procedure la cui esecuzione richiede

---

<sup>24</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1545; Cons. di Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 461; Cons. di Stato, sez. IV, 19 marzo 2014, n. 1339, ma già Cons. Stato, V, 10 gennaio 2007, n. 55.

<sup>25</sup> In tal senso si v. TAR Veneto, sentenza n. 512/2017; TAR Lazio, Roma, sentenza n. 3971/2017.

<sup>26</sup> Si vd. S.VACCARI, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, in Dir. ec., 2015.



speciali misure di sicurezza per i quali è specificamente stabilita una disciplina di segretezza *ad hoc*.

Il citato comma terzo dell'art. 5 *bis* comprende, tra le esclusioni assolute in materia di accesso generalizzato, «i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti». Pertanto, se avesse l'unica funzione di richiamare semplicemente divieti di pubblicazione e di divulgazione già previsti da altre norme, si tratterebbe di una inutile, nonché ridondante, ripetizione.

Piuttosto, la previsione in argomento acquista un significato autonomo e risolutivo se viene connessa alle discipline speciali vigenti in tema di accesso e, in particolare, al primo inciso del primo comma dell'art. 53.

Da ciò ne discende che il riferimento testuale alla disciplina di cui alla l. 241 del 1990, agli artt. 22 e ss., potrebbe essere considerato quale un rinvio ai limiti, alle condizioni ed alle regole in tema di accesso documentale, che devono sussistere affinché possano essere evase le istanze di accesso agli atti inerenti alle procedure di pubblica evidenza.

### **3. Qualificazione dell'istanza di accesso: sull'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara.**

Il codice degli appalti, come si è già constatato, prevede una disciplina *ad hoc* in tema di accesso agli atti di gara e, ove non derogata, rinvia alla procedura dettata dalla l. 241 del 1990. Pertanto la giurisprudenza ha affrontato un lungo dibattito in merito all'applicabilità o meno della normativa inerente l'accesso civico generalizzato, stante la clausola di esclusione contenuta nell'art. 5 bis della l. 33 del 2013.

#### **3.1. La tesi dell'esclusione dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti.**

Una delle due opposte posizioni giurisprudenziali ritiene che l'esclusione dell'applicazione dell'accesso generalizzato sia giustificata dalla circostanza che per quanto concerne gli atti di gara, si tratta pur sempre di documentazione che subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte dell'ANAC, e cioè di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza e, allo stesso tempo, coinvolge interessi privati di natura economica ed imprenditoriale di per sé



sensibili, dunque astrattamente riconducibili alla causa di esclusione di cui al comma secondo, lett. c), dell'art. 5 *bis* del d.lgs. 33 del 2013<sup>27</sup>.

Dal punto di vista teleologico si evidenzia che il codice degli appalti, nell'attuare le direttive europee, ha lo scopo di tutelare la concorrenza ed assicurare la trasparenza, l'efficienza e l'imparzialità dell'amministrazione. Ciò posto, la qualifica della parte che avanza l'istanza di accesso agli atti di gara risulta giustificata, in quanto la stazione appaltante deve essere in grado di poter valutare la meritevolezza dell'interesse alla conoscenza dei documenti inerenti la procedura di gara.

Sulla scorta di tale considerazione, si è sostenuto che l'esclusione sarebbe motivata dal fatto che la disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici costituisce un insieme normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee finalizzate alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che di conseguenza attrae a sé pure la regolamentazione dell'accesso agli atti inerenti alle specifiche procedure espletate.

La tesi dell'esclusione fa leva sulla struttura normativa dell'accesso, la quale si compone di tre fattispecie di portata generale (accesso documentale, accesso civico ed accesso civico generalizzato) a cui si affiancano ulteriori discipline settoriali, come quella inerente le gare d'appalto, qui intese come derogatorie rispetto al regime generale.

Secondo questa prima interpretazione, dall'accesso civico generalizzato dovrebbe essere esclusa la documentazione prodotta nei procedimenti afferenti agli appalti pubblici, in quanto la normativa descritta dal d.lgs. 50 del 2016 è un *corpus* normativo a sé stante, basato su regole specifiche e peculiari. Ciò non toglie che, una volta conclusa la fase pubblicistica di aggiudicazione ed iniziata la fase di esecuzione del contratto, il diritto di accesso di tipo generalizzato fuoriesce dal perimetro della legge 241 del 1990 e diviene pienamente operante<sup>28</sup>.

Parte della giurisprudenza, che ha sposato la tesi dell'esclusione, nell'esaminare i rapporti intercorrenti tra il codice degli appalti e la normativa in tema di trasparenza ed accesso generalizzato, ha interpretato come settoriale e derogatoria la disciplina dettata dall'art. 53 del d.lgs. 50/2016, da prendere

---

<sup>27</sup> Sull'esclusione dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti si v. Cons. di Stato, sez. V, 2 agosto 2018, n. 5502; Cons. di Stato, sez. V, 2 agosto 2018, n. 5503; TAR Lazio, sede di Roma, sez. II, 14 gennaio 2019, n. 425; TAR Marche, sez. I, 18 ottobre 2018, n. 677; TAR Emilia Romagna, sede di Parma, 18 luglio 2018, n. 197.

<sup>28</sup> Interpretazione confermata dall'ANAC con Delibera n. 317/17.

prioritariamente in considerazione per il principio di specialità, rispetto a quella ex d.lgs. 33/2013.

A sostegno di tale interpretazione, si è sostenuto che l'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013 nel fare un generico riferimento ai «casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni modalità o limiti», pertanto la concreta individuazione dei predetti "casi" è rimessa ad altre disposizioni di legge settoriali, quali, appunto, quelle in tema di appalti. La ragione dell'esclusione dell'accesso si riferisce a tutte le fattispecie già normate, ai casi in cui vi sia una regolamentazione vigente che disciplini in modo specifico il diritto di accesso in relazione a certi ambiti o materie o situazioni, subordinandolo a condizioni modalità o limiti, peculiari.

Ebbene, secondo questa parte della giurisprudenza, vi sono sussistenti oggettivi ed insuperabili ostacoli alla configurabilità di concreto dell'accesso generalizzato: il diritto di accesso in materia di procedure di pubblica evidenza, è normato dall'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016, il quale, a sua volta, rimanda agli artt. 22 e ss. della l. 241 del 1990, dunque la previsione parrebbe applicabile solo ai concorrenti che abbiano partecipato alle procedure di affidamento e che pertanto sono portatori di un interesse qualificato, diretto e attuale alla conoscenza, come previsto dalla citata legge sul procedimento amministrativo<sup>29</sup>. D'altronde, come già accennato, le procedure di gara rientrano nella sfera del controllo effettuato dall'ANAC, pertanto, rispetto a questi controlli, l'accesso generalizzato risulterebbe una forma di controllo ulteriore, esperibile da parte di terzi. La duplicazione dei controlli fino al termine della procedura di gara (ANAC e terzi mediante accesso generalizzato) si porrebbe anche in contrasto con i divieti di accesso sanciti dall'art. 53, primo comma, non logicamente motivata<sup>30</sup>. L'accesso civico generalizzato ha come finalità primaria il controllo diffuso sugli atti dell'amministrazione, nel caso specifico degli atti gara tale funzione è già assicurata dai poteri di controllo e vigilanza dell'ANAC, nonché dall'accesso civico dei documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi dell'art. 29 del codice degli appalti: l'impianto normativo delle procedure di gara vigente garantisce già di per sé i controlli sull'impiego di risorse pubbliche e di

---

<sup>29</sup> Cfr. TAR Emilia Romagna, sez. distaccata di Parma, 11 luglio 2018, sentenza n. 98, in cui si è ritenuto che, almeno prima dell'aggiudicazione, il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del d.lgs n. 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso dovrà essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5 *bis*, commi 1 e 2, del d.lgs n. 33/2013.

<sup>30</sup> Così G. LABATE, *Accesso civico agli atti di gara a procedura conclusa: la giurisprudenza*, in *Giuricivile*, 2018, 10.

promozione della qualità dei servizi. Inoltre, si è sostenuto che ammettere l'accesso civico generalizzato alle procedure di pubblica evidenza significa anche aggravare il procedimento di gara, già di per sé complesso ed articolato<sup>31</sup>. Le richieste di controllo generalizzato sugli atti della gara per l'assegnazione di un contratto provocherebbero un ritardo nello svolgimento delle procedure, l'affannarsi della macchina amministrativa che, d'altro canto, non comporterebbe una miglioria ma solo uno sterile ritardo poiché una volta conclusasi la procedura, terminata la fase disciplinata dal codice degli appalti, si ritorna al regime ordinario e si applica l'accesso generalizzato senza alcun tipo di complicazione.

La tesi dell'esclusione assoluta della disciplina dell'accesso civico generalizzato nei procedimenti di affidamento di contratti pubblici è stata recentemente sposata anche dal Consiglio di Stato.

L'alto consesso della giustizia amministrativa ha ritenuto che l'eventuale applicazione del d.lgs. 33 del 2013 alle gare d'appalto potrebbe, addirittura, finire per privare di senso il richiamo che l'art. 53 del codice degli appalti fa alla legge n. 241 del 1990; si giungerebbe alla distorsione delle finalità impresse dal codice della trasparenza, non si tratterebbe più di uno strumento volto alla garanzia di un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione, ma diventerebbe un istituto ulteriore (in aggiunta a quello già previsto dalla normativa sugli appalti) per perseguire la soddisfazione di interessi economici e commerciali dell'operatore economico<sup>32</sup>.

È evidente che le tipologie di accesso qui in esame hanno finalità distinte e differenti, per cui lasciare che una di esse invada il campo dell'altra si tramuterebbe in una distorsione delle finalità (di tutela della collettività) impresse dal legislatore per favorire gli interessi dei singoli, i quali utilizzerebbero l'accesso civico generalizzato per rafforzare la propria difesa in giudizio.

---

<sup>31</sup> Cfr. T. TESSARO, M. BERTIN, *Accesso civico e finalità 'esorbitanti' della richiesta di ostensione: una prima indagine casistica per la necessaria distinzione con l'accesso documentale*, [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 20 marzo 2018 in cui si evidenziano le conseguenze degli abusi dell'istituto dell'accesso civico generalizzato.

<sup>32</sup> In tal senso la recente sentenza del Cons. di Stato, 2 agosto 2019, sentenza n. 5503, in cui si rappresenta che «la legge propende per l'esclusione assoluta della disciplina dell'*accesso civico generalizzato* in riferimento agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. Tale esclusione consegue, non ad incompatibilità morfologica o funzionale, ma al delineato rapporto positivo tra norme, che non è compito dell'interprete variamente atteggiare, richiedendosi allo scopo, per l'incidenza in uno specifico ambito di normazione speciale, un intervento esplicito del legislatore».

### **3.2. La tesi dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara.**

La posizione giurisprudenziale opposta a quella sopra descritta sostiene, invece, la piena applicabilità dell'accesso civico generalizzato anche alla materia degli appalti. Tale orientamento si fonda, tra l'altro, sulla considerazione in base alla quale non si ravvedono motivi ostativi all'inclusione della normativa in esame, non reggono le motivazioni adottate per negare l'accesso civico nei confronti della documentazione presentata in gara quanto meno in astratto, con le dovute eccezioni del caso<sup>33</sup>.

La scelta dell'applicabilità dell'accesso generalizzato viene sostenuta da una lettura coordinata degli artt. 53 del codice degli appalti, 5 *bis* del testo sulla trasparenza e 22 ss. della legge sul procedimento amministrativo: l'art. 5 *bis* esclude casi determinati e specifici in cui l'accesso è subordinato a determinate condizioni e limiti, non intende escludere intere materie, come può essere quella degli appalti<sup>34</sup>.

Il terzo comma dell'art. 5 *bis* del d.lgs. 33/2013, secondo parte della giurisprudenza amministrativa, non può essere quindi interpretato nel senso della totale esclusione di un intero settore, possono essere esclusi solo determinati "casi" ben circoscritti, in cui norme speciali possono prevedere specifiche condizioni, modalità e limiti.

---

<sup>33</sup> In tal senso v. TAR Lombardia, sez. IV, 11 gennaio 2019, sentenza n. 45.

<sup>34</sup> Sul punto, si v. Cons. di Stato, 5 giugno 2019, sentenza n. 3780, la quale, prendendo le mosse da una lettura coordinata e da una interpretazione funzionale dell'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016, che rimanda alle norme contenute negli artt. 22 ss., l. n. 241 del 1990, e dell'art. 5 *bis*, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, ha sostenuto che «nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie". Diversamente interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 33/2013, mirano all'attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell'accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici. D'altro canto, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso "ordinario" di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241/90 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 67 modificativo del d.lgs. 33/2013. Il d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97, che ha introdotto l'accesso civico novellando l'art. 5 d.lgs. n. 33/2013, si è dichiaratamente ispirato al cd. "Freedom of information act" che, nel sistema giuridico americano, ha da tempo superato il principio dei limiti soggettivi all'accesso, riconoscendolo ad ogni cittadino, con la sola definizione di un "numerus clausus" di limiti oggettivi, a tutela di interessi giuridicamente rilevanti, che sono appunto precisati nello stesso art. 5 co. 2 d.lgs. n. 33/2013. L'intento del legislatore delegato è stato quello di "favorire forme diffuse di controllo nel perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche", promuovendo così "la partecipazione al dibattito pubblico"».

L'ambito delle materie sottratte all'applicazione dello strumento dell'accesso generalizzato deve necessariamente essere localizzato e confinato in singole fattispecie, senza possibilità di estensione o analogia interpretativa.

Analizzando la normativa dal punto di vista sistematico, la previsione dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016 ha lo scopo di scandire i tempi dell'accesso documentale poiché se così non fosse, e se si applicasse esclusivamente la disciplina della l. 241/1990, verrebbero lesi i principi di parità di trattamento e di libera concorrenza: l'operatore economico che può accedere alla documentazione di gara in qualsiasi fase della stessa ottiene un vantaggio a discapito degli altri operatori concorrenti.

Sulla stessa linea anche l'art. 29 del codice degli appalti, il quale nel prevedere l'obbligo di pubblicazione degli atti inerenti una procedura di pubblica evidenza, determina anche il termine ed il luogo di pubblicazione, facendo espresso riferimento al codice della trasparenza. Ciò rappresenta una ulteriore forma di coesistenza senza contrasti tra le due discipline, entrambe da sole non basterebbero a garantire l'attuazione dei principi di trasparenza, tutela della concorrenza e parità di trattamento.

D'altronde, l'accesso civico generalizzato e la normativa in materia di contratti pubblici mirano alla garanzia del principio costituzionalmente tutelato della trasparenza della pubblica amministrazione, pertanto non si ravvede alcuna ragione per la quale gli appalti debbano essere sottratti al regime della trasparenza nella sua forma più elevata. La preclusione dell'accesso in forma generalizzata alla documentazione delle procedure ad evidenza pubblica potrebbe risultare quasi paradossale, dal momento che si elimina una ulteriore possibilità di controllo diffuso sull'azione dell'amministrazione pubblica in uno dei settori dove l'illegalità e la corruzione sono più diffusi<sup>35</sup>.

Ancora, sostengono gli stessi giudici amministrativi, ulteriore conferma della tesi dell'applicabilità è rinvenibile nell'interpretazione funzionale della nuova modalità di accesso generalizzato. Il già citato sistema statunitense, c.d. FOIA, supera il concetto di interesse soggettivo alla conoscenza di un determinato atto amministrativo e rende liberamente accessibile a chiunque il diritto alla conoscenza degli atti pubblici, mantenendo solo alcuni limiti oggettivi. Tale

---

<sup>35</sup> L'istituzione stessa dell'ANAC ed i relativi poteri in materia di vigilanza, controllo e sanzioni, avvalorano la tesi sopraesposta. Per completezza espositiva si rinvia all'Allegato sull'Italia della Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014 della Commissione Europea, in cui sono riportati i dati sulla corruzione nelle gare pubbliche.

sistema è stato preso a modello dal legislatore italiano, che lo ha traslato nel nostro accesso civico generalizzato<sup>36</sup>.

Pertanto, essendo la finalità ultima dell'accesso libero ed universale quella di porre il privato cittadino nella condizione di conoscenza dei procedimenti pubblici nello svolgimento delle funzioni istituzionali ed in merito all'utilizzo delle risorse pubbliche, promuovendo altresì la partecipazione dei privati al dibattito pubblico, non si comprende la motivazione dell'esclusione in un campo che è di vitale importanza per l'esercizio dei pubblici poteri.

Lo scopo dell'accesso generalizzato, qui si ribadisce, arriva a soddisfare proprio una specifica esigenza delle gare di appalto, cioè quella di porre in essere procedure trasparenti, tra l'altro funge anche da strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione.

Non vi è dubbio che, all'interno di una procedura di gara, l'accesso civico potrà essere temporalmente vietato, ma ciò può avvenire con gli stessi limiti in cui ciò avviene per i partecipanti alla gara, e quindi fino a che la procedura non sarà terminata, e, per di più, ciò non esclude in senso assoluto, se non per quanto stabilito da altre disposizioni, l'applicabilità del d.lgs. 33/2013. Perciò, anche se la disciplina dell'accesso agli atti in materia di appalti, come si rinviene nell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, configurasse una disciplina peculiare, ciò non potrebbe escludere definitivamente l'accesso civico.

Secondo tale giurisprudenza, nel caso in cui non sussistano possibili pregiudizi alla tutela di interessi privati, ovvero di interessi economici, commerciali, compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore ed i segreti commerciali, non vi è motivo di escludere l'accesso generalizzato. Ciò anche in virtù della possibilità data alla stazione appaltante di poter oscurare dati ed informazioni sui documenti oggetto della richiesta, che risultano inconferenti e che, quindi, non limitano il diritto di accesso<sup>37</sup>. Alla luce di ciò, poiché l'accesso universale è stato riconosciuto quale diritto fondamentale, esso potrà essere bilanciato con altri interessi giuridicamente rilevanti ma non potrà essere escluso a priori.

Ancora, la tesi dell'ammissione fa leva proprio sul percorso evolutivo di progressivo ampliamento, sia oggettivo che soggettivo, avanzato dalla trasparenza nel diritto amministrativo; in tale percorso appare quasi anacronistico escludere dal campo degli appalti una conquista storica in tema di trasparenza.

---

<sup>36</sup> Sulla trasparenza in funzione del controllo, si v. E. D'ALTERIO, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, 2015.

<sup>37</sup> In tal senso v. TAR Campania, sez. VI, 22 dicembre 2017, n. 1754.

La stessa Corte Costituzionale, in una recente sentenza<sup>38</sup>, ha evidenziato la strada percorsa in tema di accesso, rilevando come l'affermazione di un modello di trasparenza fondato sulla disponibilità assoluta della documentazione in possesso della pubblica amministrazione si sia affiancato al previgente sistema basato sulla mera accessibilità agli atti motivata dalla tutela di una singola posizione giuridicamente rilevante afferente all'istante interessato.

Tra l'altro, anche la normativa sovranazionale deve imporre l'inclusione dell'accesso generalizzato alle procedure di gara. Basti pensare all'art. 42 della Carta di Nizza, che qualifica l'accesso ai documenti come diritto fondamentale di ogni cittadino dell'Unione Europea, o ancora all'art. 15 del T.F.U.E., il quale riconosce l'accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione a prescindere dal loro supporto<sup>39</sup>.

Ancora, l'accesso generalizzato e l'accesso previsto dal codice dei contratti hanno altresì strutture ed elementi portanti differenti tra loro, ciò, in base alla interpretazione di parte della giurisprudenza amministrativa, consente la possibile applicazione di entrambi i regimi alle procedure di gara, senza correre il rischio di incappare in contrasti o paradossi.

Gli aspetti strutturali in cui differiscono gli istituti in esame sono: legittimazione, oggetto e finalità

Per quanto riguarda la legittimazione, l'accesso documentale ex art. 53 d.lgs. 50/2016 è consentito agli operatori economici che partecipano alla gara, mentre per azionare l'accesso generalizzato chiunque è legittimato.

In merito all'oggetto delle tipologie di accesso in esame, l'accesso civico generalizzato può essere utilizzato dal privato per ottenere informazioni esistenti ma non ancora contenute in documenti in possesso dell'amministrazione, ebbene potrebbe anche rendersi necessaria un'attività da parte dell'amministrazione al fine di rendere le informazioni accessibili al pubblico. L'accesso ex art. 53 del d.lgs. 50/2016, invece, facendo espresso rinvio alla disciplina della legge n. 241 del 1990, è ammesso soltanto per l'esibizione, visione e copia di documenti esistenti, detenuti dalla pubblica amministrazione. La finalità delle fattispecie descritte si differenzia in quanto l'accesso generalizzato mira a fornire uno strumento di controllo al privato cittadino,

---

<sup>38</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 20 del 2019.

<sup>39</sup> La Corte Edu ha ricondotto il diritto di accesso ai documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni all'art. 10 della Convenzione, evidenziando come il diritto della stampa a ricevere o divulgare informazioni sarebbe svuotato di significato senza un'adeguata tutela dell'accesso documentale. Così, Grande Camera, 8 novembre 2016, *Case of Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*.

invece l'accesso documentale ha lo scopo di fornire all'operatore economico le informazioni necessarie per difendere la propria posizione giuridica in sede giurisdizionale. Discende da ciò che un controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione aggiudicatrice giustifica anche la minore intensità e la maggiore estensione dell'accesso dei dati e delle informazioni detenuti dalla stazione appaltante, mentre nel caso dell'accesso documentale, la difesa della situazione soggettiva fonda la maggiore intensità della pretesa ad ottenere documenti pertinenti e la minore estensione dell'esigenza di prendere visione di documenti inutili.

Il legislatore, con l'introduzione dell'accesso generalizzato, ha voluto affiancare alla logica privatistica dell'accesso documentale, strumentale alla difesa esclusivamente della propria posizione, la logica della trasparenza come strumento di democrazia, cioè come supporto al corretto funzionamento dello Stato: una gara trasparente è una gara corretta, è una procedura effettivamente concorrenziale, pertanto ne gioverà sia il mercato imprenditoriale, sia la qualità del servizio pubblico offerto alla collettività.

#### **4. La tutela dei segreti tecnici e commerciali.**

La tematica dell'accesso, calata nella materia degli appalti, diventa ancora più complessa nel momento in cui l'oggetto della documentazione richiesta rientra nell'ambito del segreto tecnico o commerciale.

Giurisprudenza e prassi, anche in questa occasione, mostrano quanto siano lontani la pacifica interpretazione della normativa ed un equo bilanciamento degli interessi in gioco. La tesi che consente il più ampio accesso, in virtù di esigenze difensive rappresentanti principi fondamentali del nostro ordinamento, si scontra con l'orientamento che privilegia la riservatezza dell'opera dell'ingegno, del *know how* aziendale, traducibile in ciò che rende differente l'offerta stessa di ogni operatore economico.

All'interno di una procedura di gara è fortemente sentita l'esigenza di garantire la riservatezza alle offerte tecniche presentate dai partecipanti, si pensi a titolo esemplificativo all'importanza di mantenere oscure le giustificazioni fornite dai concorrenti in merito ai "prodotti equivalenti" in un appalto di forniture.

Il citato art. 53 del codice degli appalti, nel disciplinare la fattispecie, non definisce in modo chiaro la possibilità di esibizione a terzi delle offerte, limitandosi a consentire solo la secretazione di alcuni atti, qualificati come strumentali. La norma rende ancora più intricata la questione con il suo sesto comma, nella parte in cui consente l'accesso al concorrente ai fini della difesa in



giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto, anche per le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Pertanto, l'accesso ai segreti commerciali contenuti nelle offerte tecniche è di regola vietato, ma tali atti possono essere esibiti nel caso in cui l'operatore economico (che ricopra necessariamente la qualifica di concorrente alla gara in cui si producono gli atti oggetto dell'istanza di accesso) debba difendersi in giudizio per tutelare la propria posizione<sup>40</sup>.

La *ratio* di tale previsione sta nel fatto che l'accesso ai documenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per difendere i propri interessi, deve essere sempre e comunque garantito: tale diritto prevale sull'interesse alla riservatezza di eventuali controinteressati in base all'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990.

Il principio della prevalenza del diritto alla difesa sull'interesse alla riservatezza trova applicazione anche quando oggetto dell'istanza di accesso siano le offerte presentate in una procedura ad evidenza pubblica, anche se si tratta di giustificazioni fornite alla Stazione appaltante, e che costituiscano quindi segreti tecnici o commerciali.

Inoltre, la mera opposizione del controinteressato per la tutela di segreti tecnici e commerciali, di regola, non potrebbe impedire di per sé l'accesso, ma si necessita in ogni caso di una valutazione da parte dell'amministrazione destinataria dell'istanza di accesso<sup>41</sup>.

Pertanto, il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto può essere riconosciuto anche nell'ipotesi in cui vi sia l'opposizione di altri partecipanti controinteressati ai fini della tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso può essere considerato prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza o di segretezza.

D'altronde, come parte della giurisprudenza amministrativa ha opinabilmente sostenuto, la decisione stessa dell'impresa a partecipare ad una gara pubblica implicherebbe di per sé il rischio di divulgazione del segreto industriale o

---

<sup>40</sup> Sul tema si v. S. BIANCARDI, *Accesso difensivo nei procedimenti di gara*, La Gazzetta degli Enti Locali, 10/1/2019.

<sup>41</sup> In tal senso si v. Tar Puglia, Bari, Sez. III, 14 gennaio 2019, ord. n. 49 in cui si riconosce che l'impresa ricorrente sia titolare di un interesse diretto, attuale e concreto, rispecchiando quanto richiesto dalla l. 241 del 1990, all'accesso pieno all'offerta tecnica della controinteressata ed al resto della documentazione, strumentale alla tutela in giudizio delle proprie posizioni giuridiche.

commerciale, in dipendenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono la procedura di pubblica evidenza<sup>42</sup>.

Nello scenario appena delineato non deve, però, perdersi di vista anche la necessità di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza; la scelta dell'amministrazione dovrebbe ricadere sulle modalità meno pregiudizievoli sia per i diritti dell'interessato, sia per le esigenze di riservatezza del controinteressato<sup>43</sup>.

Il bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'accesso difensivo è ovviamente necessario al fine di accertare il nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta dalla parte istante e le censure formulate in giudizio; stante ciò, l'onere della prova dovrebbe, altresì, ricadere proprio su chi agisce, sulla scorta dei principi generali del processo.

Sul punto, i giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che è necessario procedere preliminarmente all'espletamento della c.d. prova di resistenza nei confronti dell'offerta della ricorrente, al fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente<sup>44</sup>. Solo in secondo luogo si renderà necessario esaminare l'effettiva necessità di tutela della riservatezza del segreto commerciale richiesta dall'impresa resistente.

## 5. Conclusioni.

L'accesso agli atti di una procedura di evidenza pubblica, nell'analisi qui effettuata, senza alcuna pretesa di esaustività, risulta una questione tutt'altro che pacifica.

Sulla possibilità o meno di consentire l'accesso civico generalizzato alle procedure disciplinate dal codice degli appalti, ancora oggi, la giurisprudenza è divisa. Entrambe le tesi prospettate sono sostenute da solide strutture motivazionali, dunque, proprio per l'importanza della questione nella vita concreta e quotidiana delle pubbliche amministrazioni, sarebbe necessaria una pronuncia chiarificatrice dell'Adunanza plenaria.

---

<sup>42</sup> Cfr. Tar Puglia, Bari, sez. III, 14 gennaio 2019, ord. n. 49, cit.

<sup>43</sup> Sul punto si rinvia ai pareri del Garante per la protezione dei dati personali, in cui più volte si è affrontata la questione della proporzionalità tra il diritto all'accesso per esigenze difensive e l'esigenza di riservatezza del controinteressato: n. 58 del 16 febbraio 2017; n. 187 del 10 aprile 2017; n. 363 del 28 agosto 2017; n. 366 del 7 settembre 2017; n. 377 del 21 settembre 2017, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home>.

<sup>44</sup> Cfr. Cons. di Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, sentenza n. 6083.

Concedere l'applicazione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato alle gare d'appalto se da un lato provocherebbe una distorsione della finalità dello strumento stesso, dall'altro consentirebbe un rafforzamento dei controlli ed un ampliamento della trasparenza proprio in un campo che è di vitale importanza per la collettività.

D'altronde, nel caso in cui fosse riconosciuta la possibilità di avanzare istanze di accesso qualificate come "generalizzato" alle procedure di gara, lasciando inalterato il dettato normativo (sia del codice sulla trasparenza, sia del codice degli appalti) potrebbe far correre il rischio di giungere al paradosso per cui un terzo estraneo alla procedura di gara abbia una maggiore facilità di accesso alla documentazione rispetto ad un operatore economico concorrente, il quale dovrebbe sottostare ai limiti imposti dalla normativa che disciplina le gare d'appalto.

Allo stato attuale, la normativa in tema di trasparenza riconosce a "chiunque" la possibilità di accedere alla documentazione, a prescindere dall'obbligo di pubblicazione o meno della stessa; mentre la normativa dettata dal combinato disposto del d.lgs. 50 del 2016 e della l. 241 del 1990 impone limiti oggettivi e soggettivi molto più stringenti, come si è avuto modo di constatare. Ciò posto, se entrambe le discipline fossero alternativamente applicabili alle procedure di pubblica evidenza, si verrebbe a creare un palese squilibrio tra la posizione del terzo "estraneo" alla gara che opti per l'accesso generalizzato e l'operatore economico che si avvalga dello strumento dell'accesso previsto dall'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016.

Per quanto concerne, invece, la possibilità di riconoscere o meno l'accesso alla documentazione di gara inerente le offerte tecniche, ed in particolare gli atti aventi un contenuto reputato "segreto tecnico o commerciale", si apre un ulteriore scenario di dubbia chiarezza.

La norma consente il predetto accesso nel caso in cui l'operatore che ha avanzato l'istanza debba servirsi della documentazione per difendere la propria posizione giuridica in giudizio. In altri termini, il diritto alla difesa prevale sul diritto alla riservatezza dei segreti commerciali.

A ben vedere, però, il diritto alla riservatezza dei segreti tecnici e commerciali rappresenta un'esplicazione di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti: il *know how* dell'impresa è espressione del diritto al lavoro, alla partecipazione alla vita economica del paese, del diritto di proprietà. I segreti commerciali sono già stati ampiamente riconosciuti dall'ordinamento italiano, il quale li tutela e ne garantisce l'integrità, prevedendo anche sanzioni penali in caso di offesa,

pertanto non si ravvedono ostacoli ad una sua equiparazione ad altri diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, quale appunto il diritto alla difesa.

In tale contesto, una legge di rango ordinario potrebbe imporre, a prescindere dalla valutazione del caso concreto, la prevalenza di un diritto fondamentale su di un altro? Sembrerebbe quasi di leggere le parole di orwelliana memoria, per cui *tutti gli animali sono uguali, ma ci sono alcuni più uguali degli altri*.

L'analisi della concreta fattispecie dovrebbe ricoprire il ruolo di protagonista sulla scena del bilanciamento dei diritti dei singoli, l'esame dell'effettivo peso in giudizio di un atto contenente segreti tecnici o commerciali dovrebbe rappresentare il punto di partenza nella valutazione complessiva degli interessi in gioco.

Una previsione normativa che impone il soccombere *tout court* di un diritto fondamentale, senza lasciare spazio alla valutazione concreta da parte dell'organo chiamato a giudicare la vicenda, meriterebbe (forse) un momento di riflessione.

## **Le nomine dei manager sanitari: dalla fiducia politica al nuovo sistema introdotto dalla Riforma Madia. Aspetti procedurali e applicativi legati al conferimento degli incarichi e ricadute in tema di riparto di giurisdizione.**

**Di Emanuele RAGOSTA.**

**SOMMARIO:** **1.** Premessa; **2.** Evoluzione normativa della dirigenza amministrativa. In particolare l'evoluzione della dirigenza sanitaria apicale; **3.** La c.d. triade apicale nella ASL "aziendalizzata": le figure del Direttore Generale, del Direttore Amministrativo e del Direttore Sanitario. Compiti e caratteri generali; **4.** La fiducia politica nel conferimento degli incarichi di direzione generale prima dell'avvento della Riforma Madia. Dall'elenco nazionale dei primi anni '90 alla sua abolizione. L'introduzione degli Albi Regionali con la Riforma Balduzzi; **5.** La "procedimentalizzazione" delle nomine del top Management sanitario. La Riforma Madia. Dalla delega al D.lgs 171/2016 e sue successive modificazioni; **6.** L'*ubi consistam* della riforma. Il procedimento bifasico su scala nazionale: avviso pubblico ed elenco nazionale in particolare; **7.** La fase locale: l'avviso pubblico regionale e il conferimento dell'incarico da parte del Presidente della Giunta Regionale. Natura giuridica e problemi di riparto di giurisdizione; **8.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *This essay analyzes the main innovations introduced by the Madia Reform with particular reference to administrative management. In particular, the article puts its focus on the impact that the reform, the Legislative Decree n. 171/2016, could have on the appointment of administrative managers, who hold a leading role in the national health system. The author, after tracing the development of both administrative and health management, illustrates the current discipline, focusing in particular on the procedure for the nomination of the managing director in a public institution of the national health care. In this regard, the inclusion of the candidates in a national list and the subsequent appointment are amply analyzed. Finally, the author deals with two important question, the legal nature of the manager's designation and the connected conferment of jurisdiction.*

---

\* Specializzato in Professioni legali presso l'Università Federico II di Napoli.

## 1. Premessa.

Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, il settore sanitario occupa un rilievo particolare e senza dubbio primario.

Esso ruota intorno al diritto alla salute che, qualificato come diritto fondamentale dalla nostra Carta Costituzionale all'art. 32, deve, per questo, trovare concreta attuazione nella nostra comunità sociale. Ciò avviene, in primis, attraverso le azioni positive dei pubblici poteri che assicurano quella pretesa di assistenza sanitaria effettiva che spetta ai singoli individui, attuata "pienamente", nel rispetto della dignità e della libertà della persona, soltanto a partire dall'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) ad opera della legge n. 833 del 1978, con la quale il legislatore ha recepito i principi del Welfare State, stabilendo nuove regole per l'assetto strutturale del mondo sanitario e un nuovo modo di intendere i servizi connessi alla materia de qua. In secondo luogo, il rilievo del settore sanitario è giustificato, in particolar modo, dalla presenza di un quadro normativo con spiccati profili di specialità e dalla particolare qualificazione delle Aziende Sanitarie Locali (ASL) come aziende dotate di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia imprenditoriale. Del resto, entrambi i profili poc'anzi richiamati – ricorso ad una disciplina giuridica speciale rispetto alla normativa di riferimento e qualificazione delle aziende sanitarie in termini imprenditoriali - ricercano la loro giustificazione in quella esigenza di "massimizzazione dell'efficienza del sistema sanitario", ritenuta condizione essenziale affinché la sanità possa svolgere pienamente il suo ruolo sociale ed economico, in termini di efficienza, efficacia e qualità delle prestazioni erogate. In questo quadro, la dirigenza sanitaria, e quella apicale in particolare, ha assunto un ruolo di assoluto protagonista sia perché questa è sempre più inquadrata in una veste manageriale – imprenditoriale, dal momento che l'obiettivo delle riforme sanitarie susseguitesi nel tempo è stato quello da una parte di garantire il raggiungimento di elevati standard qualitativi per i servizi prestati all'utenza, dall'altra quello di considerare le strutture sanitarie – le ASL e le AORN (aziende ospedaliere di rilievo nazionale) - delle vere e proprie imprese, guidate da dirigenti – manager, con capacità imprenditoriale, gestionale e organizzativa, e una maggiore responsabilizzazione sui risultati conseguiti, sia per le procedure di scelta dei Manager stessi che, vedremo, rispondono oggi a canoni di meritocrazia, trasparenza e pubblicità.

Scopo del presente lavoro sarà, dunque, quello di affrontare i rapporti tra il ruolo della dirigenza sanitaria apicale e quello del vertice politico regionale cui spetta il conferimento degli incarichi, in virtù della competenza per materia,

soffermandosi in particolare sugli sviluppi legislativi che hanno riguardato proprio il profilo inerente le nomine dei Manager del settore sanitario pubblico.

Dopo una approfondita analisi, saranno affrontate le problematiche legate alla natura giuridica degli atti di conferimento degli incarichi dei Manager pubblici nella sanità e delle diverse posizioni soggettive di diritto soggettivo/interesse legittimo sia degli aspiranti Manager che dei Manager nominati, con i connessi problemi legati al riparto di giurisdizione.

## **2. Evoluzione normativa della dirigenza amministrativa. In particolare l'evoluzione della dirigenza sanitaria apicale.**

Come anticipato in premessa, il ruolo della dirigenza amministrativa, e sanitaria in particolare, assume un rilievo centrale sia nel quadro della separazione fra politica e amministrazione che nell'ambito dell'organizzazione, della gestione del personale e dell'azione dei pubblici poteri, mirati al contenimento della spesa pubblica e all'assicurazione di un più alto livello di soddisfacimento dei bisogni collettivi dell'utenza.

Al fine di procedere con ordine logico e sistematico, si tratteranno parallelamente le caratteristiche precipue sia dell'evoluzione normativa della dirigenza amministrativa che di quella sanitaria, sottolineando, in particolare, la specificità dell'intervento del legislatore proprio sul settore sanitario.

Orbene va chiarito che la dirigenza amministrativa<sup>1</sup> è stata oggetto di profonde riforme di cui giova ripercorrere le principali tappe evolutive con l'intento di fornire una visione d'insieme.

La nascita di quest'ultima è da attribuirsi al d.P.R. n. 748/1972 con il quale si operò una traduzione in chiave di diritto positivo delle indicazioni contenute nella Costituzione agli articoli 95, comma secondo, e 97, comma secondo e terzo. Difatti, tale provvedimento rappresenta la prima specifica disciplina delle funzioni dirigenziali nelle Amministrazioni dello Stato con la divisione tra carriera dirigenziale e carriera direttiva. Tuttavia, solo con le riforme degli anni novanta (prima con la legge 142/1990 per gli enti locali e poi con la più generale riforma dettata dal d.lgs. 29/1993) si è delineata una figura di dirigente amministrativo dotata di una ben delineata sfera di autonomia operativo – decisionale. In particolare, il d.lgs. 29/1993 segna l'affermazione del principio di distinzione politica/amministrazione, con la politica chiamata ad una attività di indirizzo

---

<sup>1</sup> R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, sesta edizione, Napoli, 2016; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo, Undicesima edizione*, Roma, 2017; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015.

politico e definizione degli obiettivi, e la seconda a sua volta destinataria della sfera di gestione amministrativa, attribuita proprio alla competenza dirigenziale, il cui ruolo fu diviso in due fasce tra dirigenti sotto ordinati e generali. Obiettivi primari della novella legislativa furono quelli di razionalizzare e contenere la spesa pubblica e di incrementare e migliorare qualitativamente i servizi da rendere alla collettività nell'ambito di un quadro regolativo teso a riordinare e ristrutturare gli apparati pubblici secondo modelli aziendalistici privatizzati.

Del resto, il principio di distinzione tra i poteri spettanti ai titolari di organi di governo, come detto introdotto dalle riforme degli anni '90, fu pienamente confermato anche dal d.Lgs 165/2001 (Testo Unico del Pubblico Impiego) ma prima ancora, un'ulteriore tappa del processo riformistico era stata rappresentata sia dal d.Lgs 80/1998 che dalla legge 145/02 la quale andò ad innovare la disciplina che il d.lgs 29/1993 dedicava alla dirigenza pubblica.

Tuttavia è all'intervento innovativo e chiarificatore presente nel d.lgs. 165/2001 che bisogna guardare con maggiore attenzione poiché ha delineato una nuova disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali. Sul punto occorre soffermarsi sull'articolo 19 del Testo Unico in parola secondo cui gli incarichi dirigenziali sono conferiti con "*provvedimento*", al "*quale accede un contratto individuale*".

Nel quadro così delineato un ruolo decisivo ha avuto l'ulteriore intervento innovatore del d.lgs. 150/2009, c.d. riforma Brunetta.

A quest'ultimo provvedimento si deve:

- la previsione di nuove ipotesi di responsabilità del Dirigente che risponderà del mancato esercizio dei poteri datoriali, se da tale omissione derivi uno scarso rendimento dei propri dipendenti;
- di meccanismi premiali attraverso la previsione di sistemi meritocratici, attraverso l'introduzione di forme di valutazione del personale, assegnato ai propri uffici, in termini di progressione delle carriere, corresponsione di indennità e di premi incentivanti;
- le innovazioni in materia di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali.

Il quadro è stato poi completato dalla recente riforma *Madia*, di cui si dirà nel prosieguo.

Fatta questa premessa generale, è possibile ora affrontare il tema della dirigenza sanitaria e della sua evoluzione normativa, dedicando la nostra attenzione al processo di cambiamento che ha coinvolto sia gli enti del SSN sia i dirigenti sanitari in posizione apicale: i Direttori generali e quelli Amministrativi e Sanitari.

---

<sup>2</sup> R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, sesta edizione, Napoli, 2016, p. 436.



Occorre, a tal proposito, ricordare che il settore sanitario<sup>3</sup> è stato oggetto a partire dagli anni '90 di un lungo percorso di c.d. aziendalizzazione<sup>4</sup>, che – vedremo tra breve – ha comportato un radicale mutamento del sistema dirigenziale sia dal punto di vista del ruolo che di quello della funzione propria del dirigente sanitario, nella ricerca di un sempre migliore funzionamento del settore sanitario e degli enti proposti all'erogazione dei servizi socio – sanitari. Per realizzare ciò, non potevano non essere valorizzate sia l'area della dirigenza apicale o di vertice, c.d. *top management* aziendale, sia la figura del dirigente sanitario operativo che viene disciplinata in modo assolutamente sui generis, attraverso il concorso in un'unica figura sia di compiti manageriali che professionali.

Peraltro, ed è bene rimarcarlo, nel settore della sanità il numero dei dirigenti è in proporzione assolutamente superiore rispetto a quello di qualsiasi altro ambito amministrativo, poiché si è voluto qualificare come appartenenti alle aree dirigenziali pressoché tutti i professionisti medici operanti in sanità.

Quest'opera riformatrice trova la sua prima espressione nel provvedimento di base della dirigenza del settore sanitario, rappresentato dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 rubricato: "*Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*", che rappresenta il punto di approdo della delega di cui all'articolo 1 della legge 421/1992, che ha disciplinato sia la dirigenza sanitaria apicale nelle figure del Direttore Generale e del Direttore Sanitario e Amministrativo, questi ultimi scelti direttamente dal Direttore Generale, agli articoli 3 e ss. del provvedimento in questione, sia la dirigenza sanitaria operativa agli articoli 15 e ss.

Per quanto qui più interessa, l'art. 3 al comma 1 stabilisce che l'Unità Sanitaria Locale è Azienda e si configura come Ente strumentale della Regione, dotato di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, fermo restando il diritto - dovere

---

<sup>3</sup> R. BALDUZZI – G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013.

<sup>4</sup> Per un inquadramento complessivo della riforma del sistema sanitario sotto il profilo dell'aziendalizzazione si vedano F.A. ROVERSI MONACO, (a cura di), *Il nuovo Servizio Sanitario Nazionale*, Rimini, 2000; R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lgs. 229/99*, Milano, 2001; G. NECILIO, *Diritto sanitario*, Rimini, 2003, passim, spec. pp. 149 ss.; E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, 2005, pp. 149 ss.; G. FIORENTINI, *I servizi sanitari in Italia*, 2003, Bologna, 2003, passim, spec. pp. 142 ss.; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Roma, Franco Angeli, 2007.

<sup>5</sup> M.S. BONOMI, *La dirigenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, 2014.

degli organi rappresentativi di esprimere il bisogno socio - sanitario delle comunità locali mentre il comma 4 stabilisce che sono Organi della Unità Sanitaria Locale il Direttore Generale, che è nominato, previo specifico avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, dal Presidente della Giunta regionale, su conforme delibera della Giunta medesima, tra gli iscritti nell'apposito Elenco Nazionale istituito presso il Ministero della Sanità di cui al comma 10<sup>6</sup>.

Un anno dopo, il d.lgs. 7 dicembre 1993 n. 517 ha modificato in più parti il d.lgs. 502/92.

In particolare, per quanto riguarda alcune delle disposizioni citate, viene eliminata la qualificazione della Unità Sanitaria Locale come ente strumentale della Regione (art. 4 comma a). Vengono, inoltre, espressamente disciplinati i poteri di controllo del Direttore Generale sull'economicità della gestione e sul buon andamento dell'azione amministrativa (art. 4 comma d). Infine, le norme sulla nomina del Direttore Generale, sulla natura del rapporto, sulle cause di risoluzione del rapporto e decadenza dall'incarico trovano, invece, conferma.<sup>7</sup>

È poi intervenuto il D.L. 27 agosto 1994 n. 512, convertito con legge 17 ottobre 1994 n. 590, provvedimento formalmente autonomo rispetto alla legge delega n.421/92 ma concernente parte della materia regolata dai provvedimenti legislativi citati. L'art. 1, comma primo ha abrogato il terzo periodo del comma 6 ed il comma 10 dell'art. 3 del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 e successive modificazioni ed ha disciplinato ex novo la materia riguardante essenzialmente la nomina dei Direttori Generali.<sup>8</sup>

Orbene, l'impianto tratteggiato dal legislatore del 1992 è stato poi oggetto di un intervento del legislatore anche nel 1999. Al D.lgs. 229/1999 si deve, in particolare, l'accelerazione del processo di aziendalizzazione delle Unità Sanitarie Locali che diventano Aziende Sanitarie Locali, in considerazione dei positivi riscontri tratti dall'esperienza maturata fino a quel momento. Il comma 1 bis dell'art. 3 del D.lgs. 502/1992, a seguito della modificazione intervenuta con il decreto legislativo di cui si discute, non si limita più a definire le Unità Sanitarie Locali come Aziende con personalità giuridica ma le configura come veri e propri centri di imputazione di autonomia imprenditoriale.

Trova affermazione la più ampia forma di autonomia giuridica, ossia quella goduta dalle persone fisiche e giuridiche secondo quanto previsto dal codice

---

<sup>6</sup> Cass. civ., Sez. Un., 16 aprile 1998, n. 3882.

<sup>7</sup> Cass. civ., Sez. Un., 16 aprile 1998, cit.

<sup>8</sup> Cass. civ., Sez. Un., 16 aprile 1998, cit.

civile di perseguire i propri interessi, sfruttando gli strumenti e l'organizzazione imprenditoriale.

Da ciò deriva che le Aziende Sanitarie Locali, pur essendo giuridicamente dei soggetti pubblici attraverso cui le Regioni garantiscono, provvedono e assicurano i livelli essenziali di assistenza sanitaria nel perseguire i propri fini, agiscono in concreto alla stregua di un qualsiasi imprenditore privato.

Merita ancora di essere ricordato un ulteriore passaggio legislativo avvenuto nel 2012. Difatti con legge 8 novembre 2012, n. 189 di conversione con modificazioni del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute, è stato sostituito il comma 3, dell'art. 3 bis, del Decreto Legislativo 30 dicembre 1992, n. 502. Obiettivo dell'intervento legislativo era quello di aumentare la trasparenza nel settore pubblico, soprattutto in riferimento al conferimento degli incarichi, con un ritorno alla pubblicizzazione delle modalità di scelta al fine di ispirare una maggior fiducia nel sistema<sup>9</sup>. Dalla predetta riforma legislativa (Riforma Balduzzi) è scaturito, infatti, che fosse la Regione a provvedere alla nomina dei Direttori Generali delle Aziende e degli Enti del Servizio Sanitario Regionale, attingendo però obbligatoriamente dall'elenco generale di idonei, costituito su base regionale, previo avviso pubblico e selezione effettuata secondo modalità e criteri individuati dalla Regione, da parte di una Commissione costituita dalla Regione medesima in prevalenza tra esperti indicati da qualificate istituzioni scientifiche indipendenti di cui uno designato dall'Agenzia nazionale per i Servizi Sanitari Regionali, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Dunque, le nomine dei Direttori Generali delle Aziende e degli Enti del S.S.R. vengono sottoposte a una nuova disciplina volta a privilegiare il merito ed a riequilibrare il rapporto tra indirizzo politico e gestione delle Aziende Sanitarie. Tale intervento fu accolto con favore poiché non poteva che determinare una svolta positiva in un trend ormai caratterizzato da una fiduciarità spesso lontana e/o del tutto disconnessa dalla tanto auspicata trasparenza nel settore pubblico e, in particolar modo, nella scelta di Manager e Primari<sup>10</sup>. E ciò anche alla luce dell'adozione di idonee misure di pubblicità, anche sul web, dei bandi, delle nomine e dei curricula, oltre che di trasparenza nella valutazione degli aspiranti alla nomina.

---

<sup>9</sup> N. GASPARRO, *Riforma Balduzzi: largo alla meritocrazia e alla ripubblicazione*, in *Diritto dei lavori*, 2013.

<sup>10</sup> N. GASPARRO, *Riforma Balduzzi: largo alla meritocrazia e alla ripubblicazione*, in *Diritto dei lavori*, 2013.

L'accentuata differenziazione tra i vari sistemi sanitari regionali, le criticità e l'inefficienza riscontrate soprattutto nelle regioni meridionali dell'Italia, hanno successivamente spinto il Governo Renzi ad intervenire nuovamente sulla materia nel 2016, con una riforma che stravolge completamente il vecchio sistema; una riforma spinta da un duplice ordine di ragioni: rendere compatibile il nostro sistema nazionale, tra i più universalistici al mondo per prestazioni erogate, con il costo che questo sistema comporta per il bilancio statale e garantire ciò attraverso un Management aziendale adeguato alla sfida che il Governo si appresta ad affrontare.

Alla luce della concreta inefficacia ed inefficienza, con le dovute eccezioni, dei Direttori Generali, il Consiglio dei Ministri, guidato dal Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, quindi, su proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione Maria Anna Madia, ha approvato, in esame preliminare, un decreto legislativo di attuazione della delega di cui all'articolo 11, comma 1, lettera p) della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di dirigenza sanitaria con l'intenzione di limitare la discrezionalità della scelta del potere politico, in funzione proprio della scelta di coloro i quali saranno chiamati a dare attuazione all'indirizzo politico stesso, attraverso un tentativo di ricentralizzazione statale del settore sanitario.

Approfondiremo nei paragrafi successivi gli interventi che hanno attuato tra il 2016 e il 2017 la delega in questione.

### **3. La c.d. triade apicale nell'ASL "aziendalizzata": le figure del Direttore Generale, del Direttore Amministrativo e del Direttore Sanitario. Compiti e caratteri generali.**

A seguito dei numerosi interventi normativi si è affermato un nuovo modello di Azienda Sanitaria, che vede al suo vertice il c.d. *top management* aziendale, comprendente il Direttore Generale e i Direttori Amministrativo e Sanitario. Ad un livello inferiore, invece, si colloca la c.d. dirigenza operativa.

Il Direttore Generale è il legale rappresentante dell'Azienda ed è responsabile della gestione complessiva della stessa, nonché delle relazioni istituzionali esterne, rispondendo alla Regione del proprio operato, svolto nell'ambito della programmazione regionale e sulla base delle indicazioni, valutazioni e proposte espresse dagli organismi locali di riferimento politico-istituzionale.

Attua il proprio mandato con autonomia imprenditoriale nell'organizzazione e allocazione delle risorse produttive a disposizione dell'Azienda, assicura il

perseguimento della missione e lo sviluppo della visione avvalendosi dell'attività degli organi e delle Strutture organizzative aziendali.

Esercita funzioni di governo, di programmazione e pianificazione delle attività di alta amministrazione e di indirizzo gestionale, ordinariamente non ascrivibili ad aspetti di amministrazione attiva e rilevanza gestionale/operativa immediata, nel rispetto peraltro dell'autonomia della funzione dirigenziale, alla quale riconosce piena competenza e responsabilità nell'assunzione degli atti concreti di amministrazione e di gestione.

Deve inoltre, per essere nominato, possedere i seguenti requisiti: diploma di laurea; comprovata esperienza dirigenziale almeno quinquennale nelle strutture sanitarie o di sette anni negli altri settori con autonomia gestionale e diretta responsabilità; età non superiore a 65 anni, alla data della nomina.

Il rapporto di lavoro del Direttore Generale deve essere esclusivo ed è regolato da un contratto di diritto privato, che ha durata minima di 3 anni e massima di 5 anni. Sulla durata del contratto si registrano peraltro scelte differenziate a livello di legislazione regionale, che spaziano dai 3 anni nelle Marche e in Toscana ai 5 anni del Veneto. Non manca di rilevare, tuttavia, come le statistiche evidenzino una elevata instabilità dell'incarico di Direttore Generale, la cui permanenza media nell'incarico, a livello nazionale, è pari a circa 3 anni e mezzo: ciò costituisce, secondo i più autorevoli studiosi e attenti osservatori dell'organizzazione sanitaria, una delle maggiori criticità del processo di aziendalizzazione, impedendo programmazioni della gestione aziendale di medio-lungo periodo che possano concretamente incidere sull'organizzazione aziendale. Il rapporto del Direttore Generale con l'Azienda e, più in generale, con l'amministrazione regionale ha «natura privatistica e fiduciaria» (art. 2, comma 1, lett. *u*, della l. n. 419 del 1998) e gli spazi di autonomia politica riservati alla Giunta regionale nella scelta del Direttore Generale sono funzionali ad assicurare una fondamentale coerenza tra l'indirizzo politico regionale e la gestione aziendale.

Sulla figura del Direttore Generale e sul rapporto tra indirizzo politico e gestione aziendale il Consiglio di Stato nel parere favorevole<sup>11</sup> alla Riforma Madia del settore sanitario sottolinea come *“l'effettivo contenuto di questo essenziale rapporto tra indirizzo politico regionale e gestione aziendale del Direttore Generale sia tra i più delicati e controversi della dirigenza pubblica”*.

---

<sup>11</sup> Parere del Consiglio di Stato n. 01113/2016 del 05/05/2016 avente ad oggetto: “Ministero per la Semplificazione e la Pubblica amministrazione – Ufficio legislativo. Dirigenza sanitaria – delega di cui all'art. 11, comma 1, lettera *p*) della legge 7 agosto 2015, n. 124”.

E continua ribadendo anche quanto statuito dalla Corte Costituzionale in due recenti interventi: *"Del resto, la Corte costituzionale è più volte intervenuta sulla materia, cercando di chiarire, di definire e di separare le rispettive sfere di competenze e di influenza. Il Direttore Generale è definito quale figura tecnico-professionale che ha il compito di perseguire, nell'adempimento di una obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro autonomo), gli obiettivi gestionali e operativi definiti dal Piano sanitario regionale, in accordo con quello nazionale, dagli indirizzi della Giunta regionale, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con l'amministrazione regionale. Lo stesso Giudice delle leggi ha altresì precisato che il rapporto di fiduciarità politica insito nel meccanismo della nomina del Direttore Generale non può sconfinare, tuttavia, in uno spoil system senza limiti e garanzie, sicché la sua nomina e, ancor più, la sua rimozione deve passare attraverso un giusto procedimento di verifica dei risultati della gestione, tenendo conto della condizione economico finanziaria di partenza della singola azienda, del budget assegnato e degli obiettivi di salute e di gestione fissati dalla Regione. La posizione del Direttore Generale, in altri termini, deve essere garantita per evitare che la sua posizione di dipendenza funzionale, rispetto alla volontà politica della Giunta regionale, si trasformi in dipendenza politica (Corte Cost., 19.3.2007, n. 104). I Direttori Generali, ha soggiunto il giudice delle leggi in una sua più recente pronuncia, devono essere considerati «funzionari neutrali», poiché non sono nominati in base a criteri «puramente fiduciari», essendo l'affidamento dell'incarico subordinato al possesso di specifici requisiti di competenza e di professionalità, e non richiedendosi agli stessi «la fedeltà personale alla persona fisica che riveste la carica politica», ma la «corretta e leale esecuzione delle direttive che provengono dall'organo politico, quale che sia il titolare pro tempore» (Corte cost., 5.2.2010, n. 34)."*

Da quanto illustrato emerge che il ruolo svolto dal Direttore Generale nell'ambito degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale sia davvero di grande responsabilità con una concentrazione di poteri in un solo organo, peraltro monocratico, che è cosa molto rara negli enti pubblici.

Gli atti del Direttore Generale possono essere ricondotti o alla disciplina del diritto pubblico amministrativo, con la forma della "deliberazione" e, in quanto tali, sottoposti ai controlli ai sensi della normativa vigente al momento dell'assunzione dell'atto citato, o a quella del diritto privato nelle forme previste dal legislatore.

Nello svolgimento dei propri compiti, il Direttore Generale è coadiuvato dal Direttore Amministrativo d'Azienda e dal Direttore Sanitario d'Azienda, ciascuno per le proprie competenze. La Direzione Generale garantisce, nella sua collegialità, l'unitarietà delle funzioni di indirizzo, programmazione e controllo dell'Azienda. Il Direttore Sanitario e il Direttore Amministrativo, nell'esercizio delle funzioni proprie o delegate, e in particolare nell'ipotesi di vacanza dell'ufficio di Direttore Generale, agiscono in stretta collaborazione per assicurare la massima integrazione operativa fra area sanitaria e sociale e area amministrativa dell'Azienda.

In particolare, il Direttore Amministrativo è nominato dal Direttore Generale ed è un laureato in discipline giuridiche o economiche. All'atto della nomina deve avere meno di 65 anni ed aver maturato una esperienza almeno quinquennale di direzione tecnico – amministrativa in enti pubblici o privati o strutture sanitarie pubbliche o private di media o grande dimensione.

Il Direttore Sanitario, invece, è un medico (anche più generamente un sanitario, considerate le aperture della giurisprudenza sul tema) che all'atto della nomina deve avere meno di 65 anni e che deve essere in possesso di esperienza almeno quinquennale di direzione tecnico – sanitaria in Enti pubblici o strutture sanitarie pubbliche o private di media o di grande dimensione.

È nominato dal Direttore Generale, e oltre a coadiuvarlo, insieme al Direttore Amministrativo, principalmente, è chiamato a dirigere i servizi sanitari ai fini organizzativi ed igienico – sanitari.

#### **4. La fiducia politica nel conferimento degli incarichi di Direzione Generale prima dell'avvento della Riforma *Madia*. Dall'Elenco nazionale dei primi anni '90 alla sua abolizione. L'introduzione degli Albi Regionali con la Riforma *Balduzzi*.**

L'opera riformatrice avviata con il d.lgs. 502/92 e le figure in esso introdotte – il Direttore Generale su tutte – ha posto numerosi questioni in termini di qualificazione giuridica della figura e sul meccanismo di nomina. Orbene, è doveroso partire proprio dall'art. 3 comma 1 – quater del d.lgs. 502/92 per poter tratteggiare il quadro che ha spinto dottrina e giurisprudenza in un acceso dibattito. L'articolo prima richiamato definisce, infatti, il Direttore Generale "organo" dell'azienda, insieme al Collegio Sindacale e al Collegio di Direzione. Esso è responsabile della gestione complessiva e nomina i Responsabili delle strutture operative dell'azienda.



L'idea di un Direttore Generale *manager* dell'Azienda Sanitaria nasce, dunque, nel quadro di un sistema pubblico che a partire dagli anni '90 decide di investire sulle qualità del personale dirigenziale per farne il motore di un rinnovamento che muove dall'interno delle amministrazioni e che scommette su un certo margine di flessibilità organizzativa che il dirigente gestisce in autonomia per migliorare le *performance* dei pubblici servizi.<sup>12</sup> Va sottolineato a tal punto che sia la qualificazione come organo che l'elevato grado di autonomia imprenditoriale nella gestione aziendale hanno spinto la dottrina ad interrogarsi sulla natura sui generis del ruolo, quasi si trattasse di un *tertium genus*,<sup>13</sup> tra organo di indirizzo politico e figura dirigenziale di vertice, da collocarsi in un rapporto di specialità rispetto alla disciplina regolatrice di carattere generale della delineata nel Testo Unico sul pubblico impiego del 2001.

A questo rapporto di specialità si collega il fatto che l'originario art. 3 comma 6 d.lgs. 502/92<sup>14</sup> esaltasse il rapporto fiduciario della nomina del vertice aziendale

---

<sup>12</sup> A. PIOGGIA, *Direttore generale e autonomia dell'azienda sanitaria: alcuni spunti per una riflessione*, da Sanità pubblica e privata, n. 1/2015, Roma.

<sup>13</sup> L. ZAPPALÀ, *La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la riforma madia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 2019.

<sup>14</sup> Art. 3 comma 6 d.lgs. 502/1992 nella sua versione originaria: "Il direttore generale è nominato, previo specifico avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, dalla regione, tra gli iscritti nell'apposito elenco nazionale istituito presso il Ministero della sanità di cui al comma 10. La nomina del direttore generale deve essere effettuata nel termine perentorio di sessanta giorni dalla data di vacanza dell'ufficio e, in sede di prima applicazione, dalla data di istituzione dell'unità sanitaria locale e comunque non il 30 aprile 1994. Scaduto tale termine, qualora la regione non vi abbia provveduto, la nomina del direttore generale è effettuata previa diffida, dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della sanità."

Art. 3 comma 6 d.lgs. 502/1992 dopo la modifica del 1993: "Tutti i poteri di gestione, nonché la rappresentanza dell'unità sanitaria locale, sono riservati al direttore generale. Il direttore generale è nominato, previo specifico avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, dal Presidente della Giunta regionale, su conforme delibera della Giunta medesima, tra gli iscritti nell'apposito elenco nazionale istituito presso il Ministero della sanità di cui al comma 10. La nomina del direttore generale deve essere effettuata nel termine perentorio di sessanta giorni dalla data di vacanza dell'ufficio e, in sede di prima applicazione, dalla data di istituzione dell'unità sanitaria locale. Scaduto tale termine, qualora il Presidente della Giunta regionale non vi abbia provveduto, la nomina del direttore generale è effettuata dal Ministro della sanità con proprio decreto. L'autonomia di cui al comma 1 diviene effettiva con la prima immissione nelle funzioni del direttore generale".

Art. 3 comma 6 d.lgs. 502/1992 dopo la modifica del 1994: "tutti i poteri di gestione, nonché la rappresentanza dell'unità sanitaria locale, sono riservati al direttore generale. Al direttore generale compete in particolare, anche attraverso l'istituzione dell'apposito servizio di controllo interno di cui all'art. 20, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni, verificare, mediante valutazioni comparative dei costi, dei rendimenti e dei risultati, la corretta ed economica gestione delle risorse attribuite ed introitate nonché l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa. I provvedimenti di nomina dei direttori generali delle aziende unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere sono adottati esclusivamente con riferimento ai requisiti di cui



pur dovendosi procedere alla scelta tra coloro che fossero inseriti nell'apposito Elenco nazionale istituito presso il Ministero della Sanità. Proprio con riguardo a quest'ultimo punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>15</sup> definirono di interesse legittimo la posizione dell'aspirante all'iscrizione nell'elenco suddetto e dichiararono che spettava al giudice amministrativo conoscere della controversia insorta riguardo alla iscrizione.

Tale elenco, come abbiamo ricordato nel paragrafo dedicato all'evoluzione normativa, è stato poi soppresso con il d.l. 512/1994, con cui venne stabilito soltanto l'obbligo di procedere tramite avviso pubblico, scegliendo successivamente l'organo di vertice tra coloro che avessero inoltrato la domanda di partecipazione e fossero stati inseriti in questo elenco.

Alla stregua di tale intervento, quindi, la fase di nomina anziché svolgersi in due momenti (iscrizione nell'elenco, scelta della persona da nominare) si esauriva in un solo momento. Ma poiché i requisiti per la nomina consistenti, oltre al diploma di laurea, in precedenti esperienze almeno quinquennali coerenti rispetto alle funzioni da svolgere (v. art. 1 D.L. 512-94) erano tali comportare una valutazione discrezionale, si deve ritenere che anche nel sistema tracciato dopo l'intervento del 1994, la Pubblica Amministrazione eserciti un potere pubblico, cui sono correlativi in capo al privato interessi legittimi. In questo ordine d'idee, la giurisprudenza civile ha fatto proprio l'orientamento del Consiglio di Stato che, nell'affermare la giurisdizione amministrativa sulle controversie dei Direttori Generali delle ASL, aveva qualificato il procedimento di nomina come selettivo ancorché non concorsuale e l'atto di nomina come atto di alta amministrazione. Il successivo decreto legislativo n. 229/1999 ha ridefinito i requisiti per l'accesso all'incarico di Direttore Generale con una semplificazione delle relative modalità, a seguito del conseguente ampliamento del potere discrezionale della Regione, per effetto dell'avanzamento del processo di aziendalizzazione, nonché della riaffermata natura privatistica e fiduciaria del rapporto di lavoro, e del principio di responsabilità amministrativa e gestionale del Direttore Generale.

Viene, dunque, eliminato ogni procedimento a carattere selettivo in base a requisiti richiedenti valutazione comparativa e motivazione della scelta, comportando la più ampia discrezionalità in capo alla Regione. Difatti per il comma 1 dell'art. 3-*bis* i provvedimenti di nomina dei Direttori Generali sono

---

*all'articolo 1 del D.L. 27 agosto 1994, n. 512, convertito dalla legge 17 ottobre 1994, n. 590, senza necessità di valutazioni comparative. L'autonomia di cui al comma 1 diviene effettiva con la prima immissione nelle funzioni del direttore generale".*

<sup>15</sup> Cass., SS.UU., 7 giugno 1994, n. 5517.

adottati "esclusivamente con riferimento ai requisiti di cui al comma 3" e cioè : Diploma di laurea; esperienza almeno quinquennale di direzione tecnica o amministrativa in Enti, aziende, strutture pubbliche e private, in posizioni dirigenziale con autonomia gestionale e diretta responsabilità delle risorse umane, tecniche e finanziarie svolte nei dieci anni precedenti la pubblicazione dell'avviso.<sup>16</sup>

Il rapporto fiduciario è stato particolarmente esaltato, rendendo la nomina del top management delle Aziende Sanitarie una "questione regionale tra incaricando e Presidente della Regione incaricante".

Ne conseguiva che il Presidente della Regione avesse un fortissimo potere discrezionale nella scelta del Direttore generale dalla c.d. rosa di nomi regionale; quest'ultima composta esclusivamente dai candidati che avessero partecipato all'avviso pubblico. Candidati che era poi nominati esclusivamente su base fiduciaria.

Forti perplessità sollevò un discusso intervento del legislatore nel 2006. In particolare l'art. 2, comma 5, della legge 1° febbraio 2006, n. 43 (Disposizioni in materia di professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione e delega al Governo per l'istituzione dei relativi ordini professionali), comportò una integrazione dell'art. 3-*bis*, comma 3, lettera b), del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421). Tale intervento normativo comportò la previsione fra i requisiti per poter aspirare alla nomina a Direttore Generale di una Azienda Sanitaria Locale – in alternativa alla esperienza almeno quinquennale di direzione tecnica o amministrativa in enti, aziende, strutture pubbliche o private in posizione dirigenziale con autonomia gestionale e diretta responsabilità delle risorse umane, tecniche o finanziarie – l'aver espletato «mandato parlamentare di senatore o deputato della Repubblica nonché di consigliere regionale». La marcia indietro fu inevitabile e avvenne con il successivo decreto-legge 18 maggio 2006, n. 181 (Disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni della Presidenza del Consiglio e dei Ministeri), convertito, con modificazioni, con legge 17 luglio 2006, n. 233 che eliminò la parte aggiunta, impedendo peraltro anche alla Corte Costituzionale<sup>17</sup>, nel frattempo adita dalla Regione Campania, di potersi esprimere al riguardo. Una svolta, tuttavia, si è avuta con la Riforma Balduzzi del 2012, di cui abbiamo parlato nei paragrafi precedenti, che introduce e istituisce nuovamente gli Albi

<sup>16</sup> F. MARRA, La disciplina degli incarichi nelle aziende sanitarie, in *Diritto.it*.

<sup>17</sup> C. Cost., n. 289/2007.

anche se su base regionale, provando a rendere maggiormente trasparente il meccanismo di nomina ed introducendo il sistema bifasico, seppur su scala interamente regionale.

Ne deriva che il sistema previsto, come ricostruito dalla giurisprudenza in materia, prevedesse una regolamentazione integralmente pubblicistica per la scelta dei Direttori Generali delle Aziende Sanitarie, in cui riemergono le due fasi: una prima fase che consisteva nella creazione degli albi regionali, previa pubblicazione delle deliberazioni regionali in cui le Regioni esercitavano un'attività vincolata, espressione di discrezionalità tecnica, di accertamento del possesso dei requisiti per essere inseriti nell'elenco regionale. Ed una seconda fase del procedimento che prevedeva la nomina vera e propria.

Con particolare riferimento alla prima fase, l'attività di accertamento era chiaramente di natura pubblicistica da cui discendeva un vero e proprio diritto soggettivo all'inserimento negli elenchi di coloro i quali erano in possesso dei requisiti di legge.

Viene qui in rilievo la fondamentale distinzione tra attività vincolata della P.A. nel perseguimento dell'interesse pubblico e l'attività vincolata della P.A. nel perseguimento dell'interesse privato. Prima di addivenire a questa distinzione una parte della dottrina, chiamata a qualificare la posizione giuridica soggettiva del privato entrato in rapporto con la PA, difatti riteneva che se l'attività della PA fosse vincolata, la posizione giuridica del privato dovesse essere necessariamente di diritto soggettivo. Tesi quest'ultima divenuta col tempo minoritaria ma che comunque merita di essere richiamata per poter meglio cogliere l'evoluzione sul punto. Coloro che successivamente sono addivenuti alla distinzione tra attività vincolata nell'interesse pubblico e attività vincolata nell'interesse del privato hanno distinto da una parte l'ipotesi in cui il vincolo posto dal legislatore è a tutela dell'interesse pubblico dall'altra, ossia quella in cui il vincolo è posto nell'interesse del privato. Seguendo questa distinzione si afferma che se il vincolo è funzionale all'interesse pubblico la posizione giuridica del privato sarà comunque di interesse legittimo anche se l'attività è vincolata; diversamente, se il vincolo è funzionale all'interesse privato la posizione sarà di diritto soggettivo. E allora derivano conseguenze importanti anche in punto di giurisdizione tra provvedimenti autoritativi vincolati e atti meramente ricognitivi. E difatti l'accertamento dei requisiti degli aspiranti Direttori Generali per poter essere inseriti nell'Albo regionale degli idonei altro non era che un'attività meramente dichiarativa della PA, in cui ci limitava a riconoscere che il diritto dell'aspirante ad essere inserito sorgesse *ex lege*, qualora in possesso dei

requisiti previsti dal bando. Quei requisiti che vengono certificati dalla PA sono, dunque, semplicemente fatti che vanno a completare la fattispecie costitutiva del diritto soggettivo.

La seconda fase del procedimento di nomina del Direttore Generale era sempre di natura pubblicistica: la Regione, dopo aver costituito l'elenco degli idonei, rispettando i criteri di trasparenza e pubblicità, individuava i Direttori Generali attraverso un "atto di alta amministrazione"<sup>18</sup>; derivava dunque che, posto tale atto, coloro i quali fossero stati interessati ad ottenere la nomina potessero vantare un interesse legittimo a che il conferimento dell'incarico fosse effettuato nel rispetto dei principi costituzionali ed euro unitari che guidano l'agire della PA. Ebbene è tale impianto che ha caratterizzato il sistema di nomina del Direttore Generale fino all'attuazione della riforma Madia nel 2016.

### **5. La "procedimentalizzazione" delle nomine del *top management* sanitario. La Riforma Madia. Dalla delega al D.lgs. 171/2016 e sue successive modificazioni.**

La disciplina della dirigenza sanitaria e, in particolare, quella del procedimento di nomina dei Direttori Generali è stata completamente riformata dal D.lgs. 171/2016, così come modificato dal d.lgs. 126/2017, in attuazione della Riforma Madia del 2015<sup>19</sup>. Il legislatore è intervenuto a distanza di molti anni dalla regolamentazione originaria, modificando il sistema vigente di conferimento degli incarichi dei Direttori Generali, dei Direttori Sanitari e dei Direttori Amministrativi e, ove previsti dalle leggi regionali, dei Direttori dei Servizi Socio-Sanitari delle Aziende e degli enti del Servizio sanitario nazionale, oggetto di riforme sempre parziali e poco incisive negli anni, frutto soprattutto di compromessi politici su scala parlamentare, con l'obiettivo di ridisegnare completamente le relative procedure di nomina, valutazione e decadenza onde conformarle ai principi di trasparenza e di merito.

---

<sup>18</sup> Si ricorda che gli atti di alta amministrazione svolgono una funzione di raccordo tra la funzione politica e la funzione amministrativa in senso stretto, coordinando ai più alti livelli, l'azione politica con quella di cura degli interessi concreti. La funzione di alta amministrazione consiste in atti connotati da una forte discrezionalità, quasi parificabile a quella degli atti politici, ma non altrettanti liberi nei fini: il che li distingue dall'atto politico comportandone l'assoggettamento al sindacato giurisdizionale. Essendo sostanzialmente e formalmente amministrativi, gli atti di alta amministrazione sono interamente soggetti al regime giuridico per essi previsto: si trovano in posizione subordinata rispetto alla legge, non sono liberi nei fini ma pienamente soggetti a quelli da essa fissati e sono sindacabili sia in sede giurisdizionale che amministrativa, in ossequio alla previsione dell'art. 113 Cost., ove siano immediatamente lesivi delle sfere dei destinatari.

<sup>19</sup> Ci si riferisce alla legge 124/2015: "Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"

E ciò sia in attuazione di principi che ormai rivestono un rilievo eurounitario ma soprattutto per combattere e debellare il c.d. "clientelismo delle nomine", il quale, soprattutto nel meridione d'Italia, ha mostrato i suoi effetti distorsivi, evidenziato non da un miglioramento nella gestione della sanità, bensì da un chiaro peggioramento sia organizzativo che gestionale, soprattutto in determinati settori quale quello della gestione dei fondi assegnati alle Aziende Sanitarie, del personale e delle gare d'appalto sia sotto soglia che sopra soglia, che hanno portato a situazioni di deficit di bilancio nelle Aziende Sanitarie, di mancato raggiungimento dei livelli minimi essenziali nell'erogazione delle prestazioni sanitarie e, nei casi più gravi, alla nomina di Commissari e all'approvazione di piani di rientro a lungo termine, a discapito dell'utenza collettiva dei territori coinvolti.

Per capire le ragioni che hanno spinto ad intervenire in modo così profondo è bene volgere il nostro sguardo anche alla Relazione Illustrativa<sup>20</sup> che ha accompagnato il provvedimento di riforma. A tal riguardo, la *ratio legis* è stata proprio quella "di riequilibrare i rapporti tra il vertice politico regionale e le apicalità direzionali delle Aziende Sanitarie, al fine di slegare la nomina dei Direttori Generali dalla "fiducia politica" per agganciarla a una valutazione di profilo tecnico finalizzata alla selezione delle professionalità ritenute maggiormente competenti ed adeguate a ricoprire l'incarico; tenuto conto che una quota rilevante dell'inefficienza organizzativa che ha caratterizzato la conduzione del Servizio Sanitario in molte realtà regionali trova una delle sue cause proprio nelle distorsioni che hanno caratterizzato la selezione e la scelta sia dei Direttori Generali, che dei dirigenti sanitari delle Asl e delle aziende ospedaliere".

Inoltre, sempre dalla Relazione Illustrativa in parola, si ricava che l'intervento normativo oggetto di analisi "intende ovviare all'assenza di reali forme di procedimentalizzazione del potere di nomina dei direttori generali, assenza questa che nel tempo è stata giudicata quale concausa del crescente livello di politicizzazione delle nomine aziendali, coerentemente a quanto affermato anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 104/2007 in merito alla natura dell'incarico di direttore generale delle Asl. In tale occasione il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune norme della Regione Lazio, contenute nella legge regionale n. 1/2004 e n. 9/2005, in base alle quali veniva configurato nella regione un sistema volto a commisurare la durata delle nomine e degli

<sup>20</sup> La relazione è disponibile al seguente indirizzo: [http://www.governo.it/sites/governo.it/files/relaz\\_illustrativa.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/relaz_illustrativa.pdf).

*incarichi dirigenziali, compresi i direttori generali delle ASL, alla durata degli organi di indirizzo politico, precisando, a tale riguardo, che "le Asl, in quanto strutture cui spetta di erogare l'assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie nell'ambito dei servizi sanitari regionali, assolvono compiti di natura essenzialmente tecnica, che esercitano con la veste giuridica di aziende pubbliche, dotate di autonomia imprenditoriale, sulla base degli indirizzi generali contenuti nei piani sanitari regionali e negli indirizzi applicativi impartiti dalle Giunte regionali". Pertanto, il Direttore generale delle ASL viene qualificato dalle norme "come una figura tecnico-professionale che ha il compito di perseguire, nell'adempimento di un'obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro autonomo), gli obiettivi gestionali e operativi definiti dal piano sanitario regionale (a sua volta elaborato in armonia con il piano sanitario nazionale), dagli indirizzi della Giunta, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con l'amministrazione regionale".*

#### **6. L'*ubi consistam* della riforma. Il procedimento bifasico su scala nazionale: avviso pubblico ed elenco nazionale in particolare. Primi problemi di riparto di giurisdizione.**

Giova passare in rassegna i punti salienti della riforma della dirigenza sanitaria, operata dal d.lgs. 171/2016 e modificato dal D.lgs. 126/2017, in attuazione della Delega Madia di cui all'articolo 11 comma 1, lettera *p*).

*In primis*, la novità principale è rappresentata dal fatto che la nomina del direttore generale dell'azienda sanitaria è articolata secondo un procedimento bifasico che vede, in una prima fase, la formazione di un elenco nazionale<sup>21</sup> di idonei da parte di una Commissione apposita<sup>22</sup>, all'esito di una selezione che

---

<sup>21</sup> Art. 1 comma 2 d.lgs. 171/2016: "È istituito, presso il Ministero della salute, l'elenco nazionale dei soggetti idonei alla nomina di direttore generale delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere e degli altri enti del Servizio sanitario nazionale, aggiornato con cadenza biennale. Fermo restando l'aggiornamento biennale, l'iscrizione nell'elenco è valida per quattro anni, salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 7. L'elenco nazionale è alimentato con procedure informatizzate ed è pubblicato sul sito internet del Ministero della salute."

<sup>22</sup> Art. 1 comma 3 d.lgs. 171/2016: "Ai fini della formazione dell'elenco di cui al comma 2, con decreto del Ministro della salute è nominata ogni due anni, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, una commissione composta da cinque membri, di cui uno designato dal Ministro della salute con funzioni di presidente scelto tra magistrati ordinari, amministrativi, contabili e avvocati dello Stato, e quattro esperti di comprovata competenza ed esperienza, in particolare in materia di organizzazione sanitaria o di gestione aziendale, di cui uno designato dal Ministro della salute, uno designato dall'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, e due designati dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. I componenti della commissione possono essere nominati una sola volta e restano in carica per il tempo necessario alla formazione dell'elenco e all'espletamento delle attività connesse

richiede rigorosi requisiti di ammissione<sup>23</sup> e vede l'assegnazione di un punteggio da 75 a 100 (c.d. fase nazionale), e in una seconda fase una procedura selettiva non concorsuale su base regionale (c.d. fase locale), alla quale possono concorrere solo soggetti iscritti nell'elenco nazionale, a conclusione della quale la Commissione propone al Presidente della Giunta Regionale una terna di nomi; il tutto secondo criteri meritocratici e procedure ispirate alla massima trasparenza, pur nella riaffermata natura fiduciaria e ampiamente discrezionale della nomina, quale atto di alta amministrazione.

In secondo luogo, viene in rilievo l'organizzazione su base regionale (o eventualmente anche interregionale, avvalendosi dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali – AGENAS – e in collaborazione con le Università o soggetti pubblici e privati), del corso di formazione in materia di sanità pubblica e organizzazione e gestione sanitaria per la costituzione di un management sanitario con elevato grado tecnico di professionalità.

Va ancora detto che questa "procedimentalizzazione" della nomina, conferma e revoca dei direttori generali, prevede anche un contraddittorio procedimentale e un rafforzamento degli obblighi motivazionali per i provvedimenti di revoca dell'incarico.

Ciò detto l'iter di formazione dell'elenco degli idonei al conferimento dell'incarico di direttore generale è iniziato, pochi giorni dopo l'adozione del D.lgs. 161/2016, con la pubblicazione dell'Avviso pubblico per la formazione dell'elenco in parola. Tale avviso è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale per la prima volta dall'approvazione della riforma il 3 ottobre 2017, a circa un mese dalla costituzione della commissione valutatrice, avvenuta in data 4 ottobre. L'avviso che contava 10 articoli, prevedeva all'art. 10 la possibilità di proporre, in via amministrativa, entro centoventi giorni dalla data di pubblicazione, ricorso straordinario al Capo dello Stato ovvero, in sede giurisdizionale,

---

e consequenziali. In fase di prima applicazione, la commissione è nominata entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto."

<sup>23</sup> I requisiti di ammissione sono elencati dal comma 4 dell'art. 1 d.lgs. 171/2016 e sono:

- a) diploma di laurea di cui all'ordinamento previgente al decreto ministeriale 3 novembre 1999, n. 509, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 4 gennaio 2000, n. 2, ovvero laurea specialistica o magistrale;
- b) comprovata esperienza dirigenziale, almeno quinquennale, nel settore sanitario o settennale in altri settori, con autonomia gestionale e diretta responsabilità delle risorse umane, tecniche e o finanziarie, maturata nel settore pubblico o nel settore privato;
- c) attestato rilasciato all'esito del corso di formazione in materia di sanità pubblica e di organizzazione e gestione sanitaria.



impugnazione al Tribunale amministrativo regionale del Lazio entro sessanta giorni dalla stessa data.

Elenco che ricordiamo ha rilievo nazionale; difatti il legislatore ha inteso istituire, in sostituzione degli elenchi regionali (superati, ora per effetto, dall'abrogazione del comma 3 dell'art. 3-bis del d. lgs. n. 502 del 1992 disposto dall'art. 9 del decreto in esame), un elenco nazionale al quale le singole Amministrazioni sanitarie devono attingere per la nomina dei direttori generali, con ciò rendendo maggiormente imparziale e trasparente, con un meccanismo unico a livello nazionale (e, dunque, almeno tendenzialmente insensibile alle dinamiche politiche dei singoli contesti regionali), il relativo procedimento di selezione. Orbene, particolarmente rigorosi risultano essere i requisiti di ammissione alla procedura per ottenere l'idoneità al conferimento dell'incarico, previo avviso pubblico di selezione per titoli, che va ad innovare in modo profondo la disciplina stabilita dall'art. 3-*bis*, comma 3, del d.lgs. n. 502 del 1992. Alla selezione sono ammessi, infatti, i candidati che non abbiano compiuto 65 anni di età e che siano in possesso dei già prescritti requisiti della laurea magistrale e della comprovata esperienza dirigenziale, almeno quinquennale, nel campo delle strutture sanitarie o settennale negli altri settori, con autonomia gestionale e diretta responsabilità delle risorse umane, tecniche o finanziarie, e ai quali sia stato altresì rilasciato apposito attestato all'esito del corso di formazione in materia di sanità pubblica e di organizzazione e gestione sanitaria.

Qualche perplessità era stata sollevata dalla previsione del requisito dell'età. Ciò aveva portato ad impugnare sin da subito il provvedimento normativo da parte di coloro che ritenevano il requisito escludente. Tuttavia il Consiglio di Stato, intervenuto sul punto già in sede di emissione del parere al provvedimento<sup>24</sup>, ha avuto modo di chiarire che il requisito dell'età e, dunque, del limite del 65esimo anno risulta coerente con i più recenti indirizzi di politica legislativa, volti ad agevolare il ricambio generazionale e il ringiovanimento del personale nelle pubbliche amministrazioni. Ciò perché con la previsione del requisito si intende bilanciare l'esigenza del trasferimento delle conoscenze e delle competenze acquisite nel corso della vita lavorativa con l'esigenza di assicurare il fisiologico ricambio di personale nelle amministrazioni, anche a livello apicale. E pertanto la specifica previsione di un particolare limite di età per determinati tipi di concorsi comporta altresì l'inapplicabilità di quanto previsto a livello generale per

---

<sup>24</sup> Parere del Consiglio di Stato n. 01113/2016 del 05/05/2016 avente ad oggetto: "Ministero per la Semplificazione e la Pubblica amministrazione – Ufficio legislativo. Dirigenza sanitaria – delega di cui all'art. 11, comma 1, lettera p) della legge 7 agosto 2015, n. 124"



i concorsi indetti da pubbliche amministrazioni dall'art. 3, comma 6, della l. n. 127 del 1997, secondo cui la partecipazione ai concorsi indetti da pubbliche amministrazioni non è soggetta a limiti di età<sup>25</sup>.

Sempre a parere del Consiglio di Stato<sup>26</sup> la previsione del limite pari a 65 anni, d'altro canto, non pare irragionevole, ove si consideri che l'incarico non può avere durata inferiore a tre anni e superiore a cinque, sicché il candidato scelto non potrebbe superare l'età massima dei 70 anni<sup>27</sup>.

A quasi due anni dell'avvio del procedimento di formazione dell'elenco nazionale, nel febbraio 2018 è stato pubblicato l'elenco nazionale. Elenco che stando a quanto contenuto nella determina dirigenziale poteva essere impugnato in via amministrativa, entro centoventi giorni dalla data di pubblicazione, ricorso straordinario al Capo dello Stato ovvero, in sede giurisdizionale, impugnazione al Tribunale amministrativo regionale del Lazio entro sessanta giorni dalla stessa data.

Orbene, sia la previsione che il bando di selezione potesse essere impugnato dinanzi all'autorità amministrativa, sia il fatto che la selezione dovesse avvenire attraverso una procedura valutativa e, almeno prima facie non meramente ricognitiva, sia la previsione contenuta anche nella determina di pubblicazione dell'elenco nazionale, ha portato taluni soggetti esclusi dall'elenco nazionale ad adire il giudice amministrativo.

Giova ricordare che nella vigenza dell'analoga procedura, dettata dall'art. 3-*bis* d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, la giurisprudenza della Corte di Cassazione (Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26631), alla quale aveva aderito quella del giudice amministrativo, aveva chiarito che la controversia relativa alla mancata

<sup>25</sup> V., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 30/05/2007, n. 2753.

<sup>26</sup> Parere del Consiglio di Stato n. 01113/2016 del 05/05/2016 avente ad oggetto: "Ministero per la Semplificazione e la Pubblica amministrazione – Ufficio legislativo. Dirigenza sanitaria – delega di cui all'art. 11, comma 1, lettera p) della legge 7 agosto 2015, n. 124".

<sup>27</sup> Da ultimo Tar Lazio, Sez. III *quater*, n. 09689/2019 ha statuito sulla legittimità del requisito in esame: "... si osserva come la legge delega n. 124 del 2015 individui tra i suoi principali obiettivi quello del raggiungimento contestuale degli obiettivi sanitari e dell'equilibrio economico dell'azienda. Operazione questa complessa che richiede una accurata attività propedeutica di programmazione e di successivo costante monitoraggio degli obiettivi da realizzare. Ragione per cui – come evidenziato dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 1113 del 5 maggio 2016 – occorre innanzitutto che tale processo si snodi attraverso una "prospettiva di più lunga durata, sul piano cronologico", sì da consentire ai singoli titolari di simili incarichi di poter essere in grado di raggiungere determinati risultati in tempi ragionevoli e compatibili con gli obiettivi "a monte" prefissati. Di qui la ineludibile esigenza di giovare di previsioni contrattuali che, in termini di durata, consentano la piena realizzazione di talune finalità e, dunque, la connessa necessità che gli incarichi medesimi siano affidati a soggetti che ancora possano godere di una minima permanenza in servizio...".

ammissione nell'elenco dei candidati ad un posto che si renderà vacante di direttore generale di azienda sanitaria non ha ad oggetto il procedimento di nomina, entro il quale si attua l'esercizio del potere della Regione, ampiamente discrezionale, di scegliere tra gli aspiranti il soggetto cui conferire l'incarico. Concerne, invece, una fase del tutto autonoma, all'esito della quale è formato un Elenco dei soggetti che, avendo manifestato disponibilità a ricoprire l'incarico mediante presentazione, a seguito di avviso pubblico, di apposita domanda con i contenuti previsti dalle disposizioni di legge, risultino altresì in possesso dei requisiti inderogabilmente richiesti.

L'autonomia di questo procedimento rispetto a quello di nomina trova il suo punto di emersione evidente nella circostanza che l'avviso pubblico non è preordinato alla copertura di determinate vacanze, e dunque preparatorio del procedimento di nomina ma alla formazione di un elenco di soggetti professionalmente idonei.

Ne consegue che esiste in capo al richiedente un interesse concreto ed attuale all'inserimento nell'Elenco, inserimento che attesta il possesso dell'idoneità professionale disegnata dalla legge.

Questo interesse ha la consistenza del diritto soggettivo perché la legge obbliga l'amministrazione competente ad attuarlo, inserendo nell'Elenco tutti coloro che ne hanno i titoli, restando escluso l'esercizio di poteri discrezionali. Come si è già detto, infatti, l'amministrazione è chiamata esclusivamente a verificare i presupposti (regolare e tempestiva domanda) e la sussistenza dei requisiti normativamente previsti (diploma di laurea ed esperienza dirigenziale), nello svolgimento di attività vincolata, di carattere meramente ricognitiva, della cui natura partecipa anche il giudizio tecnico, quale è quello concernente la verifica dell'esperienza dirigenziale.

Il riparto della giurisdizione, pertanto, deve operarsi sulla base della regola generale secondo cui, allorché sono controversi beni della vita non investiti dal potere amministrativo, la tutela è affidata al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi (Corte Cost. n. 204 del 2004).

Orbene, ci si chiede se quanto statuito per la vecchia procedura, quando il d.lgs. 502/1992 prevede la formazione dell'elenco nazionale, possa valere anche per il nuovo elenco nazionale.

Ebbene sia il Tar Piemonte<sup>28</sup> che quello della Valle D'Aosta<sup>29</sup> nel 2018, sia il Consiglio di Stato<sup>30</sup>, in una delle sue primissime pronunce sul tema, hanno statuito che le considerazioni operate per la vecchia procedura del d.lgs. 502/1992, *ante* riforma del 1994, sono ben estensibili anche al procedimento disegnato dalla riforma del 2016 (attuata con d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171), che prevede l'istituzione presso il Ministero della salute - e non più presso le Regioni - di un Elenco nazionale (e, dunque, non più regionale) di soggetti idonei alla nomina a direttore generale delle Aziende sanitarie locali, delle Aziende ospedaliere e degli altri enti del Servizio sanitario nazionale. A tal proposito e per quanto il nuovo procedimento sia comunque innovativo rispetto a quello originariamente previsto negli anni '90, a parere del Consiglio di Stato le novità introdotte<sup>31</sup> non incidono sull'individuazione del giudice competente, essendo ben estensibili le argomentazioni che avevano indotto le Sezioni unite della Cassazione ad attribuire la competenza al giudice ordinario.

E ciò perché la procedura relativa all'inserimento nel suddetto elenco non ha carattere concorsuale, ma piuttosto idoneativo, giacché l'Amministrazione è tenuta esclusivamente a verificare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti previsti dalla legge. Trattasi, pertanto, dello svolgimento di una tipica attività vincolata della P.A., di carattere meramente ricognitivo, a fronte della quale l'interesse del privato assume la consistenza di diritto soggettivo, con conseguente affermazione della giurisdizione ordinaria quale giurisdizione naturale dei diritti soggettivi e non invece di un'attività vincolata di carattere costitutivo che diversamente avrebbe fatto sorgere una posizione di interesse legittimo.

### **7. La fase locale: l'avviso pubblico regionale e il conferimento dell'incarico da parte del Presidente della Giunta Regionale. Natura giuridica e problemi di riparto di giurisdizione.**

Come abbiamo avuto modo di esporre, il legislatore ha introdotto nuovamente un sistema c.d. bifasico con una fase nazionale di formazione dell'elenco

---

<sup>28</sup> TAR Piemonte, sez. I, n. 1035/2018: "...A fronte dei reiterati interventi del legislatore volti a migliorare la trasparenza ed obiettività delle nomine, tali nomine restano in definitiva "fiduciarie", posto che la commissione preposta non formula alcuna graduatoria e si limita a stilare un elenco di idonei, nella cui platea la Regione individua, con atto motivato, un direttore generale...".

<sup>29</sup> Tar Valle d'Aosta, 14 febbraio 2018, n. 14.

<sup>30</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3438/2019.

<sup>31</sup> A differenza della procedura del 1992, il legislatore del 2016 ha individuato in maniera minuziosa i titoli e l'esperienza valutabile. Ha poi introdotto una soglia minima di 70 punti da raggiungere per essere inclusi nell'elenco.

nazionale degli idonei al conferimento dell'incarico di Direttore Generale e una seconda fase, di carattere locale, in cui diviene protagonista la Regione. Tale seconda fase è come detto finalizzata al conferimento dell'incarico di Direttore Generale. Si evidenzia che anche questo momento successivo è stato proceduralizzato dal legislatore.

Difatti, fermo restando l'obbligo per le Regioni e Province autonome di attingere esclusivamente dall'elenco nazionale, la Regione indice un avviso pubblico e nomina una commissione regionale composta da esperti, indicati da qualificate istituzioni scientifiche indipendenti, ed uno designato dall'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali. A tal proposito, ciascuno degli avvisi pubblici pubblicati dalle regioni italiane chiamate ad avviare la procedura conteneva come requisito dirimente unicamente l'iscrizione degli aspiranti all'incarico nell'elenco nazionale. La Commissione regionale così costituita effettua una valutazione per titoli e colloquio, e propone al Presidente della regione una terna di candidati nell'ambito dei quali viene scelto il soggetto che presenta i requisiti di competenza conformi alle caratteristiche dell'incarico da conferire, tenendo conto delle esigenze, delle dimensioni, dei profili organizzativi dell'Azienda Sanitaria Locale o Azienda Ospedaliera che presenta la vacanza di incarico e delle pregresse esperienze professionali, dirigenziali maturate dal candidato, tenendo anche conto di eventuali provvedimenti di accertamento della violazione degli obblighi in materia di trasparenza, al fine di garantire anche un'adeguata coerenza tra l'incarico da ricoprire e l'eventuale incarico di provenienza, nonché di conservare in capo alla Regione un certo margine di discrezionalità. Nella terna proposta non possono essere inseriti coloro che abbiano ricoperto l'incarico di Direttore Generale, per due volte, presso la medesima azienda sanitaria locale, la medesima azienda ospedaliera o il medesimo ente del Servizio sanitario nazionale.<sup>32</sup> La procedura si chiude con il «provvedimento di nomina», che deve essere motivato e pubblicato sul sito internet della Regione, cui afferisce il contratto d'incarico in cui sono inseriti gli obiettivi, il cui raggiungimento deve essere valutato tenuto conto dei criteri di cui al comma 3, art. 2, d.lgs. n. 171/2016. Merita quindi apprezzamento, in quest'ottica, la previsione della

---

<sup>32</sup> In Campania tale procedura è stata applicata per la prima volta con D.G.R. n. 76 del 26/02/2019 con cui è stato indetto l'Avviso Pubblico per la manifestazione di interesse da parte di soggetti inseriti nell'elenco nazionale di cui all'art. 1 del d.lgs. 171/2016 per il conferimento dell'incarico di direttore generale. È proseguita con D.P.G.R.C. n. 91 del 21/06/2019 con cui è stata costituita la commissione di esperti deputata all'espletamento delle procedure per la formazione delle rose dei candidati e si è conclusa ad agosto 2019 con la nomina dei direttori generali delle Asl campane e delle aziende ospedaliere di rilievo nazionale.

motivazione espressa – conforme, del resto, alle generali previsioni dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 – di ogni provvedimento di nomina, conferma e revoca del direttore generale.

Terminata, dunque, la fase pubblicistica a garanzia dell'interesse pubblico alla selezione dei migliori con l'istituzione e la redazione dell'albo nazionale, il legislatore ha pertanto ritenuto di ricondurre la disciplina sul conferimento dell'incarico di Direzione delle Aziende sanitarie alla disciplina generale sul conferimento degli incarichi dirigenziali e, soprattutto, alla natura privatistica della stessa<sup>33</sup>.

Occorre dare atto dei problemi interpretativi connessi al riparto di giurisdizione concernenti questa seconda fase.

In primis, le risultanze che provengono dalla stesura dell'elenco regionale degli idonei, a seguito della pubblicazione dell'Avviso pubblico regionale. In tal senso, la giurisprudenza amministrativa e civile hanno già avuto modo di pronunciarsi con alcune decisioni che rimarcano quanto già affermato sulla procedura inerente la fase nazionale (c.d. costituzione dell'elenco nazionale). Difatti, anche questa fase regionale di costituzione di un più ristretto elenco regionale di idonei, da cui la Commissione valutatrice estrae la terna dei nomi da sottoporre al Presidente della Regione chiamato a nominare, è stata qualificata non come un concorso pubblico. Infatti sia la selezione prevista nel settore sanitario dall'art. 15-ter, introdotto nel d.lgs. n. 502 del 1992 dal d.lgs. n. 229 del 1999, art. 13, sia anche le modificazioni di cui al d.lgs. 171/2016 non integrano un concorso in senso tecnico, anche perché è articolata secondo uno schema destinato a concludersi con una scelta essenzialmente fiduciaria operata dal Presidente della Regione<sup>34</sup>. Difatti la procedura in questione non ha carattere concorsuale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto si articola secondo uno schema che non prevede lo svolgimento di prove selettive con formazione di graduatoria finale ed individuazione del candidato vincitore, ma soltanto la scelta di carattere essenzialmente fiduciario di un professionista ad opera del Presidente di Regione, nell'ambito di un elenco di

---

<sup>33</sup> L. ZAPPALA', La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la riforma madia, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 2019.

<sup>34</sup> Cass. civ., SS.UU., n. 4227/2017. Ma vedi anche: Cass., SS.UU., 9 maggio 2016, n. 9281; Cass., SS.UU., 2011, n. 21060; Cass., SS.UU., 3 febbraio 2014, n. 2290; Cass., 5 marzo 2008, n. 5920; Cass., SS.UU., 13 ottobre 2011, n. 21060; nn. 21593 del 2005, 8950 del 2007 e 5920 del 2008.

soggetti ritenuti idonei da un'apposita Commissione sulla base di requisiti di professionalità e capacità manageriali.

Difatti, manca un'autentica procedura selettiva con l'attribuzione di un giudizio a ciascuno dei candidati sulla base di una specifica e apposita prova intesa in senso proprio quale, appunto, saggio di tali qualità o conoscenze, ma vengono, invece, svolte solo valutazione dei curricula e un colloquio orale, adempimenti all'esito dei quali la Commissione, assegnati dei punteggi, ha stilato un elenco degli idonei alla selezione.<sup>35</sup>

Il giudizio idoneativo espresso dalla Commissione in termini di punteggio numerico o anche con giudizi sintetici concerne la potenziale capacità del candidato, più o meno spiccata, a rivestire l'incarico dirigenziale, ma non è propriamente il risultato di una ponderazione valutativa, relativa al suo bagaglio di conoscenze teoriche, all'esito di una procedura selettiva di tipo concorsuale in senso stretto, articolata in specifiche prove e vertente su singole materie<sup>36</sup>.

A tal proposito, può concludersi su tale prima questione che le controversie attinenti ad una procedura di selezione "idoneativa" e "non concorsuale" avviata dalla Regione per il conferimento dell'incarico di Direttore Generale appartengano alla giurisdizione del Giudice ordinario

In secondo luogo, viene in rilievo l'atto di conferimento dell'incarico di Direttore Generale da parte del Presidente della Giunta Regionale, la sua natura e la sua possibile impugnazione.

Giova, in premessa, ricordare come il conferimento di incarichi di questo tipo sia connotato da un elevato grado di discrezionalità, atteso il legame fiduciario che caratterizza il rapporto tra l'Amministrazione – datore di lavoro (Regione) ed il dirigente (Direttore Generale) e la relazione esistente fra la qualifica dirigenziale e gli organi politici. Si avrà, dunque, un atto di conferimento dell'incarico e una successiva stipula di un contratto. Si distingue, quindi, tra incarico in quanto tale e accordo che andrà a regolare l'incarico: con il primo viene definito l'oggetto, gli obiettivi e la durata dell'incarico mentre la definizione del trattamento economico spetta al contratto individuale che accede al provvedimento.

Il fatto, dunque, che nella procedura di conferimento dell'incarico del Direttore Generale vi siano questi due distinti momenti, scanditi dall'emanazione del provvedimento di incarico cui segue la stipulazione del contratto, ha dato luogo ad un complesso dibattito circa la qualificazione giuridica degli atti *de quibus* con conseguenze in tema di riparto di giurisdizione.

---

<sup>35</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3025/2017.

<sup>36</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3025/2017.

Al riguardo sono state prospettate diverse ipotesi ricostruttive<sup>37</sup>. Una prima tesi ritiene che si tratterebbe di vicende derivanti da fonti ed atti tipicamente pubblicistici (salvo come ovvio il contratto determinativo del trattamento economico), in quanto incidenti su un oggetto di interesse pubblico, a nulla rilevando il fatto che competente a conoscere tali atti sia il giudice ordinario (G.O.). Più precisamente si sarebbe in presenza di una sequenza di atti in cui la natura e le vicende di quello autoritativo presupposto condizionerebbero le sorti di quello negoziale presupponente.

Tra i fautori di questa tesi, c'è anche chi ritiene che gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali di vertice siano provvedimenti amministrativi (e non atti di alta amministrazione), facendo sì che la giurisdizione sia del Giudice amministrativo<sup>38</sup> (G.A.). E ciò sulla base del fatto che il conferimento di tale incarico sarebbe espressione di un potere autoritativo della PA che si colloca al di fuori del contratto e si inserisce nell'ambito dell'organizzazione amministrativa e che l'atto di conferimento rientrerebbe quindi in un procedimento amministrativo, laddove il contratto rappresenterebbe l'accordo tra dirigente e amministrazione successivo all'adozione del provvedimento e relativo agli aspetti economici del rapporto<sup>39</sup>.

Una seconda tesi, invece, ritiene che nella fase di conferimento dell'incarico vada attribuito un ruolo centrale non già all'atto autoritativo unilaterale di conferimento, bensì al contratto, rispetto al quale il primo si atteggierebbe come mera approvazione – condizione di efficacia (secondo il modello dell'evidenza pubblica).

Esaminate le tesi dottrinali che si sono occupate della questione e considerata, tuttavia, la specialità che caratterizza il settore sanitario sono dovute delle precisazioni al riguardo anche tenendo conto degli orientamenti giurisprudenziali.

A tal proposito diversamente che dalla dottrina, in giurisprudenza si registra una posizione unanime circa il riparto di giurisdizione sull'atto di nomina del Direttore Generale di un Ente del SSN.

Per la giurisprudenza sia amministrativa che civile, il provvedimento di nomina del Direttore Generale è da ascrivere alla categoria degli atti autoritativi, preordinato alla scelta del soggetto con il quale stipulare il rapporto di lavoro. Di ciò peraltro non ha dubitato la giurisprudenza delle Sezioni Unite della S.C.

---

<sup>37</sup> R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Sesta Edizione, Napoli, 2016, p. 441.

<sup>38</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, p. 422.

<sup>39</sup> Corte dei Conti, Sez. contr., n. 13/2001.

assegnando alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo le controversie concernenti il provvedimento di nomina e riservando, diversamente, alla giurisdizione del Giudice ordinario le controversie relative agli inadempimenti imputati al Direttore e determinativi la decadenza dall'incarico<sup>40</sup>. Difatti, la procedura di nomina del Direttore Generale di una Azienda Sanitaria implica una valutazione discrezionale sull'idoneità di questo a svolgere l'incarico affidatogli<sup>41</sup> () e, costituendo un atto con il quale la Regione assume una determinazione organizzativa generale espressiva di un «potere di supremazia», è sindacabile in sede di giurisdizione generale di legittimità da parte del Giudice amministrativo<sup>42</sup>.

In presenza di un procedimento amministrativo autoritativo, dunque, preordinato ad una selezione di tipo non concorsuale, mediante atto discrezionale di alta amministrazione (la legge espressamente esclude la necessità di valutazioni comparative), l'aspirante non può vantare situazioni di diritto soggettivo rispetto alla scelta, ma soltanto di interesse legittimo, venendo in discussione non rapporti giuridici, connotati dalla coppia diritto-obbligo, ma esclusivamente la correttezza dell'azione amministrativa<sup>43</sup>. A tal proposito l'atto di nomina del Direttore Generale assume i connotati, come abbiamo detto, di atto di alta amministrazione; atti attraverso i quali il Governo non persegue interessi politici ma quelli, pubblici, di realizzazione del suo programma politico attraverso l'apparato burocratico. Detti provvedimenti di scelta, dunque, costituirebbero il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico dell'Esecutivo in campo amministrativo (conf. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, dec. n. 13361, del 15 dicembre 2007) e sarebbero caratterizzati da particolare delicatezza e fiduciarità. Caratteristiche, tutte, che ne escluderebbero l'assimilabilità agli atti amministrativi tout court ed agli atti di ordinaria gestione del rapporto di impiego, da ciò discendendo, come detto, la giurisdizione del Giudice amministrativo.

## 8. Conclusioni.

---

<sup>40</sup> Cass. civ., Sez. Un., ord., 18 dicembre 2007, n. 26631.

<sup>41</sup> Cass., Sez. Un., 11/02/2003, n. 2065.

<sup>42</sup> cfr. Cass. civ., Sez. Un., 18/12/2007, n. 26631; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 16.12.2011, n. 3198; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 21/05/2010, n. 1240; TAR Lazio, Roma, sez. III, 1/10/2013, n. 8513.

<sup>43</sup> Cass., SS.UU. 3882/1998; Cass., 100/1999, Cass., 6 maggio 2003, n. 6854; 8 luglio 2004, n. 14177.



Alla luce di quanto analizzato nel presente lavoro, si comprende quanti passi avanti abbia fatto il legislatore nel tentativo di rendere quanto più rispondente a canoni di trasparenza e pubblicità il meccanismo di nomina del Direttore Generale degli enti del SNN da sempre croce e delizia del dibattito politico quotidiano. È certamente da apprezzare il tentativo di proceduralizzare l'intero iter di scelta del Direttore Generale sia attraverso la previsione di un Elenco Nazionale, composto da soggetti che per caratteristiche, curriculum ed esperienza potranno meglio di altri affrontare il difficile compito non solo di Direzione dell' Azienda Sanitaria di riferimento ma anche di gestione imprenditoriale della medesima, sia attraverso l'analisi delle posizioni degli aspiranti direttori nella fase regionale da parte di una ulteriore Commissione che dovrà proporre al Presidente di Regione i candidati più capaci e più esperti rispetto alle criticità e alle complessità che presentano i singoli enti aziendali di cui risultano essere candidati. Ancora è da leggersi in chiave certamente positiva che pur essendo l'atto di nomina "un atto di alta amministrazione" dovrà essere motivato, nel rispetto di un ulteriore principio ormai sacro che caratterizza l'attività della Pubblica Amministrazione in generale, al pari della pubblicazione online in chiave di accessibilità universale sia dell'Elenco Nazionale che delle deliberazioni locali di valutazione dei curricula e di conferimento dell'incarico.

Non sappiamo ancora se questa procedura possa essere la risposta migliore per interrompere i meccanismi clientelari che troppo spesso hanno contraddistinto nomine così delicate e valorizzare diversamente la capacità e la professionalità dei soggetti destinatari di tali incarichi. Il tentativo comunque di rendere meritocratici tali conferimenti, in aggiunta anche al fatto che la riforma preveda meccanismi di verifica sul corretto espletamento dell'incarico, muovendo dal presupposto che soltanto chi opera rettamente possa continuare a rivestire un incarico di tale prestigio, sembra far ben sperare per garantire il miglioramento di un settore, quale quello sanitario, su cui insiste la maggior parte della sfera economica nazionale e che per questo deve essere garanzia di efficienza, efficacia ed economicità dei servizi.

## Il danno tanatologico e le nuove prospettive funzionali dell'illecito civile.

di Annunziata RAPILLO\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. 2. Concetti funzionali di responsabilità civile. 3. La *ratio* del danno non patrimoniale. 4. Danno tanatologico: definizione ed evoluzione dottrinale. 5. *Segue...* l'evoluzione giurisprudenziale. 6. La presa di posizione della Corte di Cassazione. 7. Conclusioni.

**ABSTRACT:** *This paper is focused on the concept of "thanatological damages", fatal injury arising from misconduct. This is one of the most fascinating questiones iuris in Italian system, which cannot disregard the long-drawn-out issue, not yet petered out, about ratio and aim underlying the tort law system.*

### Introduzione.

Il dibattito relativo alla *ratio* della responsabilità civile assume oggi notevole importanza: il continuo e forzato dialogo tra Corti nazionali ed internazionali ha sollecitato l'attenzione del legislatore e della giurisprudenza, da tempo ormai impegnata a reinterpretare norme storiche adattandole alle più prossime esigenze<sup>1</sup>.

---

\* *Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Napoli e Dottoressa di ricerca in "Economia e politiche dei mercati e delle imprese" (Diritto Privato / IUS 01).*

<sup>1</sup> Per un'accurata ricostruzione del sistema e dell'evoluzione della disciplina risarcitoria non può tralasciarsi, *ex multis*, G. ALPA, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1999; G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1980; ID, *I fatti illeciti* in (diretto da ) P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato, XIV Tomo, VI Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, 1982; M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale: danno ingiusto e danno non patrimoniale*, Giappichelli, Torino, 2011; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983; D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Giuffrè, Milano, 1972; P. CENDON, *Trattato dei nuovi danni*, Cedam, Padova, 2011; A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979; A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010; M. FRANZONI, *La liquidazione del danno alla persona*, Cedam, Padova, 1990; M. FRANZONI, *L'illecito*, Giuffrè, Milano, 2010; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2009; P. G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile, vol. X, tomo II*, Giappichelli, Torino, 2002; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Giuffrè, Milano, 1981; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992; S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Giuffrè, Milano, 2011.

La disciplina prevista nell'originale codice civile del 1865, in parte presa in prestito dal *Code Napoléon* del 1804, ha contribuito a procrastinare la questione relativa alle funzioni della responsabilità civile, limitandosi a riproporre quanto elaborato da giuristi d'oltralpe del tenore di *Domat* e *Pothier* e, quindi, sposando una visione sostanzialmente punitiva dell'illecito.

Viceversa, il codice fascista prendendo le distanze da quanto stabilito nei testi francesi, ha delineato i contorni di un giudizio risarcitorio dal contenuto meramente ripristinatorio, finalizzato alla compensazione del danno e lontano da qualsivoglia forma di punizione, prerogativa del sistema penalistico. La netta scissione, invero, del giudizio civile da quello penale ha contribuito a relegare il concetto di sanzione al contesto criminale, rendendo per ciò solo l'universo civilistico scevro di ogni profilo punitivo.

Su tale quadro dottrinale si innesta il paradigma normativo che distinguendo il danno - evento da quello conseguenza, considera degno di tutela risarcitoria solo quest'ultimo, e sempre qualora tale pregiudizio sia provato e dimostrato eziologicamente.

All'interno di tale significativo dibattito va inserita senz'altro la problematica relativa al danno tanatologico, pregiudizio che scaturisce dalla lesione del bene vita e che pone notevoli dubbi di sorta a livello sistematico in ragione della relativa consistenza ontologica di danno - evento.

Al fine di analizzare e comprendere l'evoluzione e le peculiarità del danno da morte, è bene, pertanto, procedere ponendo in luce dapprima come è oggi regolamentata la disciplina della responsabilità e poi come la giurisprudenza ed il legislatore abbiano tentato di collocare tale forma di pregiudizio nell'odierno contesto normativo, per lo più arginandolo e riducendolo a fenomeno eccezionale. Neanche la fervente evoluzione, che sul finire degli anni '80 ha dato nuova linfa alla disciplina del danno non patrimoniale, è riuscita ad incasellare e delineare i contorni del danno tanatologico che, a ben vedere, ancora oggi è al centro di un ampio dibattito.

## **2. Concetti funzionali di responsabilità civile.**

Il codice fascista, prendendo spunto dal progetto di ricerca comune di riforma tra Italia e Francia del 1927, ridelinea i confini della responsabilità civile abbandonando l'idea di jheringiana memoria avvinghiata al concetto di colpa.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Particolarmente interessante è la evoluzione della componente soggettiva nell'illecito, elemento che rappresentava presupposto indispensabile fin dall'epoca dei romani e della *Lex Aquila de damno*. Sebbene tale approccio deve ricondursi al periodo classico della elaborazione romana, il

Il precedente dettame, infatti, sanciva all'art. 1151 cod. prev. " *Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno*", testo dal quale poteva evincersi, da un lato, la necessaria componente soggettiva, condensata in una condotta non solo eziologicamente legata al danno bensì quanto meno colposa, e, dall'altro, la concezione atipica di danno, ingiusto non per definizione legislativa ma in quanto conseguenza di una illecita condotta del soggetto agente.

A metà del secolo scorso l'illecito in ambito civile si emancipa: prende le distanze dalla area criminale, che resta improntata alla rieducazione del responsabile; e si allontana anche dall'idea squisitamente punitiva che, invece, aveva plasmato il legislatore francese di inizio ottocento.

Dapprima il nuovo codice sembra voler puntare ad una prospettiva monofunzionale della responsabilità, invero legata a pochi ma saldi principi normativi; successivamente, grazie all'ausilio dell'elaborazione giurisprudenziale, l'istituto del risarcimento muta veste presentandosi oggi come polifunzionale, svincolato da una tipicità di scopo ed in grado di asservirsi ai fini più disparati.

Ad oggi almeno 4 sono le *rationes* sottese al fenomeno dell'illecito civile: alla nota finalità compensativa si avvicenda quella preventiva; inoltre, all'ottocentesco retaggio punitivo si aggiunge anche uno scopo redistributivo. Tali quattro anime si congiungono nell'istituto del risarcimento del danno, perseguendo di volta in volta finalità differenti.

Imprescindibile è notare che è proprio la molteplicità dei criteri di imputazione del danno che rappresenta oggi la fonte di una simile rilettura del sistema. Certamente l'istituto della liquidazione del pregiudizio presenta un'anima reattiva nella misura in cui risponde ad una degenerazione della sfera giuridica del lesso, lasciando riecheggiare la teoria differenziale<sup>3</sup> strettamente collegata alle forme di pregiudizio patrimoniali.

---

principio " *nessuna responsabilità senza colpa*", elaborato sul finire dell'800 da *Jhering*, poneva in evidenza che elementi necessari affinché potesse individuarsi la responsabilità civile erano l'impatto *corpore corpori*, pertanto un contatto fisico e un conseguente sforzo sotteso alla realizzazione del danno, e l'*iniuria*, componente soggettiva indefettibile conseguente alla prospettiva punitiva che caratterizzava l'approccio romano classico. Cfr. per ulteriori approfondimenti, A. ARROTINO e M. PATACCHIOLA, *La responsabilità oggettiva*, Key Ed., Milano, 2018. Certamente il mutamento di prospettiva che avviene in epoca fascista non lascia dubbi, non foss'altro che per le ipotesi derogatorie tipizzate nel codice che cristallizzano forme di responsabilità oggettiva e che, quindi, lasciano sullo sfondo l'elemento colposo e doloso della condotta.

<sup>3</sup> Cosa deve intendersi per "danno" è stata questione particolarmente dibattuta negli anni, almeno tre le teorie che meritano di essere richiamate e che hanno segnato il panorama italiano. Dapprima il danno veniva inteso in senso "reale", cioè la *ratio* del risarcimento portava a considerare la

Inoltre, a differenza di quella che era la prospettiva francese e conseguentemente quella del codice Pisanelli del 1865, il *focus* dell'istituto non è più il danneggiante bensì il danneggiato, ragion per cui negli ultimi anni il dialogo con la logica riequilibrativa d'oltreoceano si è intensificato, contaminando anche l'impostazione italiana con i principi e i canoni della scuola economica del diritto.<sup>4</sup>

Il mutamento di prospettiva, cristallizzato nel codice del 1942, ha tipizzato il requisito dell'ingiustizia rendendolo attributo del danno, garantendo un vero e proprio filtro indispensabile ai fini del discernimento delle lesioni risarcibili e non.

---

lesione arrecata pari alla diminuzione di valore della *Res* e ciò implicava, come conseguenza logica, l'impossibilità di conseguire una liquidazione risarcitoria superiore al valore del bene intaccato dalla condotta. Tale prospettiva, sebbene particolarmente coerente con la logica sottesa alla funzione meramente compensativa e ripristinatoria della responsabilità civile, risultava nella maggior parte dei casi insoddisfacente nella misura in cui lasciava a carico del soggetto leso le ultronee ed ulteriori spese che concretamente miravano al veritiero ripristino dello *status quo ante* sotto un profilo complessivo.

È per tale ragione che il legislatore del 1942, proiettato ad un fine di riequilibrio delle sfere giuridiche sotto un profilo sia economico che equitativo, cristallizza agli art. 1223 e ss. del codice del 1942 la "teoria differenziale" faceva leva sui concetti di danno emergente e lucro cessante, voci del danno patrimoniale risarcibile e riconducibile a quelle lesioni immediate e dirette scaturenti dall'illecito, mettendo in luce, inoltre, che solo i danni – conseguenza sono ritenuti dall'ordinamento meritevoli di tutela risarcitoria. L'impostazione differenziale, per vero ancora oggi chiave di lettura del sistema dell'illecito, ha nel tempo subito qualche contemperamento dettato per lo più dall'esigenza di porre rimedio a danni non economicamente qualificabili e quantificabili con esattezza, come le fattispecie di danno non patrimoniale, morale ed esistenziale che sia. In tale occasione e per colmare tale lacuna sotto il profilo normativo si fece largo la teoria normativa del danno, che considerava lesione risarcibile quella che scaturiva da una condotta anti giuridica e posta in essere in violazione di norme tipizzate, riconducendo sotto l'egida dell'illiceità e risarcibilità una serie di danni non altrimenti quantificabili, come quelli afferenti alla sfera interiore e non strettamente patrimoniale e che, in quanto tali, non riescono ad incasellarsi perfettamente nelle coordinate di danno emergente e lucro cessante. Al fine di approfondire tale *excursus* dottrinale si tengano in considerazione A. DE CUPIS, *Il danno*, Giuffrè, Milano, III Ed., 1985; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985; L. CORSARO, *Voce Responsabilità civile I) Diritto Civile* in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1991, XXIV.

<sup>4</sup> La teoria economica del diritto rappresenta una scuola dottrinale che, sorta negli Stati Uniti d'America, aveva come ambizione quella di collegare osmoticamente l'evoluzione del sistema normativo a logiche economiche, invertendo quello che era il meccanismo validità – efficacia della norma. Secondo tale impostazione la disciplina giuridica più consona alla gestione e regolamentazione di un istituto non doveva essere quella strutturalmente corretta sotto il profilo dell'iter legislativo, ma quella in grado di raggiungere livelli di efficacia ed efficienza maggiori. Ovviamente l'approccio economico ha comportato una vera e propria rivoluzione dei presupposti del sistema che, rispondendo sempre più a logiche di bilanciamento matematico, ha comportato un copioso sviluppo di meccanismi assicurativi e privati di gestione dei rischi, dei sinistri e degli illeciti. Per ulteriori approfondimenti, cfr., *ex multis*, G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975; ID, *Cosa è l'analisi economica del diritto?* in Riv. Dir. Fin. Scienze Fin., 2007, I, pp. 843 ss.; AL-MURDEN, *Costo degli incidenti e responsabilità civile quarant'anni dopo. Attualità e nuove prospettive dell'analisi economica del diritto di Guido Calabresi* in Riv. Dir. Civ., 2015.

E, sebbene il legislatore abbia esplicitato la peculiarità che rende il pregiudizio risarcibile, cosa debba intendersi effettivamente per "ingiustizia" è stata la giurisprudenza ad investigarlo, giungendo dopo notevoli sforzi interpretativi alla concezione del danno *non iure* e abbandonando la più remota idea *contra ius*.<sup>5</sup> La preminente natura ripristinatoria rappresenta la pratica evoluzione della teorica distinzione tra danno - evento e danno - conseguenza, sancita a livello codicistico e dicotomia fondamentale per comprendere come il legislatore fascista abbia voluto disegnare i contorni dell'istituto risarcitorio. Risarcire un danno vuol dire, quindi, compensare e ripristinare le perdite conseguenti all'illecito, senza ulteriori valutazioni.

È vero anche, però, che utopico sarebbe considerare quello compensativo il solo scopo sotteso alla responsabilità civile: in tal senso, senz'altro fondamentale è la componente di deterrenza che assolve tale istituto.<sup>6</sup>

Invero, la semplice valutazione che un soggetto effettua quando agisce in una dimensione sociale e che indirizza le proprie scelte attraverso un bilanciamento costi/benefici ha già di per sé una spiccata potenzialità preventiva/deterrente. Tale prospettiva a maggior ragione esiste da quando la tecnologia e l'evoluzione scientifica sono divenute componenti connaturate alla vita quotidiana e hanno

---

<sup>5</sup> A tale definizione si giunge con la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999, un provvedimento storico che per la prima volta pose in evidenza la funzione costitutiva della disciplina dell'illecito fino a quel momento considerata meramente secondaria. La normativa di cui all'art. 2043 c.c., infatti, veniva considerata una dettame sanzionatorio non di tipo primario, cioè in grado di far sorgere diritti in capo ai singoli, bensì secondario cioè finalizzato al sanzionare la violazione di norme primarie (e costitutive) di posizioni meritevoli di tutela. Tale prospettiva attribuiva alla responsabilità civile una valenza meramente rimediabile, strumento preposto a risarcire danni derivanti da violazioni di precetti a monte stabiliti dal legislatore. L'innovativa presa di posizione del 1999 ribalta tale approccio rendendo autonomo il concetto di danno patrimoniale e ponendo in luce che la lesione è antigiuridica nella misura in cui non si presenta temperata da alcuna causa di giustificazione. Muta l'individuazione della posizione meritevole di tutela e dell'antigiuridicità della condotta che non è tale solo perché lesiva di un diritto preconstituito, ma che rischia di far scattare il rimedio risarcitorio in ragione dell'assenza di una valida ragione in grado di giustificare l'azione. L'ingiustizia per tale concezione non è più tale in quanto posta in essere contro un diritto tutelato dall'ordinamento (*contra ius*) ma in quanto priva di causa giustificatrice (*non iure*) e, quindi, in quanto contrapposta al comportamento lecito previsto dal codice, anche all'art. 2043 c.c. divenuto ormai clausola generale del sistema. Cfr. *ex multis*, A. FUCCI, *Il danno ingiusto alla luce della sentenza n. 500/1999 della Cassazione* in Resp. Civ., 2005, pp. 514 ss.

<sup>6</sup> Cfr. a tal proposito la ricostruzione effettuata da Autorevole dottrina che pone in evidenza come la componente di deterrenza sia ormai connaturata alla disciplina risarcitoria e che funge da completamento in una dimensione polifunzionale dell'illecito civile. F. DE LEO, *La dimensione sanzionatorio-deterrente della responsabilità civile: recupero reale o mera illusione?* In Resp. Civ. Prev., 2018, pp. 1531C ss.

sostanzialmente incrementato le ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>7</sup>, lasciando sullo sfondo e scevra di ogni incidenza la componente soggettiva che colora la condotta.

Certamente una corretta quantificazione dei costi eventuali rappresenta un notevole sprone per non porre in essere condotte illecite, ma può rivelarsi anche un'arma a doppio taglio nella misura in cui lascia al soggetto agente un margine di decisione nell'optare per un comportamento piuttosto che un altro, qualora il medesimo ravvisi un bilancio costi/benefici a suo favore.

In altri termini, la funzione deterrente svanisce quando al danneggiante conviene (in termini di utilità) porre ugualmente in essere la condotta illecita poiché l'eventuale compensazione dei danni è, in ogni caso, meno onerosa della perdita potenziale conseguente all'inerzia: in tale occasione, a ben vedere, si riespande la funzione squisitamente ristorativa e riparatoria del risarcimento che ha come fine il ripristino dello *status quo ante*.

Terza finalità riconducibile all'istituto dell'illecito civile è quella redistributiva: si tratta di una particolare *ratio* che ha come scopo lo spostamento del danno dalla sfera del danneggiato a quella del danneggiante. Tale meccanismo, che ben si descrive col concetto di "redistribuzione della ricchezza", ha la sua ragion d'essere nell'assoluta irrilevanza della componente soggettiva della condotta e nella necessaria tutela del soggetto leso nella sfera giuridica, in conseguenza di un'azione (o omissione) antigiuridica.

Il principio costituzionale della solidarietà di cui all'art. 2, da un lato, e la dimensione squisitamente economica del risarcimento del danno, ben distinta da quella penalistica e rieducativa, dall'altro, hanno reso nel tempo sempre più salda la *ratio* redistributiva dell'illecito, garantendo nel corso del tempo lo sviluppo di forme di prevenzione anche privatistiche, afferenti al sistema assicurativo.

Particolare attenzione, infine, merita l'ultima funzione individuata dell'istituto risarcitorio, quella punitiva, non tipizzata ed, anzi, sempre arginata dalla giurisprudenza sia di merito che di legittimità, ma che negli ultimi anni sta

---

<sup>7</sup> Uno dei principali fautori di tale impostazione fu P. TRIMARCHI, il quale intravide proprio nel mutamento dello stato di cose della quotidianità il necessario risvolto normativo: il codice del 1942, infatti, prendendo le distanze dai concetti di colpa e *iniuria* tipizzati in epoca romanistica, si emancipa dalla componente soggettiva rispondendo a logiche di riallocazione della ricchezza e ripristino dello *status quo* tentando di favorire il danneggiato nella rivalutazione del danno economico subito. La diffusione di attività rischiose e l'ampliamento del panorama civilistico e lavoristico non poteva ancora risultare imbrigliato in un concetto di responsabilità civile che attenzionava il danneggiante e non il danneggiato. Cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.



tornando prepotentemente al centro del dibattito.<sup>8</sup> L'idea che il risarcimento rappresentasse una punizione ha da sempre spaventato perché implicava una sovrapposizione tra area civile e penale, una contaminazione impedita principalmente dalla riserva di legge (art. 25 Cost.), che in Costituzione limita ed attribuisce la facoltà punitiva al solo legislatore penale, ed dalla distinta finalità delle differenti forme di sanzione.

Certamente negli ultimi anni il contesto appare mutato in ragione sia della frequente richiesta di delibazione di sentenze straniere,<sup>9</sup> sia delle innovazioni legislative che sembrano protendere ad un mutamento di prospettiva.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> *Ex multis*, A. MONTANARI, *Del risarcimento punitivo ovvero dell'ossimoro* in Eur. Dir. Priv., II, 2019, pp. 377 ss.

<sup>9</sup> La questione relativa alla delibazione di sentenze e provvedimenti stranieri che comportano la liquidazione nell'ordinamento italiano di danni ultracompensativi e punitivi rappresenta uno dei principali dibattiti che attirano l'attenzione di dottrina e giurisprudenza negli ultimi lustri. Invero, la peculiare evoluzione del meccanismo risarcitorio d'oltreoceano ha posto notevoli problemi di coordinamento palesatisi proprio nelle ipotesi di delibazione di sentenze per lo più statunitensi e riguardanti liquidazioni punitive.

Due sono stati i principali snodi giurisprudenziali in merito, dapprima la sentenza n. 1183 del 2007 con cui la Corte di Cassazione si è strenuamente opposta alla liquidazione di un risarcimento ultracompensativo scaturito da un sinistro stradale e commisurato dalla Corte Distrettuale della Contea di Jefferson (Alabama). In tale occasione, infatti, la Suprema Corte disegna i contorni dell'istituto della responsabilità civile, affermandone la natura monofunzionale e proiettata al ripristino dello *status quo ante*. L'indole dell'illecito civile è quindi compensativa e ristorativa, nulla a che vedere con la spropositata liquidazione di somme di danaro finalizzate all'esemplarità e alla deterrenza. Altrettanto significativa la presa di posizione di qualche anno più tardi: con la sentenza 1781 del 2012 la Corte di Cassazione ribadisce quanto affermato nel precedente provvedimento, conferma la violazione dell'art. 64 lett e) della legge 218 del 1995 e, quindi, l'incompatibilità con l'ordine pubblico delle sentenze aventi ad oggetto risarcimenti punitivi. Tale stato dell'arte muta, sebbene sotto un profilo concreto non significativamente, nel 2017 (sent. n. 16601) quando la Corte di Cassazione a Sezioni Unite afferma la non astratta incompatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano, ma ne fissa i paletti, ponendo l'attenzione sulla funzione della responsabilità civile non più unica ma comunque non finalizzata alla punizione, prerogativa questa del settore penale. Per approfondire il dibattito dottrinale cfr., *ex multis*, P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?* in *Danno Resp.*, 2007, XI, pp. 1125 ss.; S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, pp. 981 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna i punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia* in *Riv. Dir. Civ.*, 20017, I, pp. 383 ss.; V. SCALISI, *Illecito e responsabilità civile: fondamento e senso di una distinzione* in *Riv. Dir. Civ.*, VI, 2009, pp. 657 ss.; P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!* in *Corr. Giur.*, 2012, VIII, pp. 1070 ss.; G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio* in *Danno Resp.*, 2012, VI, pp. 609 ss. Cfr., inoltre, Corte Cass., Sez. Un., n. 16601 del 5 luglio 2017 in *Foro It.*, 2017, I, pp. 2630 ss., con nota di P. G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*; E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*.

<sup>10</sup> Il dibattito relativo ai danni punitivi non può, per opinione di chi scrive, prescindere dall'evoluzione legislativa che sempre più spesso assume prospettive che sfiorano l'idea di punizione e deterrenza anche in ambito civile. Sono frequenti spinte da parte del legislatore che



Giova, però, segnalare che anche prima che tale tendenza evolutiva si diffondesse, già a metà del secolo scorso la componente punitiva veniva utilizzata per spiegare la *ratio* sottesa al risarcimento del danno non patrimoniale, *ab origine* ricollegabile esclusivamente al danno derivante da reato ed, *ex art.* 185 c.p., ristorabile in sede civile secondo parametri equitativi.<sup>11</sup>

### 3. La *ratio* del danno non patrimoniale.

Tutto quanto asserito in merito alle funzioni ascrivibili alla responsabilità civile si colora di sfumature diverse quando si parla di pregiudizio non patrimoniale. L'ampia qualificazione del danno prevista nel codice Pisanelli non poneva problemi di sorta, incastrandosi perfettamente con l'essenza punitiva che permeava l'intera disciplina risarcitoria. Differente, invece, la regolamentazione del codice fascista che per la prima volta esplicitamente inseriva una normativa *ad hoc* prevista all'art. 2059 c.c., creando pertanto un sistema dicotomico e distinguendo il danno patrimoniale da quello non patrimoniale, che, originariamente connesso all'azione penale, ne appariva un completamento della tutela in caso di reati contro la persona. Tale dettame ha subito negli anni un notevole sviluppo e una vera e propria metamorfosi rispetto all'istituto come tipizzato dal legislatore del 1942.<sup>12</sup>

---

non tengono in considerazione l'*excursus* giurisprudenziale e che si trincerano dietro la volontà legislativa e, dunque, l'eccezionalità delle singole fattispecie. Molteplici sono le ipotesi di rimedi apprestati dall'ordinamento e che per e più svariate ragioni assumono una natura ibrida, poco chiara, tra questi giova ricordarsi dell'art. 614 *bis* c.p.c. e del 114 c.p.a, IV c. lett) e, nonché dell'art. 96 c.p.c., strumenti processuali finalizzati a prevenire e combattere comportamenti processuali scorretti o posti in essere in violazione di provvedimenti dell'autorità giurisdizionale. Alla stregua, di dubbia natura sono le nuove forme di responsabilità medica che si pongono in frizione con il sistema compensativo risarcitorio che, invece, lasciano che parametri come la gravità della condotta o il discostamento dalle linee guida divengano indici di valutazione della quantificazione del danno.

<sup>11</sup> Cfr. in tal senso, *ex multis*, G. PONZANELLI, *La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno patrimoniale* in Quest. Giust., I, 2018, pp. 114 ss.

<sup>12</sup> Il danno non patrimoniale è tipizzato all'art. 2059 c.c., norma che, criptica e asciutta, nulla dice su cosa debba intendersi per danno non patrimoniale e nulla spiega sul richiamo effettuato ai "casi determinati dalla legge". La sola peculiarità che emerge è collegata alla tipicità di tale forma di pregiudizio meritevole di tutela nei casi espressamente previsti e, a ben vedere, la sola ipotesi nota fin dalla stesura del codice fascista era quella riconducibile all'art. 185 c.p. che imponeva (ed impone tutt'oggi) il risarcimento del danno derivante da reato, quasi a voler stabilire un *pretium doloris* ricollegabile alla violazione di un precetto penale.

L'intervento della Corte Costituzionale sul finire degli anni '70 andò a sconvolgere lo stato dell'arte cristallizzato in epoca fascista, solleticando la giurisprudenza intenta a capire perché il danno alla salute, sancito nell'art. 32 della Costituzione, fosse meritevole di tutela solo ed esclusivamente in seguito ad un crimine. La dicotomica prospettiva proposta nel codice del 1942 orbitante intorno al danno patrimoniale (disciplinato all'art. 2043 c.c., atipico e risarcibile senza limiti di sorta) e quello non patrimoniale (*ex art.* 2059 c.c. tipico, criptico e solo eccezionalmente liquidabile) andava a

Sicuramente il profilo funzionale del danno non patrimoniale rappresenta il punto dolente dell'intera disciplina dell'art. 2059 c.c. principalmente in ragione della *ratio* sottesa al risarcimento del danno che il legislatore ha voluto tipizzare nel codice novecentesco e che non ben si attaglia al tale tipologia di pregiudizio. L'impossibilità di quantificare lesioni a beni immateriali e, soprattutto, le difficoltà relative alla prova rappresentano incognite che hanno sollecitato l'attenzione della giurisprudenza, rendendone complessa la sussunzione nella logica funzionale compensativa.

La necessità di individuare una corretta funzione anche del danno disciplinato all'art. 2059 c.c. ha spinto la dottrina a scandagliare varie teoriche impostazioni, tra cui le più rilevanti sono quella punitiva, quella satisfattiva (cd. mista) e quella, per vero poco seguita, di pena privata.

---

stridere con l'ormai consolidata visione antropocentrica del sistema normativo post Costituzione. Ed, infatti, fu proprio il dilemma relativo alla parziale risarcibilità del danno alla salute a mandare in crisi l'equilibrio dato, facendo spazio ad una forzatura delle maglie del sistema che riconduceva la necessaria tutela del bene salute al combinato disposto di cui ali artt. 32 e 2043 c.c. L'insoddisfacente lettura della disciplina, però, ha più volte imposto l'intervento della Corte Costituzionale che già nel 1986 (con la sent. 184) interviene sancendo la natura del danno alla salute di (eccezionale ipotesi di) danno - evento risarcibile *ex se* in caso di violazione e ricondotto a sistema dalla clausola aperta del 2043 c.c. Ulteriore step significativo è quello riconducibile poi alla sentenza Corte Cost. 233 del 2003, momento in cui la Corte supera l'identificazione del danno morale con quello non patrimoniale, aprendo uno spiraglio alla prospettiva più estensiva che intravedeva nell'art. 2059 c.c. un precetto in grado di tutelare tutti i diritti inerenti alla persona e sanciti nella Carta Costituzionale.

Il sistema acquista una bipolarità tutta nuova: le lesioni afferenti al patrimonio sono risarcibili *ex art.* 2043 c.c. e sulla base delle indicazioni normative di danno emergente e lucro cessante. Tutto quanto invece riguarda la tutela della persona confluisce nella disciplina tipizzata al 2059 c.c., ora clausola aperta anche a quanto sancito in Costituzione. Giova ricordare, inoltre, che all'elaborazione giurisprudenziale posta in essere dalla Corte Costituzionale parallelamente se ne avvicendava una posta in essere dalla Corte di Cassazione concentrata a valutare i limiti e la sostanza del concetto di danno non patrimoniale. Lungi dal voler appesantire ulteriormente la ricostruzione, è necessario inoltre richiamare le sentenze gemelle del 2008 che ancora oggi rappresentano lo spartiacque del sistema risarcitorio non patrimoniale e che, frazionando (solo descrittivamente) il danno non patrimoniale, hanno coniato ed estrapolato i concetti di danno morale subiettivo, danno biologico e danno esistenziale. Tale tripartizione, che sembra oggi lasciare il passo all'impostazione dicotomica danno - morale e danno dinamico - relazionale, rappresenta in ogni caso una mera componente speculativa finalizzata alla corretta qualificazione dei pregiudizi onde scongiurare un'ingiustificata duplicazione risarcitoria. Per una completa ricostruzione dell'evoluzione giuridica del danno non patrimoniale cfr., *ex multis*, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)* in Riv. Dir. Civ., 1957, I, 273 ss.; S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983; M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, Giuffrè, Milano, 1995; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano 2003; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011; P. ZIVIZ, *Di cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale* in Resp. Civ. Prev., 2018, pp. 0863C ss.

Secondo la prima ricostruzione - quella punitiva -<sup>13</sup> il danno non patrimoniale va oltre la mera logica di ripristino dello *status quo ante*: invero, la impossibilità ontologica di quantificare e liquidare l'esatto ammontare del pregiudizio arrecato e la presa in considerazione di fattori esogeni rispetto alla condotta - la gravità dell'azione, il vantaggio e/o il profitto conseguito dal danneggiante - lasciano intravedere una logica tutt'altro che compensativa.

Giova sottolineare che, se la impossibilità di provare e quantificare esattamente il danno è un dato oggettivo acquisito, il *quid pluris* che può intravedersi in tale impostazione è riconducibile all'elemento esterno che rappresenta una significativa componente del *quantum*, cioè la gravità dell'offesa e la riprovevolezza della condotta. Tali peculiari indici di valutazione appaiono una proiezione diretta della natura ibrida riconosciuta da tale dettame alla liquidazione *post* reato *ex art.* 185 c.p., ideata dal legislatore come completamento della tutela penalistica della persona.

Codesta impostazione, dal sapore penalistico e riconducibile ad una visione ancillare del risarcimento del danno rispetto alla tutela penale, ben presto lascia spazio alla teoria cd. Satisfattiva o mista, che ancora oggi va per la maggiore.

Secondo i fautori della teoria satisfattiva<sup>14</sup> la funzione da riconoscere al danno non patrimoniale è duplice: da un lato, apprestare un vero e proprio risarcimento per ripristinare lo *status quo ante*, non tanto sotto un profilo economico ma più che altro individuando una sorta di *pretium doloris* e, dall'altro, porre in essere quella sfumatura punitiva che l'ordinamento riserva alla lesione alla persona. Il punto di forza di tale impostazione è riconducibile alla capacità di fondere e condensare al suo interno i principi sia della teoria punitiva che di quella squisitamente compensativa.

I sostenitori della teoria satisfattiva, quindi, consapevoli dell'impossibilità di ristorare la posizione giuridica del soggetto leso ripristinando lo *status quo ante*, pongono al centro dell'attenzione la soddisfazione del dolore patito e, dunque, tentano di attribuire la giusta importanza alla componente emotiva del danno arrecato.

Pertanto, da un lato la scampata impunità del danneggiante e dall'altro la liquidazione di una somma equitativa rappresentano elementi idonei a sublimare

---

<sup>13</sup> Al fine di ricostruire tale impostazione cfr. A. PRINCIPATO, *Il danno non patrimoniale non biologico e la funzione, (non) meramente riparatoria, dal risarcimento del danno* in Riv. It. Med. Leg., 2015, pp. 1626 ss.; G. MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile* in Resp. Civ. Prev., 2008, I, pp. 188 ss..

<sup>14</sup> *Ex multis*, fautore di tale impostazione fu A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Giuffrè, Milano, 1972.

il danno sofferto dal soggetto leso, riequilibrandone la posizione. Il tutto ovviamente tenendo la dovuta distanza da qualsivoglia pena, prerogativa del sistema penale.

Per ragioni di completezza espositiva, infine, non può tralasciarsi l'impostazione secondo cui la liquidazione del danno non patrimoniale rappresenta la concretizzazione di una vera e propria pena privata.<sup>15</sup> Tale teoria, emersa sul finire degli anni '80 e considerata una reinterpretazione particolarmente atteggiata di quella satisfattiva, distinguendo il danno patrimoniale da quello non patrimoniale, ravvede in tale ultimo istituto lo spazio per l'applicazione di una vera e propria pena privata.

Il ragionamento sotteso a tale prospettiva è quello secondo cui poco rilievo assume il danno arrecato nella sfera giuridica altrui. L'individuazione di una precisa condotta contraria all'interesse della collettività è considerata già di per sé motivo sufficiente alla comminazione di una pena privata, che è tale proprio perché completamente svincolata dall'entità del pregiudizio subito da soggetto leso e dipendente esclusivamente dalla gravità della condotta. Il danno non patrimoniale assume, secondo tale impostazione, i contorni di un danno-evento, non da quantificare ma che diviene presupposto dell'insorgere della sanzione.

#### **4. Danno tanatologico: definizione ed evoluzione dottrinale.**

Il concetto di danno tanatologico aleggia nella dottrina italiana fin dai primi lustri del XX secolo, interessando in parte anche la giurisprudenza di legittimità che ha, da sempre, tentato di arginare il fenomeno.

L'idea di poter risarcire un danno da perdita della vita rappresenta una *non sense* sotto un profilo squisitamente giuridico e soprattutto in relazione al tipo di teoria risarcitoria che sposa l'ordinamento italiano.

Invero, la liquidazione di un simile pregiudizio assume un sapore punitivo, riconducibile più ad una logica preventiva e sanzionatoria che ad una meramente ripristinatoria, ragione per la quale già nel 1925, in occasione dell'istanza di riforma di un provvedimento della Corte di Appello di Palermo che aveva negato

---

<sup>15</sup> Massimo esponente della teoria che ravvedeva nella liquidazione del danno non patrimoniale una categoria di pena privata fu G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale* in (a cura di) F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985. L'autore in questione sosteneva la natura afflittiva di tale forma di liquidazione, pena che veniva attribuita in ragione della mera violazione del precetto legislativo, da cui solo successivamente scaturiva il danno.

la liquidazione del danno da morte in seguito ad un illecito del terzo, fu dalla Corte di Cassazione considerato irrisarcibile.<sup>16</sup>

Al di là di quella che può essere l'etichetta giuridica che delinea i contorni di tale forma di pregiudizio, tre sono sostanzialmente gli impedimenti all'ammissione del danno tanatologico nel contesto italiano che ci preme richiamare: in primo luogo, la qualificazione del medesimo come danno-evento; in secondo luogo, la natura acefala del pregiudizio e quindi del diritto al risarcimento; infine, l'assenza di un'esplicita tutela civilistica del bene - vita, che trova protezione solo nell'ambito del diritto penale.<sup>17</sup>

La responsabilità civile come delineata dal legislatore del 1942, infatti, avendo una funzione principalmente ristorativa e compensativa non può che liquidare danni che maturano nella patrimonio del danneggiato e che ne implicano una degradazione.<sup>18</sup>

La liquidazione di un danno da morte, così come inteso il danno tanatologico puro, comporta l'assenza di un vero e proprio pregiudizio "conseguenziale" in quanto la perdita della vita implica l'estinzione della sfera giuridica che sarebbe utile destinataria del risarcimento.

Torna in soccorso la distinzione strutturale tra danno-evento e danno-conseguenza: il solo pregiudizio risarcibile è quello che scaturisce da un fatto illecito e che comporta la modifica in senso peggiorativo dello *status quo ante* per il danneggiato; tale valutazione va effettuata in relazione alle conseguenze

---

<sup>16</sup> Cfr. Corte Cass., Sez. Un., n. 3475 del 22 dicembre 1925, in Foro it., 1926, I, c. 328. In tale occasione la Suprema Corte ha affermato "intanto è possibile l'esperimento iure hereditatis di un'azione di danni dipendenti dalla morte di una persona, in quanto il diritto al risarcimento fosse acquisito già a costei, nel momento del decesso. Ma se tali danni, in quanto derivanti dalla morte, non possono logicamente non essere a questa successivi, è evidentemente assurda la concezione, rispetto ad essi, di un soggetto originario di diritto che più non esisteva quando i medesimi si verificarono". Sulla base di tale considerazione la Corte ha concluso "un diritto di risarcimento può sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, e quindi non sorge in caso di morte immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa. La vittima non ha pertanto un diritto da trasmettere agli eredi".

<sup>17</sup> Per una disamina completa ed approfondita si tenga in considerazione A. VIGLIANISI FERRARO, *È risarcibile iure hereditario il danno da morte o il danno ("biologico irreversibile") da lesioni mortali?* in Rass. Dir. Civ., 2017, II, pp. 607 ss..

<sup>18</sup> In tal senso giova ricordare come Autorevole dottrina individua gli elementi caratterizzanti il danno risarcibile "Il danno deve essere a) danno - evento: il fatto deve essere imputato ad un responsabile; b) danno patrimoniale: la perdita sofferta dal danneggiato deve essere determinata secondo le generali regole del lucro cessante e danno emergente; c) danno ingiusto: è necessaria la lesione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento". Cfr. G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano* in Danno e Resp., 1998, VIII-IX, pp. 729 ss.

immediate e dirette (art. 1223 c.c. e 2056 c.c.) che scaturiscono dall'evento lesivo, ma non sono ricollegabili al fatto illecito in sé.

Il danno da perdita della vita, implicando per definizione l'assenza di un soggetto su cui riverberarsi, è esempio tipico e palese di danno - evento, per ciò solo è considerato dalla giurisprudenza un *escamotage* che consente agli eredi un ingiustificato arricchimento.

Strettamente collegato al primo è il secondo profilo problematico che afferisce al danno da morte: la natura di diritto acefalo.

In tal senso, infatti, il susseguirsi di danno ed evento implica la necessaria distinzione cronologica e temporale tra l'elemento del fatto e quello della lesione che, essendo distinti, non coesistono in caso di pregiudizio da morte, ma si accavallano. Nel momento esatto in cui l'illecito si consuma nella sfera del danneggiato lo stesso soggetto leso viene a mancare, impedendo di fatto la "maturazione del pregiudizio", idoneo presupposto alla liquidazione del medesimo.<sup>19</sup> In altri termini, quando c'è il titolare della sfera giuridica il danno ancora non si è verificato, mentre appena il pregiudizio si produce è il legittimo titolare del diritto leso che è già passato a miglior vita.

Tale fattispecie di lesione pone in evidenza con estrema chiarezza la duplice valenza di "danno" che è cristallizzata nella generica disciplina dell'illecito tipizzata nell'art. 2043 c.c., la dicotomia tra "danno ingiusto arrecato" e "danno da risarcire" definisce esattamente i termini del problema in questione.

Anche se, in ogni caso, non è la sola obiezione a cui va incontro il danno tanatologico.

La compensazione del danno da morte, infatti, incontra un ulteriore ostacolo che è quello meramente normativo: civilisticamente è ormai chiaro che il bene - vita e il bene - salute rappresentano beni giuridici differenti.

Tale presa di posizione, apparentemente scontata, è stata sancita in una sentenza della Corte Costituzionale del 1994 che, fermamente e per la prima

---

<sup>19</sup> Invero, a tal proposito giova ricordare quanto affermato da Carnelutti proprio per sottolineare la illogicità di una simile considerazione. Affermare, infatti, che per il solo venir meno della sfera giuridica il diritto leso quando il titolare era ancora in vita, non può che restare privo di qualsivoglia tutela rappresenta una vera e propria aberrazione, distonia del sistema che smussa i suoi spigoli solo per la particolarità della lesione di cui si discute ma che assumerebbe connotati paradossali qualora si discutesse di diritti patrimoniali. Come asserisce l'Autore «*la posizione è assolutamente identica a quella che si avrebbe qualora, nell'istante medesimo della morte, altro diritto dell'autore venisse violato: chi negherà all'erede, come tale, il diritto al risarcimento contro chi abbia, nell'atto stesso in cui Tizio moriva, rubato il suo portafoglio?*». Cfr. F. CARNELUTTI, *Natura del diritto dei superstiti nella legge contro gli infortuni* in Riv. Dir. Comm., 1914, I, pp. 403.

volta in maniera esplicita, asserisce che la morte non è la massima violazione del bene - salute bensì violazione dell'autonomo bene - vita.<sup>20</sup>

La questione giuridica che nel 1994 sollecitò l'attenzione del Giudice delle Leggi presentava profili particolarmente interessanti, sia in quanto poneva il luce il differente approccio tra Corte di Legittimità, fermamente ostile alla liquidazione di danni *iure hereditario*, e Corti di merito, che talvolta, invece, avallavano tale impostazione concedendo risarcimenti agli eredi in ragione della lesione patita in seguito alla perdita della vita; sia in quanto, partendo dalla precedente e innovativa sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986, emergevano con chiarezza le differenze tra il concetto di salute e quello di vita.

D'altro canto, però, per esplicita affermazione del Giudice delle Leggi *"La tutela non può attuarsi se non con la mediazione del sistema della responsabilità civile organizzato dall'ordinamento legislativo: sistema che solo il legislatore può modificare"*, pertanto l'elaborazione giurisprudenziale ha certamente innovativo potere, ma sempre limitato dalla volontà legislativa, volontà che ad oggi continua a vedere nell'istituto del risarcimento del danno una forma di compensazione e ristorazione e non una punizione.

Ed infatti il limite - come del resto asserito dalla Corte Costituzionale - è *"strutturale"* nella misura in cui la responsabilità civile nel nostro ordinamento impone come requisiti imprescindibili del fenomeno risarcitorio la sussistenza della sfera giuridica su cui si ripercuote il danno e la presenza di perdite collegate in via immediata e diretta al fatto illecito.

In verità, la presa di posizione della Corte non ha sopito la diatriba, sempre aperta principalmente in ragione della inconcepibile assenza di qualsivoglia tutela del bene - vita sotto un profilo squisitamente civilistico.

Il dibattito dottrinale relativo all'ammissibilità del danno tanatologico, vivo fin dagli inizi del '900, ha visto la contrapposizione di due impostazioni, una assolutamente contraria e la cui prospettiva è riassumibile facendo riferimento

---

<sup>20</sup> Come sostenuto nella sentenza del '94: «...sebbene connesse, la seconda essendo una qualità della prima, vita e salute sono beni giuridici diversi, oggetti di diritti distinti, sicché la lesione dell'integrità fisica con esito letale non può considerarsi una semplice sottopotesi di lesione alla salute in senso proprio, la quale implica la permanenza in vita del leso con menomazioni invalidanti», pertanto erroneo è il voler risarcire il danno tanatologico come massima lesione scaturente dall'art. 32 della carta costituzionale. Cfr. Corte Cost., n. 372 del 27 ottobre 1994 in Foro it., 1994, I, 3297 ss., con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*; in Giust. civ., 1994, II, 3029 ss., con nota di F. BUSNELLI, *Tre "punti esclamativi", tre "punti interrogativi", un "punto e a capo"*. Cfr., inoltre, C. CASTRONOVO, *Da Corte Costituzionale 184/1986 a Corte Costituzionale 372/1994* in Resp. Civ. Prev., 1997, pp. 269 ss.



proprio alle tre obiezioni finora illustrate; l'altra, invece, favorevole sebbene con alcune precisazioni.

Fautore della teoria che ammette la legittima liquidazione del danno da morte fu G. Giannini<sup>21</sup> che, attraverso la riqualificazione del medesimo, ha tentato di ricondurre ad una logica al sistema.

Secondo tale autore, invero, il pregiudizio in questione, lungi dall'essere mero corrispettivo per la perdita della vita, rappresenta la compensazione del cd. "Danno biologico da lesione mortale".

In altre parole, non è la morte che diviene oggetto di risarcimento, bensì la lesione che pone in essere un processo di degenerazione fisica e mentale che sfocia nell'esito fatale. Osservandola da tale punto di vista la questione assume un differente valore: non si va a quantificare il bene - vita, bensì il bene - salute che viene irreversibilmente intaccato.<sup>22</sup>

Secondo tale lettura sistemica, si tratta non certo di un danno - evento bensì di un danno - conseguenza, ciò in ragione di un approccio scientifico secondo il quale solo in due specifiche occasioni si verifica la morte immediata di un soggetto, quelle riconducibili al fenomeno della decapitazione e dello spapolamento del cervello.

In tutte le altre ipotesi di lesione, da cui scaturisce la morte, sussiste comunque un lasso di tempo più o meno considerevole che consente la maturazione del pregiudizio nella sfera giuridica del morituro.

Ne deriva, pertanto, che il pregiudizio matura nella sfera giuridica di un soggetto ancora vivo, garantendo il corretto consolidamento del diritto al risarcimento che

---

<sup>21</sup> Cfr. per ulteriori approfondimenti G. GIANNINI, *Il danno alla persona come danno biologico*, Giuffrè, Milano, 1986. Per tale autore è la rilevanza del bene leso che impone la rivalutazione di una simile forma di risarcimento, pertanto non è la valutazione del pregiudizio in sé a rilevare ma la gravità dell'antigiuridicità della condotta. A medesima conclusione giunge anche A. MONTEL, *Problemi della responsabilità e del danno*, Cedam, Torino, 1971, il quale poneva proprio in evidenza la fisiologica sussistenza di un lasso di tempo intercorrente tra la lesione e il trapasso, di per sé sufficiente a far consolidare il danno nella sfera giuridica del morituro e la consequenziale trasmissione agli eredi. In parziale accordo con tale presa di posizione anche C. MAZZOCCA e M. L. MONATERI, *La responsabilità civile, con particolare riferimento alla circolazione stradale*, Giuffrè, Milano, 1981. Secondo tale impostazione, infatti, la lesione andrebbe risarcita e quindi trasmessa *iure hereditatis* poiché l'entità del bene leso non può rimanere privo di rimedio risarcitorio a maggior ragione in virtù del fatto che la liquidazione implica di per sé un *quid pluris* del patrimonio che viene trasmesso.

<sup>22</sup> Tale prospettiva però presta il fianco ad un'immediata critica da parte di coloro i quali non considerano risarcibile neanche tale forma di pregiudizio in ragione della natura personalissima, ed in quanto tale intrasmissibile, del diritto alla salute. Giova però segnalare che l'approccio secondo il quale in ambito di danno non patrimoniale ciò che viene ad essere trasferito e trasmesso agli eredi è la mera pretesa creditoria è stato più di una volta ribadito dalla Corte di Cassazione, III Sez. Civ., recentemente anche attraverso la sent. n. 52 del 10 gennaio 2012.



solo successivamente rientra nell'asse ereditario. Giova, del resto, ricordare che, anche qualora si volesse ipotizzare la ammissibilità di un danno da morte quello che diviene oggetto di successione non è la lesione del bene in sé, per definizione personalissimo ed insuscettibile di trasmissione, ma il diritto di azione e, quindi, l'eventuale credito che dalla medesima potrebbe scaturire.

### **5. *Segue...* l'evoluzione giurisprudenziale.**

Il danno tanatologico non solo è stato al centro del dibattito dottrinale ma, negli ultimi decenni, è prepotentemente rientrato nelle aule di tribunale nelle più disparate vesti, sollecitando qualche anno fa nuovamente l'attenzione della Corte di Cassazione.

L'approccio a tale tipologia di pregiudizio è da sempre stato scettico nella misura in cui, tenendo ben a mente la irrisarcibilità del danno - evento e la esclusiva risarcibilità di quella conseguenza, lo stesso appariva privo di ogni appiglio normativo e quindi non liquidabile per definizione. È però degli anni '90 la diffusione della cd. Teoria compromissoria, in seguito alla presa di posizione della Corte Costituzionale (sent. 372/1994) che ha ravvisato nella sofferenza dei parenti del *de cuius* una posizione risarcitoria meritevole di tutela ma esclusivamente *iure proprio*.

Tale lettura sistematica, ancora una volta, lascia priva di ogni ristorazione la perdita della vita e quindi il danno tanatologico che si potrebbe, pertanto, qualificare come irrilevante nella sua dimensione privatistica.

La morte della persona cara, quindi, diviene significativa sotto il profilo risarcitorio sia qualora venga a mancare il meccanismo reddituale di mantenimento, comportando un vero e proprio danno economico; sia qualora il pregiudizio sia proiezione del dolore del parente sopravvissuto che deve elaborare il lutto e la mancanza della persona cara.

Lo stato dell'arte, però, muta radicalmente quando la giurisprudenza di legittimità, sollecitata anche dalla Consulta, ridisegna i confini del danno non patrimoniale che tra gli anni '80 e '90 vive una vita nuova, proiettata verso orizzonti prima inconcepibili.

La tutela ampliata ravvisata nella disposizione costituzionale di cui all'art. 2 riesce a dare colore ad una serie di esigenze risarcitorie andando ben oltre i precetti tipizzati e cristallizzati nel codice. Inizia, insomma, una fase sperimentale nell'elaborazione dell'illecito civile, in cui il *focus* degli addetti ai lavori si sposta dalla valutazione del diritto leso, alla qualificazione del danno meritevole in quanto tale di compensazione.

In tale momento storico, dunque, anche il sempreverde dibattito relativo alla ammissibilità del danno tanatologico riemerge e si incammina in un solco differente, di larghe vedute e che fraziona la posizione giuridica del morituro individuando diverse tipologie di pregiudizio che attengono non solo al bene vita, ma anche alla lesione fisica e psicologica che precede la morte, divenendo pregiudizio risarcibile.

Il danno da morte rientra prepotentemente in scena e si fraziona, quindi, in tre diverse voci: il danno biologico terminale, il danno catastrofico ed il danno tanatologico puro, quest'ultimo ancora oggi privo di qualsivoglia tutela civile.<sup>23</sup> La dicotomica prospettiva (danno biologico terminale e danno catastrofico) riprende la distinzione tra lesione del diritto alla salute nella componente -rispettivamente- fisica e psichica: la pregiudizievole situazione del morituro, pertanto, ancora una volta passa attraverso la tutela apprestata dal viatico costituzionale dell'art. 32.

Il danno biologico terminale<sup>24</sup> rappresenta la sfumatura biologica del danno da morte che richiede come *condicio sine qua non* la sopravvivenza del soggetto

---

<sup>23</sup> A livello descrittivo si tenga in considerazione, tra le più recenti, la sentenza della Cassazione n. 22451 del 2017 in cui la Suprema Corte asserisce: «*i danni non patrimoniali risarcibili alla vittima, trasmissibile iure hereditatis, posso pertanto consistere: a) nel danno biologico*» (cd. *Danno terminale*) *determinato dalla lesione al bene salute quale danno - conseguenza consistente nei postumi invalidanti che hanno caratterizzato la durata concreta del periodo di vita del danneggiato dal momento della lesione fino all'exitus: l'accertamento del danno-conseguenza è questione di fatto e presuppone che le conseguenze pregiudizievoli si siano effettivamente prodotte, necessitando a tal fine che tra l'evento lesivo e il momento del decesso sia intercorso un "apprezzabile lasso temporale"* (cfr. *Cort. cass. Sez. III, sent. n. 1877 del 30 gennaio 2006; ID, Sez. III sent. 15491 del 8 luglio 2014; ID Sez III sent. n. 22228 del 20 ottobre 2014; ID Sez III, sent. N. 23183 del 31 ottobre 2014*);

*b) nel "danno morale cd soggettivo" (cd. "danno catastrofico"), consistente nello stato di sofferenza spirituale od intima (paura o patema d'animo) sopportato dalla vittima nell'assistere al progressivo svolgimento della propria condizione esistenziale verso l'ineluttabile fine-vita: anche in questo caso, trattandosi di danno - conseguenza, l'accertamento dell'"an" presuppone la prova della "cosciente e lucida percezione" dell'ineluttabilità della propria fine (cfr., Cort. cass. Sez. III, sent. n. 6754 del 25 marzo 2011; ID, Sez. III sent. n. 7126 del 21 marzo 2013; ID Sez III, sent. n. 13537 del 13 giugno 2014)*». Cfr., Corte Cass., Sez. III, n. 22451 del 27 settembre 2017.

<sup>24</sup> Al fine di approfondire il danno biologico terminale è bene richiamare una delle sentenze che *illo tempore* individuò gli elementi peculiari di tale forma di pregiudizio e cioè, da un lato, la "lesione del bene salute" (e non del bene vita, distinto e autonomo) e, dall'altro, l'intercorrere di un "apprezzabile lasso di tempo" tra l'illecito e l'esito fatale; cfr., quindi, Cass. civ., sez. III, n. 870 del 17 gennaio 2008: «*in caso di lesione dell'integrità fisica con esito letale, un danno biologico risarcibile in capo al danneggiato, trasmissibile agli eredi, è configurabile solo se la morte sia intervenuta dopo un apprezzabile lasso di tempo, sì da potersi concretamente configurare un'effettiva compromissione dell'integrità psicofisica del soggetto leso, non già quando la morte sia sopraggiunta immediatamente o comunque a breve distanza dall'evento, giacché essa non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute, ma lesione di un bene giuridico diverso, e cioè del bene della vita*» in Riv. It. Med. Leg., 2008, pp. 1195 ss..

leso per un "apprezzabile lasso di tempo". Proprio circa tale presupposto per molto la giurisprudenza si è interrogata vista la ampia autonomia delle singole Corti di merito che spesso, sovrapponendo il concetto di tempo con quello di intensità, hanno emanato sentenze nettamente discordanti, talvolta tenendo in considerazione la sofferenza di poche ore e talaltra sminuendo e non risarcendo quella di quasi 24 ore.<sup>25</sup>

Differente profilo problematico, invece, è quello proposto dal cd. Danno catastrofico:<sup>26</sup> tale pregiudizio si concretizza nella cosciente e lucida agonia che accompagna il danneggiato il quale ben percepisce lo spegnersi della vita, attendendo "catastroficamente" la fine dell'esistenza.

Dubbio al centro del dibattito giurisprudenziale è stato per questa forma di lesione, da un lato, l'individuazione di un termine valido alla percezione della sofferenza e, dall'altro, della effettiva lucidità e coscienza dell'agonia.<sup>27</sup>

In tale caso, certamente, l'aumento della ore di sopravvivenza implica l'aumento della sofferenza e della conseguente lesione che si parametrizza proprio sulla consapevolezza dell'imminente fine della vita. Per tale ragione, dubbio si poneva

---

<sup>25</sup> In tal senso, è bene segnalare l'assenza di una prospettiva unanime in relazione alla corretta qualificazione del cd. "apprezzabile lasso di tempo", concetto che la giurisprudenza in maniera poco chiara richiama fisiologicamente in ambito di liquidazione del pregiudizio biologico terminale. Cfr., Cass. 19 ottobre 2007 n. 21976, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 313 ss.; Corte Cass. 30 giugno 1998 n. 6404, in *Danno e resp.*, 1999, pp. 323 ss. Come affermato da Autorevole dottrina, si tratta di "un triste valzer delle ore", D. ZORZIT, *La perdita di chance ed il "danno da morte": prove tecniche di resistenza e nuovo scenari* in *Danno e resp.*, 2009, pp. 1122 ss.

<sup>26</sup> Cfr., per comprendere l'impostazione della Corte di Cassazione in relazione al danno catastrofico, Corte Cass. III Sez. Civ., n. 4783 del 4 aprile 2001: «*Questa Corte ritiene che la motivazione debba essere accurata e circostanziata: ed in vero, posto che le lesioni mortali, conducono, secondo la esperienza medico legale psichiatrica, alla presenza di un danno "catastrofico", per intensità, a carico della psiche del soggetto che attende lucidamente l'estinzione della propria vita (danno considerato dalla psichiatria nord americana nella scala DSM III degli eventi psico-sociali stressanti, di sesto livello, che è quello più elevato) essenzialmente come "sofferenza" esistenziale e non già come dolore, occorre riflettere (come del resto, metodologicamente, propone la stessa Consulta, quando considera il danno psichico riflesso delle vittime secondarie come danno psichico riconducibile sotto l'art. 2059 c.c.: si veda Corte Cost. sent. Num 372 del 1994 e successiva ordinanza del 1996 n. 293) sulla diversa natura del danno fisico, del soma e delle funzioni vitali, dove l'apprezzamento della durata attiene alla stessa esistenza del danno (come "quantum" apprezzabile) e del danno psichico, pur esso prodotto da lesioni mortali, come danno catastrofico, la cui intensità può essere apprezzata dalla vittima, pur nelle residue speranze di vita. Nel danno psichico non è solo il fatto a determinare la patologia, ma è la stessa intensità della sofferenza e della disperazione*» in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, pp. 555 ss..

<sup>27</sup> Per quanto concerne il danno catastrofico, la giurisprudenza talvolta ha liquidato risarcimenti anche in caso di mancata lucidità del soggetto leso e morituro, ciò in considerazione della intensità della sofferenza presunta nel lasso di tempo trascorso, anche in stato comatoso. In tale senso rileva la presa di posizione della Corte Suprema, cfr., Corte Cass., III Sez. Civ., n. 18305 del 1 dicembre 2003 in *Danno Resp.*, 2004, pp. 143 ss.

per l'ipotesi in cui il soggetto compromesso nello stato di salute andava incontro alla morte in stato di incoscienza o versando in stato di coma: anche in tal caso la giurisprudenza di merito ha spesso preso le distanze dalla categorica giurisprudenza di legittimità, sempre ferma nella sua posizione negazionista.<sup>28</sup> Diverso, infine, il percorso evolutivo del cd. Danno tanatologico puro, quello cioè scaturente *sic et simpliciter* dalla perdita della vita. Tale lesione, non tutelata civilisticamente, viene ancora oggi considerata irrisarcibile in quanto esempio palese di danno - evento e lontano completamente da qualsivoglia logica compensativa.

### 6. La presa di posizione della Corte di Cassazione.

La feroce ostilità dimostrata dalla giurisprudenza di legittimità nei confronti dell'ammissibilità del danno tanatologico puro si smorza allorché nel 2014 il Cons. Scarano della III Sezione della Corte di Cassazione pone nuovamente l'attenzione sulla questione relativa alla risarcibilità del danno da morte in caso di immediato esito, facendo leva per lo più sulla illogicità di un sistema che tutela la lesione alla salute ma non al bene vita, contenitore del primo<sup>29</sup>.

Tale provvedimento, di fondamentale importanza nell'*excursus* giurisprudenziale, ha messo in risalto come il sistema normativo tuteli la salute *tout court*, tralasciando completamente il bene - vita e dando luogo ad una contraddizione paradossale.

Il Consigliere, invero, intravede l'implicito dettame da cui desumere la protezione del bene -vita richiamando il combinato disposto di cui agli artt. 2 e 27 della carta costituzionale, tutela che sebbene evanescente nel nostro ordinamento, è invece esplicita e chiara nella Costituzione Europea, che all'art. 62 sancisce: "Ogni persona ha diritto alla vita".

---

<sup>28</sup> Estremamente interessante inoltre, è l'evoluzione sotto il profilo della quantificazione dei due pregiudizi ed in particolare di quello biologico terminale. Tali forme di pregiudizi erano lasciati alla quantificazione della corte di merito che procedeva secondo un apprezzamento equitativo. Tale stato di cose è parzialmente mutato con l'emanazione delle Cd. Tabelle Milanesi nel 2018 che ha cercato di imbrigliare l'organo giudicante dando delle indicazioni di massima da seguire e dei parametri da rispettare. Certamente il problema resta aperto per il danno catastrofico, mentre per quello biologico terminale sembra aver aggiunto un ulteriore tassello al suo sviluppo. Per ulteriori approfondimenti cfr., L. G. AVENA, *Il danno da morte* in *Danno Resp*, II, 2019, pp. 198 ss.

<sup>29</sup> Corte Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 720, con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Di bianco o di nero: la «querelle» sul danno da morte*; R. SIMONE, *Il danno per la perdita della vita: «die hard» 2.0*; di R. CASO, *Il bene della vita e la struttura della responsabilità civile*; di C. MEDICI, *Danno da morte, responsabilità civile e ingegneria sociale*.

Ebbene, sulla medesima scia che ha consentito l'ampliamento della tutela dei diritti non patrimoniali, non può che sollecitarsi una nuova prospettiva che appresti la dovuta tutela al bene - vita.

Secondo quanto emerge dal testo della sentenza del 2014, il continuo frazionare e reinventare ipotesi di pregiudizio (ad opera della giurisprudenza) che gravitano intorno al concetto di danno tanatologico rappresenterebbero segnali di allarme e spie dell'instabilità di un sistema che, impostato sul danno come valutazione differenziale, lascia privo di strumenti di protezione la vita del singolo.

In altri termini, un sistema così contemplato privilegia la tutela al bene salute ed ignora il bene vita che però rappresenta il presupposto dell'integrità stessa, sia essa fisica che mentale.

Si tratta di una significativa incongruenza se solo si considera che in caso di illecito da parte del terzo la morte rappresenta una conseguenza del medesimo, conseguenza per lo più eziologicamente collegata: pertanto, assicurare tutela nella prima fase del fatto illecito ma non nella parte patologicamente più pregnante appare un *non sense*.

Maggiore diviene il paradosso, poi, se si tiene conto della pretesa di individuare un limite al concetto di risarcibilità del diritto facendo riferimento a categorie non aprioristiche, ma giuridicamente ricostruite dalla giurisprudenza e che la medesima giurisprudenza ravvede come limite per se stessa.

In tal senso, pensare che la risarcibilità del danno tanatologico sia da escludere in ragione dell'impostazione secondo la quale solo i danni - conseguenza, ma non i danni - evento, possono essere destinatari di rimedio risarcitorio rappresenta una rigidità logica: in campo giuridico qualunque principio ammette ipotesi eccezionali, deroghe che scaturiscono soprattutto dalla valutazione della rilevanza del bene che puntano a proteggere.

Ed, infatti, l'ammissibilità del risarcimento del danno da perdita della vita non rende di per sé ammissibile l'ipotesi di un danno *in re ipsa*: in altre parole, si tratta di un'eccezione che confermerebbe la regola e che farebbe leva sulla rilevanza del bene in questione, ma senza andare a delineare un distinto regime probatorio, inaccettabile per i danni non patrimoniali in genere che vanno in ogni caso allegati e provati.

Certamente la meritevolezza della tutela risarcitoria afferente al bene - vita destabilizza il cristallizzato dibattito circa la funzione della responsabilità civile che la giurisprudenza conferma avere una sola finalità di matrice compensativa e ristorativa, lasciando che nel danno tanatologico riecheggi qualche spiraglio punitivo e retributivo.

A ben vedere, tale scenario non necessariamente è reale nella misura in cui ciò che si trasmette agli eredi non è la lesione bensì il diritto a chiedere il risarcimento e, quindi, oggetto di trasmissione diviene "la ragione di credito" che scaturisce dalla perdita della vita, bene tutelato oggettivamente a prescindere dalla lucida o incosciente perdita.

A tale originale ed innovativa lettura fa seguito una ordinanza di rimessione alla Sezioni Unite redatta dal Cons. Travaglino che, proprio sulla scia della nuova fotografia dello *status quo*, intravede i tempi maturi per coinvolgere nuovamente la formazione plenaria della Suprema Corte auspicando il consolidarsi di tale prospettiva.

Nel marzo 2014, infatti, in seguito ad una richiesta risarcitoria da parte dei familiari di una donna deceduta in seguito a sinistro stradale, viene sollecitato un nuovo dibattito per le Sezioni Unite, muovendo dal presupposto secondo cui il diritto alla vita non può rimanere privo di tutela civilistica: essendo destinatario di risarcimento il *minus* (lesione della salute), non si può ignorare il pregiudizio occorso al *maximum* (vita).<sup>30</sup> Secondo il Consigliere Travaglino, la presa di posizione di Scarano aveva palesato l'insorgere di un conflitto in seno alla Corte Suprema, l'apertura di un dibattito che poteva andare a scardinare la posizione cristallizzata fin dal 1925 che considerava irrisarcibile il danno da perdita immediata della vita.

A tale *questio iuris* la Corte di Cassazione risponde con estrema decisione, ma anche cercando di ridimensionare il dubbio rendendolo pregiudizialmente subordinato ad una più ampia questione che è quella riconducibile alla liquidazione di pregiudizi punitivi, distanti dalla logica compensativa e quindi svincolati dalla prova dell'illecito.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Corte Cass., III Civ., Ord. Rimessione n. 5056 del 4 marzo 2014 in Foro It., 2014, I, c. 719 ss..

<sup>31</sup> La Corte di Cassazione in occasione della sentenza a Sez. Unite del 2015 ha posto in evidenza come la ammissibilità del danno tanatologico sia legata a doppio filo con la incompatibilità sistematica delle liquidazioni punitive. In altri termini, emerge dalla sentenza che la struttura di danno – evento del danno tanatologico riporta quest'ultimo in una dimensione di fisiologica irrisarcibilità proprio perché si tratta di pregiudizio non coerente con la logica riparatoria che bilancia e risarcisce i solo danni – conseguenza. Sotto tale prospettiva, pertanto, il danno da morte assume i connotati di una liquidazione punitiva, svincolata da qualsivoglia *ratio* riallocativa e ristorativa, ma propensa solo a redarguire un comportamento illegale. Proprio utilizzando tale premessa la Corte di Cassazione ha affermato che non sussistendo i margini per la delibazione di una sentenza straniera contenente la liquidazione di un danno punitivo, alla stregua non può ammettersi il risarcimento del danno tanatologico puro, in quanto ontologicamente incompatibile con il sistema italiano. Ovviamente la Corte di Cassazione in fase di stesura di suddetta sentenza non poteva immaginare che appena un paio di anni più tardi anche la giurisprudenza si sarebbe, sebbene con molta cautela, avvicinata alla idea di risarcimento polifunzionale e con sfumature

La Corte, nel luglio 2015,<sup>32</sup> procede ad una fotografia del sistema e prende spunto da quelle che sono le funzioni oggi attribuite all'istituto della responsabilità civile, non più asservita alle logiche sanzionatorie e deterrenti che imbrigliavano l'operatore del diritto agli inizi del '900, ma proiettata verso una *ratio* riparatoria e compensativa che, dopo aver abbandonato i principi di colpa e soggettività della condotta, mira a ripristinare l'equilibrio economico e sociale. L'avvento della Carta Costituzionale ha, in tal senso svolto, un notevole compito permeando, con l'art 2 e il relativo principio di solidarietà, l'intero sistema liquidatorio improntato ad una logica anche di riequilibrio sociale, oltre che meramente economico.<sup>33</sup>

Il punto di frizione più evidente col pregiudizio da morte è rappresentato dall'assenza di un titolare della sfera giuridica lesa da tale lesione: ribadiscono le Sezioni Unite che il danno da morte, infatti, non è lesione massima del bene giuridico salute, bensì autonoma lesione del bene vita, si tratta di due differenti

---

deterrenti e punitive. L'innovativo approdo del 2017 in tema di *punitive damages* crea, pertanto, oggi un nuovo problema di coordinamento nella giurisprudenza della Suprema Corte.

<sup>32</sup> Corte Cass., Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 15350, in Foro it., 2015, I, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*; di R. CASO, *Le sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*; di R. SIMONE, *La livella e il (mancato) riconoscimento del danno da perdita della vita: le sezioni unite tra principio di inerzia e buchi neri nei danni non compensatori*. Cfr., inoltre, F.D. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che ... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"* in Corr. giur., 2015, 1203; M. BONA, *Sezioni Unite 2015: no alla «loss of life», ma la saga sul danno non patrimoniale continua* in Resp. civ. prev., 2015, 1530; V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana* in Danno resp., 2015, 889; di M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no ...* in Danno resp., 2015, pp. 899; G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico* in Danno resp., 2015, pp. 909 ss.; L. D'ACUNTO, *Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita* in Nuova giur. civ. comm., 2015, I, 1008.

<sup>33</sup> L'avvento della Carta Costituzionale rappresenta una significativa svolta sotto il profilo normativo e sociale, nonché politico: la stesura del testo, successivo rispetto ai codici e della maggior parte delle norme settoriali fondamentali nel contesto italiano ed ancora oggi in vigore, ha rappresentato una sorta di filtro la cui funzione reinterpretativa ha consentito prospettive nuove. In particolar modo i primi articoli della Costituzione, quelli incentrati sui diritti dei singoli, sono divenuti ben presto strumenti per poter rileggere adeguatamente quanto tempo addietro fu cristallizzato nei codici, appartenenti ad un'epoca differente ma ancora oggi validi e attuali proprio grazie alla interpretazione costituzionalmente orientata. Formidabile strumento di dialogo anche con gli ordinamenti internazionali e sovranazionali, la Costituzione promuove una visione al centro della quale esiste l'uomo e i suoi diritti, come singolo e come collettività, palesando la necessità di contemperare le esigenze economiche e quotidiane con quelle, certamente più rilevanti, cristallizzate nella Carta Costituzionale. *"La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come primari dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto"* cfr., C. Cost., 85 del 9 aprile 2013. Per un approccio giuridico-filosofico, cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi ed., Torino, 2005.



beni giuridici. Ebbene con il trapasso è il la sfera giuridica del leso che si estingue e, quindi, se da un lato non matura proprio il pregiudizio perché manca il tempo valido al consolidamento del danno patrimoniale e non patrimoniale, dall'altro i soli che godrebbero della liquidazione risarcitoria sarebbero di fatto i congiunti che però risultano già destinatari di compensazione di danni parentali, patrimoniali e non.

Per la Suprema Corte, la funzione preminente della responsabilità è quella compensativa, posizione talmente cristallizzata da non intravedere spiragli neanche per la delibazione di sentenze straniere aventi ad oggetto danni puntivi. Una simile finalità stride con la liquidazione di un pregiudizio che non avrebbe concreti risvolti ripristinatori, lasciando alla disciplina penale la tutela del bene vita.

Per ottenere un risarcimento è necessario che la perdita sia rapportata "ad un soggetto che sia legittimato a far valere il credito risarcitorio", pertanto come sostiene la giurisprudenza in maniera univoca fin dalla sentenza 1925 "l'irrisarcibilità deriva dall'assenza di un soggetto al quale sia collegabile la perdita".

Il risultato dell'ammissibilità di una simile liquidazione risarcitoria, sebbene riconducibile alla necessità etica e sociale di riconoscere adeguata tutela al bene vita, implica come concreto risvolto quello di arricchire gli eredi del defunto, già *iure proprio* destinatari di un risarcimento per danno parentale o morale.<sup>34</sup> La

---

<sup>34</sup> Il danno parentale rappresenta una forma di danno morale subiettivo particolarmente atteggiata, afferisce pertanto a quella schiera di pregiudizi che confluiscono nella disciplina di cui all'art. 2059 c.c. e che si palesano nel momento in cui il superstite metabolizza la perdita di una persona cara, fattispecie rilevante quando la scomparsa del parente è conseguenza di un illecito da parte di un terzo. Prendendo in prestito quanto affermato recentemente dalla Corte di Cassazione "Il danno da perdita del rapporto parentale, infatti, viene definito come quel danno che va al di là del crudo dolore che la morte in sé di una persona cara, tanto più se preceduta da agonia, provoca nei prossimi congiunti che le sopravvivono, concretandosi esso nel vuoto costituito dal poter più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio, tra fratello e fratello, nel non poter far più ciò che per anni si è fatto, nonché nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i superstiti", Corte Cass., Sez. III, Ord. n. 9196 del 13 aprile 2018 in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it). A ben vedere, inoltre, estremamente interessante si è rivelata l'evoluzione del concetto di danno parentale in relazione al principio di ordine pubblico internazionale, in particolar modo per quanto concerne la tutela risarcitoria da morte di un prossimo congiunto quando lo svolgimento del processo richiede l'applicazione del diritto internazionale privato e il conseguente dialogo tra ordinamenti distinti. In tal senso si prendano in considerazione, *ex multis*, M. CASORIA, "Per aspera sic itur ad astra": la risarcibilità del danno "parentale" assurge a principio di ordine pubblico internazionale in Foro It., 2014, I, c. 2909 ss.; F. PERSANO, La risarcibilità del danno parentale quale principio di ordine pubblico internazionale nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione in Resp. Civ. Prev., 2014, pp. 154 ss.;



rilevanza del bene vita, da un lato, e la predisposizione di una sanzione penale, dall'altro, non conducono - secondo la Corte di Cassazione - alla necessità di garantire una liquidazione del danno tanatologico, non assumendo il principio di integrale riparazione del danno valore costituzionale,<sup>35</sup> ma soprattutto non essendo previsto a livello normativo che la tutela civilistica vada a coadiuvare la sanzione penale predisposta dal legislatore.

Inoltre, l'individuazione dell'evento morte come conseguenza, fissando un tempo mediano entro il quale la lesione alla vita si consolida in morte, lascia indietro concettualmente la lesione alla vita in sé facendo riesperire ancora una volta la compromissione del bene salute, vanificando l'essenza del danno tanatologico. Infine, al di là delle molteplici valutazioni effettuate dalla Corte di Cassazione, il nodo da sciogliere dell'intera questione resta sempre il medesimo da ricondurre alle funzioni che la responsabilità civile assolve e la verosimile sussistenza di una natura polifunzionale per l'illecito extracontrattuale.

## 7. Conclusioni.

Sulla base di quanto sinora affermato sono doverose alcune considerazioni.

La liquidazione del danno tanatologico e la ammissibilità del medesimo è strettamente consequenziale all'idea e alla impostazione funzionale della responsabilità che sposa l'ordinamento italiano.

Pensare di poter affrontare un ragionamento autonomo e svincolato dalla *ratio* dell'illecito contrattuale ed extracontrattuale è un'utopia, soprattutto in ragione della particolarità del pregiudizio in questione.

Partendo da tale presupposto, quindi, bisogna concretamente domandarsi quale sia la funzione sottesa all'istituto del risarcimento del danno e se quella compensativa, cristallizzata nel codice, sia effettivamente la sola da ricondurre alla disciplina dell'illecito.

Invero, se si condivide un'impostazione di responsabilità monofunzionale, proiettata ad una liquidazione compensativa col solo scopo di ripristinare lo *status quo ante* principalmente sotto un profilo economico, vien da sé che in tale ambito non possa sussistere altra logica che quella ripristinatoria.

---

M. MAZZOLA, *Danno morale da lesione del rapporto parentale e ordine pubblico internazionale (obliando il principio iura novit curia)* in Nuova giur. civ. comm., 2014, I, pp. 150 ss..

<sup>35</sup> In merito alla corretta qualificazione del valore del principio di integrale riparazione del danno si tenga in considerazione quanto affermato da G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno* in (a cura di) M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006.

Del resto una simile concezione è da sempre avallata sia dal codice, che poco o nulla dice esplicitamente ma che ha tipizzato una concezione di danno differenziale (art. 1223 c.c. e ss.), sia dalla giurisprudenza di legittimità, che strenuamente e con vigore continua da lustri a cassare qualsivoglia provvedimento che lasci intuire un cambiamento di rotta in tal senso.

A tal proposito però una considerazione è necessaria: se realmente il risarcimento del danno, a valle, e la responsabilità civile, a monte, presentano una *ratio* squisitamente compensativa e tale natura è la sola che dall'ordinamento può desumersi (come addirittura affermato a più riprese dalla Corte di Cassazione), giova domandarsi come sia possibile che il legislatore continui a coniare innovazioni legislative dai connotati ibridi e dalle funzioni miste senza che le scure della Corte Costituzionale calino, dichiarandone l'illegittimità per contrarietà all'ordine pubblico.

Del resto, in più di un'occasione, la ragione per la quale la Corte di Cassazione si è opposta alla delibazione di sentenze straniere aventi ad oggetto danni punitivi era proprio la contrarietà delle medesime all'ordine pubblico internazionale, facendo presente che l'idea meramente compensativa della responsabilità civile è parte di quello zoccolo duro dell'ordinamento italiano di cui non è possibile far a meno e che non può per nessuna ragione subire deroghe.

E allora delle due l'una: o si rinvigorisce ancora una volta la teoria secondo cui il risarcimento del danno non può che avere il solo fine di liquidare pregiudizi ripristinando lo *status quo ante*, tranciando ogni fattispecie di nuovo conio che confligge con tale impostazione - senza però trincerarsi dietro la eccezionalità di un precetto che previsto legislativamente ritrova in tale origine degna ragione alla sua particolare fattezze -; oppure si rivede l'idea del principio inderogabile che impedirebbe forme di risarcimento diverse da quello meramente compensativo, principio invero non supportato da nessun precetto della Costituzione.

Giova pertanto aderire ad una prospettiva moderna, che abbandona la natura monofunzionale della responsabilità e che elevi tale istituto a meccanismo di tutela minimo, per ciò solo asservito a funzioni di volta in volta prescelte.

Altro profilo degno di nota è quello secondo cui il risarcimento del danno tanatologico sarebbe da escludersi in ragione della particolare natura del medesimo, assimilabile ad un danno - evento ed in quanto tale, per l'ordinamento italiano, irrisarcibile.

Ebbene, tale affermazione certamente corretta in ragione di quanto cristallizzato nel codice civile che sottolinea la compensazione di danni che siano "conseguenze immediate e dirette" del fatto illecito, è stata già posta in dubbio quando, in occasione della rilettura del sistema scaturente dalla sent. 184 del 1986, la Corte Costituzionale definì il danno alla salute forma particolarmente atteggiata di danno *ex se*, quindi danno - evento, che eccezionalmente veniva tutelato attraverso il combinato disposto di cui agli artt. 32 Cost. e 2043 c.c.

In tale frangente fu palesato che, in casi particolari, anche la tipizzata irrisarcibilità del danno - evento non è di per sé ostativa alla previsione di ipotesi eccezionali e derogatorie, tenendo ovviamente in considerazione la natura del bene da tutelare e il risultato pragmatico che si intende perseguire.

In altri termini, sia il richiamo alla diversa funzione della responsabilità civile sia l'eccezione sollevata in ragione della natura di danno - evento del pregiudizio da morte, non appaiono ragioni sufficienti ad escludere categoricamente la risarcibilità *a priori* di tale fattispecie.

Da ciò po' concludersi che certamente le motivazioni riconducibili alla inammissibilità del danno tanatologico non hanno un valore squisitamente giuridico.

Piuttosto, bisognerebbe verificare l'impatto che i risarcimenti scaturenti dalla morte di un soggetto in seguito ad un illecito avrebbero sotto il profilo economico e politico. Certamente uno scenario di questo genere aprirebbe la strada a notevoli problemi, conducendo il sistema ad un vero e proprio collasso economico: l'assenza, infatti, di una rete assicurativa dalle maglie tese e strette in grado di ammortizzare frequenti liquidazioni ultracompenso darebbe luogo ad un *impasse* da cui sarebbe molto difficile venir fuori.

## La tormentata storia del contratto di leasing: anche prima della dichiarazione di fallimento si applica l'art. 72 *quater* della legge fallimentare

di **Francesca Maria LEO\***

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. La questione giuridica. 3. Il contratto di leasing prima dell'intervento normativo. 4. Il cambio di rotta della giurisprudenza di legittimità. 5. Osservazioni finali alla luce del nuovo CCI. 6. Non è tutto ora quel che luccica.

**ABSTRACT:** *Today, the leasing contract still continues to be talked about, rather to summarize in few words the history of such particular, as well as fascinating and widespread a contractual case, the most suitable expression would be "quiet before the storm". The quiet is the one left to us by the thorough work of interpretation provided by the jurisprudence which, in the absence of an organic intervention by the legislator, has impeccably reconstructed the discipline applicable to the contractual operation; the storm is instead given by the new argumentative path provided by the rulings in comment, univocally inspired by the now unitary configuration of the lease expressed with the latest legislative interventions.*

### 1. Premessa.

Nell'affrontare la tematica degli effetti della crisi d'impresa sui rapporti pendenti l'operatore del diritto non può assolutamente prescindere dall'esame di quella che, nella prassi, risulta essere una tra le operazioni negoziali più importanti per il regolare svolgimento dell'attività imprenditoriale: il riferimento è al contratto di leasing che ormai, da anni, si pone al centro di un intenso dibattito dottrinale, nonché di una corposa ricostruzione giurisprudenziale, che pare tuttavia aver trovato un suo punto d'arrivo, decisamente rivoluzionario, nelle recenti decisioni della Cass. civ.<sup>1</sup>

E in effetti, le ultime pagine di questa appassionante storia, se da un lato paiono

---

\* Abilitata all'esercizio della professione forense; Cultrice della materia in diritto commerciale e diritto della crisi d'impresa presso L'Università del Salento; membro della Sezione Commerciale della Camera Civile Salentina.

<sup>1</sup> Il riferimento è alle seguenti pronunce: Cassazione civile sez. I, 10/07/2019, n.18545, Cassazione civile sez. I, 10/07/2019, n.18543; Cassazione civile sez. I, 29/03/2019, n.8980.

porsi in netto contrasto con quello che oramai costituiva l'orientamento giurisprudenziale tramandatoci sino ai tempi più recenti, dall'altro risultano essere perfettamente in sintonia col percorso legislativo che ha finalmente assegnato al contratto di leasing una sua specifica disciplina. La parola "fine", tuttavia, si preannuncia essere ancora lontana.

## 2. La questione giuridica.

L'interrogativo posto alla S.C. nelle recenti pronunce in commento è il seguente: qual è la disciplina applicabile all'inadempimento dell'utilizzatore nel contratto di leasing verificatosi antecedentemente alla dichiarazione di fallimento. Al fine di dar soluzione all'interrogativo appena posto preme sintetizzare le circostanze fattuali che hanno caratterizzato le vicende che occupano.

Orbene, dalla lettura dei casi che hanno interessato le pronunce della Corte di Cassazione inauguranti il nuovo filone giurisprudenziale, si evince una sequenza circostanziale simile che lega le vicende come una sorta di unico *fil rouge*: più nello specifico, si rinviene, rispettivamente, la stipulazione di un contratto di leasing finanziario, il successivo inadempimento da parte dell'utilizzatore, la conseguente risoluzione contrattuale e, infine, la declaratoria fallimentare dell'impresa utilizzatrice. In entrambe le pronunce, inoltre, la società concedente agiva contro la mancata ammissione al passivo del credito così come domandato. Più precisamente, in un caso, il concedente chiedeva applicarsi una clausola pattizia intercorsa tra le parti secondo la quale in caso di risoluzione anticipata per inadempimento dell'utilizzatore, i canoni versati fino al momento della risoluzione sarebbero rimasti al concedente e per la quale l'utilizzatore avrebbe dovuto corrispondere i canoni scaduti sino alla data della risoluzione; veniva inoltre prevista la possibilità per il concedente di richiedere il pagamento dei canoni ancora a scadere (ed attualizzati), dedotto l'eventuale importo ricavato dalla vendita del bene (o da altra forma di ricollocazione) ovvero il valore del bene ricavato da perizia di stima. Nelle altre vicende, invece, la parte chiedeva l'ammissione al passivo per un importo pari al capitale residuo, oltre ai canoni scaduti e non pagati, in forza della generale applicabilità del disposto normativo di cui alla L. Fall., art. 72 *quater*, anche al contratto di leasing già risolto prima della dichiarazione di fallimento.

La soluzione fornita da entrambi i giudici di primo grado muoveva da una duplice premessa: la qualificazione della fattispecie contrattuale in termini di leasing traslativo e la sua risoluzione antecedentemente alla dichiarazione di fallimento; in virtù di tali presupposti le vicende non potevano essere disciplinate dall'art.

72 *quater* L. Fall. escludendo che la disposizione normativa in esame, in ragione della specialità della *sedes materiae* in cui la norma stessa è collocata, potesse avere una portata generale, confermando, pertanto, il costante orientamento giurisprudenziale, secondo cui la materia avrebbe dovuto essere regolata esclusivamente mediante la disposizione codicistica contenuta all'art. 1526 del c.c. Ebbene, secondo tale norma, inderogabile a detta dei giudici di merito, nel caso di inadempimento dell'utilizzatore, il concedente è tenuto alla restituzione dei canoni già corrisposti, salvo il riconoscimento di un equo compenso in ragione dell'utilizzo dei beni, oltre al risarcimento dei danni. A ciò faceva seguito il rigetto della domanda di insinuazione al passivo e della successiva domanda di opposizione, con conseguente proposizione del successivo ricorso per Cassazione.

### **3. Il contratto di leasing prima dell'intervento normativo.**

L'esame delle linee argomentative poste dalla S.C. diviene occasione per lo scrivente di volgere lo sguardo a quella che risulta essere stata la storia che ha caratterizzato tale particolare figura contrattuale la quale ha visto nel tempo accrescere sempre di più la propria importanza, soprattutto nella prassi imprenditoriale. È bene marcare, tuttavia, che la regolamentazione di tale fattispecie negoziale, come un puzzle, vede i suoi pezzi incastrarsi pian piano grazie all'attività interpretativa e minuziosa della giurisprudenza in assenza di una sua tipizzazione da parte del legislatore.

Il contratto di leasing, come la stessa denominazione suggerisce, si sviluppa in territorio anglosassone per diffondersi in Italia soltanto a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso acquistando rapidamente tipicità sociale<sup>2</sup>, in considerazione della sua notevole diffusione nella pratica commerciale e della conseguente rilevante importanza economica e sociale acquisita.

Appare opportuno a tal punto effettuare una premessa: quando ci si riferisce

---

<sup>2</sup> Cfr. G. LO CASCIO, *Codice commentato al fallimento, sub. art. 72 quater L. Fall.*, IV ed., Ipsoa, 2017, p. 978 che evidenzia come "nella legge fallimentare, risalente al 1942, non esisteva ovviamente una norma che regolasse la sorte del leasing pendente nel fallimento di una delle parti (...). Fino alla metà dell'anno 2006, pertanto, il rapporto pendente di leasing in caso di fallimento, (...) è stato regolato mediante l'applicazione analogica di regole introdotte per la disciplina di altri rapporti contrattuali"; e ancora cfr. D. VALENTINO, *Commentario del codice civile – Dei singoli contratti- Leggi collegate-* volume V, Torino, UTET Giuridica, 2011, p. 472, che parla di "«operazione» diffusasi nella realtà economica con profili di novità tali, rispetto alle fattispecie contrattuali in qualche modo utilizzabili come raffronto, da indurre ripetutamente, sia la dottrina che la giurisprudenza, ad indicare come «impellente e necessario» l'intervento legislativo di recepimento nel sistema giuridico nazionale, in funzione di una disciplina organica e di una esatta qualificazione giuridica".

all'operazione di leasing, l'utilizzo del termine "operazione" evoca di per sé una complessità strutturale della fattispecie, e dunque, il riferimento è, in tali casi al c.d. leasing finanziario<sup>3</sup>. Per tali ragioni, la dottrina e la giurisprudenza hanno operato, tradizionalmente, una distinzione tra quella che è la forma che potremmo indicare come più elementare, il c.d. leasing operativo, e quella che risulta essere la modalità maggiormente complessa, senonché anche più diffusa nella realtà economica: il leasing finanziario.

Ebbene, ricorre la prima ipotesi quando la vicenda contrattuale risulta avere carattere bilaterale in quanto è lo stesso produttore che concede in locazione il bene all'utilizzatore dietro il pagamento di canoni<sup>4</sup>; la seconda categoria, invece, concerne un'operazione, di natura prettamente finanziaria, trilaterale, che vede protagonisti il produttore del bene, una società di leasing e l'utilizzatore finale<sup>5</sup>. Più precisamente, la società concedente procederà ad acquistare il bene dal produttore concludendo un contratto di leasing con l'utilizzatore. Dal contratto sorgerà per la società l'obbligo di concedere il bene in godimento all'utilizzatore per un determinato periodo di tempo, il quale si obbligherà a versare, periodicamente, dei canoni. Alla scadenza, l'utilizzatore potrà optare, alternativamente, tra la restituzione del bene, la rinnovazione del contratto stesso, o l'acquisto del prodotto<sup>6</sup>. Appare chiaro, dunque, l'evidente vantaggio che l'imprenditore intende perseguire tramite la stipulazione di un siffatto accordo: ottenere la disponibilità di risorse necessarie e fondamentali per lo svolgimento dell'attività d'impresa evitando la dismissione di liquidità per il loro acquisto e, contemporaneamente, non correndo il rischio di subire la rapida

<sup>3</sup> Cfr. D. VALENTINO, *op.cit.* pp. 485-486.

<sup>4</sup> In tal senso Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 15/02/2005, n.60 in *Ragiusan 2005*, 253/254, 140, Tribunale Milano, 19/05/1980 in *Fallimento 1981*, 541.

<sup>5</sup> Sulla natura giuridica del contratto di leasing finanziario si veda Cassazione civile sez. un., 05/10/2015, n.19785 in *Banca Borsa Titoli di Credito 2017*, 1, II, 20 secondo cui "L'operazione di leasing finanziario si caratterizza per l'esistenza di un collegamento negoziale tra il contratto di leasing propriamente detto, concluso tra concedente ed utilizzatore, e quello di fornitura, concluso tra concedente e fornitore allo scopo (noto a quest'ultimo) di soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, in forza del quale, ferma restando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale".

<sup>6</sup> Per una ricostruzione su tale tipologia contrattuale cfr. R. CALVO, *Manuale teorico-pratico di diritto civile*, Padova, Cedam, 2018, p. 1147; cfr. F. MACARIO, A. ADDANTE, *Contratti formulario commentato profili civilistici e tributari*, Ipsoa, 2018 pp. 1796 ss. In questi termini Cassazione civile sez. un., 05/10/2015, n.19785 in *Giustizia Civile Massimario 2015* secondo cui "L'operazione di leasing finanziario si caratterizza per l'esistenza di un collegamento negoziale tra il contratto di leasing propriamente detto, concluso tra concedente ed utilizzatore, e quello di fornitura, concluso tra concedente e fornitore allo scopo (noto a quest'ultimo) di soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa".

obsolescenza tecnologica dei beni<sup>7</sup>.

Soffermandosi sulla seconda tipologia di leasing, ovvero sia il leasing finanziario, è noto ai più come l'individuazione delle regole ad essa applicabile abbia subito un'ulteriore opera di assestamento tramite la nota bipartizione giurisprudenziale tra leasing di godimento e leasing traslativo. La prima tipologia ha ad oggetto quell'operazione finalizzata quasi esclusivamente al mero godimento di beni, destinati per loro natura a non conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto, dietro pagamento di canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso effettuato. Il leasing traslativo è invece proiettato all'alienazione finale del bene tant'è che l'ammontare dei canoni pagati non sconta solo il godimento del bene ma costituisce una anticipazione del prezzo finale<sup>8</sup>.

La distinzione giuridica così tracciata, lungi dall'essere una mera disquisizione teorica, determina una serie di effetti nell'ipotesi in cui quell'operazione contrattuale, durante la sua naturale evoluzione, cada in una fase c.d. patologica e una delle parti, nello specifico, l'utilizzatore, risulti essere inadempiente. È proprio in tale specifica situazione che la ricostruzione offerta dalla giurisprudenza sortisce i suoi principali effetti; e allora, nel leasing di godimento dove il canone ha natura di compenso per l'utilizzo del bene, troverà applicazione la disciplina dei contratti di natura periodica o continuata di cui all'art. 1458 c.c., con conseguente diritto del concedente a trattenere i canoni già riscossi in quanto funzionali all'uso che di quel prodotto è stato già effettuato; nel leasing traslativo la regola è, invece, quella sancita dall'art. 1526 c.c. tracciata con riguardo alla vendita con riserva di proprietà, comportando, nel caso di inadempimento dell'utilizzatore, la restituzione dei canoni già corrisposti, salvo il riconoscimento di un equo compenso in ragione dell'utilizzo dei beni, oltre al risarcimento dei danni: in tal caso, infatti, il canone ha natura di corrispettivo del futuro trasferimento, cosicché alla scadenza del periodo fissato il bene conserva un valore residuo particolarmente apprezzabile<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. F. MACARIO, A. ADDANTE, *op.cit.*, pag. 1796 ss.

<sup>8</sup> *Ex multis* cfr. Cassazione civile sez. I, 13/12/1989, n.5570 in *Riv. notariato 1990*, 1483; Cassazione civile sez. III, 14/11/2006, n.24214 in *Giust. civ. Mass. 2006*, 11; Cassazione civile sez. III, 25/01/2011, n.1748 in *Guida al diritto 2011*, 12, 49 (s.m); Cassazione civile sez. III, 27/03/2014, n. 7212 in *Diritto & Giustizia 2014*; Cassazione civile sez. III, 30/09/2015, n. 19532 in *Diritto & Giustizia 2015*, Cassazione civile sez. III, 23/05/2019, n. 13965 in *Giustizia Civile Massimario 2019*.

<sup>9</sup> In tal senso cfr. Cassazione civile sez. III, 27/09/2011, n.19732 in *Giust. civ. Mass. 2011*, 9, 1351; Corte di Cassazione Civile, sez. III, 12/07/2018, n.18326 in *Diritto & Giustizia 2018*, 13 luglio; Tribunale Milano sez. VI, 15/10/2018, n.10331 in *Redazione Giuffrè 2018*.



Tale costante orientamento giurisprudenziale, pervenuto sino ai giorni nostri, è risultato, inoltre, immune agli interventi legislativi che, al contrario, hanno inteso ricostruire la fattispecie negoziale del leasing in termini unitari: il riferimento è proprio all'art. 72 *quater* della L. Fall. che ha trovato il proprio ingresso nell'ordinamento col D. Lgs. n. 5 del 2006, art. 59. Anche in tali occasioni, la giurisprudenza ha ritenuto comunque valevole la distinzione pocanzi tracciata e ciò in forza della specialità della norma fallimentare orientata a disciplinare non la risoluzione del contratto di leasing *tout court*, bensì il caso specifico in cui il contratto risulti ancora pendente alla dichiarazione di fallimento e si sciogla in forza di una scelta precisa posta in essere dal curatore fallimentare<sup>10</sup>.

#### **4. Il cambio di rotta della giurisprudenza di legittimità.**

È nel momento in cui la storia del leasing pareva aver trovato una sua pacifica definizione e disciplina grazie all'interpretazione fornita dalla S.C. che irrompe il nuovo indirizzo giurisprudenziale: un mutamento, quello introdotto dalle suddette recenti decisioni, resosi necessario a seguito della scelta del legislatore di procedere alla tipizzazione e definizione unitaria del contratto di locazione finanziaria<sup>11</sup>; del resto, occorre puntualizzare che, già nelle aule di giustizia di

<sup>10</sup> In tal senso cfr. Cassazione civile sez. III, 26/06/2019, n.17061; Cassazione civile sez. I, 28/11/2018, n. 30820; Cassazione civile sez. VI, 18/06/2018, n.15975 in *Giustizia Civile Massimario 2018*; Cassazione civile sez. III, 29/04/2015, n.8687 in *Giustizia Civile Massimario 2015*; Cassazione civile sez. I, 09/02/2016, n.2538 in *Diritto & Giustizia 2016, 10 febbraio*.

<sup>11</sup> Occorre ricordare che prima dell'intervento legislativo del 2017 non esisteva nel nostro ordinamento una disciplina organica del contratto di leasing, ma numerosi richiami in disposizioni legislative settoriali, nello specifico: nell'ambito della normativa speciale contenente la previsione di alcuni interventi pubblici nell'economia (Intervento straordinario nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-198), qualificando come locazione finanziaria "le operazioni di locazione di beni mobili ed immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta od indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine delle locazione dietro versamento di un prezzo prestabilito" (art. 17, L. 2 maggio 1976, n. 183). Il leasing viene altresì preso in considerazione dagli artt. 1, comma 2, n. 3 e 106 del D.Lgs. n. 385 del 1993, che riserva le operazioni di locazione finanziaria alle banche e agli altri intermediari finanziari, dalle disposizioni in materia di usura (L. 7 marzo 1996, n. 108), dalla normativa anticiclaggio (L. 5 luglio 1991, n. 197), che prevede determinati requisiti soggettivi per le società di leasing, dalle numerose disposizioni che disciplinano il trattamento fiscale del leasing. Vi è poi la L. n. 259 del 1993 di ratifica della Convenzione Unidroit sul leasing finanziario internazionale sottoscritta il 26 maggio 1988, avente l'obiettivo di armonizzare le differenti legislazioni degli stati contraenti in materia di leasing, la quale disciplina il leasing finanziario internazionale e si applica ai rapporti di leasing fra soggetti con sede di affari in stati contraenti diversi aventi ad oggetto beni mobili strumentali (equipment), con esclusione dei beni usati dall'utilizzatore per usi personali, familiari o domestici.

Sia pure entro tali limiti, la convenzione ha rilevanza determinante, in quanto contiene una definizione del leasing finanziario come quell'operazione nella quale una parte (il concedente) stipula un contratto (il contratto di fornitura) sulla base delle indicazioni di un'altra parte

alcuni Tribunali, si era iniziata a farsi strada progressivamente una diversa interpretazione tesa ad abbondare la tradizionale distinzione<sup>12</sup>.

Le linee argomentative poste dalla S.C. muovono da una premessa fondamentale la quale costituisce il cuore nevralgico delle pronunce in esame: il legislatore ha manifestato in più occasioni, l'ultima con la Legge per il mercato e la concorrenza n. 124 del 2017<sup>13</sup>, la volontà di fornire una definizione unitaria e armonica del contratto di leasing finanziario, distinta dal contratto di vendita con riserva di proprietà. Ed in effetti, già la norma fallimentare di cui all'art. 72 *quater* aveva costituito una chiara presa di posizione in tal senso, non solo perché aveva dettato una disciplina scevra da qualsivoglia dicotomia ma, per di più, poiché aveva specificatamente preso le distanze dalla vendita con riserva di proprietà, il cui scioglimento trovava la propria disciplina nel successivo art. 73, tramite il rinvio alla norma di cui all'art. 1526 c.c.

Una precisazione è tuttavia d'obbligo: non si tratta di attribuire carattere retroattivo - in assenza di norme di diritto transitorio - alla nuova disciplina portata dalla L. n. 124 del 2017, ma di fare concreta applicazione della c.d. interpretazione storico-evolutiva, secondo cui una determinata fattispecie negoziale, per quegli aspetti che non abbiano esaurito i loro effetti, in quanto non siano stati ancora accertati e definiti con statuizione passata in giudicato, non può che essere valutata sulla base dell'ordinamento vigente, posto che l'attività ermeneutica non può dispiegarsi "ora per allora", ma all'attualità. E dunque, procede la Corte, l'ordinamento vigente ci mostra una precisa presa di posizione del legislatore che non può continuare ad essere ignorata ad appannaggio della precedente interpretazione, sorta in un tempo in cui il contratto di leasing trovava la propria tipizzazione soltanto sul piano sociale: soluzione legislativa che, pertanto, produce i suoi effetti inevitabilmente sulle situazioni pregresse non ancora definite. Lasciatasi alle spalle quella che era la precedente scelta ermeneutica, di carattere meramente interpretativo, conseguenza diretta e immediata di tale nuova ricostruzione è l'applicazione

---

(l'utilizzatore), con un terzo (il fornitore) in base al quale il concedente acquista impianti, materiali o altri beni strumentali alle condizioni approvate dall'utilizzatore e stipula un contratto (il contratto di leasing) con l'utilizzatore dando a quest'ultimo il diritto di usare il bene contro il pagamento di canoni. Per un richiamo all'*excursus* normativo cfr. Tribunale Bologna sez. IV, 24/02/2018, n. 598.

<sup>12</sup> Cfr. Tribunale Bologna sez. IV, 24/02/2018, n. 598.; Trib. Treviso, 19.1.2012; Trib. Udine, 10.2.2012; Trib. Torino, 23 aprile 2012, in *Fall. 2/2013, 229*; Trib. Milano, 22.11.2007, in *Banca, Borsa e titoli di credito, 2008*.

<sup>13</sup> La novella ha introdotto una definizione del contratto di leasing finanziario seguita dalla disciplina relativa agli effetti e alle conseguenze della risoluzione per inadempimento.

dell'art. 72 *quater* L. Fall. anche ai casi di risoluzione del contratto di leasing per inadempimento dell'utilizzatore intervenuta precedentemente alla dichiarazione di fallimento; ciò in quanto, la disposizione fallimentare, pur dettata in relazione a quella particolare ipotesi in cui lo scioglimento del contratto di leasing derivi da una scelta del curatore e non dall'inadempimento dell'utilizzatore, è del tutto coerente con la fisionomia oramai assunta dall'operazione negoziale e con la disciplina della risoluzione dettata dalla nuova normativa<sup>14</sup>. La norma fallimentare rispecchia dunque precise scelte normative, dirette a definire il leasing come una tipologia contrattuale ben distinta dal contratto con riserva di proprietà: l'opzione legislativa estende, pertanto, la propria rilevanza anche al di fuori di quello che è l'ambito propriamente concorsuale.

Alla luce di tale ricostruzione, alcuna rilevanza assume oramai il ricorso in via analogica alla disciplina recata dall'art. 1526 c.c.; il principio di diritto espresso dalla Corte prevede che, in caso di fallimento dell'utilizzatore, il concedente avrà diritto alla restituzione del bene e dovrà insinuarsi al passivo fallimentare per poter vendere o allocare il bene e trattenerne, in tutto o in parte, l'importo incassato; la vendita avverrà a cura dello stesso concedente, previa stima del valore di mercato del bene, disposta dal giudice delegato in sede di accertamento del passivo.

Sulla base del valore di mercato del bene, come stabilito in forza della stima menzionata, sarà determinato l'eventuale credito della curatela nei confronti del concedente o il credito, in moneta fallimentare, di quest'ultimo, corrispondente alla differenza tra il valore del bene ed il suo credito residuo, pari ai canoni scaduti e non pagati ante-fallimento ed ai canoni a scadere, in linea capitale, oltre al prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione; eventuali rettifiche, sulla base di quanto effettivamente realizzato dalla vendita del bene, potranno farsi valere in sede di riparto.

##### **5. Osservazioni finali alla luce del nuovo CCI.**

Da ultimo, ma non meno importante, esigenze di completezza impongono di fare un accenno, come del resto effettuato dalla stessa S.C., alla nuova disciplina della crisi d'impresa intervenuta col recente D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e che entrerà pienamente in vigore il prossimo anno. Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza si pone perfettamente in linea con la normativa vigente in tema di leasing (art. 72 *quater* L. Fall. e L. n. 124 del 2017), la quale

---

<sup>14</sup> In tal senso si vedano l'art. 1 comma 138 della legge 124 del 2017 e l'art. 72 *quater* della L. Fall.

ha previsto una configurazione unitaria dello stesso e una disciplina sostanzialmente eguale in tema di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore e di scioglimento del rapporto per scelta del curatore. E dunque, conformemente a quanto già previsto, anche nella liquidazione giudiziale, in caso di scioglimento del contratto, il concedente avrà diritto alla restituzione del bene e sarà tenuto a versare alla curatela fallimentare l'eventuale differenza tra la maggiore somma ricavata dalla vendita a valori di mercato, rispetto al credito residuo in linea capitale. Il *lessor*, inoltre, avrà diritto di insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data di apertura della liquidazione giudiziale e quanto ricavabile dalla nuova allocazione del bene secondo la stima disposta dal G.D., salvo conguaglio in sede di riparto da determinare secondo il ricavato effettivo. La novella, pertanto, conferma la precisa presa di posizione del legislatore definitivamente superando la dicotomia espressa dal precedente indirizzo giurisprudenziale, nonché, il ricorso in via analogica alla disciplina recata dall'art. 1526 c.c.

#### **6. Non è tutto ora quel che luccica.**

Mettere la parola "fine" alla storia così come raccontata non pare, tuttavia, la scelta più opportuna. E in effetti, se le argomentazioni proposte dai recenti approdi giurisprudenziali paiono consegnarci un quadro chiaro, dubbi sorgono sulla sua stabilità. La conferma è data proprio dalla S.C. che, in occasione di un'altra vicenda, torna ad occuparsi della risoluzione contrattuale ante fallimento dell'utilizzatore<sup>15</sup>. Ebbene, in tal caso, le argomentazioni a dir poco innovative evidenziate nei precedenti paragrafi vengono spazzate via da un percorso interpretativo nuovamente di tipo conservatore il quale ripropone l'art. 72-*quater* L. Fall. quale norma settoriale, rievocando la tradizionale distinzione tra leasing finanziario e traslativo. La norma fallimentare viene relegata a disciplinare una fattispecie concreta ben diversa da quella della risoluzione contrattuale ante fallimento dell'utilizzatore, la cui disciplina rinviene il proprio fondamento esclusivamente nella norma del c.c., l'art. 1526.

Un ritorno al passato, questo, il quale presagisce, forse, che ulteriori pagine su questa tormentata fattispecie contrattuale potranno ancora essere scritte.

---

<sup>15</sup> Il riferimento è alla sentenza Cassazione civile sez. VI, 17/04/2019, n.10733. Sul punto anche G. BENVENUTO, *Leasing: le discese ardite e le risalite*, in *Fallimentarista.it*, 13 AGOSTO 2019.

## Le intese e l'Islam. Modello attuabile?

di Gianluca TRENTA\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. Stato dell'Arte. 3. La disciplina costituzionale in materia di fenomeno religioso. 4. Il Diritto Islamico e le sue particolarità. 5. Risultati attesi e conclusioni.

**ABSTRACT:** In the present article, the focus will be on the relationships between the State and beliefs other than Catholicism, analyzing the difficulties on reaching agreements with said religions, and consider the possibility of a common law on religious freedom.

It will be analysed in particular Muslim religion that is the second one in Italy for number of followers, observing if the protocol agreement disciplined by article 8 can actually be considered valid or if it will be necessary to establish a new method of approach, with more suitable rules, especially for a peculiar religion like muslim.

### 1. Premessa.

Nel presente articolo l'attenzione sarà rivolta allo studio dei rapporti tra lo Stato e le Confessioni diverse da quella cattolica, analizzando le difficoltà relative alla stipula delle intese con tali confessioni, sino alla possibilità di emanare una legge generale sulla libertà religiosa. In particolare verrà esaminato lo specifico caso della religione musulmana, quale seconda religione per numero di credenti in Italia, interrogandosi se lo strumento dell'intesa disciplinato dall'art. 8 può essere considerato a tutt'oggi attuabile o se occorra istituire un nuovo modo di approcciarsi, con norme più rispondenti alle realtà del mondo religioso, come ad esempio quello islamico che ha sue specifiche peculiarità.

### 2. Stato attuale.

I rapporti tra lo Stato italiano e le confessioni religiose presenti nel suo territorio<sup>1</sup> sono attualmente regolati sulla base di diverse normative: per le religioni diverse

---

\* *Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche presso l'Università degli Studi di Roma "Guglielmo Marconi"*.

<sup>1</sup> L. ZANNOTTI, *La sana democrazia. Verità della chiesa e principi dello stato*, Torino, Giappichelli, 2005; J. PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2006.

dalla cattolica e senza intesa dalla legge sui c.d. culti ammessi n. 1159 del 24 giugno 1929 e dal relativo regolamento di attuazione (R.D. 289/1930); per quelle che hanno stipulato l'intesa da quest'ultima recepita con Legge di approvazione; i rapporti con la Chiesa cattolica dal Concordato del 1984 reso esecutivo con la l. n. 121/1985 e dal successivo Protocollo dello stesso anno, reso esecutivo con la l. n. 206/1985<sup>2</sup>.

I rapporti tra stato e confessioni religiose hanno trovato un punto di svolta durante la stesura della Costituzione del 1948.

Il Costituente, chiamato a regolare il fenomeno religioso, partendo dalla garanzia del riconoscimento del diritto di libertà religiosa individuale e collettiva, ha dovuto affrontare la problematica della regolamentazione del rapporto tra Stato e Confessioni religiose; disciplinato poi dagli artt. 7 e 8 della Costituzione.

Partendo dai principi cardine degli artt. 2 e 3 della costituzione, ossia i diritti inviolabili dell'uomo e il principio di eguaglianza, l'art. 7 riconosce l'originarietà e l'indipendenza dell'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica e riconferma i Patti Lateranensi; l'art. 8, afferma l'eguale libertà di tutte le confessioni evidenziando il sistema collaborativo fondato sull'intesa tra le singole rappresentanze confessionali e lo Stato<sup>3</sup>. Da annotare che alle confessioni prive di intesa è applicata la normativa della legge n. 1159 del 24 giugno 1929 e il Regio Decreto n. 289 del 28 febbraio 1930.

Tale strumento però è rimasto inattuato per circa quarant'anni e si è dovuto attendere la revisione concordataria del 1984<sup>4</sup> che ha aperto la strada alle trattative con alcune delle confessioni e nell'arco di qualche decennio si è giunti alla stipulazione di dodici intese<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> A.S. MANCUSO, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le Istituzioni*, in *www.statechiese.it*, n. 32/2012.

<sup>3</sup> S. BORDONALI, *Problemi di dinamica concordataria, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, giugno 2010, pp. 11-13.

<sup>4</sup> La prima intesa fu firmata dall'ora Presidente del Consiglio Bettino Craxi in data 21 febbraio 1984 con la Chiesa Evangelica valdese.

<sup>5</sup> Si tratta dell'Intesa tra lo Stato e le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese, entrata in vigore con la l. 11 agosto 1984 n. 449, le Intese con l'Unione italiana delle Chiese avventiste del settimo giorno e con le Assemblee di Dio in Italia (ADI), approvate con le leggi 22 novembre 1988 n. 516 e n. 517, l'Intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane (UCEI), ratificata con l. 8 marzo 1989 n. 101, e delle Intese con l'Unione cristiana evangelica battista d'Italia (UCEBI), la Chiesa evangelica luterana italiana (CELI) a cui è stata data applicazione con le l. 12 aprile 1995 n. 116 e 29 novembre 1995 n. 520, (Legge 520/1995); la Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa, la Meridionale con legge 126/2012; la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni con la legge 127/2012; la Chiesa Apostolica in Italia con legge 128/2012; l'Unione Buddhista Italiana UBI con la legge 2012; l'Istituto Buddhista Italiano Soka Gakkai IBISG con la legge 130/2016.

La situazione attuale, quindi, vede le confessioni diverse da quella cattolica, che hanno stipulato l'intesa, disciplinate da tale negozio bilaterale e le confessioni diverse da quella cattolica senza intesa ancora disciplinate dalla datata legislazione del 1929, non riuscendo il legislatore ad emanare una legge generale sul fatto religioso<sup>6</sup> che chiarisca quali sono i diritti eguali per tutti a prescindere dalle specificità dei vari culti, da negoziare poi in sede di intesa<sup>7</sup>.

Per tali ragioni bisogna interrogarsi se lo strumento dell'intesa, così come sinora considerato, sia ancora efficace o se occorra istituire un nuovo Istituto che possa disciplinare meglio i rapporti giuridici delle differenti confessioni religiose con lo Stato con un particolare sguardo al mondo islamico, alla luce del fatto che qui la sfera politica e quella religiosa si integrano, con la *Shari'a* che regola l'attività esterna del credente verso Dio, verso se stesso e verso gli altri<sup>8</sup>, al contrario dello stato italiano che prevede una netta separazione tra potere temporale e potere religioso.

### **3. La disciplina costituzionale in materia di fenomeno religioso.**

Il costituente del 1948, al fine di non pregiudicare la libertà delle confessioni religiose e di rispettare le peculiarità di ciascuna di esse, ha previsto, nell'art. 8, un sistema di collaborazione per intervenire su materie di interesse comune statale e religioso attraverso lo strumento tecnicamente chiamato intesa.

Dunque, le leggi che andranno a regolamentare la condizione giuridica delle confessioni religiose hanno quale presupposto di legittimità costituzionale proprio il contratto di intesa<sup>9</sup>, senza il quale le confessioni rimarrebbero regolate unilateralmente dalla legge sui culti ammessi. L'intesa, in conclusione, ha l'importante funzione di sostituire la legislazione unilaterale statale con un

---

<sup>6</sup> V. TOZZI, G. MACRI', M. PARISI, *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Torino, Giappichelli, 2010; A. ALBISETTI, *Le intese fantasma, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), marzo 2012, pp. 6-8; M. CANONICO, *L'idea di una legge generale sulla libertà religiosa: prospettiva pericolosa e di dubbia utilità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., gennaio 2010, pp. 3-10, e in *Diritto di famiglia*, 2010, pp. 1362-1369; F. FINOCCHIAIRO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 144.

<sup>7</sup> S. BORDONALI, *L'incidenza del fatto religioso nei percorsi formativi della legge nell'Ordinamento italiano*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2010, p. 716.

<sup>8</sup> F. CASTRO, *Il modello islamico*, Torino, Giappichelli, 2007.

<sup>9</sup> G. BARBERINI, *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 120; C. CARDIA, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 224-225; F. FINOCCHIAIRO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 9ª edizione, Zanichelli, 2003, p. 131; E. VITALI, *La Costituzione italiana e il fenomeno religioso*, in E. VITALI, A. G. CHIZZONITI, *Manuale breve di Diritto ecclesiastico*, Milano, 2ª edizione, Giuffrè, 2007, p. 39.

negozio bilaterale che definisce un regime pattizio compiuto<sup>10</sup>, quale legislazione speciale che la sottrae dai limiti imposti dalla legge generale.

Di seguito si illustrerà la disciplina costituzionale in materia di rapporti tra stato e Chiesa cattolica e tra Stato e le altre confessioni religiose con particolare attenzione alla religione musulmana con le sue specifiche peculiarità e diversità. L'art. 7 della Cost. al 1° comma sancisce il principio di *indipendenza degli ordini*; tale disposizione pur riferendosi alla sola Chiesa cattolica, non limita il suo ambito di applicazione ai rapporti con tale Confessione, anzi, garantisce sia lo Stato che le Confessioni religiose dalle reciproche interferenze, facendo emergere il supremo principio di costituzionalità laica e di non confessionarietà da parte dello Stato<sup>11</sup>, estendendolo, con il seguente art. 8, anche ad altre Confessioni religiose<sup>12</sup>.

Nel 2° comma vi è l'esplicito richiamo ai Patti, che testimonia come lo Stato abbia ormai "accettato la soluzione storica della questione romana, e non intende riaprirla se non attraverso accordi bilaterali che apportino modifiche alla formulazione originaria dei Patti del 1929"<sup>13</sup>.

L'art. 8 della Cost. al 1° comma prevede l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose innanzi alla legge; si riferisce a tutti i culti, compresi quelli non cattolici, i commi seguenti si indirizzano esclusivamente alle confessioni religiose diverse dalla cattolica.

Nel 2° comma, il legislatore costituente ha sancito la libertà di organizzazione delle confessioni diverse da quella cattolica che si estrinseca nella possibilità, offerta a tali confessioni, di organizzarsi autonomamente, secondo un proprio statuto e quindi di autodeterminarsi anche nei confronti dello stato, senza chiaramente entrare in contrasto con le leggi statali.

Il 3° comma sancisce che i rapporti tra Stato italiano e confessioni diverse da quella cattolica devono essere regolati per legge mediante le intese. Tale norma pone degli interrogativi su alcune questioni e più precisamente se il procedimento della stipula dell'intesa sia o meno suscettibile di

---

<sup>10</sup> C. CARDIA, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 224.

<sup>11</sup> Corte Cost., sent. n. 334, 8 ottobre 1996.

<sup>12</sup> G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974, 170 ss.; N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, cit., 1990, 132; C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, cit., 1988, 133; P. A. D'AVACK, *Libertà religiosa* (diritto ecclesiastico), in *Enciclopedia dir.*, vol. XXIV, 1974, 599.

<sup>13</sup> C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico: tradizione europea legislazione italiana*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 208.



giuridicizzazione<sup>14</sup> e se l'ammissibilità dell'iniziativa parlamentare per i progetti di legge atti a regolare le intese religiose siano da considerare un atto prettamente politico<sup>15</sup>.

Per poter prendere parte alla stipulazione di un'intesa con lo stato italiano, la confessione religiosa interessata deve prima di tutto ottenere il riconoscimento di persona giuridica<sup>16</sup>; tale procedura richiede un'attenta e articolata analisi dell'atto costitutivo e dello statuto, dei principi religiosi, del rendiconto economico e della comprovata consistenza del patrimonio mobiliare, quest'ultima tramite dichiarazione di un istituto di credito. Quindi viene concessa con decreto da parte del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno sentiti i pareri del Consiglio di Stato e del Consiglio dei Ministri. Dopo tale iter procedurale, il disegno di legge di approvazione della nuova intesa viene trasmessa al Parlamento, che provvede all'emanazione della legge di approvazione.

#### **4. Il diritto Islamico e le sue particolarità.**

Dalla fine degli anni ottanta, l'Italia, come altri Paesi europei, è una delle mete preferite di migranti economici e rifugiati politici che con gli anni sono andate aumentando, facendo sì che la religione musulmana diventasse una parte consistente della popolazione.

Nel novero delle confessioni religiose che hanno stipulato un'intesa con lo Stato italiano non figura quella musulmana. La comunità islamica<sup>17</sup> risulta essere tra le più numerose in Italia<sup>18</sup>, si stima che attualmente vi siano circa 1.500.000<sup>19</sup> di

<sup>14</sup> G. LANEVE, *Conflitti costituzionali e conflitti di Giurisdizione sul procedimento relativo alla stipula delle intese ex art. 8, comma 3, Cost.: Riflessioni a partire da un delicato (e inutile) conflitto tra i poteri, tra atto politico e principio di laicità*, in *AIC*, 2/2017, p. 37.

<sup>15</sup> R. ZACCARIA, *Le intese tra lo Stato e le confessioni non cattoliche*, in *www.robortozaccaria.it*, 2009, p. 5.

<sup>16</sup> Per il riconoscimento della personalità giuridica, alla domanda da inoltrare alla Prefettura territorialmente competente, deve essere allegato lo statuto, da cui emerga lo scopo, gli organi dell'amministrazione, le norme di funzionamento, i finanziari utili al perseguimento dei fini secondo quanto stabilito dall'art. 10, secondo comma, del R.D. n. 289/1930.

<sup>17</sup> S. ALLIEVI, *Sociology of a Newcomer: Muslim Migration to Italy Religious Visibility, Cultural and Political Reactions*, in *Minorities*, in *Immigrants & Minorities*, volume 36, 2007, p. 141-154.

<sup>18</sup> Secondo i dati riportati nel Dossier Statistico Immigrazione 2017, elaborato dal Centro Studi e Ricerche IDOS, risulta che sul territorio italiano ci siano circa 1.600.000 musulmani percentuale che si attesta intorno al 2,5 3% della popolazione complessiva a fronte di una media europea del 4%. I paesi europei con la percentuale più alta sono in Francia con 6,5% e in Olanda con il 6,1%.

<sup>19</sup> Anche se secondo i dati della Fondazione Iniziative e Studi sulla multiethnicità (ISMU) nel 2017 la religione cristiana ortodossa è la più numerosa (oltre 1,6 milioni, seguiti dai musulmani (poco più di 1,4 milioni), i buddisti intorno ai 188mila, i cristiani evangelisti 124 mila, gli induisti 73mila, i sikh 72mila, i cristiani copti 19mila.

credenti e, pur essendo state avviate trattative ai sensi dell'art. 8 della Costituzione (una prima bozza di intesa è stata presentata nel 1992 dall'Unione delle Comunità e Organizzazioni Islamiche in Italia<sup>20</sup>, la stessa richiesta è stata avanzata nel 1993 in una lettera ufficiale del Centro Culturale Islamico d'Italia<sup>21</sup>, nel 1994 l'Associazione dei Musulmani italiani ha proposto una propria bozza di intesa<sup>22</sup>, infine nel 1996 l'Associazione per l'Informazione sull'Islam ha presentato un'ulteriore bozza<sup>23</sup>), non si è poi riusciti a giungere alla stipula di un'intesa definitiva. Le ragioni sono legate essenzialmente alla multiformità del mondo islamico ed alla mancanza di un soggetto, riconosciuto da tutti, con il quale avviare le trattative. Diverse, infatti, sono le associazioni islamiche rivendica la propria "identità"; tra le più importanti si possono citare: il Centro Culturale islamico d'Italia (CCII), la Moschea di Palermo gestita dal Governo tunisino, l'Unione Islamica in Occidente appoggiata dalla Libia e l'Istituto Culturale islamico (ICI) di Milano.

Altre associazioni che rivendicano la rappresentanza degli interessi dei musulmani e che si sono fatte promotrici di proposte d'intese con lo Stato italiano<sup>24</sup> sono: l'UCOII, (Unione delle Comunità e Organizzazioni islamiche in Italia) vicina ai Fratelli Musulmani, la Lega Musulmana Mondiale vicina all'Arabia Saudita, la Comunità Religiosa Islamica (CO.RE.IS.), l'Assemblea Musulmana d'Italia (AMI), l'Unione dei musulmani d'Italia (UMI), l'Unione degli Albanesi Musulmani in Italia (UAMI) e l'Associazione della Comunità marocchina delle Donne in Italia (ACMID-DONNA)<sup>25</sup>.

Altre forme associative, diffuse nel mondo islamico e che contribuiscono a frammentare la popolazione musulmana, sono le confraternite, che si caratterizzano per la forte religiosità, per la solidarietà esistente tra i propri

---

<sup>20</sup> A. SVEVA MANCUSO, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le Istituzioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 32/2012, p. 7. Cfr. anche R. ACCIAI, *La bozza di intesa fra la Repubblica italiana e l'Unione delle Comunità ed organizzazioni islamiche in Italia*, in *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, a cura di V. PARLATO, G. B. VARNIER, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 258 ss; L. MUSSELLI, *Libertà religiosa ed islam nell'ordinamento italiano*, in *Dir. ecclesiastico*, 1995/1, pp. 454 ss.

<sup>21</sup> R. GUOLO, *La rappresentanza dell'Islam italiano e la questione delle intese*, in *Musulmani in Italia*, cit., pp. 72-73.

<sup>22</sup> L. MUSSELLI, *A proposito di una recente proposta di bozza d'intesa con l'Islam*, in *Dir. Ecclesiastico* 1997/1, pp. 295-296.

<sup>23</sup> M. TEDESCHI, *Verso un'intesa tra la repubblica italiana e la Comunità islamica in Italia?* in *Il diritto di famiglia*, 1996, pp. 1574 ss. A. CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano. Le bozze di intesa tra la Repubblica italiana e le Associazioni islamiche italiane*, Napoli, ESI, 2002.

<sup>24</sup> Si cfr nota 2.

<sup>25</sup> Si cfr nota 2

membri, e per il fatto di seguire il messaggio spirituale del proprio fondatore, distaccandosi da quella che è l'interpretazione tradizionale dell'Islam; esse contribuiscono a mantenere il legame dell'immigrato con il suo paese e ciò è di ostacolo alla sua integrazione<sup>26</sup>.

Fallite le proposte d'intesta avanzate dalle diverse associazioni musulmane, in passato il Governo, comprendendo l'importanza di creare un iter burocratico alternativo a quanto previsto dalla Costituzione dall'art. 8, ultimo comma, ha promosso iniziative volte a favorire l'aggregazione tra le associazioni islamiche, l'integrazione e la reciproca conoscenza (come ad esempio l'istituzione della *Consulta per l'Islam in Italia*<sup>27</sup>, l'elaborazione della *Carta dei valori, della cittadinanza e dell'integrazione*<sup>28</sup>, della *Dichiarazione di intenti per la federazione dell'Islam italiano l'istituzione del Comitato per l'Islam italiano e della Conferenza per le religioni, la cultura e l'integrazione*<sup>29</sup>, il *Comitato per l'Islam italiano*<sup>30</sup> e il *Consiglio per le relazioni con l'Islam*<sup>31</sup>)<sup>32</sup>; a tutt'oggi, però, sembra ancora

<sup>26</sup> R. GUOLO, *La rappresentanza dell'Islam italiano e la questione delle intese*, in *Musulmani in Italia*, cit., pp. 79-80. Si cfr A. S. MANCUSO, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le istituzioni*, in [www.statechiese.it](http://www.statechiese.it), n. 32/2012.

<sup>27</sup> L'allora Ministro degli Interni Giuseppe Pisanu, in data 10 settembre 2005, con un Suo Decreto ha istituito una Consulta, composto da 16 membri esperti religiosi islamici ma la Consulta fu aspramente criticata in quanto non rappresentava la variegata totalità dei musulmani.

<sup>28</sup> Il Ministro dell'Interno seguente, Giuliano Amato, in data 13 ottobre 2006 continuò nella vecchia strada del suo predecessore di rinnovare la Consulta composto da un Comitato scientifico con l'obiettivo di elaborare un documento sulle materie di cittadinanza e integrazione definito *Carta dei valori* al fine di contrastare manifestazioni di tipo estremistico. Ma anche questo documento, è stato aspramente disapprovato in quanto atto normativo dotato di specifico interesse costituzionale, degradando così la Costituzione stessa. Anche questo documento non andò mai in porto per le conflittualità ideologiche interne nell'Islam italiano

<sup>29</sup> Il 13 marzo 2008, la Carta dei Valori viene riscritta da 7 membri della Consulta insieme al Segretario Generale del Centro Islamico Culturale della Grande Moschea di Roma, Abdellah Redouane, con l'obiettivo di creare una federazione dell'Islam in Italia al fine di raggiungere successivamente un riconoscimento giuridico per stipulare un'intesa con lo Stato italiano.

<sup>30</sup> Nel febbraio 2010, il Ministro dell'Interno Roberto Maroni, prova a riprendere il lavoro svolto precedentemente nominando un organo simile alla Consulta formato da esperti accademici musulmani, esponenti religiosi dell'Islam moderato, sociologi, giornalisti e docenti di diritto islamico ma l'organo è rimasto sempre un organo consultivo talvolta per formazioni di importanti leggi quali *burqa* e *niqab*, *culto islamici* e *imam*.

<sup>31</sup> Nel gennaio 2016 anche il Ministro degli Interni Angelino Alfano, cercò di creare un Consiglio per le relazioni con l'Islam composto da docenti di cultura e religione islamica ed aveva l'obiettivo di fornire pareri e formulare proposte in ordine alle questioni riguardanti l'integrazione. Da sottolineare però che nell'anno precedente, lo stesso Ministro Alfano aveva istituito un Tavolo permanente di consultazione. Si creò quindi due organismi con funzioni complementari.

<sup>32</sup> C. MORUCCI, *I rapporti con l'Islam italiano: dalle proposte d'intesa al Patto nazionale*, in rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 38/2008, p. 4-11.

insuperabile la difficoltà riscontrata nella stipula di un'intesa tra stato italiano e le varie associazioni musulmane.

Ciò dipende soprattutto dalla peculiarità del diritto musulmano, in quanto nella concezione islamica la religione si riflette in ogni campo politico e sociale. Intendere l'Islam solo come una religione è riduttivo, in quanto esso regola la vita del credente in tutti i suoi aspetti, dal diritto di famiglia a quello successorio, fino al diritto penale, che punisce le trasgressioni alla legge coranica con pene corporali, fino ai casi più estremi che possono portare alla morte del reo con modalità molto cruenti<sup>33</sup>.

L'Islam rappresenta un sistema allo stesso tempo religioso, politico e giuridico, in quanto la fonte primaria del diritto è il Corano. Per questo motivo risulta particolarmente difficile per il giurista occidentale distinguere la norma religiosa da quella giuridica. D'altronde, la stessa ripartizione dell'Islam in sistema religioso, politico e giuridico è un adattamento, secondo criteri laico-occidentali, di una realtà che dal punto di vista interno si presenta come unitaria, dal momento che sia la sfera religiosa che quella politica sono disciplinate dalla *sharī'a*<sup>34</sup>, letteralmente la via indicata da Dio e che i credenti sono chiamati a seguire. L'ordinamento si costituisce, così, dall'insieme delle ingiunzioni dettate da Dio e dalle istituzioni che ne sono rilevate, definito appunto un diritto *rivelato*, che diventa il punto di partenza per comprendere le specificità di tale cultura<sup>35</sup>. Da quanto sin qui esposto è evidente l'enorme difficoltà che uno stato occidentale può riscontrare al momento della stipula di un'intesa che vada a garantire la peculiarità del diritto musulmano senza ledere i principi dell'ordinamento giuridico italiano.

##### **5. Risultati attesi e conclusioni.**

Dall'analisi delle criticità riscontrate, ci si pone il problema se lo strumento dell'Intesa può essere ancora uno strumento attuale o piuttosto anacronistico. Raggiungere un punto di incontro tra diritto italiano e diritto musulmano in tema di riconoscimento della religione appare assai difficile.

---

<sup>33</sup> L. MUSSELLI, *Dai Concordati alla problematica islamica. Religione e diritto in Italia e in Europa, La goliardica pavese*, Pavia, 2004, p. 147; P. LILLO, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 144-149. Sul rapporto tra religione e politica nell'Islam cfr. M. CAMPANINI, *Islam e politica*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 2003.

<sup>34</sup> V.M. DONINI, D. SCOLART, *La shari'a e il mondo contemporaneo. Sistemi giuridici dei paesi islamici*, Roma, Carocci editore, 2015.

<sup>35</sup> A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, Bari, La Terza, 2006.

Il tentativo di riconoscere la religione islamica è stato affrontato dai vari Governi italiani che si sono succeduti solo attraverso organismi di consulta, con il fine di favorire il dialogo istituzionale con le comunità musulmane, ma detto percorso alternativo è stato ampiamente contestato da gran parte della dottrina. Difatti l'istituzione della Consulta viola i principi costituzionali e le regole giuridiche<sup>36</sup> e risulta essere il frutto di uno sviamento costituzionale, in quanto, in questo modo, al ministero dell'interno viene attribuita una competenza fittizia<sup>37</sup>.

Le iniziative intraprese dal Governo italiano nel corso dell'ultimo ventennio non si discostano di molto da altre iniziative intraprese da altri Stati europei. In Francia è stato istituito il *Conseil de réflexion sur l'islam en France* (Corif) e il *Conseil français du culte musulmane* (Cfcm)<sup>38</sup>. In Belgio, la religione musulmana ha avuto il riconoscimento dello status di culto sin dal 19 luglio del 1974 e alla fine degli anni duemila è stato istituito l'*Exécutif des Musulmans de Belgique* i cui 17 membri rappresentano le 292 moschee il cui compito è quello di occuparsi della gestione del culto, della formazione degli imam, di designare gli assistenti spirituali<sup>39</sup>. In Germania nel 2006 è stato istituito l'organismo *Deutsche Islamkonferenz* con il solo compito di consultazione per migliorare l'integrazione della popolazione musulmana ed è formato da rappresentanti dei Bundesländer ed esperti religiosi rappresentanti le diverse associazioni islamiche<sup>40</sup>.

Nei Paesi appena menzionati, gli organi consultivi svolgono un ruolo puramente rappresentativo delle comunità musulmane di fronte allo Stato. In Italia, con il Patto nazionale, siglato dal Governo Gentiloni nel febbraio 2017, ultimo in fase temporale, le consulte e gli organismi rappresentanti le comunità islamiche esauriscono il loro compito all'avvio dei negoziati volti al raggiungimento di intese secondo quanto disposto all'art. 8, comma 3, della Costituzione<sup>41</sup>.

Sarebbe quindi auspicabile che le forze politiche riuscissero a trovare un nuovo Istituto giuridicamente compatibile con la Costituzione per una maggiore integrazione delle Comunità islamiche all'interno dello Stato italiano e, ancor di

<sup>36</sup> G. CASUSCELLI, *La rappresentanza e l'intesa*, in A. Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e libertà*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 21.

<sup>37</sup> N. COLAIANNI, *La Consulta per l'Islam italiano: un caso di revisione strisciante della Costituzione*, in *www.olir.it*, 01/16, p. 3.

<sup>38</sup> J. LAURENCE, *Le Conseil français du culte musulman*, in rivista *French Politics, Culture & Society*, 01/2005.

<sup>39</sup> C. TORREKENS, *Le pluralisme religieux en Belgique*, in *Diversité Canadienne*, Volume 4, automne 2005, pp. 56-58.

<sup>40</sup> V.B. UCAR, *Islam im europäischen Kontext: Selbstwahrnehmungen und Aubensichten*, Berlin, Peter Lang GmbH, 2013.

<sup>41</sup> C. MORUCCI, *I rapporti con l'Islam italiano: dalle proposte d'intesa al Patto nazionale*, in *www.statechiese.it*.

più, sarebbe opportuno che gli Stati membri dell'Unione Europea riuscissero a trovare un accordo comune per far sì che la materia religiosa sia trattata da tutti gli stati in maniera uniforme per garantire integrazione e uguaglianza per tutti i cittadini europei.

## **Il principio di proporzionalità: genesi, sviluppo e applicazioni pratiche.**

**di Chiara GIOVANNINI.**

**SOMMARIO:** **1.** Genesi: l'endemica connessione tra principio di proporzionalità e principio di ragionevolezza; **1.1.** Segue: la proporzionalità nell'Unione Europea; **1.2.** Segue: le fasi del giudizio di proporzionalità; **2.** Sviluppo: il progressivo distacco del principio di proporzionalità dalla ragionevolezza; **3.** Le applicazioni pratiche: il principio di proporzionalità come autonomo metro di giudizio; **3.1** Segue: le applicazioni pratiche: l'art. 73 co.1 del d.P.R. 309/90; **3.2.** Segue: le sanzioni accessorie: l'art. 216 L. Fall. n. 267/1942; **3.3.** Segue: le sanzioni accessorie: l'art. 222 del Codice della Strada, D.Lgs. n. 285/1992; **3.4.** Segue: le altre sedi di applicazione della proporzionalità: la confisca del profitto e del prodotto e il divieto di partecipare alle pubbliche riunioni; **4.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *The principle of proportionality is a pillar of the Italian law. This is based on the Constitution and on the sources of European law that have transformed its essence. In fact, from a criterion dependent of the principle of equality, the principle of proportionality has become an independent means of assessment for the legislator and the judges. Today there are many rulings of the Constitutional Court confirming the extensive scope of this principle.*

### **1. Genesi: l'endemica connessione tra principio di proporzionalità e principio di ragionevolezza.**

Il termine proporzionalità evoca, nella sua accezione primordiale e letterale, il riferimento alla simmetria, alla distribuzione armonica delle varie parti di un tutto o delle parti rispetto al tutto.

Due elementi sono simmetrici qualora tra questi intercorra un rapporto di misura: così, precetto e sanzione devono necessariamente ritenersi avvinti da un nesso di armonia e dosimetria punitiva nel rispetto del volto costituzionale della pena.

---

\* Specializzata in professione legali presso l'Università Guido Carli Luiss di Roma. Tirocinante presso il Tribunale penale di Roma.

Il diritto costituzionale, infatti, fa da padrone, o per meglio dire da padre, al diritto penale: il principio di proporzionalità, prima ancora di diventare applicabile sul piano penalistico, lo è su quello dei diritti costituzionalmente protetti.

La genesi deve allora ricercarsi nell'antecedente logico che consente di applicare il suddetto principio: la ragionevolezza.

Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale italiana v'è, però, un'incertezza terminologica data dall'assenza di definizioni aventi dignità giuridica. Si nota infatti sovente una miscela di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri, quasi si trattasse di sinonimi. La Corte costituzionale non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza: e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto intercambiabile l'uno rispetto all'altro. Così, ragionevolezza, proporzionalità, razionalità ed eguaglianza concorrono, in una medesima proposizione e in un unico passaggio argomentativo, a determinare l'illegittimità costituzionale di una norma<sup>2</sup>.

In generale, il giudizio di ragionevolezza è il criterio decisionale che permette alle Corti di intervenire di fronte ai casi estremi, di incongruità, inadeguatezza, inidoneità, abnormità della legislazione. L'operatività della ragionevolezza testimonia il ruolo sempre più forte svolto dai principi costituzionali in grado di incidere sulla discrezionalità del legislatore.

Non è un giudizio che può entrare in gioco per qualsiasi norma, pena il blocco dell'attività legislativa, ma solo per le ipotesi di irragionevolezza manifesta, ossia nei casi in cui lo strumento utilizzato dal legislatore non sia performante rispetto all'obiettivo.

Il giudizio di proporzionalità, invece, anche se concettualmente distinto dalla ragionevolezza, non ha ricevuto fino a tempi recenti una considerazione autonoma.

Invero, siffatto principio è frequentemente affiancato a quello di ragionevolezza o trattato come sineddoche, quasi ne costituisse la spalla, o forse il braccio, in grado di convertire l'astrattismo della ragione in concretezza della proporzione. Rebus sic stantibus, considerando la commistione tra i due presidi costituzionali, più che di giudizio di legittimità si potrebbe parlare di giudizio di fungibilità: i due

---

<sup>1</sup> L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, Giuffrè, 1997, 899 ss..

<sup>2</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 2.



principi non hanno una specifica individualità, possono tenere l'uno il posto dell'altro purché funzionali a raggiungere lo scopo di tutela necessario.

In quanto originariamente ritenuto come diretta espressione del generale canone di ragionevolezza, il principio di proporzionalità indossa la veste di mezzo valutativo di congruenza e adeguatezza del mezzo rispetto al fine, nell'ottica costituzionale del bilanciamento dei valori.

È invero un principio endemico, che è entrato nel tessuto connettivo dell'ordinamento e che si riflette sulla correttezza dell'operato legislativo prima, giurisprudenziale poi. Pur non essendo espressamente menzionato in alcuna norma costituzionale, gioca comunque un ruolo significativo anche come sottotipo dell'archetipo della ragionevolezza: ciò che conta è che sia usato, non che forma effettivamente assuma o quale canale si scelga per farlo emergere. Nonostante ciò, la nascita di un istituto non ne circoscrive lo sviluppo e non ne determina l'immobilità contenutistica e funzionale.

Sotto la spinta rivalutativa dell'Unione Europea e anche alla luce delle rimediazioni interne, il principio di proporzionalità ha assunto una linfa nuova, sì da ergerlo nel tempo a criterio valutativo autonomo del mezzo rispetto al fine.

### **1.1. Segue: la proporzionalità nell'Unione Europea<sup>3</sup>.**

In ordine alla sua previsione giuridica, anche il principio di proporzionalità trova una normazione multilivello. Infatti, l'art 5 TUE, l'art. 117 Cost., l'art. 49 della Carta di Nizza e l'art. 7 CEDU sono le fattispecie richiamate dal legislatore al fine di attribuire al suddetto principio uno status giuridico, oltre che sociale. Le origini del principio sono senza dubbio di matrice tedesca, ma è solo attraverso l'attività della giurisprudenza europea che il principio ha avuto uno sviluppo interno.

Nell'ordinamento italiano, in particolare, la proporzionalità era del tutto sconosciuta: il principio ha avuto ingresso dapprima nel diritto amministrativo con l'art.1 co. 1 della legge 241/90, ma è grazie alle prime applicazioni della Corte di Giustizia che è stato impiegato in altri settori, come quello penale, anche per le fattispecie prive di rilevanza diretta per il diritto unionale.

La Corte di Giustizia ha infatti utilizzato il principio come metro di comparazione giuridica: questo, seppur non propriamente scritto, ha rango costituzionale che assolve la funzione di limitare l'intervento legislativo e comunitario che abbiano un impatto, per così dire, negativo sui diritti coercibili penalmente.

---

<sup>3</sup> Si vedano sul tema M. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, in Riv. Trim. dir. Pen. Cont., n. 2/2012.

Ciò si nota, in particolare, con riguardo al *ne bis in idem*.

Nelle sentenze 20 marzo 2018 (Garlsson Real Estate e a., Di Puma e Zecca), pronunciate a seguito della sentenza della Corte EDU A e B c. Norvegia<sup>4</sup>, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto dell'UE del sistema italiano del doppio binario penale/amministrativo<sup>5</sup>. Il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza<sup>6</sup>, secondo la Corte di Giustizia, è conforme al diritto dell'UE purché siano osservati congiuntamente i seguenti requisiti: il principio di proporzionalità nell'applicazione del cumulo sanzionatorio; la prevedibilità del doppio binario; il coordinamento tra i due procedimenti; la proporzione della pena.

In particolare, "l'articolo 50 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto<sup>7</sup> dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale, purché siffatta normativa: sia volta al perseguimento di un interesse generale e (...) preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso sanzionatorio sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti".

Dunque, anche in sede europea il principio viene utilizzato per porre dei limiti all'arbitraria commisurazione della pena che, per la sua funzione, non può ledere oltre misura la libertà personale e patrimoniale dell'autore dell'illecito.

## **1.2. Segue: le fasi del giudizio di proporzionalità.**

Ancor prima del ripensamento della proporzione quale criterio autosufficiente in grado di assurgere a parametro di "ipermetropia valutativa"<sup>8</sup>, il principio di

---

<sup>4</sup> Nella sentenza A e B c. Norvegia del 15 novembre 2016, la Grande Camera ha sostenuto che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa, purché sussista tra i due procedimenti una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta.

<sup>5</sup> Si veda R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Molfetta, Nel Diritto Editore, 2018, pp. 42 e ss..

<sup>6</sup> La Carta di Nizza dal 2007 ha lo stesso valore giuridico dei trattati, motivo per cui competente è la Corte di Giustizia.

<sup>7</sup> In ambito tributario si veda A. GIOVANNINI, "Il *ne bis in idem* per la Corte EDU e il sistema tributario domestico", in *Rassegna tributaria*, 2014, p. 1164 ss..

<sup>8</sup> Il termine è atecnico e liberamente utilizzato dall'A. per indicare il fenomeno attraverso il quale il principio di proporzionalità vede molto meglio e già da lontano gli sbilanciamenti tra mezzi e fini, con una lente di ingrandimento che, rispetto al giudizio di ragionevolezza, è ancor più focalizzata sullo specifico aspetto della dosimetria sanzionatoria.

proporzionalità veniva comunque utilizzato, come si è detto, sotto l'egida della ragionevolezza.

Tuttavia, va precisato che il suddetto principio trova il suo *prius* nel principio di offensività, quale iconicamente riassunto nel brocardo "nullum crimen sine iniuria". Il *posterius* dell'offensività è così costituito dalla proporzionalità: si impone infatti di proporzionare la specie e la quantità della pena al rango del bene, alla tipologia e intensità dell'offesa.

Questo perché il giudice deve poter applicare la sanzione che ritiene più idonea a punire il reo e che sia concretamente retributiva e rieducativa. All'intensità dell'offesa risponde così il grado e la qualità della pena.

A questo punto, è necessaria però una chiarezza sistematica.

Il punto essenziale è analizzare l'operatività del principio tenendo ben distinti due momenti diversi: la fonte e il criterio di valutazione.

La fonte è infatti l'offensività, il criterio di valutazione la ragionevolezza, di cui la proporzione costituisce il supporto operativo.

Tenere separate queste fasi è fondamentale per capire il passaggio logico-giuridico operato dalla Corte Costituzionale: la proporzionalità cessa di dipendere dalla ragionevolezza e si "attacca" all'offensività non come fonte, visto che lo era già, ma come criterio.

Ragionevolezza e offensività non si devono dunque confondere.

La proporzionalità è la "costola" dell'offensività ma che dipende, nella fase che attualmente si analizza, dalla ragionevolezza.

Chiarito il terreno, seppur scivoloso, su cui si intende muoversi, il funzionamento del principio di proporzionalità è legato a quattro fasi: di legittimità, di connessione razionale, di necessità e di proporzionalità in senso stretto<sup>9</sup>.

La prima fase, consiste nella verifica da parte dell'organo giurisdizionale del corretto operato legislativo verso i principi costituzionali.

Con questo si vuol dire che la funzione della proporzionalità è anzitutto quella di controllare che le scelte legislative siano conformi al bene giuridico che si mirava a tutelare e che, quindi, la norma sanzioni una condotta socialmente riprovevole in grado di ledere effettivamente un interesse meritevole di tutela.

Il legislatore, incriminando condotte, non pone in essere solamente una valutazione di convenienza repressiva, ma va a comprimere il bene primordiale: la libertà di cui all'art. 13 della Carta dei Diritti.

---

<sup>9</sup> M. Cartabia, *op. cit.*, pp. 4-5.

E non sarebbe altresì ragionevole, o in tal caso meglio dire proporzionato, una punizione per etnia, per religione<sup>10</sup>, per sesso, per lingua, per collocazione sociale che leda, ex art. 3 della Costituzione, il principio di uguaglianza. Il tal senso (e solo in tal senso in questa fase del ragionamento) si può dire che la proporzionalità è collegata, nel diritto penale, all'offensività in astratto come fonte. Il principio di offensività identifica il moderno stato di diritto basato non sulla repressione delle condotte quali frutto dell'*animus delinquendi*, bensì sul rapporto tra pregiudizio subito e azione svolta. L'offensività in astratto è rivolta al legislatore il quale deve saggiare la necessità che vi sia una norma a protezione di un bene che abbia effettiva necessità di essere protetto; una volta appurato che l'interesse a questo sotteso è rilevante, il legislatore deve controllare che la norma di copertura a quell'offesa assolva realmente la sua funzione nella maggioranza dei casi.

In altri termini, la norma deve descrivere una condotta che, secondo l'*id quod plerumque accidit* è realmente offensiva: vi è così una presunzione iniziale di pericolosità della condotta<sup>11</sup>.

Infatti, collegata alla fase "di legittimità", vi è poi quella di connessione razionale tra mezzi e fini.

In tal senso, la proporzionalità dispiega la sua massima portata, posto che la stessa etimologia del termine richiama, in senso figurato, una bilancia che soppesa precetti, sanzioni e beni protetti.

In questo, il secondo passaggio è connesso al terzo: la necessità.

Il principio del minimo mezzo<sup>12</sup>, seppur in questa sede richiamato in senso ampio, impone sì di adottare tutte le misure che siano in grado di fronteggiare l'esigenza del caso, ma anche che non aggravino oltremodo la posizione di chi subisce il precetto ed eventualmente la sanzione.

Il quarto passaggio è quello che si collega all'offensività in concreto, doppia faccia del più generale principio, non però per questo disomogeneo.

---

<sup>10</sup> Il riferimento è in senso ampio, posto che nell'ordinamento ci sono delle repressioni di condotte perpetrate in virtù di un credo, sanzionate però non in quanto tali ma nelle ipotesi di scriminante putativa. Si pensi ai c.d. reati culturalmente orientati, dove gli stranieri invocano l'operatività dell'art. 51 c.p. per aver agito nell'esercizio di un loro diritto dovuto alla religione, fatto che è estraneo al nostro ordinamento: un omicidio è tale perché viene cagionata la morte di un uomo, anche se l'autore riteneva di poter uccidere in virtù di un precetto di culto.

<sup>11</sup> Ad esempio, per quanto riguarda il reato di cui all'art. 600-ter c.p., la giurisprudenza si è orientata per l'offensività in astratto della norma, precisando che è sufficiente la produzione del materiale pornografico in luogo della sua diffusione.

<sup>12</sup> Il principio appartiene agli studi della convenienza economica propria dell'economia politica, nel quale il minimo mezzo significa "minor sacrificio, massima resa".

Al fine di verificare la reale caratura offensiva della condotta posta in essere, in sede interpretativa è necessaria un'analisi delle singole azioni per capire se queste sono effettivamente lesive della sfera giuridica della persona offesa. L'offensività in concreto, dunque, è il completamento dell'indagine compiuta sulla norma oggetto di applicazione pratica.

Il giudice deve pertanto porre in essere una verifica in ordine all'offesa concretamente arrecata, traendo dal principio di offensività stesso il momento interpretativo-applicativo per accertare che il fatto abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene giuridico tutelato. L'offensività in concreto risponde dunque al concetto di rimproverabilità della condotta. Il duplice binario<sup>13</sup> è facilmente comprensibile ad esempio attraverso il richiamo alla disciplina degli stupefacenti di cui al d.P.R. n. 309/90: il giudice, una volta che l'accusa abbia esercitato l'azione penale per un fatto punito in astratto dalla legge, deve constatare che la sostanza psicotropa di cui si contesta il possesso abbia effettiva efficacia drogante o che il numero di dosi non sia così esiguo da sottendere un uso esclusivamente personale. In altri termini, il doppio binario di offensività<sup>14</sup> si muove di pari passo: la fattispecie deve sia esprimere in astratto un contenuto lesivo, sia essere suscettibile di applicazione concreta ogniqualvolta vi sia la necessità di risolvere un problema simile rispetto a quello per il quale questa era stata pensata, pena altrimenti la declaratoria di incostituzionalità.

## **2. Sviluppo: il progressivo distacco del principio di proporzionalità dalla ragionevolezza.**

Si è detto che, in un primo momento, la proporzionalità è stata utilizzata come parametro indiretto di controllo delle norme mediante il legame con la ragionevolezza. L'offensività era infatti vista in ottica "servente" del suddetto criterio, secondo una perfetta equazione: è ragionevole ciò che è offensivo; ciò che è offensivo deve essere proporzionato; è dunque ragionevole ciò che è proporzionato.

La Corte Costituzionale seguiva infatti lo schema delle c.d. rime obbligate e del *tertium comparationis*: una norma è irragionevole perché punisce condotte inoffensive e perché è anche sproporzionata rispetto ad un'altra fattispecie che regola casi simili.

---

<sup>13</sup> Il termine "duplice o doppio binario" è solitamente utilizzato per la dicotomia pena-misura di sicurezza, che non va confuso con l'accezione che si intende attribuirgli nel principio di offensività.

<sup>14</sup> Per approfondimenti sul principio di offensività cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Vicenza, CEDAM, 2015.

Utilizzando questo criterio, la proporzionalità rimaneva sullo sfondo; non veniva mai affermato che un trattamento sanzionatorio era di per sé sproporzionato. Si sosteneva, infatti, che quel trattamento sanzionatorio non era equilibrato perché una fattispecie attigua incriminava un fatto simile in modo meno severo.

Fino al 2016, dunque, l'organo costituzionale esprimeva una valutazione di proporzionalità come manifestazione di ragionevolezza e non legata al criterio dell'offensività.

Come sopra chiarito, e si giova ribadirlo per evitare sovrapposizioni concettuali, l'offensività è la fonte della proporzionalità ma non ancora il suo criterio di applicazione.

Un esempio pratico varrà a chiarire il funzionamento del meccanismo.

Nel 1994<sup>15</sup> la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale del reato di oltraggio a pubblico ufficiale, allora punito dall'art. 341 c.p., perché la pena era irragionevole (*rectius* sproporzionata) rispetto all'art. 594 c.p., che al tempo puniva il reato di ingiuria. Tra i due reati cambiava la punizione nel minimo e nel massimo: fino a sei mesi l'ingiuria, almeno sei mesi l'oltraggio.

L'art. 594 c.p., dunque, è servito per dichiarare che la pena dell'oltraggio, così come prevista, non era confacente alla funzione di evitare la lesione del decoro dei pubblici ufficiali, rispetto all'ingiuria che aveva ad oggetto lo stesso bene giuridico ma riferito ad un soggetto privo di qualifica pubblica.

Per moltissimi anni la giurisprudenza si è mantenuta dentro le rime obbligate, per poi cambiare parzialmente *modus operandi*.

Con la sentenza n. 236/2016, la Corte Costituzionale ha eseguito il sindacato sulla norma utilizzando direttamente il principio di proporzionalità perché ritenuto il precipitato del principio di offensività.

A questo punto, l'offensività è sia fonte, sia criterio, ma la proporzione ne è l'applicazione pratica. La ragionevolezza non scompare, in quanto è chiaramente prevista dallo stesso art. 3 Cost., ma rimane a vegliare sulla corretta esplicitazione di tale criterio di giudizio senza perciò rimanere il principale, o l'unico, sistema di reazione.

Ciò che viene effettuato, dunque, è un controllo intrinseco sulla singola fattispecie incriminatrice, per poi verificare se è rispettata l'adeguatezza della pena prevista dalla singola fattispecie in ossequio all'importanza del bene giuridico presidiato.

---

<sup>15</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 341/1994; si veda inoltre la voce "*oltraggio a pubblico ufficiale*", in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1998.

E' quanto accaduto con l'art. 567 co. 2 c.p., che incrimina la condotta di chi, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni o attestazioni.

Il ragionamento della Corte si distingue in due fasi: nella prima, la proporzionalità viene utilizzata direttamente per dichiarare l'incostituzionalità del secondo comma della norma; nella seconda viene preso il primo comma come *tertium comparationis* al fine di estendere la stessa previsione sanzionatoria anche alla fattispecie sproporzionata.

La proporzione, dunque, è in questo momento criterio autonomo per metà.

Nella seconda fase dell'operazione motivazionale rileva ancora il *tertium comparationis* che, però, non serve per stabilire se la pena è sproporzionata ma solo per individuare la sanzione.

La questione, infatti, concerne proprio la dosimetria della pena che, tuttavia, è materia coperta da riserva di legge; è infatti monopolio del legislatore stabilire quali fatti costituiscono fattispecie penalmente rilevanti e quali sono le conseguenze sanzionatorie.

Così, il principio di offensività entra in gioco come sindacato di proporzionalità della pena, e non come controllo di ragionevolezza quale verifica intrinseca di proporzione.

Il passaggio ulteriore è pertanto quello di far rilevare la proporzionalità come del tutto sganciata da una norma, anche per individuare la pena opportuna per il caso astratto.

### **3. Le applicazioni pratiche: il principio di proporzionalità come autonomo metro di giudizio.**

Dopo la parziale rivitalizzazione del principio, la Corte Costituzionale ha fatto un ulteriore passo in avanti mediante l'elevazione del suddetto al rango di autonoma misura della dosimetria della pena.

Una disposizione è incostituzionale non perché ce n'è un'altra con cui confrontarla, secondo il metodo del raffronto tra norme, bensì perché la pena elevata ivi contenuta non consente di irrogare sanzioni proporzionate. Dunque, è la formulazione della norma stessa l'indice di sproporzione tra precetto e sanzione.

L'organo di legittimità stesso impone una fisionomia costituzionale della pena, al fine di evitare una strumentalizzazione della persona e colmare così lo iato sanzionatorio sussistente tra la pena, così come imposta dalla norma, e quella che invece dovrebbe essere la più equilibrata rispetto al precetto.

In questo modo, la Corte finisce così per dettare le linee guida che il legislatore deve seguire nella riformulazione delle norme e, in attesa degli interventi di legge, si sostituisce in punto di determinazione della risposta punitiva allo stesso legislatore.

### **3.1. Segue: le applicazioni pratiche: l'art. 73 co.1 del d.P.R. 309/90<sup>16</sup>.**

La vicenda è sorta nel 2017, quando i giudici ordinari hanno iniziato a lamentare il carattere sproporzionato della pena dell'art. 73 del D.P.R. 309/90, prevista nel minimo con otto anni di reclusione.

Il motivo per cui è stato ritenuto inadeguato il trattamento sanzionatorio è dovuto al confronto con la fattispecie di lieve entità dell'art. 73 co. 5, che prevede il massimo di quattro anni di reclusione.

Leggendo entrambi i commi si evince che se viene commesso un fatto lieve, la pena è massimo quattro anni, se viene commesso un fatto "non lieve" la pena è minimo otto: c'è un vuoto strutturale tra ciò che è lieve, ciò che potrebbe non esserlo del tutto, e ciò che proprio non lo è.

Il concetto di lievità è del tutto indeterminato e quello che potrebbe essere lieve per un taluno potrebbe non esserlo per qualcun altro; dunque, non c'è una via di mezzo che consenta ai giudici di parametrare l'offesa alla sanzione.

In tal caso, è sì irragionevole, ma l'irragionevolezza costituisce un vulnus alla proporzione. Non vi è, infatti, solo un problema di discontinuità della risposta sanzionatoria, bensì anche di uno spazio troppo grande tra le due pene. La soluzione proposta da molte ordinanze di rimessione era quella di dichiarare l'incostituzionalità del minimo di otto anni e sostituirlo con quattro, sì da ravvicinare il comma primo col quinto e avere una continuità di trattamento.

Di tutta risposta, la Corte in un primo momento ha affermato<sup>17</sup> che "non può ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell'offesa debba necessariamente corrispondere una continuità della risposta sanzionatoria".

Le soluzioni, in teoria, avrebbero potuto essere molteplici, ma non poteva la Corte Costituzionale arrogarsi il diritto di legiferare sul punto, sforando così la propria competenza.

Auspiciando un chiarimento legislativo, pertanto, la Corte ha evidenziato che non si possono tollerare pene sproporzionate in un settore in cui vengono in considerazione diritti inviolabili.

---

<sup>16</sup> Per la sentenza v. [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it); per approfondimenti v. [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>17</sup>V. Corte Cost., sentenza n. 179/2017.



Sono infatti in rilievo i diritti fondamentali poiché una pena sproporzionata è una pena illegale, ed è proprio il principio di legalità che vuole che il legislatore intervenga per scegliere il trattamento sanzionatorio equo, nel rispetto dell'art. 25 Cost..

Stante il silenzio sul punto, lo stesso dibattito si è ripresentato due anni dopo, dove però la stessa Corte Costituzionale ha deciso in un modo diametralmente opposto.

Con la sentenza n. 40/2019, l'organo di legittimità ha messo in luce la funzione sociale e rieducativa della pena, funzione però frustrata dall'operatività di norme con pene sproporzionate rispetto all'offensività del fatto. In verità, siffatto trattamento non è giustificato neppure sotto il profilo della retribuzione della pena: una pena smisurata sanziona più di quanto il singolo debba scontare, ponendo in essere un fenomeno di "iper punizione"<sup>18</sup>.

Il percorso argomentativo si basa sulla mancata individuazione di una linea di confine tra il primo e il quinto comma, tale per cui i giudici ordinari hanno solo due possibilità: qualificare il fatto "più che lieve" in "lieve", oppure fare il contrario, cioè ricondurre il poco più che lieve in "grave".

Se è vero che la zona franca non può più essere mantenuta, si pone il problema di individuazione della pena. Ed è proprio qui che risiede la differenza tra l'iter motivazionale ancorato al *tertium comparationis* come indicatore della sanzione opportuna e il principio di proporzionalità da esso sganciato. Il suggerimento che era stato proposto dai giudici a *quibus* era di sostituire la pena di otto anni con quella di sei, facendo in quale modo rivivere il vecchio articolo della Legge Fini Giovanardi dichiarata incostituzionale per eccesso di delega nel 2014.

Il problema è di immediata percezione: una norma dichiarata incostituzionale deve prendere il posto di quella attuale.

Per aggirare il problema, la Corte Costituzionale ha sostenuto che, nell'ottica dell'opportunità legislativa, molte norme prevedono come minimo sei anni, fatto che deve far propendere per quella pena come scelta migliore e più proporzionata tra le tante che sarebbero potute essere adottate.

Così, viene dichiarato incostituzionale l'art.73 nella parte in cui non prevede come pena minima sei anni invece che otto.

---

<sup>18</sup> Il termine è utilizzato dall'A. per rendere letteralmente l'idea della portata punitiva delle norme sugli stupefacenti, soprattutto relazionata ai casi concreti che, molto spesso, non rendono possibile applicare la pena di lieve entità anche quando il fatto non necessita di essere punito come grave.

### **3.2. Segue: le sanzioni accessorie: l'art. 216 L. Fall. n. 267/1942<sup>19</sup>.**

L'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. dispone che: "Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa".

Dunque, la norma stabilisce due pene accessorie e fisse per la durata di dieci anni, a prescindere dall'irrogazione della misura principale: l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

La questione è immediatamente individuabile: non è può essere proporzionato un simile automatismo che non tenga conto né delle diversità tra i fatti concreti, né della pena principale.

E' d'uopo rammentare la funzione delle pene accessorie che, più che in ottica strettamente penalistica, può essere anche individuata attraverso l'analisi economica del diritto.

Anch'esse indirizzate verso il percorso di reinserimento del condannato nella società civile, svolgono infatti una funzione social preventiva ancora più che rieducativa. Non solo si punisce il soggetto in bancarotta fraudolenta, così assolvendo la funzione retributiva, ma si tutela anche la società cercando di assicurare la gestione del mercato e dei traffici commerciali in modo da affidarla ad interlocutori che siano attendibili.

Lo stesso dicasi con le pene accessorie previste per i delitti contro la pubblica amministrazione: c'è sì l'esigenza di rieducazione, ma anche quella di scongiurare la c.d. mala amministrazione ed evitare che le commesse pubbliche vengano commissionate a soggetti non affidabili.

Dunque, stante l'importanza delle pene accessorie, il problema attenzionato non concerne l'automatismo in sé considerato, posto che nell'ordinamento penale sono disseminate le ipotesi in cui ad una condotta segua necessariamente la sua misura collaterale, ma la fissità della pena stessa che non consente di operare una perimetrazione dell'offensività della condotta e di retribuirla in modo proporzionato.

E' sproporzionato infatti che siano sempre dieci anni a dover essere scontati in presenza di fatti disomogenei tra loro, fatti che in ogni caso non possono essere previsti a priori dal legislatore e men che meno trasposti in una formula

---

<sup>19</sup> V. Corte Costituzionale, sentenza n. 222/2018, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

normativa. La norma, però, seppur sproporzionata, non poteva subire un vuoto sanzionatorio e, per questo, erano state avanzate due soluzioni diverse.

Nel primo senso, la norma da utilizzare è l'art. 37 c.p. che discorre della durata delle pene accessorie. Secondo la disposizione, quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria segue la durata della principale. Il pregio del ragionamento consiste nel poter ragguagliare pena fissa e accessoria senza creare lo iato sanzionatorio che si mira ad eliminare. Il problema, comunque, non muta: la pena anche in tal caso è sempre automatica ed è sempre fissa, non lascia spazio al giudice per valutare la scelta opportuna. V'è in verità un altro e più grande problema, insormontabile, con connotato di priorità logica: l'organo di legittimità non ha potuto applicare l'art. 37 c.p. per coprire la falla dell'art. 216 cpv. L. fall. poiché, nel caso di specie, il legislatore aveva determinato la durata della pena accessoria e non aveva lasciato uno spazio da colmare con la durata della pena principale. Cioè, la giurisprudenza non può colmare né le lacune volontarie del legislatore, né tantomeno le scelte già effettuate; cioè che può però fare è trovare una soluzione compatibile con quanto detto dalla legge sì da non discostarsi troppo dalla sua volontà.

Applicare l'art. 37 c.p. avrebbe voluto dire sostituire gli automatismi per convenienza, metodo non solo poco incline a risolvere le problematiche, ma che per di più viola la riserva di legge. Per questo, con una soluzione volta alla giustizia sostanziale del trattamento sanzionatorio, il Supremo consesso non ha modificato il termine di dieci anni scritto nel corpo normativo, ma ha mutato semplicemente la fissità della pena: non più dieci anni, ma fino a dieci anni di pena. Il giudice può quindi spaziare nel termine di legge, ma non deve necessariamente applicarlo per intero.

La proporzione è dunque non più solo tra misure, ma anche tra competenze dei poteri.

### **3.3. Segue: le sanzioni accessorie: l'art. 222 del Codice della Strada, D.Lgs. n. 285/1992<sup>20</sup>.**

Con riferimento invece alla revoca della patente di cui all'art. 222 del codice della strada, D.lgs. n. 285/92, il principio di proporzionalità è stato utilizzato per contestare l'automatismo sanzionatorio.

I passaggi che hanno interessato l'art. 222 sono stati principalmente tre.

---

<sup>20</sup> Per approfondimenti sul tema cfr. [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) e [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

La legge 102/2006 prevedeva solamente la sospensione della patente di guida come sanzione, senza prevedere niente in ordine alla revoca.

Nel 2010<sup>21</sup>, invece, il legislatore era intervenuto ad inasprire il trattamento sanzionatorio, prevedendo che vi fosse anche la revoca della patente per l'ipotesi di omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme del codice della strada, poi successivamente estesa anche per le lesioni colpose in ipotesi di guida in stato di ebbrezza.

La legge 41/2016 ha invece eliminato qualsivoglia differenziazione tra condotte: consegue sempre la revoca della patente in tutte le ipotesi di condanna o di patteggiamento della pena per l'omicidio stradale o lesioni personali stradali gravi o gravissime.

La revoca, dunque, opera indistintamente per queste categorie di soggetti senza tenere conto del concreto disvalore del fatto.

In questo automatismo sanzionatorio si annida una connaturata disparità: le fattispecie a cui segue la revoca sono del tutto eterogenee tra loro. La Corte Costituzionale ha osservato che c'è una sproporzione intrinseca a simile trattamento, posto che le fattispecie e il loro disvalore sono disomogenee; per questo, anche le sanzioni a queste accessorie dovrebbero esserlo.

Osserva la Corte infatti che lo stesso legislatore ha differenziato le ipotesi di delitto nel codice penale, attribuendo loro un trattamento punitivo distinto e calibrato sull'offensività della condotta: l'art. 222 C.d.S. si presenta così doppiamente sproporzionato, sia per l'automatismo sanzionatorio in sé che non consente per sua natura un trattamento individualizzato, sia per l'incoerenza dello stesso legislatore nel trattare due fattispecie allo stesso modo quando in precedenza le aveva differenziate in punto di pena.

Quindi, la Corte Costituzionale è intervenuta salvando l'art 222 del C.d.S. sulla revoca automatica solo per ipotesi di guida in stato di ebbrezza e di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

In tutti gli altri casi, la norma è incostituzionale: spetta infatti al giudice valutare le circostanze del caso concreto e quindi eventualmente applicare, per esempio, anche la sospensione della patente come previsto.

### **3.4. Segue: le altre sedi di applicazione della proporzionalità: la confisca del profitto e del prodotto e il divieto di partecipare alle pubbliche riunioni.**

---

<sup>21</sup> Legge n. 120/2010.

Il principio di proporzionalità è stato utilizzato in materia di sanzioni anche per dichiarare illegittima la confisca per equivalente del prodotto del reato<sup>22</sup>. Gli artt. 187-bis e ss. del testo unico finanziario, D.lgs. n. 58/98, prevedono la confisca per equivalente del prodotto dell'illecito di insider trading e dei beni utilizzati per commetterlo.

Nel caso di abuso di informazioni privilegiate, il prodotto dell'illecito sono gli strumenti finanziari acquistati in base all'informazione privilegiata o la somma ricavata dalla vendita degli stessi, mentre il profitto è l'utilità economica conseguita mediante la commissione dell'illecito.

Orbene, la confisca del profitto ha una funzione ripristinatoria della situazione economica precedente, riportando il soggetto nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se non avesse compiuto il reato, a differenza della confisca per equivalente del prodotto o dei mezzi utilizzati per commetterlo.

Infatti, la confisca per equivalente del prodotto o dei beni utilizzati ha un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore; la giurisprudenza assegna alla confisca per equivalente del prodotto o dei beni utilizzati pertanto una funzione sanzionatoria.

La Corte Costituzionale ha ravvisato<sup>23</sup> in questo sistema di sanzioni una sproporzione di fondo: il soggetto insider verrebbe punito due volte in maniera automatica per una condotta per la quale sarebbe dovuto essere punito solo con confisca del profitto. La confisca automatica diviene così una doppia punizione per il soggetto, così che si impone la declaratoria di incostituzionalità della norma nella parte in cui prevede sempre ed automaticamente la confisca per equivalente del prodotto.

Ulteriore ipotesi in cui il principio di proporzionalità consente di interpretare in via correttiva le disposizioni di legge, ha ad oggetto il divieto di partecipare alle pubbliche riunioni di cui all'art. 8 co. 4 e 75 co. 2 codice antimafia, D.lgs. n. 59/11.

In tal caso, però, il principio è stato però utilizzato dalle Sezioni Unite<sup>24</sup>.

La nozione di "pubblica riunione" ha creato, e tutt'ora crea, problemi semantici e interpretativi. Secondo una prima ricostruzione, il concetto è del tutto indeterminato. Per questo, il rinvio che l'articolo 75 del codice antimafia fa all'articolo 8 non può ricomprendere il divieto di partecipare a pubbliche riunioni,

---

<sup>22</sup> Il tema è approfondito su [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>23</sup> Sentenza n. 112/2019.

<sup>24</sup> Ordinanza di rimessione del 17 gennaio 2019, n. 2124; informazione provvisoria del 28 marzo 2019. Per il nucleo dell'informazione provvisoria cfr. [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

posto che, così facendo, si avrebbe un reato sulla base di una prescrizione indeterminata.

A tal proposito, ci sono infatti più disposizioni che evocano la nozione, come ad esempio l'art. 266 c.p., l'articolo 18 del Testo Unico di pubblica sicurezza; l'art. 4 co. 5 della legge n. 110/1975.

Dunque è giocoforza ritenere che l'utilizzo della terminologia per le fattispecie più disparate ne denoti già di per sé una vaghezza intrinseca.

All'opposto, però, si sosteneva anche che il concetto di pubblica riunione sia determinato e non generico.

La norma non fa riferimento a qualsiasi tipologia di riunione, ma fa riferimento ad una "pubblica riunione".

La prescrizione, per questo, è caratterizzata da determinatezza: c'è un divieto di partecipare non a qualunque riunione, ma a qualunque riunione pubblica, essendo tale quella partecipata da più persone o in luogo pubblico o in luogo aperto al pubblico e, quindi, in un luogo al quale hanno facoltà di accesso un numero indeterminato di persone indipendentemente dal motivo della riunione. Per cui, ad esempio, l'accesso ad una manifestazione sportiva dovrebbe essere ritenuto come luogo aperto al pubblico rientrando nel campo di applicazione della norma.

Ulteriore orientamento riteneva invece che non fosse solo un problema di determinatezza del concetto, ma anche di compatibilità con il principio di offensività e di proporzionalità. Anche in questo caso, automatizzare il divieto rischia di offuscare il rispetto dei due principi: il sanzionare sempre e comunque il solo fatto di partecipare a qualunque pubblica riunione non appare equilibrato nel rapporto tra mezzo e fine.

L'organo di legittimità ha dunque rassegnato delle conclusioni sul punto: l'art. 8 si riferisce solo alle riunioni in luogo pubblico e non aperto al pubblico. Ciò significa che la giurisprudenza ritiene non indeterminata la prescrizione in base al canone di offensività-proporzionalità, posto che il rischio concreto è più elevato nel caso di riunioni in luogo pubblico nell'ottica della determinatezza del precetto e di equilibrio sanzionatorio.

#### **4. Nuove applicazioni: l'ordinanza di rimessione n. 130/2019 sull'art. 628 co. 2 c.p..**

La Terza sezione del Tribunale di Torino ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di incostituzionalità relativa all'identità del trattamento sanzionatorio del primo e secondo comma dell'art. 628 c.p.<sup>25</sup>.

La prima motivazione è la violazione dell'art. 3 Cost., ove si considerino i diversi modi in cui può atteggiarsi il rapporto tra aggressione al patrimonio e alla persona. Il comma primo prevede e punisce con pene più severe il caso in cui la violenza preceda la sottrazione della cosa altrui: la rapina propria si connota infatti per il primario ruolo svolto dall'elemento oggettivo, vale a dire l'aggressione alla persona, e la progettazione della violenza ai fini patrimoniali sotto il profilo soggettivo.

Nella rapina impropria di cui al comma secondo, la situazione è del tutto diversa. L'agente ha invero deciso di perseguire il fine di arricchimento in un primo momento in maniera non violenta, violenza che però si innesca immediatamente dopo la sottrazione per la reazione della vittima o di terzi.

L'uso preordinato della violenza ovvero l'uso, per così dire, occasionale, non possono ricevere lo stesso trattamento sanzionatorio come invece è per i due commi dell'art. 628 c.p.

Oltretutto, si legge nell'ordinanza, non vi è una differenza ontologica, come invece si verifica sul piano punitivo, tra il caso in cui taluno usi violenza immediatamente dopo, essendo punito più gravemente, e il caso in cui la violenza non sia usata immediatamente dopo, ma solo dopo qualche breve lasso di tempo (qualche ora).

Questa disparità sottende una sproporzione *in re ipsa* nella formulazione della fattispecie di rapina impropria: in ogni caso v'è un attacco al patrimonio e alla persona di eguale gravità.

Per questo, la norma viola anche l'art. 25 co. 2 Cost..

Il richiamo al "fatto commesso" postula il rilievo fondamentale del principio di offensività che implica, in concreto, di riconoscere un trattamento differenziato per fatti diversi e, in astratto, la necessità di distinguere in sede di redazione delle norme penali i vari fenomeni criminosi per le loro caratteristiche lesive.

L'ordinanza prende in esame le ipotesi in cui la violenza sia usata dopo poche ore (non immediatamente dopo): all'art. 624 c.p. è prevista una pena minima di sei mesi di reclusione più multa; per l'art. 610 c.p. una pena da quindici giorni a quattro anni di reclusione; per l'art. 337 c.p. una sanzione da sei mesi a cinque anni di reclusione.

---

<sup>25</sup> V. [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

L'art. 628 co. 2, invece, prevede che nel minimo vi sia la punizione di quattro anni di reclusione.

In aggiunta, è violato anche l'art. 27 Cost., secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

In tal senso, la norma costituzionalizza il principio di proporzionalità della pena, in quanto una pena sproporzionata rispetto alla gravità del reato commesso non può assolvere né alla funzione di "ristabilimento della legalità violata", né una funzione rieducatrice.

Chiosa l'ordinanza inoltre che il nostro ordinamento non ha alcun bisogno di una disposizione siffatta; ci sono invero altre disposizioni, come gli artt. 624 e ss., 610 e 337 c.p., che possono assolvere il compito demandato all'art. 628 co. 2 c.p. senza però frustrare le funzioni proprie della pena, prima tra tutte quella di rieducazione sociale.

## **5. Conclusioni.**

Il diritto penale è la branca del diritto pubblico che si occupa di stabilire i beni meritevoli di una particolare protezione e le misure più idonee alla loro tutela.

La legislazione penale è dunque composta da un insieme di precetti e sanzioni che delineano le fattispecie criminose, insieme che assolve la funzione di retribuzione della condotta e di rieducazione del reo agente.

Il legislatore è tenuto dunque a seguire un filo conduttore che permetta di applicare la sanzione più idonea rispetto all'offesa arrecata e che sia, al contempo, a questa proporzionale.

Il principio di offensività e quello di proporzionalità cooperano così tra loro per far sì che la funzione della pena non sia vanificata da sanzioni non correttamente graduate all'offesa arrecata, minando così i principi dello stato di diritto.

Dunque, l'equilibrio tra precetto e sanzione passa proprio attraverso una proporzione tra mezzo utilizzato e risultato perseguito.

La proporzionalità è infatti il principio cardine intorno al quale ruota tutto l'impianto punitivo, quale momento di sutura tra la condotta e l'offesa concretamente arrecata. È proprio in punto di valutazione del pregiudizio occorso alla persona offesa dal reato che il principio di proporzionalità spiega il suo massimo effetto: l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio mira infatti a retribuire l'azione e a rieducare il reo ai comportamenti conformi all'ordine giuridico.



Tuttavia, la proporzionalità e l'individualizzazione incontrano un ostacolo nella fissità della pena, negli automatismi sanzionatori e nelle ingiustificate equiparazioni punitive, difficoltà che necessita di essere superata attraverso un uso dinamico della proporzionalità stessa che, da mero principio, diviene anche strumento di correzione.

A seconda della gravità dell'offesa, il codice penale predispone una rete di protezione diversificata che possa così coprire tutte le zone di impunità del soggetto agente. È proprio alla luce di questa stratificazione punitiva che si pongono i più delicati problemi in punto di proporzione tra offesa e sanzione: tanto le pene principali quanto quelle accessorie devono essere idonee a far comprendere il concreto disvalore di quanto compiuto, essendo dunque modellate non sulla base di automatismi, bensì sulle esigenze di punizione che si pongono nel caso di specie.

Il principio di proporzionalità mira dunque ad individualizzare la pena, in luogo di quanto accade mediante l'applicazione di conseguenze automatiche all'offesa di un bene giuridico.

Il sistema penale si regge pertanto sull'asse dell'intensità dell'offesa, della rimproverabilità della condotta e dell'individualizzazione del trattamento punitivo, fattori che, unitamente considerati, formano l'equilibrio da ricercare per una corretta attuazione dei principi costituzionalmente rilevanti.

## “Eppur si muove”: l’ergastolo ostativo al vaglio delle due Corti.

di Sara SPIEZIA\*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa: le origini del doppio binario penitenziario; **2.** La genesi dell’art. 4 *bis* o.p.. L’evoluzione normativa; **3. Focus:** L’ergastolo ostativo prima dell’intervento della Corte Costituzionale del 22 ottobre 2019; **4.** Questioni di legittimità costituzionale dell’art. 4 *bis* o.p.; **4.1.** L’ergastolo ostativo al vaglio della Corte Costituzionale: l’ordinanza della Corte di Cassazione n. 57913 del 2018; **4.2. Segue:** L’ordinanza del tribunale di Sorveglianza di Perugia n. 135/2019; **4.3.** L’ergastolo ostativo al vaglio della CEDU: sentenza Viola c. Italia ricorso n. 77633/16; **4.4.** Il comunicato della Corte Costituzionale del 23 ottobre 2019; **5.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *With this article, the Author intended to trace the genesis and the evolution of art. 4 bis ord. pen. By investigating on the causes of the introduction of the double penitentiary system, the article focuses on the issues of constitutional legitimacy and conformity with the ECHR, raised to date.*

### **1. Premessa: le origini del doppio binario penitenziario.**

La pericolosità delle organizzazioni criminali costituisce un vero e proprio *vulnus* per lo Stato italiano. Tale assunto permette di legittimare, quanto meno in astratto, la natura derogatoria della legislazione antimafia e, nello specifico, del trattamento penitenziario. Sono, infatti, le istanze preventivo-repressive a essere sottese al peculiare regime detentivo, previsto per questa particolare categoria di detenuti. Non di meno, il forte allarme sociale suscitato dai gravi fatti di cronaca ha funto da impulso per la prospettazione di un sistema dell’esecuzione penale, che fosse rispondente all’eterogeneità delle situazioni concrete.

Le stragi di mafia, hanno, infatti, palesato l’inadeguatezza della normativa “ordinaria”, facendo, così, emergere l’esigenza di inasprire la legislazione penitenziaria per i detenuti ritenuti ad “alta pericolosità”.

La prospettiva progressista<sup>1</sup> che aveva informato la legge *Gozzini* – l. 10 ottobre 1986 n.663 – ha dovuto, quindi, fare i conti con la continua espansione di una

---

\* *Dottoranda in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 L. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Roma.*

criminalità spiccatamente eversiva, inducendo l'ordinamento penitenziario a piegarsi ai prioritari obiettivi di sicurezza sociale<sup>2</sup>.

In preda all'ondata emergenziale sorta con le stragi di mafia il legislatore ha, quindi, introdotto nel sistema penitenziario nostrano un "regime del doppio binario", consistente in un duplice atteggiarsi della pena a fronte di situazioni diverse. In particolare, con il reticolato di preclusioni e limitazioni al regime premiale delineato all'art 4-*bis* ord. pen., ha inteso fronteggiare, anche nel *post rem iudicatam*, il fenomeno in continua espansione della criminalità organizzata, con la previsione di un regime trattamentale differenziato, il cui *discrimen* verte, dunque, sui *nomina delicta* per cui è intervenuta la condanna<sup>3</sup>.

Si registrano, infatti, nel testo originario della L. n. 354 del 1975 rubricata "*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*", delle distinzioni nel trattamento penitenziario per i condannati per i delitti di maggior allarme sociale anche sul fronte del ricorso alla premialità, proprio perché la reclusione, che di regola svolge funzione deterrente, non pareva garantire in modo esaustivo lo sradicamento dall'organizzazione criminale da parte del detenuto. D'altronde, dai lavori della commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della Mafia è emerso che, dal momento in cui il carcere è quasi sempre situato nei luoghi in cui i delittuosi

---

<sup>1</sup> La legge *Gozzini* ha introdotto nel sistema penitenziario un ulteriore ventaglio di misure alternative alla detenzione estendendo i requisiti per l'accesso, a testimonianza del filone normativo che ritiene più efficace l'esecuzione della pena fuori dal carcere. Infatti, il programma di decarcerizzazione elaborato dalla legge sull'ordinamento penitenziario è stato poi implementato dalla legge sopra citata, la quale ha introdotto una molteplicità di strumenti volti da un lato ad ampliare l'uscita anticipata dall'istituto penitenziario e dall'altro ad evitare a monte l'ingresso. V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Giappichelli, Milano, p. 242.

<sup>2</sup> V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di Vincenzo Maiello, Giappichelli ed., Milano, p. 242. L'autore ricorda la legge 19 marzo 1990 n. 55, come uno dei primi interventi, che si instaurano in questa logica di rottura rispetto alla tendenza a favorire la finalità rieducativa. La legge in oggetto, infatti, introducendo il comma 1bis all'art 30-*ter* o.p. ha stabilito, che siano acquisiti elementi idonei ad escludere l'attualità del collegamento con l'organizzazione, ai fini della concessione dei permessi premio ai condannati per reati commessi con finalità di terrorismo, di eversione dell'ordinamento costituzionale.

<sup>3</sup> Ci si riferisce, in particolar modo, all'art 656 comma 9 c.p.p. che esclude per i "condannati per i delitti di cui all'art 4-bis della legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modifiche" la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5..

F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in AA.VV., *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. Romano, UTET, 2015.

vivono, questi possono mantenere il contatto con la famiglia e con la cosca, nonché possono "continuare a tessere le fila di altre criminose imprese"<sup>4</sup>.

La *ratio* della normativa in esame segue, dunque, due direttrici fondamentali: una rivolta al passato, funzionale alla disgregazione delle varie consorterie criminali e alla repressione dei delitti tipici di tali organizzazioni; la seconda, invece, orientata verso il futuro, rivolta, cioè, alla prevenzione delle attività criminose compiute a danno della collettività.

Queste le ragioni per le quali il legislatore ha predisposto tutta una serie di limitazioni a tale, particolare, categoria di detenuti. Tra queste, in primo luogo, l'esclusione dalla concessione di misure alternative alla detenzione o di misure premiali, (che solo a determinate condizioni possono essere ottenute), oltre all'applicazione di restrizioni afflittive in presenza di determinati presupposti.

Al contempo ha poi previsto un regime di favore per chi, invece, decida di collaborare con la giustizia, rescindendo i legami con l'organizzazione criminale. In tal caso, infatti, viene meno lo scopo primario della differenziazione trattamentale, ossia evitare che il detenuto, mantenga i contatti con la cosca e persegua nell'esercizio di attività delittuosa.

La *condicio sine qua non* per usufruire dei benefici è, quindi, data dall'assenza di collegamenti attuali con l'organizzazione criminale evincibile, sia dalla collaborazione con la giustizia, sia dall'acquisizione di elementi idonei a provarla. Il meccanismo così delineato è volto ad ottenere la collaborazione dei detenuti; questa, infatti, rappresentava, fino alla pronuncia della Corte Costituzionale del 22 ottobre 2019, la chiave di volta per l'accesso ai benefici penitenziari, specialmente per quanto riguarda i condannati alla pena dell'ergastolo, definito ostativo.

La disciplina prevista dal "diritto penale della criminalità organizzata", ivi compresa quella penitenziaria, non è stata scevra da riserve prospettate alla Corte Costituzionale, da ultimo ord. Cass. pen., sez. I, 57913/2019, e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per quanto riguarda il paventato rischio del mancato rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento. Occorre, quindi, valutare se gli strumenti operanti sul piano penitenziario siano o meno rispettosi dei dettami della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e se sia legittimo che l'esecuzione della pena diventi uno strumento di lotta alla criminalità organizzata. La pena, in questo contesto, sembrerebbe aver assunto

---

<sup>4</sup> *Testo integrale della relazione della commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della Mafia*, Vol. I, 1973, Roma, pp. 75 e ss..

<sup>5</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Cedam, 2010, p. 34.

valenza punitiva più che rieducativa, partendo dal presupposto che il regime premiale viene concesso non in base ad un accertato recupero, ma in base alla sola scelta di collaborare con la giustizia, finendo quindi per svilire quella che è la portata del principio sancito dall'art 27 della Costituzione.

## **2. La genesi dell'art. 4 bis o.p.. L'evoluzione normativa.**

L'articolo 4-*bis* costituisce la norma cardine del regime del "doppio binario" penitenziario. Questo, frutto di una novella legislativa, è stato originariamente introdotto con il d.l. 13 maggio 1992 n. 152, convertito dalla l. 12 luglio 1991 n. 203, per essere poi oggetto di modifica in seguito a diversi interventi legislativi e giurisprudenziali.

Il suddetto articolo ha avuto il merito di aver apportato degli elementi di rilevante novità rispetto al precedente assetto normativo, caratterizzato dal perseguimento di una finalità interamente rieducativa. La disposizione, infatti, si presentava come una norma chiave, per l'assetto dei nuovi equilibri che si volevano instaurare tra l'ordinaria disciplina e quella, invece, da applicarsi con riguardo ai condannati per reati di criminalità organizzata<sup>6</sup>

Nella sua originaria formulazione<sup>7</sup>, l'art 4-*bis* raggruppava i delitti in due diverse fasce riconducibili al *genus* della criminalità organizzata. Nella prima vi

---

<sup>6</sup> V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994, p. 7. Questi, infatti, descrive la norma come "una norma chiave per il sistema dei nuovi equilibri che all'inizio degli anni novanta si volevano instaurare – quanto alle misure rieducative previste dall'ordinamento penitenziario – tra la disciplina ordinaria e la disciplina da applicarsi, invece, nei riguardi dei condannati dei più gravi delitti di criminalità organizzata"

<sup>7</sup> La prima formulazione, leggibile in <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1991/07/12/091G0250/sg>, recitava: "Art. 4- *bis* (Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti) L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI possono essere concessi ai condannati per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416- *bis* e 630 del codice penale e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, solo se sono stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. Quando si tratta di condannati per i delitti di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, del codice penale e all'articolo 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del predetto testo unico, approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 309

rientravano i reati direttamente riconducibili al crimine organizzato, mentre nella seconda, quei delitti che, pur non essendo espressamente riferiti alla malavita, venivano comunque considerati reati di elevata gravità.

Stando alla lettera originale dell'articolo, i condannati appartenenti alla prima fascia potevano accedere alle misure alternative, solo se si fossero acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la cosca. Per i condannati di seconda fascia, invece, l'accesso alle misure alternative era subordinato al semplice rilievo oggettivo dell'insussistenza di attuali collegamenti con il crimine organizzato<sup>8</sup>. Si richiedeva, dunque, una prova negativa<sup>9</sup> in un caso, positiva nell'altro.

Nel corso dell'anno successivo, l'articolo è stato oggetto di modifica con il decreto legge 8 giugno 1992 n. 306, il quale ha, innanzitutto, eliminato il richiamo, tra i delitti iscrivibili nella prima fascia, ai reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, incentrando il regime di maggior rigore sulle fattispecie riconducibili alla criminalità organizzata<sup>10</sup>, introducendo, poi, la peculiare figura del c.d. "ergastolo ostativo".

Le interpolazioni legislative, che hanno avuto ad oggetto la norma in esame, non si sono esaurite nella sola legge n. 356/92, di conversione del decreto suddetto, ma si sono succedute copiosamente nel tempo, allo scopo di ampliare il catalogo

---

del 1990, i benefici suddetti possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto.

Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali".

<sup>8</sup> R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. CORSO, Monduzzi, 2013, p. 170.

<sup>9</sup> La prova negativa consistente, secondo l'originaria formulazione, nella acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con l'associazione, era considerata dalla dottrina una *probatio diabolica*. In tal senso A. PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime di preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di Presutti, Milano, 1994, p. 81.

<sup>10</sup> C. Cost., 1/03/1995, n. 68, in *cortecostituzionale.it*.

dei reati ostativi e i "tipi di autore". Tali modifiche hanno finito per ricomprendere nel "tragico elenco"<sup>11</sup> particolari fattispecie associative, quali quelle finalizzate alla commissione di reati contro la personalità individuale e contro la libertà sessuale<sup>12</sup>, quelle dedite al contrabbando di tabacchi lavorati esteri<sup>13</sup> e all'immigrazione clandestina e taluni delitti contro l'onore<sup>14</sup>.

Un altro intervento di novella si è avuto, poi, con il d.l. n. 11 del 23 marzo 2009, conv. dalla legge n. 38 del 23 aprile dello stesso anno, recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", che ha introdotto, tra i reati della prima fascia, alcuni già precedentemente previsti nella seconda.

Con la legge n. 99 del 23 luglio 2009, si è, invece, ulteriormente ampliato il catalogo dei reati preclusivi di seconda fascia, mentre con la legge n. 172 del 1 ottobre 2012, di ratifica della convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, anche conosciuta con il nome di Convenzione di Lanzarote, è stato inserito il comma 1-*quinquies*, che prevede tutta una serie di fattispecie criminali di tipo sessuale a danno dei minori.

L'ultima modifica legislativa risale all'art. 1, co. 6, lett. b), l. n. 39 gennaio 2019 c.d. *spazzacorrotti*, con cui si è esteso il regime *ex art. 4bis* o.p. a taluni delitti contro la Pubblica Amministrazione<sup>15</sup>.

La norma in esame è stata, quindi, oggetto di una stratificazione di interventi normativi di modifica, che ne hanno mutato la fisionomia, rendendone difficile la lettura.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. online*, 2018, fasc. 3, p. 9.

<sup>12</sup> vd d.l. n. 341 del 24 novembre 2000, conv. in l. 19 gennaio 2001.

<sup>13</sup> vd. l. n. 92 del 2001 e L. n. 189 del 2002 che ha ricompreso tra i reati scopo dell'associazione per delinquere, i quelli di cui all'art 12 comma 3,3 bis e 3 ter t.u. 286/98 in tema di immigrazione clandestina.

<sup>14</sup> Legge 38 del 2006 ha inserito tra i reati gli artt. 600-*bis* comma 1, 600-*ter* comma 1 e 2, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609 -*octies* ed infine, come reato fine dell'associazione *ex art* 416 c.p., l'art 609-*ter* c.p..

<sup>15</sup> La legge c.d. *Spazzacorrotti* prevede l'inclusione dei reati di cui agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p..

<sup>16</sup> La norma in esame è stata, quindi, oggetto di una stratificazione di interventi normativi di modifica, che ne hanno modificato la fisionomia, rendendone difficile la lettura.

Allo stato attuale, dunque, l'articolo oggetto di analisi recita:

"1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter* della presente legge o a norma dell'articolo 323-*bis*, secondo comma, del codice penale: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione

dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*, 416-*bis* e 416-*ter* del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies* e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-*nonies* e 17-*bis* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni. 1-*bis*. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale.

1-*ter*. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, secondo e terzo comma, 600-*ter*, terzo comma, 600-*quinqüies*, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, all'articolo 291-*ter* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all'articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, all'articolo 416, primo e terzo comma, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale e dall'articolo 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

1-*quater*. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqüies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqüies*, 609-*octies* e 609-*undecies* del codice penale solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano in ordine al delitto previsto dall'articolo 609-*bis* del codice penale salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata.

1-*quinqüies*. Salvo quanto previsto dal comma 1, ai fini della concessione dei benefici ai detenuti e internati per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinqüies*, 609-*quater*, 609-*quinqüies* e 609-*undecies* del codice penale, nonché agli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del medesimo codice, se commessi in danno di persona minorenni, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la



### **3. Focus: L'ergastolo ostativo prima dell'intervento della Corte Costituzionale del 22 ottobre 2019.**

Con l'espressione "Ergastolo ostativo" si allude ai casi in cui il reato per il quale è stata irrogata la pena dell'ergastolo osta alla concessione dei benefici penitenziari. Stando alla lettera originaria dell'art. 4-*bis*, come modificata dal d.l. n. 306 del 92, per questa particolare categoria di "ergastolani", la concessione dei benefici penitenziari è legislativamente subordinata alla collaborazione con la giustizia. In assenza di questa condizione, dunque, la pena dovrà essere scontata per intero in carcere.<sup>17</sup>

L'art 15 comma 1 del suddetto decreto legge, infatti, attribuiva un peso rilevante alla collaborazione, statuendo che, per i condannati per uno dei delitti rientranti nella prima fascia, il requisito necessario per l'accesso ai benefici penitenziari fosse la collaborazione con la giustizia, a norma dell'art 58-*ter* ord. pen. In assenza di tale presupposto, stando alla lettera della disposizione in esame, la concessione dei benefici era assolutamente preclusa. Tale previsione è stata, poi, mitigata in sede di conversione dalla l. n. 356 del 1992, la quale ha stabilito che il divieto potesse essere superato, in presenza di determinate circostanze attenuanti, nell'ipotesi in cui la collaborazione risultasse oggettivamente irrilevante e vi fossero elementi idonei ad escludere la sussistenza dei collegamenti con l'organizzazione criminale.

---

positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'articolo 13-*bis* della presente legge.

2. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto.

2-*bis*. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1-*ter*, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni dal questore. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni.

3. Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali.

3-*bis*. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3."

<sup>17</sup> Questa peculiare forma di ergastolo è stata più volte oggetto di polemica, a causa del paventato rischio di illegittimità costituzionale, da ultimo con le ordinanze n. 59 e 135 del 2019.

Con la legge 7 agosto 1992 n. 356, si è, inoltre, previsto che le limitazioni all'accesso ai benefici valessero solo per le misure alternative alla detenzione, desumibili dal Capo VI della legge sull'ordinamento penitenziario, fatta salva la liberazione anticipata.

Il legislatore ha, quindi, previsto una presunzione legale di pericolosità sociale per questi detenuti, la cui *ratio* si ispira anche alla volontà di arginare i poteri discrezionali della magistratura di sorveglianza. La prova contraria, a tale presunzione relativa, era data dalla scelta esplicita di collaborare con la giustizia.<sup>18</sup>

Come autorevolmente affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 68 del 1995: "il mutamento di prospettiva è, dunque, evidente. Pur restando infatti sullo sfondo, quale generale presupposto per la concessione dei benefici, la verificata assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356 ha obliterato fino a dissolverli i parametri probatori alla cui stregua condurre un siffatto accertamento, per assegnare invece un risalto esclusivo ad una condotta - quella collaborativa - che si assume come la sola idonea a dimostrare, per *facta concludentia*, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti. Si passa, pertanto, da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)".

La modifica ha finito, quindi, per incidere sulla *ratio* della disposizione, che è divenuta una norma volta ad incentivare la collaborazione con la giustizia e, per tale motivo, non è stata esente da critiche. L'art 4 *bis*, così come risultante dalla modifica, secondo la critica, sembrerebbe, infatti, essere plasmato sul brocardo *carceratus tenetur alios detergere*, alla luce del quale è necessaria la collaborazione con la giustizia, in relazione ai fatti per cui è intervenuta la condanna, per accedere ai benefici penitenziari.

---

<sup>18</sup> Si registra in dottrina un dibattito avente ad oggetto la valenza della condotta collaborativa dei detenuti.

Si individuano, in particolar modo, due orientamenti. Il primo, riconducibile a Presutti, ritiene che la scelta collaborativa sia indicativa della sola affidabilità oggettiva, non anche, dunque, di quella soggettiva. La motivazione addotta fa leva sulla circostanza che la condotta collaborativa non sembra provare il superamento della scelta criminale. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la scelta di collaborare possa fondare una ragionevole prognosi di non recidiva.

Si è, quindi, avuto una rottura con il passato, tale per cui alcuni studiosi hanno affermato di poter parlare di una "controriforma carceraria"; altri hanno invece concordato che, gli interventi legislativi stratificati nel tempo, avrebbero realizzato una "restaurazione normativa", reintroducendo la categoria dei reati ostativi, prima espunta dalla Corte Costituzionale.<sup>19</sup>

Il reo, dunque, condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis* comma 1 che non collabori con la giustizia o per il quale non si verifichino le condizioni richieste dal comma 1 *bis*, non potrà, stando al tenore letterale della norma, accedere ai benefici penitenziari e, in particolare, alla liberazione condizionale.

Si è paventata, infatti, la violazione del diritto al silenzio, sussumibile nel brocardo *nemo tenetur se detegere*, essendo l'accesso ai benefici penitenziari subordinato alla necessaria collaborazione.

Si parla, dunque, di "fine pena mai", in quanto questa tipologia di detenuti, anche in presenza di un ravvedimento certo, non potranno tornare in libertà, neppure dopo aver espiato 26 anni di pena.

L'ergastolo ostativo, dunque, è stato oggetto di censure a livello costituzionale ed europeo.

#### **4. Questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* o.p..**

L'articolo 4-*bis* ord. pen. è stato sottoposto molteplici volte al vaglio della Corte Costituzionale, la quale, pur mostrando apprensione per la tendenza al diritto penale d'autore<sup>20</sup> che si rinveniva nella disciplina, ha avallato il regime penitenziario differenziato, eliminando solo le parti di maggiore asperità costituite dagli automatismi applicativi.

La pronuncia madre della giurisprudenza costituzionale è la sentenza n. 306 del 1993<sup>21</sup>, con cui la Consulta ha posto le fondamenta per la giurisprudenza successiva, ipotecendo, secondo quanto detto da alcuni autori, la portata dei

<sup>19</sup> L. CARACENI- C. CESARI, *Commento all'articolo 4-bis ord. pen.*, in AA. VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA- G. GIOSTRA, CEDAM, V ed., 2015, p. 52.

<sup>20</sup> Corte Costituzionale n. 306 del 1993, punto 11, cons. dir.: "appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa dei tipi di autore, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o non potrebbe essere perseguita".

<sup>21</sup> C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in AA.VV., *Diritto penale de giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, ESI, 2006, p. 153. Per l'autore tale sentenza deve essere considerata come "la pietra angolare del sub-sistema ermeneutico- costituzionale sulla filosofia della pena".

successivi interventi.<sup>22</sup> Con tale sentenza, infatti, la Corte affronta molteplici punti, concentrandosi sul valore procedimentale della collaborazione e, sulle conseguenze che questa comporta sul trattamento penitenziario dei detenuti e degli internati.

Il primo aspetto critico della disciplina dell'esecuzione della pena, per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata, è rappresentato, infatti, dal legame causale tra collaborazione e accesso ai benefici penitenziari. Tale connessione, si presta a numerose censure<sup>23</sup>. Il dubbio in merito alla legittimità muove dalla circostanza che la concessione dei benefici penitenziari dipenda, non dall'accertamento di un progresso, sotto il profilo rieducativo, ma dalla prestazione di una collaborazione con la giustizia. Si paventa, così, il rischio che si vanifichi il percorso di risocializzazione e di rieducazione intrapreso dal detenuto che decida di non collaborare.

Alla luce di quanto affermato dalla Corte<sup>24</sup>, la Costituzione assegna alla pena natura polifunzionale. Tra le finalità perseguite, (da un lato, di prevenzione generale e di difesa sociale, dall'altro di prevenzione speciale e di rieducazione), non può stabilirsi a priori una gerarchia rigida e assoluta, dovendo essere sempre bilanciate, senza che nessuna di queste risulti obliterata. In altri termini, si ammette, quindi, la possibilità che il legislatore faccia prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità.

Partendo, dunque, dal presupposto che, la normativa in esame è il frutto di scelte politico criminali precise<sup>25</sup>, la giurisprudenza costituzionale riconosce la

---

<sup>22</sup> In tal senso, M. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art 4-bis ord. pen.*, in *Cass. Pen.*, 1997, f. 5, 1256, afferma che "il salvataggio di tutto l'impianto normativo del comma 1 dell'art 4-bis ord pen, operato dall'iniziale approccio della Corte, per espresse ragioni di politica criminale, ha palesemente ipotecato la portata dei successivi interventi normativi".

<sup>23</sup> Oltre alla violazione dell'art 27 comma 3 della Costituzione, i giudici a quo hanno prospettato la lesione dell'art 24 comma 2. Il diritto di difesa, sarebbe violato, in quanto subordinando alla collaborazione il diritto all'accertamento e alla valutazione degli effetti rieducativi del trattamento, si vincolerebbe il soggetto a seguire una linea difensiva, negandogli il pieno esercizio del diritto di difesa. È stata, poi, evidenziata una lesione dell'art 3 Cost., come principio di ragionevolezza, dal momento in cui la norma accomunava due situazioni diverse, consistenti nella situazione di chi assume un atteggiamento di non collaborazione o di solidarietà con i correi e quella di chi non può prestare alcuna collaborazione.

<sup>24</sup> Corte Cost., sent. 11 giugno-8 luglio 1993, n. 306, punto 10, cons. dir., in *Cass. Pen.*, 1994, p. 837, con nota di A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, ivi, pp. 861 e ss..

<sup>25</sup> Tali scelte consistono nell'individuare tutta una serie di reati legati alla criminalità organizzata, per i quali è precluso l'accesso ai benefici penitenziari, salvo che questi non collaborino. Secondo, infatti, quanto affermato dal Ministro Guardasigilli "tale differenziazione (trattamentale) è il frutto

sussistenza della necessità di contrastare la criminalità organizzata, giustificando, per altro, la scelta del legislatore di privilegiare le finalità di prevenzione generale<sup>26</sup>. Ora, sebbene rilevi che, la decisione di limitare fortemente l'accesso alle misure alternative comporti una compressione delle finalità rieducative della pena, si ritiene che questa sia, comunque, compatibile con il dettato dell'art 27 comma 3 Cost.. La Consulta, dunque, ha, in passato, considerato sostanzialmente legittima la presunzione di pericolosità sociale, in relazione ai detenuti per reati di cui al 4-*bis* ord. pen., affermando che, la collaborazione come presupposto per l'accesso ai benefici penitenziari, non sia costituzionalmente illegittima. Infatti, alla stregua di quanto affermato in più pronunce passate, solo da una condotta collaborativa è possibile desumere l'assenza di pericolosità sociale, sebbene abbia escluso, che ciò possa tradursi in una sorta di "costrizione" alla cooperazione.

Occorre tener presente, però, che la Consulta si è pronunciata nuovamente sul regime ostativo, delineato nella norma in esame, con una sentenza del 22 ottobre 2019, di cui si attende il deposito. In particolare, la Corte ha affrontato la questione della legittimità costituzionale della preclusione ai permessi premio, per i condannati all'ergastolo, che non collaborino con la giustizia.

#### **4.1. L'ergastolo ostativo al vaglio della Corte Costituzionale: l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 57913 del 2018.**

La Prima Sezione della Corte di Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen., nella parte in cui esclude che, il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416*bis* c.p. – ovvero al fine di agevolare l'attività dell'associazioni ivi richiamate – che non abbia cooperato con la giustizia ex art. 58 *ter* ord. pen., possa beneficiare dei permessi premio di cui all'art. 30 *ter* ord. pen..

Il sistema così delineato, infatti, non consente al "giudice della rieducazione" (*rectius*: magistrato di sorveglianza) di riesaminare nel merito la posizione del detenuto, che abbia espiato una pena ben superiore rispetto ai limiti legali

---

di una scelta di politica criminale più che penitenziaria". L. GRILLI, *Benefici penale e penitenziari*, Milano, 1994, p. 153.

<sup>26</sup> Secondo la Corte, infatti, la scelta drastica del legislatore è dettata da episodi di particolare allarme sociale. Questa è ispirata a finalità di prevenzione generale e di tutela della società, nella convinzione che per contrastare il crimine organizzato, fosse necessaria una inversione di tendenza rispetto alla legge *Gozzini*.

richiesti per l'accesso ai benefici penitenziari, sulla base di un positivo percorso trattamentale.<sup>27</sup>

Il caso di specie trae origine dalla conferma, con ordinanza n. 25/2018 ad opera del Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila, della dichiarazione di inammissibilità, pronunciata dal Magistrato di sorveglianza, avente ad oggetto la richiesta di permesso premio ex art. 30 *ter* ord. pen., avanzata da un condannato a titolo di ergastolo ostativo.

Il soggetto, infatti, era stato condannato, per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. e molteplici altri delitti contro la persona, all'isolamento diurno per un anno ed era recluso, ininterrottamente, dal 1998.

La motivazione adottata dal Tribunale, nell'ordinanza di rigetto del reclamo, concerne la circostanza che, nonostante la pena irrogata sia esclusivamente riferibile a delitti ostativi ex art. 4-*bis* ord. pen., il reo non abbia tenuto condotte collaborative ex art. 58 *ter* ord. pen..

Il Collegio, infatti, rifacendosi alla giurisprudenza in materia, ha ritenuto l'art. 4-*bis* ord. pen. conforme al dettato costituzionale, non configurandosi come un'ipotesi di preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari, potendo, il condannato, superare tale divieto attraverso una scelta collaborativa.

Il detenuto, a fronte di tale pronuncia, ha proposto ricorso per Cassazione, la quale ha affrontato la questione inerente alla legittimità costituzionale della subordinazione dell'accesso ai benefici penitenziari (*rectius*: permessi premio), alla previa cooperazione con la giustizia.

Con tale ordinanza, la Suprema Corte non ha inteso mettere in discussione il regime dell'ergastolo ostativo in sé, né discute il meccanismo della collaborazione; ciò che si mette in dubbio è "la ragionevolezza dell'equiparazione assoluta tra la mancata collaborazione con la giustizia ex art. 58-*ter* ord. pen. e la condizione di perdurante pericolosità sociale del condannato"<sup>28</sup>, specie per quanto concerne l'accesso ai permessi premio.

La *quaestio iuris* riguarda, dunque, il meccanismo automatico in base al quale la collaborazione con la giustizia funge da unico criterio di superamento della presunzione assoluta di pericolosità sociale.

---

<sup>27</sup> E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>28</sup> Cass. Pen., Sez I, ord. 20 dicembre 2018, C.S., 9

La questione affrontata, infatti, trova la sua *ratio* giustificatrice nell'idea che il magistrato di sorveglianza, in qualità di organo demandato alla valutazione del percorso rieducativo intrapreso dal condannato, abbia una autonomia decisionale di cui non possa essere privato. Con il meccanismo automatico delineato dall'art. 4-*bis* ord. pen., invece, si finisce per privare il "giudice della rieducazione" di tali compiti istituzionali con riferimento a soggetti, la cui osservazione intramuraria e il controllo di legalità in funzione di risocializzazione, dovrebbe costituire la priorità.<sup>29</sup>

La Prima sezione, dunque, richiamando molteplici pronunce, afferma la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 4-*bis* ord. pen. in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost..

Con riguardo alla prima censura, i giudici di legittimità sostengono l'irragionevolezza del regime ostativo, alla luce dell'art. 3 Cost., in quanto applica il criterio collaborativo a condotte tra loro eterogenee, finendo per pregiudicare il principio di eguaglianza.

Il secondo profilo di incostituzionalità, invece, riguarda la natura peculiare della misura del permesso premio; questo, infatti, presenta una connotazione di contingenza tale da non consentire l'integrale assimilazione alle restanti misure alternative alla detenzione, neppure sotto il profilo delle valutazioni necessarie al loro conferimento.

Partendo da tale assunto, la Corte afferma che l'applicazione del meccanismo automatico di preclusione ai benefici penitenziari in assenza di collaborazione, senza alcuna possibilità di apprezzamento in concreto, non tiene conto della diversità strutturale del permesso premio. Tutto ciò finisce per condizionare negativamente il trattamento penitenziario, in violazione del principio di rieducazione della pena *ex art.* 27 Cost..

In sintesi, la Suprema Corte afferma che: "appare priva di ragionevolezza una disposizione che assimili condotte delittuose così diverse tra loro, precludendo ad una categoria così ampia e diversificata di condannati il diritto di rivedere un trattamento penitenziario rivolto alla risocializzazione, senza che sia data al giudice la possibilità di verificare in concreto la permanenza o meno di condizioni di pericolosità sociale tali da giustificare percorsi penitenziari non aperti alla realtà esterna".<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> A. SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione "fuori" dal carcere*, in *Ind. pen.*, 2019, fasc. 1, pp. 59 ss..

<sup>30</sup> Cass. pen., Sez. I, (ord.) 20 dicembre 2018, C.S., 9.

Se è vero, infatti, che, chi collabora con la giustizia dà prova di un effettivo distacco dalla organizzazione criminale d'appartenenza, ciò non significa che abbia anche intrapreso un percorso di ravvedimento personale, né che sia immune da recidiva.

Con tali argomentazioni, dunque, la Prima sezione rimette al giudice delle leggi la questione *de qua*.

#### **4.2. *Segue*: L'ordinanza del tribunale di Sorveglianza di Perugia n. 135/2019.**

Di poco successiva rispetto all'ordinanza succitata della Corte di Cassazione, l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Perugia sottopone alla Consulta la medesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. pen., con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui esclude dalla fruizione di un permesso premio il condannato all'ergastolo per delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere, *ex art.* 416 *bis* cod. pen., della quale sia stato partecipe.

Rispetto all'ipotesi oggetto d'esame della Corte di Cassazione, la posizione del condannato è, qui, diversa. Le risultanze processuali – ormai irrevocabili – attestano, infatti, la posizione apicale del condannato all'ergastolo ostativo con isolamento diurno di anni due e otto mesi.

Le argomentazioni addotte dal Tribunale seguono quelle utilizzate dalla Corte Suprema e muovono dal presupposto che, il fatto di estendere il ragionamento anche a condotte apicali, non sia stato escluso dalla Corte di Cassazione, la quale ha, comunque, ritenuto irragionevole la previsione dell'art. 4-*bis*, co. 1 ord. penit., nella parte in cui richiede, come prova legale per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità sociale, la collaborazione con la giustizia.

#### **4.3. L'ergastolo ostativo al vaglio della CEDU: sentenza *Viola c. Italia* ricorso n. 77633/16.**

La Corte Europea dei diritti dell'uomo, il 13 giugno 2019, si è pronunciata sul regime del doppio binario penitenziario e, in particolare, sull'ostatività dell'ergastolo all'accesso ai benefici penitenziari, per la prima volta contro l'Italia. Il caso concerne il ricorso alla Corte EDU di un cittadino italiano, detenuto a titolo di ergastolo ostativo con isolamento diurno pari a due anni e due mesi, per aver commesso, nei primi anni novanta, una serie di delitti di sangue, ritenuti dalle Corti di merito finalisticamente collegati alla criminalità organizzata. Il reo, cui è riconosciuta la circostanza aggravante di aver ricoperto un ruolo nella



consorteria criminosa, vedendosi rigettate, in tutti i gradi di giudizio, le istanze<sup>31</sup> di accesso ai benefici penitenziari, a causa della mancata collaborazione con la giustizia *ex art. 58 ter ord. pen.* e dell'asserita mancanza di prova circa la positiva recisione dei collegamenti con la criminalità organizzata d'appartenenza, presenta un ricorso alla Corte EDU.

Il ricorso alla Corte di Strasburgo evidenzia l'impossibilità di riesame della posizione personale, attesa la mancata collaborazione con la giustizia – a causa della rivendicazione dalla propria innocenza per tutto l'arco temporale del processo – ritenuta ancora efficacemente praticabile per il ruolo attivo attribuito all'interno dell'organizzazione criminale.

La Corte, dunque, chiamata a valutare la compatibilità del regime ostativo all'accesso ai benefici penitenziari con i dettami della CEDU, ha affermato l'incompatibilità con l'art. 3 CEDU dell'istituto dell'ergastolo ostativo, in quanto la pena, così delineata, risulta inumana e degradante, essendo irriducibile sia *de facto* che *de jure*.

Nell'affermare ciò, la Corte ha analizzato la difesa del Governo italiano che, muovendo le basi argomentative dalla *ratio* sottostante la previsione del regime differenziato per queste particolari categorie di detenuti, ritiene non ostativo in senso assoluto il regime delineato all'art. 4 *bis ord. pen.*

L'ordinamento, infatti, secondo la tesi difensiva avallata dal Governo, non inibisce, agli ostativi, l'accesso ai benefici penitenziari *in toto*, dovendosi considerare la valvola del meccanismo della collaborazione, con i correttivi della collaborazione "impossibile" o inesigibile" e le ulteriori previsioni normative residuali, quali la grazia presidenziale e il differimento dell'esecuzione della pena per motivi di salute.

La tesi governativa, in sintesi, muove dall'idea secondo cui la collaborazione è un rilevante indice di dissociazione dal sodalizio criminoso di appartenenza.

La Corte di Strasburgo, tuttavia, mette in discussione la correttezza e l'opportunità dell'equazione tra non collaborazione e pericolosità sociale, prevista dalla legislazione italiana come una presunzione assoluta inconfutabile che ha, quale effetto, quello di privare il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione. Si aggiunga che, nel sistema convenzionale in materia detentiva, una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata solo laddove relativa, specie se il parametro di riferimento è l'art. 3 CEDU.

---

<sup>31</sup> In particolare di accesso al permesso premio e alla liberazione condizionale.

La Corte, allora, afferma che la lotta al flagello della criminalità organizzata non possa, comunque, giustificare deroghe alle disposizioni *ex art. 3 CEDU*, il quale vieta in termini assoluti pene inumane e degradanti.

Pertanto, seguendo i precedenti giurisprudenziali<sup>32</sup>, la Corte europea ha ritenuto di qualificare come irriducibile la pena dell'ergastolo ostativo, atteso che, il soggetto che non collabori – e al quale non possa essere riconosciuta nemmeno la collaborazione "impossibile" e/o "inesigibile" – sconta una pena che *de facto* non può essere ridotta. La sua posizione, infatti, non può comunque essere esaminata nel merito sulla scorta di altri indici individuali di ravvedimento, a causa della preclusione assoluta di pericolosità imposta dal legislatore.

Appare lapalissiano, dunque, che il regime dell'ergastolo ostativo, delineando una pena irriducibile, si ponga in contrasto con il principio uniformante il sistema convenzionale: la dignità umana. Tale principio "impedisce di privare una persona della libertà con la costrizione senza operare, al contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà".<sup>33</sup>

La Corte, pertanto, richiede un intervento normativo diretto al superamento della preclusione assoluta di pericolosità sociale inserita, come unico criterio legale al comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. pen., per l'accesso ai benefici penitenziari. Sicché si chiede che venga restituito al giudice dell'esecuzione il potere di controllo del percorso rieducativo individuale del detenuto.

Il fulcro argomentativo della sentenza in esame ben si collega, dunque, con le questioni di legittimità costituzionale sottoposte al vaglio della Consulta, sebbene avente ad oggetto una diversa misura alternativa.

#### **4.4. Il comunicato della Corte Costituzionale del 23 ottobre 2019.**

Il 22 ottobre 2019 la Consulta ha discusso la questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, con specifico riferimento alla concessione di permessi premio per il condannato che non abbia collaborato con la giustizia. Ad oggi, la Corte si è limitata ad emettere il comunicato in cui preannuncia: "l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4-*bis*, comma 1, dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione

---

<sup>32</sup> vd. in particolare: *Vinter c. Regno Unito e Murray c. Olanda*.

<sup>33</sup> cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (N. 2), ric. n. 77633/16, § 113.

all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Sempre che, ovviamente, il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo.

In questo caso, la Corte – pronunciandosi nei limiti della richiesta dei giudici rimettenti – ha quindi sottratto la concessione del solo permesso premio alla generale applicazione del meccanismo “ostativo” (secondo cui i condannati per i reati previsti dall’articolo 4 bis che dopo la condanna non collaborano con la giustizia non possono accedere ai benefici previsti dall’Ordinamento penitenziario per la generalità dei detenuti).

In virtù della pronuncia della Corte, la presunzione di “pericolosità sociale” del detenuto non collaborante non è più assoluta ma diventa relativa e quindi può essere superata dal magistrato di sorveglianza, la cui valutazione caso per caso deve basarsi sulle relazioni del Carcere nonché sulle informazioni e i pareri di varie autorità, dalla Procura antimafia o antiterrorismo al competente Comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica.

## 5. Conclusioni.

In uno Stato di Diritto come quello nostrano, che ha adottato un’accezione mista del principio di legalità, è pacifico che sia necessaria un’interpolazione legislativa finalizzata ad adeguare l’ordinamento giuridico al mutare sociale in fieri, in un’ottica di bilanciamento tra l’esigenza garantista e utilitaristica del diritto.

È per questo, che le pronunce che si sono susseguite fino a oggi, assumono una valenza particolare.

Sebbene in un ordinamento di civil law, la giurisprudenza non dovrebbe assurgere a fonte del diritto, questa ugualmente esercita una rilevante ascendenza sul potere legislativo, specie laddove provenga dalle Corti sovranazionali.

In questa chiave, dunque, vanno lette le novità introdotte dalla Consulta nella sentenza del 22 ottobre 2019 – di cui si attende il deposito – e la pronuncia *Viola c. Italia* della Corte di Strasburgo.

Queste, infatti, introducono importanti novità nell’assetto dell’ordinamento penitenziario, da sempre caratterizzato dal c.d. doppio binario.

Alla luce delle richiamate pronunce, la mancata cooperazione non può essere addotta a indice del mantenimento dei legami con il sodalizio criminoso, specie se l’esistenza di tali collegamenti sia stata esclusa in altro modo. La stessa, infatti, può essere la conseguenza di valutazioni, non ragionevolmente rimproverabili, quali l’esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari.

La diversificazione trattamentale per i detenuti "alta pericolosità sociale" deve, dunque, alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, essere letta nell'ottica del principio rieducativo della pena, sancito dall'art 27 comma 3 Cost. e dall'art. 1 ord. pen., ai sensi del quale, anche se la fase esecutiva appare come un luogo fertile per il contrasto alla criminalità organizzata, il trattamento penitenziario non deve perdere di vista l'obiettivo primario dell'espiazione della pena, consistente nella risocializzazione e rieducazione del detenuto.

Ci si è resi, dunque, conto che, nell'ordinamento penitenziario, coesistono, con ineluttabili frizioni interne, l'istanza rieducativa e di risocializzazione con quella di tutela della pubblica sicurezza, che, già dai primi anni novanta del secolo scorso, ha teso a prendere il sopravvento, e che la risposta carcerocentrica adottata dalla politica criminale è destinata a produrre un progressivo sovraffollamento carcerario che può giungere a livelli intollerabili.<sup>34</sup> È per tale motivo, dunque, che si rende necessario superare le barriere normative che impediscono la concessione delle misure alternative alla detenzione.

In quest'ottica si inserisce la sentenza della Corte Costituzionale con cui è stata introdotta una "conquista di civiltà", che elimina, almeno con riferimento alla concessione di permessi premio, gli automatismi.

È stata, dunque, restituita dignità al ruolo della magistratura di sorveglianza, il cui compito preminente è di valutare il percorso rieducativo intrapreso dal condannato ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari (*rectius*: permessi premio). La Consulta, infatti, stando al tenore letterale del comunicato rilasciato, perimetra l'illegittimità costituzionale del meccanismo di presunzione assoluta di pericolosità ai soli permessi premio, senza estendere la medesima declaratoria alle restanti misure alternative alla detenzione.

Pur perseguendo, dunque, una logica d'incentivo alla collaborazione, la Corte Costituzionale, allo scopo di limitare la vanificazione dei percorsi rieducativi intrapresi dai detenuti, ha tentato di mitigare la scelta di rigore effettuata dal legislatore, intraprendendo un'opera di "sgretolamento della valenza dell'elemento collaborativo, fondata sulla valorizzazione dell'art 27 Cost."<sup>35</sup>, specie per il tramite del correttivo della collaborazione "impossibile o inesigibile". Nell'attesa di un intervento legislativo sul punto, auspicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si può concludere che, solo rimuovendo le preclusioni e gli

---

<sup>34</sup> G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in Rivista semestrale "Questione giustizia", F. 2, 2015.

<sup>35</sup> P. CORVI, *op. cit.*, p. 295.

automatismi normativi, appare possibile attuare il programma di risocializzazione individualizzato, dando effettiva attuazione al "diritto alla rieducazione".<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Documento finale Stati Generali dell'esecuzione penale, p. 71.

## **Il contratto di *cash pooling*: profili civilistici, penalistici e tributari.**

**di Tiziana CABONI.**

**SOMMARIO:** **1.** Premessa; **2.** Il contratto di *cash pooling*: definizione e caratteri; **3.** Profili civilistici, in particolare natura giuridica e rapporti con la disciplina societaria e con quella fallimentare; **4.** Profili penalistici del contratto di *cash pooling*: configurabilità del reato di bancarotta nelle operazioni infragruppo; **5.** Profili tributari: la disciplina fiscale applicabile al contratto di *cash pooling*.

**ABSTRACT:** *The purpose of this work is to set for the increasingly frequent atypical contract type of cash pooling or centralized treasury management contract, whose main practical function is to rationalize the liquidity of the corporate group and, at the same time, to avoid any phenomena of diseconomy against the group, such as interest payments. Therefore, after having provided a description of the cash pooling contract in its peculiar characteristics and in the two types that characterize it, the civil aspects are analyzed, with particular reference to the controversial question of its juridical nature and of the interference with the social and bankruptcy discipline, the penal ones with reference to the configurability of the offense of bankruptcy in intragroup transactions, as well as the own tax aspects and therefore the fiscal discipline applicable to such contract.*

### **1. Premessa.**

Pratica frequentemente diffusa nei gruppi imprenditoriali, siano essi nazionali o internazionali, è l'impiego dell'analisi e della gestione dei flussi al fine di ottimizzare le risorse finanziarie: l'allocazione delle risorse monetarie delle società con maggiore liquidità a favore di altre consociate operative, infatti, permette di ridurre i costi complessivi derivanti dall'accesso al credito.

Tale allocazione viene di regola effettuata mediante lo strumento contrattuale del conto corrente inter-societario, denominato anche contratto di tesoreria

---

\* *Avvocato del Foro di Cagliari, specializzata presso la Scuola per le Professioni Legali dell'università degli Studi di Cagliari, già borsista per l'alta specializzazione giuridica per la Regione Sardegna.*

accentrata o di *cash pooling*, il cui principale pregio risiede nel consentire una gestione centralizzata del fabbisogno finanziario del gruppo attraverso il trasferimento dei saldi attivi e passivi dei singoli conti correnti intestati alle varie società ad una società, normalmente quella capogruppo, detta società tesoriiera.

## **2. Il contratto di *cash pooling*: definizione e caratteri.**

Nota anche come contratto di gestione accentrata della tesoreria, il contratto di *cash pooling* è un contratto infragruppo con il quale tutte o alcune società di un gruppo conferiscono mandato ad una altra società appartenente al medesimo gruppo – normalmente la *holding* –, la quale funge da tesoreria centralizzata mediante la gestione di un conto corrente accentrato, utilizzando gli ordinari conti corrente bancari aperti dalle società coinvolte nell'operazione, in cui vengono riversati i saldi dei conti correnti periferici di ciascuna consociata.

La società finanziaria provvede con cadenza giornaliera ad azzerare il saldo contabile risultante nel conto corrente delle società operative. Qualora il saldo sia positivo, la liquidità viene trasferita nel conto corrente della società finanziaria; nel caso opposto, diversamente, la società *pooler* provvede a ripianare il debito presente nel conto corrente della società operativa.

Il raggiungimento di tale obiettivo richiede la stipulazione di un contratto di conto corrente inter-societario, eseguito materialmente dagli istituti di credito presso cui le singole società hanno aperto i conti correnti ordinari, che giustifichi le singole posizioni debitorie e creditorie, successive al trasferimento dei saldi attivi o passivi, dai singoli conti correnti a quello della società *pooler*.

La finalità pratica del contratto oggetto della presente trattazione è la razionalizzazione della gestione della liquidità del gruppo societario e la possibilità di evitare eventuali fenomeni di diseconomia a danno del gruppo, come nel caso del pagamento di interessi.

Nella prassi societaria sono rintracciabili due distinte tipologie di *cash pooling*: lo *zero balance system* (o ZBS o tesoreria a saldi zero), da un lato, e il *notional cash pooling* (o *netting cash pooling* o NCP o tesoreria a saldi compensati), dall'altro.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Si vedano L.RUGGERI, *Brevi note circa il cash pooling*, in Nuova Giurisprudenza Civile commentata, 2011; F. BAGGIO-G. REBECCA, *Tesoreria accentrata e finanziamenti infragruppo con società residenti. Aspetti tributari*, in Il Fisco, n. 43/2003.

La prima di esse, generalmente più diffusa, realizza una movimentazione effettiva di somme, nel contesto della quale l'eventuale saldo attivo presente sul conto di ciascuna società aderente viene trasferito, giornalmente o con altra cadenza periodica, sul conto della società tesoriera, in qualità di società *pooler*. Nell'ipotesi in cui il saldo sul conto di una società aderente sia negativo, la società *pooler* accredita su tale conto l'importo necessario per azzerare l'esposizione. Alla scadenza del contratto, la stessa società provvede quindi a liquidare i saldi in favore delle società aderenti, in tal modo consentendo che il saldo sul conto della società *pooler* risulti pari a zero.

Si tratta, in sostanza, di un procedimento attraverso il quale le movimentazioni effettuate nei conti correnti delle varie società vengono accentrate in un unico conto corrente non bancario fra le società operative e la società finanziaria, richiedendo quale presupposto l'effettivo trasferimento del denaro dai conti corrente delle società partecipanti verso un unico conto corrente intestato alla società finanziaria.

Diversamente, il *notional cash pooling* non dà luogo ad alcuna movimentazione fisica di somme a livello *intercompany* ma comporta, piuttosto, la creazione di una cosiddetta stanza di compensazione attraverso la quale tutte le società del gruppo regolano tra loro le reciproche posizioni di credito e di debito, regolando esclusivamente il saldo che residua a seguito di tale compensazione.

In tale particolare tipologia di *cash pooling*, la quale si connota per l'assenza di una documentazione riassuntiva delle motivazioni avvenute nei singoli conti, gli interessi bancari vengono calcolati utilizzando il saldo giornaliero netto derivante dalla somma algebrica dei saldi dei singoli conti intestati alle diverse società del gruppo.

### **3. Profili civilistici, in particolare rapporti con la disciplina societaria e con quella fallimentare.**

Il contratto di *cash pooling* viene ricondotto dalla dottrina maggioritaria nella categoria dei contratti atipici di cui all'art. 1322 c.c. e, come tale, ritenuto ammissibile in quanto diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, trattandosi, come si è visto, di un accordo stipulato autonomamente da tutte le consociate di un gruppo con una stessa società, la cosiddetta società capogruppo, la quale assume il ruolo di centro di tesoreria, ed avente ad oggetto la gestione di un conto corrente accentrato sul quale vengono riversati i saldi dei conti correnti periferici di ciascuna società consociata.



Tale fattispecie contrattuale si connota dunque per particolare complessità che la rende difficilmente riconducibile ad una precisa fattispecie tipizzata dal legislatore: così delineato il contratto di *cash pooling* presta il fianco, tuttavia, ad alcune critiche sulla sua natura giuridica.

La dottrina prevalente generalmente riconduce il contratto di *cash pooling* nell'ambito del conto corrente ordinario disciplinato dall'art. 1823 c.c. alla luce della prevalente e significativa finalità di ottimizzazione e gestione della tesoreria associata alla semplificazione dei rapporti connotanti il gruppo stesso attraverso una gestione unitaria comprensiva di tutti i crediti e di tutti i debiti che insorgono tra le società aderenti all'accordo in esame.<sup>2</sup>

Come è noto, infatti, il contratto di conto corrente ordinario si configura quale fattispecie contrattuale volta a consentire alle parti una liquidazione per differenza delle posizioni vantate attraverso una compensazione dei rispettivi crediti e debiti.

Nello schema delineato dal legislatore del 1942 il contratto in esame si atteggia a strumento per la gestione dei crediti originati da un rapporto sottostante in quanto ogni credito oggetto di annotazione nel conto rinviene la sua origine e giustificazione causale in un rapporto sorto tra le parti, autonomo e distinto da quello di conto corrente. La struttura così individuata dal codice civile ha portato la dottrina prevalente a ricondurre il contratto di cui all'art. 1823 c.c. nella categoria dei contratti normativi, ossia di quei contratti volti a disciplinare i rapporti futuri ed eventuali che potranno sorgere tra le parti in virtù di altri atti giuridici.

La qualificazione del *cash pooling* come contratto di conto corrente ordinario è stata affermata, altresì, dalla Risoluzione n. 58/E del 27 febbraio 2002 dell'Agenzia delle Entrate, alla luce delle peculiari caratteristiche del contratto oggetto della presente trattazione, nella sua accezione di *zero balance cash pooling*, evidentemente non riconducibili ad un prestito di denaro. Non vi sarebbero, infatti, oneri restitutori a carico della società che beneficia della

---

<sup>2</sup> Parte della dottrina ha espressamente escluso la natura di conto corrente bancario, in luogo di quello ordinario: a ciò osterebbe, in particolare, la natura di finanziamento, meglio analizzata nel proseguo, del *cash pooling*, in contrasto, dunque, con la funzione prevalente avente carattere gestorio del conto corrente bancario, individuabile nell'effettuazione del servizio di cassa per conto del correntista.

relativa liquidità, posto che le rimesse si connotano per il carattere reciproco all'interno del gruppo di riferimento.

Tale ricostruzione ha tuttavia incontrato le obiezioni di altra parte della dottrina, sia pure minoritaria, la quale, rinvenendo nel contratto di *cash pooling* elementi tipici del contratto di finanziamento, ha ricondotto la fattispecie contrattuale oggetto del presente lavoro nell'ambito dei cosiddetti contratti a causa mista, in particolare per la commistione tra elementi propri del conto corrente ordinario di cui all'art. 1823 c.c. e del contratto di finanziamento disciplinato dall'art. 1813 c.c.

Nel contratto di *cash pooling*, infatti, agli elementi propri del conto corrente si aggiungono quelli di un prestito in denaro attuato tramite il trasferimento di risorse finanziarie dai singoli conti periferici al conto corrente accentrato gestito dal *pooler*, da ciò derivando, quale fondamento causale, una gestione di tesoreria operata con modalità idonee alla compensazione, sia pure temporaneamente, delle carenze di liquidità di alcuni partecipanti con le disponibilità degli altri, nell'ottica di una eliminazione o quantomeno di una riduzione dell'indebitamento bancario.

La prevalenza dell'essenza di conto corrente rispetto a quella di finanziamento dovrà tuttavia essere verificata nel caso concreto con conseguente applicazione di volta in volta delle norme proprie del tipo contrattuale prevalente in forza della teoria dell'assorbimento o, diversamente, così come affermato dalla teoria della combinazione, facendo applicazione ai differenti elementi dello schema contrattuale delle norme corrispondenti a ciascun tipo in quanto compatibili.

Come sostenuto da alcuni autori, la qualificazione del *cash pooling* in termini di contratto a causa mista trova la sua giustificazione nella realizzazione in esso "sia pure come effetto collaterale, di un'operazione di finanziamento a favore delle società del gruppo, che vedrebbero coprire le loro passività di conto per effetto della gestione accentrata delle liquidità del gruppo stesso". Nella ricostruzione fornita da tali autori, dunque, il contratto di *cash pooling* si atteggia per l'elemento prestito insito nel negozio stesso a prescindere dalla circostanza che in esso il fondamento causale non è quello di un'operazione di finanziamento.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Si vedano, sul punto L. RUGGERI, *Brevi note circa il cash pooling*, in Nuova Giurisprudenza Civile commentata, 2011; A. MUSURACA, *Gruppi societari, responsabilità e cash pooling come possibile strumento di abuso di dominio alla luce della novella tedesca Moming*, in Il nuovo diritto delle Società, 2010.

In questo senso si è espressa anche l'Agenzia dell'Entrate nel 2003: con la Risoluzione n. 194/E dell'8 ottobre, sia pure con riferimento alla tipologia del *notional cash pooling*, ha affermato la riconducibilità delle sue modalità di funzionamento ad un'operazione di prestito di denaro che consente alle società partecipanti di beneficiare di una forma di finanziamento indiretta.

La qualificazione del *cash pooling* in termini di contratto di finanziamento è stata sostenuta, altresì, dalla giurisprudenza di legittimità alla luce della particolare finalità di escludere o limitare l'accesso al credito bancario, finanziando l'impresa che partecipa alla cassa comune con gli attivi di cassa dell'altra o delle altre imprese, a prescindere dalle modalità contabili di tenuta.<sup>4</sup> Così descritto lo stato della dottrina e della giurisprudenza di legittimità nonché la posizione dell'Agenzia delle Entrate sulla natura giuridica del contratto di *cash pooling*, un particolare aspetto della disciplina civilistica di tale fattispecie contrattuale attiene ai profili di responsabilità nell'ambito del gruppo di società giacché uno dei principali rischi derivanti dall'utilizzazione del contratto in esame è la possibilità di una sua strumentalizzazione per il finanziamento di una società del gruppo priva dei mezzi propri necessari con conseguente applicazione dell'art. 2497-*quinquies* c.c.<sup>5</sup>

Introdotta dalla riforma del diritto societario (l. 6/2003), la norma, la quale, richiamando l'art. 2467 c.c., stabilisce la postergazione dei finanziamenti, a favore della società, concessi da parte di chi esercita attività di direzione e coordinamento o da altri soggetti sottoposti alla medesima attività di direzione e coordinamento, trova il suo fondamento nella volontà di assicurare un'opportuna tutela ai creditori terzi della società priva di sufficienti mezzi propri ma sostenuta dal gruppo di appartenenza con finanziamenti che, in concreto, sostituiscono il capitale necessario all'attività, optando per la postergazione del credito infragruppo rispetto alla soddisfazione degli stessi creditori terzi.

Con l'applicazione del *cash pooling* la dottrina sostiene la configurabilità di una situazione nella quale la società otterrebbe il finanziamento da un'altra società del gruppo, la cosiddetta società *pooler*, sia che essa rivesta il ruolo di *holding* sia di mero soggetto sottoposto alla attività di direzione e coordinamento della *holding* stessa.

Il finanziamento rilevante sarebbe quello in qualsiasi forma effettuato ai sensi dell'art. 2467 c.c.: si tratterebbe, in sostanza, secondo pacifica dottrina, dei

---

<sup>4</sup> Cass. civ., sez. trib., 23 giugno 2009, n. 14730.

<sup>5</sup> Le perplessità su tale impiego sono formulate da L.RUGGERI, *Brevi note circa il cash pooling*, in Nuova Giurisprudenza Civile commentata, 2011.

mutui, anche gratuiti, delle aperture di credito, della rinuncia ai crediti e del *factoring*, come confermato dalla funzione latamente creditoria che può assumere il *cash pooling* stesso.

Ulteriore rischio prospettato dalla dottrina come conseguenza dell'impiego di tale contratto è stato individuato nella costante fuoriuscita di mezzi finanziari da una delle società partecipanti.

L'accentramento della liquidità presso un singolo soggetto è difficile possa essere economicamente indifferente rispetto al partecipante al *cash pooling*, tanto, nel caso estremo, da poter essere strutturalmente negativo, come nell'ipotesi di una delle società del gruppo che sia frequentemente in *cash* dato lo svolgimento di un'attività produttiva di flussi di cassa positivi e che, sulla base di tale liquidità, finanzia altre società del gruppo.

Sorge, infatti, in queste ipotesi la questione degli interessi compensativi nell'ambito del gruppo societario.

Sul punto va precisato che la singola società appartenente al gruppo, quindi anche la società finanziatrice dell'esempio fatto, deve poter conseguire un vantaggio dal contratto di *cash pooling*, sia pure prospettico e futuro.

La giurisprudenza si è espressa in materia affermando la non invocabilità di un'automatica liceità dei finanziamenti a favore delle società collegate, qualora non risultino i vantaggi per la società amministrata delle operazioni che la depauperavano, occorrendo, piuttosto, un interesse economicamente e giuridicamente apprezzabile non coincidente con la logica in sé dell'operazione interna al gruppo d'impresa.<sup>6</sup>

Il contratto di *cash pooling* si pone, inoltre, quale campo applicativo, degli artt. 2497-*bis* e 2497-*ter* c.c. con i relativi obblighi a carico degli amministratori, dunque, da un lato, le formalità richieste in tema di rapporti infragrupo quali l'indicazione dei rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società sottoposte nonché l'effetto che tali attività hanno avuto sull'esercizio sociale e sui suoi risultati, e, dall'altro, l'analitica motivazione con puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione, con obbligo di darne conto nella relazione di gestione, in riferimento alle decisioni delle società oggetto di attività di direzione e coordinamento, nell'ipotesi in cui siano da queste influenzate.

Questioni particolarmente significative in tema di *cash pooling* si pongono anche in relazione alla disciplina fallimentare, più esattamente con riferimento alla

---

<sup>6</sup> Cass. civ., 6 settembre 2007, n. 18728.

revocabilità *ex art. 67 Legge fallimentare* delle rimesse accreditate sul conto corrente bancario in esecuzione di tale contratto.<sup>7</sup>

In tale contesto, infatti, per le controllate la cui gestione operativa richiede un sostegno finanziario ed i cui conti bancari per conseguenza registrino in maniera sistematica saldo debitori, anche scoperti, si produce quotidianamente una rimessa in accredito, per effetto del giroconto del saldo contabile passivo al conto *pool* della controllante e conseguente azzeramento dell'esposizione.

Tecnicamente tali rimesse potrebbero presentare tutti i presupposti per essere assoggettate ad altrettanti azioni revocatorie, in presenza degli elementi della consistenza e durevolezza della eliminazione della esposizione.

Tale conclusione per una parte della dottrina non è parsa condivisibile per due ragioni.

In primo luogo, deve dubitarsi del carattere dell'effetto riduttivo durevole dell'esposizione del conto delle rimesse, essendo presumibile che essa si crei nuovamente già dal giorno successivo o poco più, con conseguente attribuzione di un valore effimero al precedente azzeramento della esposizione.

Le rimesse, inoltre, rappresentano altrettanti pagamenti di terzo<sup>8</sup>, come tali non assoggettabili a revocatoria nel fallimento della società *accipiens* in quanto privi di incidenza negativa sul suo patrimonio e suscettibili di revocatoria solo nell'ambito dell'eventuale fallimento della controllante sotto forma di pagamenti di debiti altrui, tutte le volte in cui l'addebito in contropartita dell'accREDITAMENTO alla società controllata avesse ridotto l'entità della giacenza attiva sul conto *pool* caratterizzato da un saldo creditore.

#### **4. Profili penalistici del contratto di *cash pooling*: configurabilità del reato di bancarotta nelle operazioni infragruppo.**

Come si è detto, il contratto di *cash pooling* è l'accordo con il quale si concentra in capo ad un unico soggetto giuridico la gestione delle disponibilità finanziarie di un gruppo societario, al fine di gestire la tesoreria aziendale in riferimento ai rapporti tra le società aderenti al gruppo e gli istituti di credito, così evitando

---

<sup>7</sup> Sul punto, S. BONFATTI, *Novità in tema di contenzioso bancario e finanziario. La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*.

<sup>8</sup> Tale terzo deve essere individuato nella società controllante addebitata sul conto *pool* in contropartita dell'accREDITO che azzerava il saldo debitore scoperto del conto bancario della controllata.

squilibri finanziari per le singole società mediante una gestione unitaria della situazione finanziaria del gruppo.

Viene, dunque, assicurata la compensazione dei saldi attivi di conto corrente di alcune società con i saldi negativi di altre, realizzando un risparmio di interessi passivi e ottenendo il risultato indiretto di finanziare le società che presentano una posizione debitoria nei confronti degli istituti di credito.

La questione dell'operatività di tale contratto si interseca con quella della configurabilità del reato di bancarotta tra società infragruppo.

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione è tornata recentemente ad affrontare il tema dell'individuazione dei presupposti di tale ultima fattispecie penalmente rilevante, escludendo che i pagamenti eseguiti in favore della società controllante diano luogo al delitto di bancarotta, configurando, diversamente, il contratto di *cash pooling* a condizione che sia intervenuta la formalizzazione di tale contratto di conto corrente intersocietario mediante la puntuale regolamentazione dei rapporti giuridici ed economici interni al gruppo<sup>9</sup>.

Secondo la ricostruzione ermeneutica elaborata dalla Suprema Corte il contratto di *cash pooling* deve necessariamente contenere le indicazioni relative alle modalità e ai termini con cui i saldi dei conti correnti periferici delle consociate devono essere trasferiti al conto corrente accentrato, oltre alle modalità e ai termini entro i quali il *pooler* deve procedere alla restituzione della liquidità ricevuta sul conto accentrato di cui è titolare, all'ammontare dei tassi in base ai quali maturano gli interessi attivi e passivi sui crediti annotati nel conto comune, alle modalità con cui gli interessi verranno corrisposti ed alla commissione spettante eventualmente al *pooler* per lo svolgimento dell'attività di tesoriere.

Ciò comporta, sul lato pratico, il trasferimento cadenzato del saldo del conto corrente bancario di ogni società del gruppo al conto corrente intestato alla società capogruppo: qualora il saldo sia passivo, la società *pooler* dovrà accreditare una somma di pari importo, mentre, in caso di saldo attivo, il relativo importo verrà reciprocamente trasferito alla società *pooler*.

Appare evidente, secondo la giurisprudenza di legittimità, che la trasmissione dei fondi possa avvenire solo in caso di conferimento ad opera delle parti di un mandato alle rispettive banche, in quanto tale trasferimento di fondi tra i conti correnti e il conto accentrato genera crediti reciproci tra le parti del contratto, successivamente annotati sul conto corrente non bancario. Conseguentemente

---

<sup>9</sup> Così Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2018, n. 34457.

a queste operazioni, il saldo di ogni posizione di conto corrente, aperto dalle singole società presso il relativo istituto di credito, sarà giocoforza sempre pari a zero, sulla base del trasferimento del relativo saldo in capo al rapporto intestato alla capogruppo.

La Corte di Cassazione ha inoltre precisato che il contratto deve prevedere solo alla scadenza la possibilità di liquidazione da parte del *pooler* dei saldi derivanti dalle compensazioni delle reciproche rimesse e degli interessi maturati. In ogni caso, per tali servizi il *pooler* provvederà ad addebitare le spese sostenute e le relative commissioni.

Ne deriva che i pagamenti in favore della controllante escludono la fattispecie delittuosa di bancarotta essendo, diversamente, la struttura contrattuale del *cash pooling* lecita e vantaggiosa, in quanto, nella dinamica dell'organizzazione dei servizi di tesoreria, si tiene conto delle esigenze specifiche delle singole società aderenti, con conseguente ed immediato assolvimento delle esigenze di liquidità delle varie società da parte del *pooler* e correlata riduzione e controllo del margine di indebitamento del gruppo nel suo complesso, oltre ad un significativo decremento del carico fiscale in capo alle società del gruppo.

Lo stesso recente arresto giurisprudenziale precisa, altresì, il tema controverso dei vantaggi compensativi nell'ambito delle operazioni infragruppo, chiarendo quando le stesse escludano la condotta distruttiva del delitto di bancarotta. In particolare, viene affermato che, per pacifico insegnamento della giurisprudenza di legittimità<sup>10</sup>, al fine di invocare la sussistenza dei vantaggi compensativi

---

<sup>10</sup> Fra tutte, Cass. pen., sez. V, 30 giugno 2016, n. 46689. Si ricordano, inoltre sul punto, Cass. pen., sez. V, 20 aprile 2017, n. 18987, la quale, nell'indicare le precise condizioni in forza delle quali deve ritenersi esclusa la rilevanza penale ai fini della configurabilità della condotta distruttiva delle operazioni infragruppo, richiama alcune pronunce, in particolare Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2016, n. 30333 "*In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, qualora il fatto si riferisca a rapporti fra società appartenenti al medesimo gruppo, il reato deve ritenersi insussistente se, operando una valutazione ex ante, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi e siano tali da rendere il fatto incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società*"; Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2012, n. 29036 "*In tema di bancarotta fraudolenta, qualora il fatto si riferisca a rapporti intersocietari fra società appartenenti al medesimo gruppo, solo il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, può consentire di ritenere legittima l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società sacrificata, nel qual caso è l'interessato a dover fornire la prova di tale circostanza*"; Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 2011, n. 48518 "*In tema di bancarotta*

l'allegazione della mera partecipazione ad un gruppo societario, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante non risulta sufficiente, dovendo, invece, l'interessato dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, trattandosi di elemento indispensabile per considerare connotata dal carattere della liceità l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata.

### **5. Profili tributari: la disciplina fiscale applicabile al contratto di *cash pooling*.**

Analizzando, infine, i profili tributari e fiscali applicabili al contratto oggetto della presente trattazione<sup>11</sup>, occorre precisare in relazione a tali aspetti gli interessi attivi e passivi concorrono alla determinazione del reddito imponibile Ires secondo il principio di competenza, indipendentemente dalla qualificazione in termini di contratto di conto corrente ordinario o di contratto di finanziamento di tale fattispecie.

L'ammontare degli interessi è diversamente calcolato a seconda che si tratti di *notional cash pooling* o di *zero balance system*: mentre nel primo caso essi sono calcolati giornalmente sull'ammontare di volta in volta a debito e a credito, nel

---

*fraudolenta patrimoniale, per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo non è sufficiente allegare tale natura intrinseca, dovendo invece l'interessato fornire l'ulteriore dimostrazione del vantaggio compensativo ritratto dalla società che subisce il depauperamento in favore degli interessi complessivi del gruppo societario cui essa appartiene"*; Cass. pen., sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595 "In tema di reati fallimentari, integra la distrazione rilevante ai fini della bancarotta fraudolenta patrimoniale, il trasferimento di risorse infra-gruppo, ossia tra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, effettuato, senza alcuna contropartita economica, da società che versò in gravi difficoltà finanziarie a vantaggio di società in difficoltà economiche, posto che, in tal caso, nessuna prognosi fausta dell'operazione può essere consentita". Si ricorda, inoltre, Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2017, n. 16206, "In sintesi, la natura distrattiva di un'operazione infra-gruppo può essere esclusa in presenza di vantaggi compensativi che riequilibrino gli effetti immediatamente negativi per la società fallita e neutralizzino gli svantaggi per i creditori sociali".

<sup>11</sup> Sul punto, E. GIRARDI, *Contratti infragruppo. Il contratto di cash pooling*, in *www.businessjus.com*, 2013; F. BAGGIO-G. REBECCA, *Tesoreria accentrata e finanziamenti infragruppo con società residenti. Aspetti tributari*, in *Il Fisco*, n. 43/2003.



secondo, diversamente, gli interessi attivi e passivi vengono calcolati per il relativo ammontare compensato nel *pool account* e non per il saldo derivante dalla compensazione effettuata.

In tema di deducibilità degli interessi passivi, al *cash pooling*, indipendentemente dalla struttura adottata, si applicano le previsioni dell'art. 96 TUIR, ai sensi del quale sono deducibili fino a concorrenza degli interessi attivi e proventi assimilati e l'eccedenza è deducibile nel limite del 30 % del risultato operativo lordo della gestione caratteristica.

Particolare attenzione pone la questione delle ritenute fiscali operate sugli interessi corrisposti nell'ambito degli accordi tra i soggetti del *pool*, dovendosi infatti distinguere a seconda del criterio della residenza di tali soggetti.

Qualora si tratti di soggetti residenti in Italia, non si pongono particolari questioni interpretative, in quanto il soggetto erogante gli interessi non deve operare alcuna ritenuta alla fonte poiché gli interessi costituiscono componenti positivi di reddito che concorrono alla formazione del reddito d'impresa del percipiente residente.

In tale ipotesi, infatti, viene meno la natura di reddito di capitale che connota regolarmente gli interessi derivanti dai capitali concessi in finanziamento, con conseguente qualificazione all'interno delle componenti attive rilevanti per la determinazione del reddito di impresa e assenza per il soggetto erogante dell'obbligo di effettuare la ritenuta d'imposta.

Perplessità interpretative non sorgono neanche in relazione ai casi di società erogante residente all'estero, essendo gli interessi corrisposti alla società residente in Italia soggetti alla disciplina in tema di ritenute prevista nello Stato della fonte ed in base agli accordi internazionali previsti dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni o dalle direttive comunitarie. In sostanza, gli interessi corrisposti a favore di una società residente sono tassati secondo il principio di competenza, mentre le eventuali ritenute subite all'estero possono essere portate in detrazione utilizzando il credito di imposta disciplinato nell'art. 15 TUIR.

La questione principale, invece, attiene alle ipotesi in cui la società erogante sia residente in Italia e il percipiente sia residente all'estero: ai fini dell'applicazione delle ritenute sugli interessi corrisposti a favore delle società non residenti occorre distinguere a seconda che si tratti di *zero balance system* o di *notional cash pooling*.

Nel primo caso agli interessi trova applicazione l'art. 26-bis del D.P.R. n. 600 del 1973 nel rispetto delle condizioni da esso previste. Come è noto, infatti, la citata

disposizione consente di esentare dall'applicazione della ritenuta alla fonte gli interessi passivi corrisposti a società non residenti con le quali sia stato stipulato un contratto di conto corrente intersocietario, con conseguente non corresponsione degli stessi interessi in esecuzione di un contratto avente per oggetto il prestito di denaro.

Ciò consente di apprezzare l'importanza della distinzione della qualificazione del *cash pooling* in termini di contratto di finanziamento o del diverso contratto di conto corrente intersocietario: solamente in questa seconda ipotesi, infatti, può essere applicata l'esenzione dalle ritenute.

Tale ricostruzione appare in linea con la posizione dell'Agenzia delle Entrate, la quale con la Risoluzione 58/E del 27/02/2002 e la Risoluzione 194/E del 8/10/2003, ha chiarito la possibilità di disconoscere i benefici previsti dall'art. 26-*bis* D.P.R. 600/1973 ai negozi formalmente qualificati come *cash pooling* ma che realizzano, di fatto, un'operazione di prestito di denaro.

In quest'ultimo caso l'esenzione prevista per gli interessi attivi corrisposti alla società finanziaria non residente può essere disconosciuta con obbligo per il sostituto di imposta di applicare le ritenute sui redditi corrisposti ai non residenti. L'esenzione dalle ritenute viene concessa, infatti, solamente per gli interessi derivanti da depositi e conti correnti mentre sono esclusi quelli derivanti da prestiti di denaro.

L'interesse attivo maturato dalla società *pooler* potrà essere suscettibile di esenzione a condizione che il rapporto di *cash pooling* venga ricondotto ad un contratto di conto corrente: in particolare deve ricorrere l'inesigibilità e l'indisponibilità del saldo fino alla chiusura del conto corrente intersocietari ed, inoltre, i movimenti in denaro effettuati in esecuzione del contratto non devono risultare assimilati in alcun modo ad un contratto di finanziamento.

Qualora, invece, sussista l'ipotesi di *national cash pooling* gli interessi passivi si qualificano come proventi derivanti da prestito di denaro non rientranti nel regime di esenzione e pertanto sono soggetti alla ritenuta alla fonte, a titolo di imposta, dell'art. 26, comma 5, del D.P.R. n. 600 del 1973<sup>12</sup>, salvo che non ricorrano i requisiti per l'esenzione dell'art. 26-*quater* del D.P.R. n. 600 del 1973 in tema di interessi corrisposti a soggetti residenti nell'UE.

---

<sup>12</sup> La norma prevede l'effettuazione della ritenuta sugli interessi corrisposti a società creditrici non residenti anche in caso di conseguimento dei proventi nell'esercizio dell'impresa commerciale. Tale ritenuta è eseguita nella misura del 12,5% o del 27% a seconda dello stato di residenza del soggetto percettore, ferma restando la minore ritenuta convenzionale.

Ulteriore aspetto rilevante è quello rappresentato dall'introduzione di una disciplina organica per la contabilizzazione dei contratti di *cash pooling* sancita dal nuovo principio contabile OIC n. 14, rubricato *Disponibilità liquide*, e riferito solo *zero balance cash pooling* e non anche al *notional cash pooling*, che costituisce, in concreto, un sistema di compensazione degli interessi tra società del gruppo.<sup>13</sup>

Ne deriva che, al fine di garantire una corretta e trasparente gestione della contabilità, le società partecipanti al contratto di *cash pooling* potranno utilizzare per i crediti e debiti derivanti dal *pooling* una denominazione apposita che consenta di distinguerli da eventuali crediti, debiti commerciali, finanziamenti che potrebbero sussistere tra le varie società del gruppo al di fuori della gestione della tesoreria.

---

<sup>13</sup> E. GIRARDI, *Contratti infragruppo. Il contratto di cash pooling*, in [www.businessjus.com](http://www.businessjus.com), 2013.

**Cassazione Civile, Sezione I, ordinanza 2 ottobre 2019, n. 24602,  
Pres. Genovese – Est. Federico**

**MANCATA O RITARDATA TRASCRIZIONE DELLA SENTENZA DI  
FALLIMENTO -OPPONIBILITÀ AI TERZI ACQUIRENTI DI BUONA FEDE**

*«Gli effetti della pronuncia di fallimento sono opponibili anche ai terzi di buona fede che abbiano stipulato contratti con il fallito dopo la sentenza dichiarativa, ma prima della trascrizione della stessa».*

**Abstract:**

In the case in question, the Supreme Court of Cassation ruled on the age-old issue of the ineffectiveness of the deed of sale made by the failure after the decision of failure, regardless of the failure to transcribe the sentence of failure, to nothing noting - however - the subjective status of third-party buyers. The judges pointed out that the effects of the pronouncement of failure can also be invoked by third parties in good faith who have entered into contracts with the bankrupt after the declaratory sentence, but first of the transcription thereof.

**Precedenti conformi:**

Cass. Civ., n. 19165/2007

**IL COMMENTO**

*di Carlo GIORDANO\**

Nel provvedimento in oggetto, la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata sull'annosa tematica dell'inefficacia dell'atto di vendita compiuto dal fallito<sup>1</sup> dopo la pronuncia di fallimento, indipendentemente dalla mancata trascrizione della sentenza di fallimento, a nulla rilevando – peraltro – lo stato soggettivo dei terzi acquirenti.

---

\*Condirettore della Rivista Giuridica De Iustitia; professore a contratto presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

<sup>1</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. S. NICITA, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in U. APICE, diretto da, *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, I, 367 ss.; A. CAIAFA, a cura di, *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, I, 301 ss.

Per l'analisi della pronuncia in esame occorre necessariamente prender le mosse dalla seguente vicenda giudiziaria.

La Corte d'Appello di Catanzaro, con sentenza n. 1085/2014, nel confermare la sentenza di primo grado, dichiarava inefficace nei confronti della società fallita – ex art. 44 l. fall. – la vendita di un immobile, stipulata dal fallito, a favore di due acquirenti.

*In primis*, la Corte territoriale non aveva autorizzato la chiamata in causa del curatore fallimentare, richiesta dai convenuti, per esperire nei suoi confronti domanda risarcitoria discendente dalla mancata trascrizione della sentenza di fallimento. I giudici di seconde cure, inoltre, avevano confermato l'inefficacia dell'atto di vendita poiché trascritto dopo la pronuncia di fallimento, essendo irrilevante non solo la mancata trascrizione della sentenza di fallimento, ma anche lo stato soggettivo dei terzi acquirenti.

Avverso detta pronuncia, i ricorrenti proponevano ricorso in Cassazione, adducendo ben tre motivi di impugnazione.

In primo luogo, ad avviso dei ricorrenti, la Corte territoriale aveva errato nel ritenere determinata la domanda giudiziale proposta dalla curatela fallimentare, avendo attribuito efficacia sanante all'integrazione effettuata in data 01.12.2006. Il primo motivo di gravame è stato dichiarato infondato dalla Suprema Corte in forza della rilevabilità d'ufficio dei vizi concernenti l'*edictio actionis*. Difatti, come già chiarito dai Giudici di legittimità in altre pronunce<sup>2</sup>, in materia di nullità dell'atto di citazione, i vizi riguardanti il contenuto della domanda sono rilevabili d'ufficio dal giudice e non possono ritenersi sanati attraverso la costituzione in giudizio del convenuto. Pertanto, non trovano applicazione gli artt. 156, III

---

<sup>2</sup> Cass. Civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6673, « *Quanto all'eccezione di giudicato, va ulteriormente sottolineato che, trattandosi nella specie di un vizio di edictio actionis per mancata individuazione degli attori conferenti la delega all'odierno ricorrente e pertanto dei titolari del rapporto, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, esso non solo è rilevabile d'ufficio dal giudice, ma neppure sono sanati dalla costituzione in giudizio del convenuto, essendo questa di per sé inadatta a colmare le lacune della citazione compromettenti il relativo scopo di consentire non solo al convenuto di difendersi, ma anche al giudice di emettere una pronuncia di merito sulla quale dovrà formarsi il giudicato sostanziale*», cfr. Cass. Civ., Sez. III, 23 agosto 2011, n. 17495, « *In materia di nullità dell'atto di citazione, i vizi riguardanti la edictio actionis sono rilevabili d'ufficio dal giudice, né sono sanati dalla costituzione in giudizio del convenuto, essendo questa inadatta a colmare le lacune della citazione stessa, che compromettono il suo scopo di consentire non solo al convenuto di difendersi, ma anche al giudice di emettere una pronuncia di merito, sulla quale dovrà formarsi il giudicato sostanziale; ne consegue che non può farsi applicazione degli artt. 156, comma 3, e 157 c.p.c. essendo la nullità in questione prevista in funzione di interessi che trascendono quelli del convenuto*», in

[https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza\\_documento\\_massime?idDatabank=0&idDocMaster=480855&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=480855&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false).

comma e 157 c.p.c.<sup>3</sup>, essendo la nullità in questione prevista in funzione di interessi che trascendono quelli del convenuto<sup>4</sup>. Diversamente, l'effetto sanante – in virtù del principio del raggiungimento dello scopo – può attribuirsi, ex art. 164 c.p.c., all'integrazione della domanda<sup>5</sup>. Quest'ultima, nel caso *de quo*, ha eliminato qualsiasi incertezza e/o contraddittorietà dell'originario atto introduttivo.

Con il secondo motivo di gravame, i ricorrenti lamentavano l'errore compiuto dal giudice del gravame per aver respinto l'istanza di annullamento dell'ordinanza con cui il giudice di primo grado aveva rigettato la richiesta di chiamata in causa del curatore fallimentare in proprio, onde poter esercitare nei suoi confronti l'azione individuale di responsabilità.

Secondo il Supremo Consesso, facendo richiamo d un proprio granitico orientamento<sup>6</sup>, al di fuori delle ipotesi di litisconsorzio necessario di cui all'art. 102 c.p.c., il provvedimento con cui il giudice di merito autorizza o nega la chiamata in causa di un terzo coinvolge valutazioni discrezionali che, come tali, sono inidonee a formare oggetto di appello o di ricorso per Cassazione.

---

<sup>3</sup> Per approfondimenti cfr. Cass. Civ., Sez. lav., 17 gennaio 2014, n. 896, « In applicazione dell'art. 164, quinto comma, cod. proc. civ., estensibile anche al rito del lavoro, se il giudice di primo grado, stante la costituzione del convenuto, omette di fissare un termine per l'integrazione dell'atto introduttivo del giudizio, nullo per mancata o insufficiente determinazione dell'oggetto della domanda o per analogo vizio concernente l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la pretesa si fonda nonostante l'eccezione in tal senso sollevata dal convenuto, diventa onere del ricorrente invocare dal giudice la fissazione del termine per sanare la nullità. Ove ciò non faccia, e la nullità venga dedotta come motivo d'appello, il giudice del gravame non dovrà fissare alcun termine per la rinnovazione dell'atto nullo, ma dovrà definire il processo con una pronuncia in rito che accerti il vizio del ricorso introduttivo», in

[https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza\\_documento\\_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4237344&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4237344&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true).

<sup>4</sup> Cfr. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999; G. Balena, *Elementi di diritto processuale civile*, I, Bari, 2007, 283; R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, in Enc. giur., XXI, Roma, 1988; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013

<sup>5</sup> A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012; S. SATTA, *Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*, in Enc. dir., XIII, Milano, 1964.

<sup>6</sup> Cass. Civ., Sez. Lav., 4 dicembre 2014, n. 25676. Nella medesima pronuncia, in giudici di legittimità statuiscano, inoltre che « *Il titolo esecutivo giudiziale, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., comma 2, n. 1, non si identifica, né si esaurisce, nel documento giudiziario in cui è consacrato l'obbligo da eseguire, essendo consentita l'interpretazione extratestuale del provvedimento, sulla base degli elementi ritualmente acquisiti nel processo in cui esso si è formato. Ne consegue che il giudice dell'opposizione all'esecuzione non può dichiarare d'ufficio la illiquidità del credito, portato dalla sentenza fatta valere come titolo esecutivo, senza invitare le parti a discutere la questione e a integrare le difese, anche sul piano probatorio*».

Con l'ultimo motivo di gravame, i ricorrenti si dolevano dell'erronea applicazione, al caso in esame, dell'art. 44 l. fall.<sup>7</sup>

Secondo la Suprema Corte, il giudice di seconde cure bene ha fatto a confermare la statuizione del giudice di primo grado dichiarativa dell'inefficacia nei confronti della società fallita, ai sensi dell'art. 44 l. fall., della vendita dell'immobile stipulata dal fallito in favore di due acquirenti.

Secondo i ricorrenti, nel caso in questione si sarebbe dovuto avere riguardo allo stato soggettivo degli acquirenti. Questi ultimi avrebbero agito in buona fede, stante la mancata trascrizione della sentenza di fallimento operata dal curatore fallimentare.

La Corte di Cassazione rileva che sia il giudice di prime cure, quanto la Corte territoriale abbiano ben applicato l'art. 44 l. fall. al caso in questione.

La *ratio* dell'art. 44 si fonda, infatti, sulla natura, anche solo potenzialmente lesiva degli interessi dei creditori, dell'atto compiuto dal fallito successivamente al fallimento.

Pertanto, sulla base della perdita, da parte del fallito, dell'amministrazione e della disponibilità del suo patrimonio, ex art. 42 l. fall., ne consegue l'inefficacia degli atti dallo stesso compiuti successivamente al fallimento<sup>8</sup>.

In tema di pagamenti spettanti al fallito, l'inefficacia degli stessi, se effettuati dopo la dichiarazione di fallimento e a soggetti diversi dalla curatela, è conseguenza automatica dell'indisponibilità del patrimonio del fallito, valevole *erga omnes* e senza rilevanza dello stato soggettivo del *solvens*<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. Cass. Civ., Sez. I, 29 gennaio 2015, n. 1724, « *La disposizione di cui al capoverso dell'art. 44 l. fall. deve essere interpretata in collegamento con le norme dettate dagli art. 42 (comma 2) e 46 (comma 1 n. 2) l. fall., con la conseguenza che le attività non possono essere acquisite separatamente dalle passività che ad esse ineriscono e che le somme guadagnate dal fallito possono essere acquisite esclusivamente per la parte eccedente quanto occorra per il mantenimento del fallito stesso e della sua famiglia*», in [https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza\\_documento\\_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4687814&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4687814&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false).

<sup>8</sup> L'art. 42 l. fall. dispone quanto agli effetti patrimoniali che si producono sul fallito a seguito della dichiarazione di fallimento. Dichiarato quest'ultimo, si suole parlare del cd. "*spossamento del fallito*" consistente nella perdita, da parte del fallito, della disponibilità di tutti i suoi beni, senza però perderne la proprietà – ciò almeno fino alle vendite fallimentari – né perdere la capacità di agire. La perdita di disponibilità dei beni è finalizzata, da un lato ad evitare che il fallito possa depauperare il suo patrimonio, dall'altro a consentire agli organi fallimentari di gestire e alienare il patrimonio nell'interesse dei creditori.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 13 settembre 2007, n. 19165, « *In tema di pagamenti spettanti al fallito, l'inefficacia degli stessi, se effettuati dopo la dichiarazione di fallimento ed a soggetti diversi dalla curatela, è conseguenza automatica dell'indisponibilità del patrimonio del fallito, valevole "erga omnes" e senza rilevanza dello stato soggettivo del "solvens". (Nella fattispecie, la S.C. ha*

A conferma del suddetto orientamento depone la stessa pronuncia della Corte Costituzionale che ha ritenuto manifestamente infondata la questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 44 l. fall., per contrasto con l'art. 24 Cost., nella parte in cui non prevedeva che gli effetti della sentenza di fallimento<sup>10</sup> fossero opponibili anche al terzo in buona fede che avesse contratto con il fallito, *post* fallimento, ma prima dell'affissione della relativa decisione<sup>11</sup>.

Di contro, è priva di pregio l'argomentazione dei ricorrenti i quali deducono la loro buona fede in conseguenza della mancata trascrizione della sentenza di fallimento.

Anche sotto questo profilo i giudici di legittimità dichiarano che, nel caso di specie, sul bene immobile oggetto della vendita era già stata eseguita la trascrizione del pignoramento, nonché la pubblicità della sentenza di fallimento. Ne deriva che, indipendentemente dalle formalità prescritte dall'art. 88 l. fall., non è preclusa l'opponibilità dell'atto compiuto dal fallito ai terzi acquirenti in buona fede. Questi ultimi, infatti, nel caso *de quo*, attraverso la pubblicità della sentenza di fallimento, erano stati posti in grado di tutelarsi dal pericolo di acquisti compiuti dal fallito<sup>12</sup>.

---

*affermato il principio in caso di pagamento a mani del mandatario della società fallita, dopo che il contratto di mandato si era sciolto, statuendo la non applicabilità della disciplina del pagamento al creditore apparente, dovendo escludersi oltretutto la buona fede del "solvens" dopo la avvenuta pubblicazione della sentenza di fallimento)», in*

[https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza\\_documento\\_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1635692&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1635692&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false).

<sup>10</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. P. GENOVIVA, *Gli effetti del fallimento per il fallito e per i creditori*, in G. FAUCEGLIA, -L. PANZANI,, diretto da, *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1, 443 ss.; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Degli effetti del fallimento per il fallito*, in A. JORIO, diretto da, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 1, 688 ss.

<sup>11</sup> Corte Costituzionale, 06 giugno 1995, n. 228, « È infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 24 cost., degli art. 42, 44 e 17 r.d. 16 marzo 1942 n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), alla cui stregua gli effetti della sentenza di fallimento decorrono dalla data della sua pubblicazione, nella parte in cui considera tali effetti opponibili anche al terzo di buona fede che abbia contratto con, o per, il fallito dopo il fallimento, ma prima della affissione della correlativa pronunzia». In

[https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza\\_documento\\_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1160677&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1160677&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false).

<sup>12</sup> A tutela del cd. "sposamento", nonché al fine di evitare che il fallito depauperi il proprio patrimonio oggetto di vincolo fallimentare, il legislatore – all'art. 44, I comma l. fall. – stabilisce che: "tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori". Dalla declaratoria di inefficacia deriva, pertanto, il dovere dei terzi di restituire quanto ricevuto dal fallito in forza di un atto di disposizione da lui compiuto e ciò sia se l'atto o il pagamento sia stato posto in essere con dolo, sia se sia stato posto in essere in



---

buona fede del soggetto terzo. La buona fede, infatti, non rileva a causa dell'effetto di conoscenza *erga omnes* della sentenza dichiarativa di fallimento.

L'inefficacia viene richiamata, nel II comma del medesimo articolo, in relazione ai pagamenti ricevuti dal fallito. Il comma II dell'art. 44 l. fall. dispone: "*sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento*". Anche in questo caso il terzo, nonostante sia in buona fede, sarà costretto a ripetere il pagamento in favore della curatela, ove però il fallito non abbia provveduto personalmente al riversamento delle somme in favore del fallimento. Così come nel primo comma, anche in questo caso il principio della conoscenza *erga omnes* della sentenza dichiarativa di fallimento dà luogo a una deroga ai principi generali in materia di affidamento del terzo, *sub specie* art. 1189 c.c.

**CASSAZIONE CIVILE, SS.UU., SENTENZA N. 24068/2019**  
**Presi. Dott. DI CERBO Vincenzo – Est. Dott. GENOVESE Francesco**  
**Antonio**

**Ricorribilità in cassazione del decreto di esecutività del piano di riparto parziale**

**FALLIMENTO ED ALTRE PROCEDURE CONCURSUALI – RIPARTIZIONE – IN GENERE – RIPARTO PARZIALE – RECLAMO AVVERSO IL DECRETO DI ESECUTIVITÀ DEL GIUDICE DELEGATO – RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE – AMMISSIBILITÀ – CONDIZIONI E LIMITI**

*« Le S.U. accolgono il ricorso, cassano il provvedimento impugnato e rinviano al giudice delegato del Tribunale di Milano. Decidendo sulla questione di massima di particolare importanza rimessa con l'ordinanza interlocutoria n. 9250 del 2018, nonché sull'ulteriore questione oggetto di approfondimento a seguito dell'ordinanza interlocutoria (delle S.U.) n. 31266 del 2018, le S.U. enunciano i seguenti principi di diritto:*

*1) «Il decreto del tribunale che dichiara esecutivo il piano di riparto parziale, pronunciato sul reclamo avente ad oggetto il provvedimento del giudice delegato, nella parte in cui decide la controversia concernente, da un lato, il diritto del creditore concorrente a partecipare al riparto dell'attivo fino a quel momento disponibile e, dall'altro, il diritto degli ulteriori interessati ad ottenere gli accantonamenti delle somme necessarie al soddisfacimento dei propri crediti, nei casi previsti dall'art. 113 L. Fall., si connota per i caratteri della decisorietà e della definitività e, pertanto, avverso di esso è ammissibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, della Costituzione»;*

*2) «In tema di riparto fallimentare, ai sensi dell'art. 110 L. Fall. (nel testo applicabile ratione temporis come modificato dal d.lgs. n. 169 del 2007), sia il reclamo ex art. 36 L. Fall. avverso il progetto, predisposto dal curatore, di riparto, anche parziale, delle somme disponibili, sia quello ex art. 26 L. Fall. contro il decreto del giudice delegato che abbia deciso il primo reclamo, possono essere proposti da qualunque controinteressato, inteso quale creditore che, in qualche modo, sarebbe potenzialmente pregiudicato dalla diversa ripartizione auspicata dal reclamante, ed in entrambe le impugnazioni il ricorso va notificato a tutti i restanti creditori ammessi al riparto anche parziale»».*

**Abstract:** In the case in question, the Supreme Court dealt with the issue of extraordinary recourse pursuant to and for the purposes of Article 111, seventh paragraph, of the Constitution of the decree of the court that declares the partial distribution plan to be executive, declaring its admissibility.

Precedenti conformi:

Precedenti difformi: Cass. civ. Sez. I Sent., 04/06/2014, n. 12532.

---

## IL COMMENTO

**di Giuliana Santa Trotta<sup>1</sup>**

La fattispecie concreta che ha interessato la pronuncia in commento ha ad oggetto la questione relativa all'ammissibilità del ricorso in Cassazione avverso il piano di riparto depositato.

In breve i fatti.

Alfa e Beta proponevano reclamo avverso il piano di riparto parziale depositato dal commissario straordinario di una s.p.a. contestando la possibilità di procedere alla ripartizione dell'attivo atteso che essi sarebbero stati titolari di un credito di natura prededucibile che doveva essere pagato in via preferenziale, accertamento del credito pendente dinanzi al giudice civile nell'ambito di un giudizio ex art 98 L.F.

Il G.D. accoglieva il reclamo ordinando l'accantonamento integrale delle somme in vista dell'accertamento dei pretesi crediti prededucibili all'esito del giudizio di opposizione allo stato passivo.

Un creditore concorrente proponeva a sua volta reclamo dinanzi al Tribunale avverso tale decreto di accantonamento delle somme ritenendo che il credito vantato da Alfa e Beta, alla luce delle risultanze dello stato passivo, non dovesse essere considerato proprio in quanto pendente opposizione.

Il Tribunale nel decreto impugnato aveva infatti affermato la possibilità includere i crediti degli oppositori allo stato passivo tra quelli previsti ex art. 110, comma 4, L.F. ritenendo che la norma si riferirebbe esclusivamente ai crediti già inclusi nel piano di riparto, anche se contestati. Nondimeno, non sarebbe stato possibile richiamare quanto disposto dall'art. 113, comma 2, L.F. ritenendo che la

---

<sup>1</sup> Giudice delegato ai fallimenti presso il Tribunale di Lagonegro.

prededucibilità, si riferirebbe a poste non contestate o almeno già ammesse al passivo, sebbene non in via definitiva.

Il Tribunale dunque dichiarava l'esecutività del progetto di ripartizione depositato dal commissario straordinario della s.p.a..

Avverso tale decreto Alfa e Beta proponevano ricorso per Cassazione, eccependo innanzitutto la violazione dell'art. 26 L.F., art. 36 L.F. ed art. 110 L.F., in quanto il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto legittimato al reclamo un creditore ammesso allo stato passivo che non aveva tuttavia impugnato il piano di riparto; in secondo luogo contestavano il fatto che il Giudice del merito, pur avendoli ammessi al reclamo, aveva negato l'accantonamento, deferendo al commissario straordinario ogni decisione modificativa del piano di riparto.

Visti i motivi di doglianza sollevati dal ricorrente, con ordinanza interlocutoria n. 9250 del 13 aprile 2018, la Prima Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto necessario rimettere gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite sono state innanzitutto chiamate a chiarire la questione riguardante l'ammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost. nei confronti del decreto del Tribunale fallimentare che, decidendo sul reclamo contro il provvedimento del Giudice delegato, abbia ordinato l'esecuzione del piano di riparto parziale, avuto riguardo alla sua idoneità a stabilire in via definitiva o meno, da una parte il diritto del creditore concorrente a partecipare al riparto dell'attivo fino a quel momento disponibile e, dall'altro, il diritto degli interessati ad ottenere gli accantonamenti previsti ex art. 113, L.F.

Il contrasto scaturisce dal richiamo ad una precedente pronuncia della Cassazione del 2014 la n. 12532 laddove, in un *obiter*, era stata affermata l'inammissibilità tanto del ricorso straordinario ex art. 111 Cost., trattandosi di un provvedimento privo del carattere della decisorietà con attitudine al giudicato, nonché la qualificazione del piano di riparto quale fase meramente intermedia della procedura fallimentare suscettibile di emendamento senza preclusione di acquiescenza in sede di approvazione del progetto definitivo di distribuzione.

Nella pronuncia in esame le Sezioni Unite hanno rammentato, *in primis*, che è pacificamente ammessa la possibilità di proporre reclamo avanti al Tribunale avverso il decreto del Giudice delegato che dichiara esecutivo il piano di riparto parziale, anche in considerazione dell'art. 26 L.F..

Viceversa, è invece preclusa l'impugnazione avanti alla Corte di appello contro il provvedimento emesso dal Tribunale. Quid iuris in merito quindi alla possibilità di proporre ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost..

Preliminarmente è necessario quindi stabilire se il provvedimento che dichiara esecutivo il piano di riparto parziale (ex art. 110 L.F. ed art. 113 L.F.) sia connotato dal carattere della definitività, tenuto conto della impossibilità di una successiva modifica o revoca da parte del curatore o del commissario, e successivamente definire il carattere della stabilità o meno del piano di riparto parziale dichiarato esecutivo dal Giudice delegato per mancanza di reclami proposti nel termine prescritto dall'art. 110, comma 3, L.F, ovvero per l'inutile esperimento degli stessi.

Secondo un costante orientamento condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, il piano di riparto parziale, reso esecutivo dal Giudice delegato, a prescindere dalla sua concreta esecuzione, non ha carattere provvisorio, tanto da poter essere modificato in seguito ad ulteriori risultanze. Decorsi poi i termini di impugnazione, il piano di riparto parziale diviene definitivo sicché quanto in esso stabilito non può più essere oggetto di contestazione.

Il principio della intangibilità del piano di riparto divenuto definitivo, secondo la Cassazione, troverebbe altresì conferma nella successione di leggi in materia di privilegi (art. 5 Legge 30 aprile 1969 n. 66; art. 15 Legge 29 luglio 1975 n. 426). A tal proposito le Sezioni Unite rammentano che proprio il principio dell'intangibilità dei riparti dell'attivo eseguiti nel corso della procedura fallimentare è stato ancora oggetto di recente applicazione da parte della giurisprudenza con la sola eccezione di quanto previsto dall'art. 114 L.F. dal che conseguentemente deriva che le ripartizioni eseguite in base al piano di riparto non possono essere più rimesse in discussione.

A ciò si aggiunge che, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, i provvedimenti resi dal Giudice delegato sono revocabili o modificabili d'ufficio o su istanza di parte sino a quando essi non abbiano avuto esecuzione. Nella fattispecie si applica il principio generale sancito dall'art. 487 c.p.c. in forza del quale le ordinanze del Giudice dell'esecuzione sono revocabili o modificabili sino a quando non abbiano avuto esecuzione.

Ne discende pertanto che se il progetto di riparto parziale è stato dichiarato esecutivo dal Giudice delegato – perché sono decorsi i 15 giorni previsti dall'art. 110, comma 3, L.F. ovvero sono esauriti i mezzi di impugnazione esperibili dagli eventuali reclamanti – ed il curatore vi ha dato esecuzione, mediante la distribuzione delle somme ai creditori concorrenti, non si può sostenere che il Giudice delegato in deroga al principio ex art. 487 c.p.c. possa d'ufficio o su istanza di parte revocare o modificare il decreto di esecutività apposto sul progetto di riparto già eseguito.

Alla luce dei principi richiamati, la Sezioni Unite della Cassazione hanno escluso l'esistenza dei presupposti per poter affermare l'emersione di un contrasto interpretativo rispetto all'orientamento da tempo consolidato atteso che il decreto del Tribunale che dichiara esecutivo il piano di riparto parziale, pronunciato sul reclamo avente ad oggetto il provvedimento del Giudice delegato, è pertanto connotato dai caratteri di decisorietà e definitività, donde è ammissibile solamente il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.

In merito al secondo quesito relativo alla legittimazione attiva a proporre il reclamo e la notificazione del ricorso le Sezioni Unite hanno ricordato che l'art. 110 L.F. prevede, nell'attuale formulazione, che il progetto di riparto è un atto di competenza del curatore del quale il Giudice delegato ordina il deposito del progetto in cancelleria, disponendo che a tutti i creditori, compresi quelli per i quali è in corso uno dei giudizi di cui all'art. 98 L.F., ne sia data comunicazione mediante l'invio di copia a mezzo posta elettronica certificata.

I creditori, pertanto nel termine perentorio di 15 giorni dalla ricezione della comunicazione possono proporre reclamo al giudice delegato contro il progetto di riparto ai sensi dell'art. 36 L.F.

È quindi ammessa la possibilità, da un lato, di proporre reclamo al Tribunale ai sensi dell'art. 26 L.F. contro il provvedimento del Giudice delegato e, dall'altro, ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Premessa quindi la legittimazione attiva a proporre reclamo avverso il progetto di riparto depositato dal curatore ex art. 36 L.F., dai parte dei creditori interessati destinatari della comunicazione a mezzo posta elettronica certificata, è discusso se il reclamo ex art. 26 L.F., da chiunque proposto, vada comunicato non solo al curatore, ma anche a tutti gli altri creditori controinteressati.

La Cassazione ha ritenuto di dover seguire l'indirizzo interpretativo formulato dalla dottrina maggioritaria secondo cui il contraddittorio deve essere esteso anche ai controinteressati, ovvero ai creditori che potrebbero essere potenzialmente pregiudicati dalla ripartizione richiesta dal reclamante, dal momento in cui la relativa quota di riparto potrebbe subire una variazione in *peius*.

Applicando le seguenti coordinate ermeneutiche al caso di specie le Sezioni Unite della Cassazione hanno riscontrato che, dal momento in cui il reclamo proposto dai ricorrenti avverso il progetto di riparto parziale non era stato comunicato dal commissario straordinario della s.p.a. a nessuno dei creditori concorrenti né era stato loro notificato su iniziativa del reclamante, che nemmeno gli altri creditori

concorrenti destinatari del riparto e quindi controinteressati avevano ricevuto alcuna comunicazione e che neppure il reclamo proposto dal creditore concorrente intervenuto nel procedimento avanti al Giudice delegato era stato notificato altri creditori concorrenti, essendo stato comunicato solamente dal ricorrente, alla s.p.a. ed al commissario straordinario che in sede di impugnazione il Tribunale fallimentare non aveva disposto alcuna integrazione del contraddittorio né nei confronti dei creditori concorrenti, intervenuti nel giudizio di prime cure, né nei confronti degli altri controinteressati rimasti all'oscuro dell'intero procedimento, ciò ha determinato la violazione delle disposizioni sul litisconsorzio necessario non rilevata né dal Giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, né dal Giudice d'appello, che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ex art. 354 c.p.c.

Il processo risulta pertanto viziato con conseguente annullamento, anche d'ufficio, delle pronunce emesse e conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure ai sensi dell'art. 383 c.p.c. ritenuto applicabile anche nell'ambito dei procedimenti in camera di consiglio ed in quelli di impugnazione del piano di riparto dell'attivo.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno pertanto cassato il provvedimento impugnato e rinviato la causa al giudice delegato investito del primo reclamo avverso il progetto di riparto parziale non comunicato dal commissario straordinario della s.p.a. a nessuno dei creditori concorrenti né loro notificato dal reclamante.

**Cass. Civ., Sez. I, 30 settembre 2019 n. 24441**

**LITISCONSORZIO NECESSARIO – RISOLUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO – GARANTE – FIDEIUSSORE – ART. 137 LEGGE FALLIMENTARE**

*«In tema di risoluzione e di annullamento del concordato preventivo, l'attuale testo dell'art. 137 l.fall., cui rinvia l'art. 186 l.fall., postulando che al procedimento sia chiamato a partecipare anche l'eventuale garante, include lo stesso garante accanto al debitore, tra i soggetti del processo, così da concretizzare una fattispecie di litisconsorzio necessario processuale»».*

**Abstract:** The subject of the comment is the resolution and cancellation of the arrangement with creditors. The current text of the art. 137 l.fall., To which art. 186 l.fall., Underlines that the eventual guarantor is also required to participate in the proceeding, includes the same guarantor next to the debtor, between the subjects of the process, so as to concretize a case of litigation with the necessary procedural.

**Precedenti conformi:**

---

**IL COMMENTO**

**di Fabio CUGNETTO\***

Il caso di specie che ha interessato la pronuncia in esame, ha ad oggetto l'applicabilità del litisconsorzio necessario in favore dei garanti (art. 102 c.p.c.)<sup>1</sup> nel caso di un procedimento di risoluzione del concordato preventivo (art. 137 l.f.).

In breve i fatti.

Su istanza delle Società Beta e Gamma il concordato preventivo della s.r.l. Alfa, già omologato, veniva risolto dal medesimo Tribunale per l'impossibilità di dare esecuzione al piano concordatario.

---

\* Avvocato e curatore fallimentare del foro di Napoli – cultore della materia di diritto civile presso l'Università Parthenope

<sup>1</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, pgg. 242-243; G. COSTANTINO, *contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979; P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2011; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. C.p.c. Allorio*, I, Torino, 1973, pg. 1101 e ss.



Avverso la sentenza dichiarativa di fallimento proponevano reclamo due creditori che, tra i motivi, eccepivano la nullità della sentenza per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti dei fideiussori.

La Corte d'Appello rigettava il reclamo fondando il suo convincimento su una precedente pronuncia della Corte formatasi sul vecchio testo della legge fallimentare, in particolare all'art. 137 l.f.<sup>2</sup>, per cui gli asseriti garanti potevano non essere qualificati litisconsorti necessari nel procedimento di risoluzione del concordato.

Uno dei creditori ricorreva per cassazione denunciando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 102 e 354 c.p.c.<sup>3</sup>, artt. 137 e 186 L. Fall., con riguardo alla mancata integrazione del contraddittorio nei confronti dei fideiussori del concordato<sup>4</sup>.

### **La decisione della Corte.**

L'intervento della Corte, chiamata ad interpretare l'art. 137 l.f., ha assolto ad una duplice funzione: da un lato adeguare la giurisprudenza alle modifiche legislative intervenute con i D.Lgs. 169/2007 e D.Lgs. 5/2006 e dall'altro, definire l'applicabilità dell'art. 102 c.p.c. rispetto alla qualifica della garanzia prestata dal terzo nella fase concordataria.

---

<sup>2</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. cass. Civ., Sez. Un., 19 novembre 1996, n. 10095, « *Non è ricorribile per Cassazione, ai sensi dell'art. 111 cost., il decreto con il quale la Corte d'appello, in sede di reclamo, abbia confermato il rigetto dell'istanza di risoluzione del concordato fallimentare, trattandosi di provvedimento privo di contenuto decisorio ed inidoneo al giudicato*», in [https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza\\_documento\\_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1227826&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1227826&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false)

<sup>3</sup> Cfr. G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999; R. ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio*, in *Corr. giur.* 2005, I, 1011; A. PROTO PISANI, *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione*, in *Foro it.* 1991, I, 113;

<sup>4</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 26 febbraio 2012, n. 2671, « *Il reclamo avverso il decreto di annullamento del concordato preventivo, seguito da contestuale dichiarazione di fallimento e nella specie relativo a procedura svoltasi per intero dopo l'entrata in vigore del d.lg. n. 169 del 2007, non è ammissibile in sé, dovendo i motivi di doglianza, in applicazione analogica del principio di cui all'art. 162, comma 3, legge fall. (relativo ai casi di conclusione del procedimento con provvedimento diverso dall'omologazione), essere fatti valere nell'ambito di un unico reclamo avverso altresì la sentenza di fallimento, considerato il carattere pregiudiziale dell'annullamento rispetto ad altre motivazioni attinenti in ipotesi ai presupposti della fallibilità; l'art. 186 legge fall., infatti, nel rinviare all'applicazione, in quanto compatibili, degli artt. 137 e 138 legge fall., dettati in tema di risoluzione ed annullamento del concordato fallimentare, se ne differenzia quanto agli esiti, poiché solo per il concordato preventivo risolto od annullato non si ha automatismo della dichiarazione di fallimento, che anzi presuppone, oltre ad una verifica dei suoi presupposti, l'iniziativa di parte*», in [Databank=0&idDocMaster=3314389&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3314389&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false).

Secondo il ricorrente, la sentenza della Corte d'Appello di Firenze era da cassare perché fondava il suo convincimento su percorso logico deduttivo viziato da un'adesione Giurisprudenziale, oramai superata, perché ferma al "vecchio" art. 137 della legge fallimentare.

Va osservato che la Corte d'Appello di Firenze, nel rigettare il motivo di reclamo, aveva ripercorso, in punto di diritto, gli obsoleti orientamenti della Cassazione consolidati sul vecchio testo della L. Fall., art. 137 (Cass. n. 10195/08<sup>5</sup>, a cui può aggiungersi Cass. n. 5350/94<sup>6</sup> e Cass. n. 7942/10<sup>7</sup>).

Tale orientamento statuiva che il terzo garante del concordato, pur essendogli riconosciuto il diritto di opporsi alla pronuncia di risoluzione, perché interessato ai sensi degli art. 18 e 186 l. fall., non era qualificato parte in senso formale.

---

<sup>5</sup> Cass. Civ., 18 aprile 2008, n. 10195, « *In materia di risoluzione del concordato preventivo, la circostanza che la sollecitazione a risolvere il concordato sia pervenuta al tribunale da un soggetto che non sarebbe stato autonomamente legittimato a proporre un'istanza al riguardo non ha rilievo e non può certo inficiare la sentenza emessa dal medesimo tribunale, il quale ben può attivarsi anche d'ufficio, una volta che abbia comunque accertato che le condizioni per risolvere il concordato e dichiarare il fallimento sussistevano. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto la legittimità della risoluzione del concordato preventivo e della conseguente declaratoria di fallimento pronunciata su istanza del liquidatore giudiziario, trattandosi di un mero difetto formale)*», in

[https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza\\_documento\\_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1678338&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1678338&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false).

<sup>6</sup> Cass. Civ., Sez. I, 2 giugno 1994, n. 5350, « *In sede di omologazione di concordato preventivo, il garante del concordato non è parte necessaria del giudizio, in quanto la comparizione dei fideiussori è prevista solo in relazione all'eventuale risoluzione del concordato medesimo (art. 137, 186 l. fall.)*», in

[https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza\\_documento\\_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1136233&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1136233&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false).

<sup>7</sup> Cass. Civ., Sez. I, 31 marzo 2010, n. 7942 « *Il dovere, imposto al tribunale dagli art. 137 e 186 l. fall., di ordinare la comparizione dei fideiussori nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo, al fine di consentire loro l'esercizio del diritto di difesa, non comporta l'acquisto, da parte del fideiussore, della qualità di parte necessaria nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento seguita alla risoluzione del concordato, ed il conseguente obbligo di disporre l'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti, in quanto gli effetti che la sentenza dichiarativa di fallimento produce nei confronti del fideiussore sono diversi da quelli prodotti nei confronti dell'imprenditore in stato di insolvenza, consistendo nel rendere permanente la garanzia offerta per l'ammissione alla procedura di concordato*», in

[https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza\\_documento\\_massime?idDatabank=0&idDocMaster=455907&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false](https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=455907&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false).

Il mancato riconoscimento di parte in senso formale all'interno del procedimento escludeva la partecipazione necessaria del terzo garante al processo, indi alcuna violazione all'integrità del contraddittorio si sarebbe consumata.

La critica del ricorrente alla decisione della corte d'Appello di Firenze è fondata sulle modifiche legislative conseguenti al D.Lgs. n. 5 del 2006 e al D.Lgs. n. 169 del 2007 che hanno inciso in maniera dirimente sulla legge fallimentare e in particolare sull'art 137 l.f.

L'intervento del legislatore, tra le tante novità, ha conferito una nuova formulazione della norma facendole assumere tutt'altro tenore.

Attualmente l'art. 137 l.f. dispone che «*al procedimento è chiamato a partecipare anche l'eventuale garante*» mentre la medesima norma, ante riforma, al primo comma così recitava: "Art. 137 (Risoluzione del concordato). - *Se le garanzie promesse non vengono costituite in conformità del concordato o se il proponente non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato e dal decreto di omologazione, il curatore e il comitato dei creditori devono riferire al tribunale. Questo procede a norma dell'articolo 26 sesto, settimo e ottavo comma. Al procedimento partecipa anche l'eventuale garante. Nello stesso modo provvede il tribunale su ricorso di uno o più creditori o anche d'uffici*»".

L'art. 137, secondo la nuova impostazione normativa, conseguente al D.Lgs. n. 5 del 2006 e al D.Lgs. n. 169 del 2007, stabilisce che al procedimento di risoluzione «*è chiamato a partecipare anche l'eventuale garante*» ciò a fronte dell'anteriore testo della norma che stabiliva, invece, prima della riforma, un semplice onere di convocazione da parte del tribunale.

Il D.Lgs. n. 169 del 2007 (cd. decreto correttivo) concretizza, dunque, l'esercizio di un dovere – non più una possibilità - di chiamata in giudizio. E la chiamata è sempre funzionale a consentire al soggetto di divenire parte (vera e propria) del giudizio.

L'ammodernamento legislativo riqualifica il ruolo del garante all'interno della procedura concordataria, riconoscendogli un ruolo di parte formale e sostanziale del procedimento.

L'incidenza legislativa, non di poco conto, ha sollecitato la Corte ad intervenire ed a riconsiderare quanto pronunciato in precedenza, tanto è vero che gli stessi Giudici, nel decretare l'inammissibilità del ricorso – per carenza d'autosufficienza - hanno comunque deciso di affrontare "*il nodo giuridico posto a base del mezzo*".

Il nuovo art. 137 ha pertanto spinto i Giudici di legittimità a chiarire che il terzo garante diventa obbligatoriamente un soggetto del processo di risoluzione

concordataria così da concretizzare una fattispecie di violazione del litisconsorzio necessario in caso di sua pretermissione.

L'importanza del nuovo assetto Giurisprudenziale, questa volta in ritardo rispetto alla scelta del legislatore, sicuramente più garantista, spiega i suoi effetti di litisconsorzio processuale ex art. 102 c.p.c. incidendo drasticamente sulla decisione assunta in mancanza dei litisconsorti<sup>8</sup>.

In tale ipotesi, la sentenza pronunciata in assenza del garante va ritenuta *inutiliter data*, nel senso della sua inidoneità a produrre effetti nei confronti delle parti e dei terzi pretermessi.

Come anticipato la Cassazione ha condiviso in astratto il ricorso giacché lo ha ritenuto inammissibile per difetto di autosufficienza, considerato che parte ricorrente non ha dimostrato se i citati terzi (gli ipotetici litisconsorti pretermessi) fossero costituiti fideiussori della società ovvero se avessero assunto (come ancora eccetto nel controricorso) un semplice impegno a prestare le garanzie. La Cassazione ha respinto il ricorso proprio per l'incertezza del ruolo dei terzi garanti, il che indirettamente suggerisce un'ulteriore riflessione sull'applicabilità dell'art. 102 c.p.c. segnatamente al fideiussore e non al mero assuntore di impegno.

---

<sup>8</sup> E.T. LIEBMAN, Manuale di diritto processuale civile, Milano, 2007, pg. 98 e ss.

**Cass. civ., Sez. III, 11 giugno 2019, n. 15597****Pres. De Stefano – Est. Porreca****ESECUZIONE IMMOBILIARE – VENDITA – CERTIFICAZIONE ATTESTANTE LA TITOLARITA' DEL BENE IN CAPO AL DEBITORE ESECUTATO – PERIODO RILEVANTE – RICHIESTA DEL G.E. – PRIMO ATTO DI ACQUISTO ULTRAVENTENNALE – MANCATA PRODUZIONE – CHIUSURA ANTICIPATA DEL PROCESSO ESECUTIVO – ESTINZIONE ATIPICA.**

*In tema di espropriazione forzata immobiliare, è doverosa la richiesta, da parte del giudice dell'esecuzione ai fini della vendita forzata, della certificazione attestante che, in base alle risultanze dei registri immobiliari, il bene pignorato appaia di proprietà del debitore esecutato sulla base di una serie continua di trascrizioni d'idonei atti di acquisto riferibili al periodo che va dalla data di trascrizione del pignoramento fino al primo atto di acquisto precedente al ventennio a decorrere dalla stessa. All'ordinanza di richiesta del primo atto di acquisto ultraventennale effettuata dal giudice dell'esecuzione si applica il regime degli artt. 484, 175, 152 e 154 c.p.c., e alla mancata produzione del suddetto titolo, imputabile al soggetto richiesto, consegue la dichiarazione di chiusura anticipata del processo esecutivo.*

**Precedenti:** Non si rinvencono precedenti in termini.

**ABSTRACT:** With regards to real estate expropriations, the judge must request a certification attesting that foreclosed property is indeed property of the debtor, on the basis of a continuous series of transcripts of purchase deeds, which refer to the period from the transcription date of distraint on the first deed of purchase - prior to twenty years. In case such purchase deeds can not be provided, imputable to the subject, it follows a declaration of early closure of the executive process.

**Il commento****di Alessandra MIGLIORINO<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Idonea al concorso per magistrato ordinario bandito con dm 31.5.17

In tema di espropriazione forzata immobiliare, la Suprema Corte ha statuito per la prima volta che il G.E. in sede di verifiche preliminari all'autorizzazione alla vendita può richiedere d'ufficio, oltre ai documenti puntualmente indicati dall'art. 567 c.p.c., anche la certificazione attestante, in base ai registri immobiliari, la continuità delle trascrizioni di idonei atti di acquisto ultraventennali (vale a dire compiuti prima del ventennio antecedente la data di trascrizione del pignoramento), pena la chiusura anticipata della procedura – sanzione, quest'ultima, non espressamente prevista dalla norma richiamata.

Nel caso di specie, i debitori eseguiti proponevano reclamo *ex art.* 630, terzo comma, c.p.c. avverso l'ordinanza con cui il G.E. aveva dichiarato l'estinzione della procedura esecutiva attesa l'incompleta ricostruzione della "provenienza ventennale" dell'immobile staggito, per carenza della documentazione che certificasse le trascrizioni e le iscrizioni a favore e contro i danti causa degli eseguiti. Nei fatti, i debitori avevano acquistato le particelle interessate con atto trascritto nel 2002 dai danti causa, i quali, a loro volta, avevano acquistato il bene *mortis causa*, con denuncia di successione del 2002 ed atto trascritto nel 2005; a ritroso, dalla data di trascrizione del pignoramento (del 2008) e fino alla prima data disponibile per le verifiche di conservatoria (meccanizzata nel 1957), non risultavano altri passaggi, e quindi neppure emergeva alcun atto trascritto a favore del *de cuius*.

Su tali presupposti, il Tribunale rigettava il reclamo, con pronuncia confermata dalla Corte di appello.

La questione controversa involge, in primo luogo, i poteri di accertamento del G.E. nella fase prodromica all'autorizzazione alla vendita e, segnatamente, la possibilità che l'autorità giudiziaria chieda, oltre all'estratto del catasto e ai certificati delle iscrizioni relative all'immobile pignorato effettuate nei venti anni anteriori alla trascrizione del pignoramento (art. 567, secondo comma, c.p.c.), anche il certificato dell'atto di acquisto ultraventennale; in secondo luogo, la pronuncia affronta le conseguenze della eventuale mancata produzione dell'atto di provenienza ultraventennale sul processo esecutivo in corso, distinguendo tra estinzione tipica e chiusura anticipata della procedura esecutiva.

Come noto, l'art. 567, comma 2, c.p.c. impone al creditore l'onere di allegare all'istanza di vendita la documentazione utile ad accertare se l'esecutato sia titolare del diritto pignorato e l'intestatario catastale dell'immobile staggito, di controllare il rispetto del principio di continuità delle trascrizioni (art. 2650 c.c.), nonché di esaminare gli atti trascritti o iscritti a suo carico, senza fare menzione dell'atto di provenienza ultraventennale. Tale documentazione, che può essere

sostituita da un certificato notarile, deve essere depositata nel termine di legge, eventualmente prorogato, pena l'inefficacia del pignoramento e l'estinzione del processo esecutivo (art. 567, comma 3, c.p.c.).

Con riguardo al primo profilo (relativo ai poteri di accertamento del G.E.), la Suprema Corte si era in passato pronunciata in favore di una verifica solo formale, basata su indici di appartenenza del bene desumibili dalle risultanze dei Registri Immobiliari.

In particolare, la Cassazione – ancorché in tema di trascrizione dell'accettazione tacita di eredità ed acquisto *mortis causa* del bene staggito - ha statuito che compete al G.E. effettuare *ex officio* la verifica sulla titolarità del bene in capo al debitore esecutato, mediante l'esame della documentazione depositata dal creditore procedente oppure integrata per ordine del giudice, dalla quale deve risultare la trascrizione di un titolo di acquisto a suo favore (Cass. 26.5.2014, n. 11638). In tale contesto, "di regola è precluso al G.E. l'accertamento, sia pure *incidenter tantum*, della titolarità del diritto reale sul bene pignorato in capo all'esecutato per acquisto *inter vivos*, qualora questo non risulti dai pubblici registri"; con principio di diritto esteso anche al caso di acquisto *mortis causa* (Cass. 26.5.2014, n. 11638).

Così argomentando, l'accertamento del G.E. dovrebbe essere circoscritto alla sola documentazione di cui all'art. 567 c.p.c., essendo peraltro previsti specifici rimedi a tutela delle ragioni del terzo proprietario dell'immobile pignorato, quali l'opposizione all'esecuzione contro il decreto di trasferimento (art. 586 c.p.c.) ovvero l'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. (Cass. 10.11.1993, n. 11090 – richiamata dalla pronuncia del 2014).

Con la pronuncia in commento, la Suprema Corte sembrerebbe aver superato l'orientamento sin qui esposto, affermando che, pur essendo quello del G.E. un controllo formale sulla titolarità del bene, per indici documentali, la *ratio* dell'accertamento è in ogni caso quella di garantire che l'espropriazione sia condotta sui beni dell'esecutato, considerata in particolar modo la prevalenza che il legislatore ha accordato al terzo proprietario evitto in caso di vendita forzata del bene non appartenente all'esecutato (art. 2921 c.c.); ne deriva l'ampliamento dei poteri di accertamento del G.E., i quali si estendono al controllo di atti non espressamente richiamati dall'art. 567 c.p.c. purché idonei ad assicurare "la conducente attendibilità alle risultanze infraventennali".

E qui viene in rilievo il secondo profilo.

Ad avviso della Suprema Corte, il mancato deposito dell'atto di acquisto ultraventennale, ancorché non compreso nel dato testuale dell'art. 567, comma

2, c.p.c., determina la chiusura anticipata del processo esecutivo in corso, non già la estinzione tipica della procedura. Nella specie, detta improseguibilità viene imputata alla condotta del creditore, il quale aveva ommesso di effettuare ricerche cartacee sul titolo di acquisto del bene in capo al dante causa dei danti causa (per il periodo precedente il 1957, data della intervenuta meccanizzazione dei RR.II.).

In conclusione, la decisione che ne occupa – in linea di apparente discontinuità con la precedente giurisprudenza di legittimità - sembra avere operato una rilettura, in senso ampliativo, dei poteri del G.E. in punto di accertamento della titolarità del diritto staggito, tesa a valorizzare la tutela dell'aggiudicatario e la stabilità della procedura esecutiva, giungendo a prefigurare un'inedita ipotesi di estinzione atipica della procedura esecutiva tutte le volte in cui dalla documentazione prodotta dal creditore (vale a dire quella indicata dall'art. 567, comma 2, c.p.c. cui si aggiunge l'atto di acquisto ultraventennale) non si ricavi con ragionevole certezza l'appartenenza del diritto staggito in capo al debitore esecutato.



**Corte cost., (ud. 18/06/2019) 10-07-2019, n. 172**

**Pres. Lattanzi, Est. Morelli**

**ESECUZIONE FORZATA – ESPROPRIAZIONE FORZATA PRESSO TERZI  
– DICHIARAZIONE DEL TERZO E GIUDIZIO DI ACCERTAMENTO DEL  
SUO OBBLIGO – QLC RELATIVA ALL'ART. 549 C.P.C. – NON È FONDATA  
– RAGIONI.**

*"Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 549 c.p.c., come modificato dall'art. 1, 20° co., n. 3), L. n. 228 del 2012, e come successivamente riformulato dall'art. 13, 1° comma, lett. m-ter), D.L. n. 83 del 2015, convertito, con modificazioni, nella L. n. 132 del 2015, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 1° e 2° co., 81 e 111, 1°, 2°, 6° e 7° co., Cost."*

**ABSTRACT:** In the judgement under review, the Italian Constitutional Court has declared the compatibility of the summary methods of ascertaining the obligation of the third party – according to the article 549 c.p.c – with the system of guarantees and with the principles established by the Constitution.

**IL COMMENTO**

**di Flavia BONELLI<sup>1</sup>**

La pronuncia in commento ha avuto ad oggetto il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 549 c.p.c. – nella formulazione risultante dalle modifiche apportate dal D.L. n. 83 del 2015 convertito, con modificazioni, nella L. n. 132 del 2015.

La Corte Costituzionale ha affermato la compatibilità delle modalità sommarie di accertamento dell'obbligo del terzo, previste dalla norma censurata, con il sistema delle garanzie e con i principi previsti dalla Costituzione.

Ebbene, al fine di illustrare il contenuto della decisione della Consulta occorre, dapprima, esaminare il dettato della disposizione sottoposta a vaglio di costituzionalità, considerando anche le diverse modifiche apportate nel tempo dal legislatore.

In particolare, giova premettere che l'art. 549 c.p.c. si iscrive nell'ambito del procedimento di espropriazione forzata presso terzi, e specificatamente regola

---

<sup>1</sup> Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Roma.

l'ipotesi in cui, in ordine alla dichiarazione del terzo, *debitor debitoris*, sorgano contestazioni da parte del debitore esecutato o di uno dei creditori.

Orbene, nella formulazione originaria del codice di procedura civile e sino alla riforma del 2012, la circostanza in esame era disciplinata dal combinato disposto degli artt. 548 e 549 c.p.c., nei quali la contestazione della dichiarazione era equiparata alla mancata dichiarazione da parte del terzo e dava luogo ad una parentesi di cognizione nell'ambito del processo esecutivo (che nel frattempo rimaneva necessariamente sospeso), ossia ad un giudizio di accertamento del diritto vantato dal debitore nei confronti del terzo, promosso su iniziativa di parte, istruito con cognizione piena e deciso con sentenza.

Il sistema descritto ha subito una profonda modifica per effetto della l. 24 dicembre 2012, n. 228, la quale, anzitutto, ha distinto l'ipotesi della mancata dichiarazione del terzo, regolata dall'art. 548 c.p.c., da quella della contestazione della dichiarazione, disciplinata dall'art. 549 c.p.c. Nella specie, la novella, da un lato, ha stabilito che la mancanza della dichiarazione – in determinate ipotesi – possa dare luogo a non contestazione del debito e, dall'altro lato, ha snellito il giudizio volto all'accertamento dell'obbligo del terzo in caso di contestazioni su di esso.

Invero, all'esito della riforma del 2012, l'art. 549 c.p.c. prevedeva che, in caso di contestazioni sulla dichiarazione del terzo, il giudice dell'esecuzione dovesse risolvere le stesse con un'ordinanza, resa all'esito di un giudizio incidentale e sommario, produttiva di effetti solamente nell'ambito del procedimento esecutivo e impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617 c.p.c..

Ebbene, già con riguardo alla predetta formulazione della norma in esame erano stati espressi dubbi di legittimità costituzionale. In particolare, il passaggio dalla cognizione piena a quella sommaria aveva dato la stura alla proposizione di una questione di costituzionalità, nella quale il giudice rimettente, invocando gli artt. 2, 3, 24, 81 e 111 Cost., aveva sostenuto che l'accertamento sommario dinanzi allo stesso giudice dell'esecuzione avrebbe fatto venir meno diverse forme di tutela processuale del terzo pignorato, oltre che dello stesso creditore pignorante.

Nelle more della decisione della Corte Costituzionale, però, l'art. 549 c.p.c. ha subito un'ulteriore modifica per effetto del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132. 2015. In ragione di tale circostanza, la Consulta ha disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo*, per il riesame della rilevanza alla luce delle modifiche legislative nel frattempo apportate alla norma censurata.

Nella specie, il legislatore è nuovamente intervenuto sul contenuto dell'art. 549 c.p.c. stabilendo, in primo luogo, che il giudice può dare avvio al giudizio incidentale di accertamento dell'obbligo del terzo anche nell'ipotesi in cui, a seguito della mancata dichiarazione del terzo, non sia possibile identificare esattamente il credito o i beni del debitore in possesso del terzo; in secondo luogo, la novella ha specificato che, in ogni caso, il giudizio incidentale – che inizia comunque ad istanza di parte – ha ad oggetto l'obbligo del terzo e si svolge "nel contraddittorio tra le parti e con il terzo".

Ebbene, nonostante le modifiche apportate con la riforma del 2015, lo stesso giudice ha riproposto la questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta, evidenziando il contrasto dell'art. 549 c.p.c., anzitutto, con gli artt. 24 e 111 Cost., atteso che il procedimento di accertamento dell'obbligo del terzo, per come risultante all'esito degli interventi del legislatore, sarebbe totalmente rimesso alla elaborazione pretoria nei suoi aspetti fondamentali, con conseguente compromissione dei diritti di difesa dei singoli, i quali non sono posti in condizione di conoscere preventivamente, in modo sufficientemente certo, la normativa applicabile al processo che li riguarda, nonché in violazione del principio del contraddittorio, alla luce della mancata disciplina della partecipazione del terzo al procedimento.

La disposizione in esame, nella prospettiva del rimettente, contrasterebbe anche con l'art. 111, commi sesto e settimo, Cost., considerata la mancata previsione di una adeguata motivazione dell'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione è chiamato a provvedere nonché per l'omessa precisazione della natura e della ricorribilità per cassazione del provvedimento conclusivo del giudizio in esame. L'ordinanza di remissione, poi, ha invocato quali parametri anche l'art. 2 Cost., per violazione del diritto fondamentale della persona ad un giusto processo, e l'art. 3 Cost., per la ritenuta diversità di trattamento in favore dei creditori già muniti di titolo esecutivo contro il debitore principale, i quali potrebbero ottenere un ulteriore titolo esecutivo nei confronti del terzo, avvalendosi di una procedura estremamente accelerata e poco garantista. Da ultimo, il giudice *a quo* ha tacciato di incostituzionalità l'art. 549 c.p.c. anche rispetto all'art. 81 Cost., per aver introdotto una procedura sommaria, interna al procedimento esecutivo, nel contesto di una legge di bilancio e programmazione economica, cui è estranea la materia processuale.

A fronte delle esposte censure, la Corte Costituzionale ha ritenuto l'infondatezza delle stesse con riferimento a ciascuno dei parametri individuati.

In particolare, la Consulta ha affermato che la sostituzione, nell'ambito dell'art. 549 c.p.c., del procedimento a cognizione piena con uno strumento di accertamento più celere, caratterizzato da un'istruttoria deformalizzata, risponde ad una precisa scelta del legislatore, tesa anche ad assicurare il rispetto del principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. In questo senso, non può ritenersi che il procedimento incidentale di accertamento dell'obbligo del terzo sia in contrasto con il canone del giusto processo, considerato peraltro che il giudizio *de quo* si conclude con un'ordinanza che produce effetti ai soli fini del processo esecutivo in corso e non dà luogo alla formazione di un giudicato.

Con riferimento, poi, all'asserita violazione dei principi di difesa e contraddittorio di cui agli artt. 24 e 111 comma secondo Cost., la Corte ha ritenuto la conformità alla Carta costituzionale del procedimento di cui all'art. 549 c.p.c., atteso che esso, presupponendo l'impulso di parte, richiede l'introduzione con una specifica domanda nella quale devono essere enunciate le ragioni dell'istanza, così da garantire un adeguato diritto di difesa alla controparte. Per quanto attiene alla fase istruttoria, la deformalizzazione con modalità rimesse al giudice è uno strumento utilizzato dal legislatore in molti dei procedimenti a cognizione sommaria, e ciò sia nell'ambito dello stesso processo esecutivo (si veda l'art. 512 c.p.c.), sia al di fuori di esso (si veda il procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 702-*bis* c.p.c.). Peraltro, la Consulta ha osservato che la stessa disposizione censurata richiede che gli accertamenti istruttori necessari debbano essere comunque svolti "nel contraddittorio tra le parti e con il terzo".

Sotto il profilo della mancata espressa indicazione della motivazione dell'ordinanza conclusiva del giudizio di accertamento, il Giudice delle leggi ha richiamato la regola generale di cui all'art. 134 c.p.c., secondo la quale ogni ordinanza deve essere motivata, anche succintamente. La legge, poi, fornisce adeguati strumenti di impugnazione del provvedimento emesso all'esito del giudizio *de quo*, ossia il ricorso ex art. 617 c.p.c., proprio come già previsto per il procedimento di accertamento che segue alle controversie in fase distributiva (art. 512 c.p.c.). Si osserva, poi, che residua l'ulteriore strumento del ricorso straordinario per cassazione.

Alla luce della ritenuta conformità del procedimento in esame con i principi di giusto processo, difesa e contraddittorio, consegue l'insussistenza della violazione degli artt. 2 e 3 Cost., atteso che non può rinvenirsi alcun trattamento di ingiustificato favore nei confronti del creditore che proceda all'accertamento dell'obbligo del terzo con il procedimento in esame, il quale, anche se sommario

e deformatizzato, garantisce un sufficiente livello di tutela dei diritti delle altre parti coinvolte.

Con riguardo, infine, al dedotto contrasto tra l'art. 549 c.p.c. e l'art. 81 Cost., la Corte Costituzionale ha chiarito che la legge 132 del 2015, che ha apportato le modifiche sopra descritte alla norma censurata, nella parte in cui si occupa di tali aspetti è legge attinente alla materia processuale e all'amministrazione della giustizia, non già legge di stabilità.

**Cass. civ., 31.5.2019, n. 15082**

**Pres. Frasca – Est. Vincenti**

**OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE – FASE SOMMARIA INNANZI AL G.E.  
– LIQUIDAZIONE DELLE SPESE DI FASE - È NECESSARIA.**

*"Nella struttura delle opposizioni, ai sensi degli artt. 615, comma 2, 617 e 619 c.p.c., emergente dalla riforma di cui alla l. n. 52 del 2006, il giudice dell'esecuzione, con il provvedimento che chiude la fase sommaria davanti a sé - sia che rigetti, sia che accolga l'istanza di sospensione o la richiesta di adozione di provvedimenti indilazionabili, fissando il termine per l'introduzione del giudizio di merito, o, quando previsto, quello per la riassunzione davanti al giudice competente -, deve provvedere sulle spese della fase sommaria, potendosi, peraltro, ridiscutere tale statuizione nell'ambito del giudizio di merito."*

**Precedenti conformi:** Cass. 24.10.2011, n. 22033.

**ABSTRACT:** The judge must rule on the costs of the summary phase about remedy of art. 615 c.p.c.

### IL COMMENTO

**di Ilaria IPPOLITO<sup>1</sup>**

L'ordinanza che qui si commenta scaturisce dalla seguente vicenda giudiziaria. Con ricorso affidato a due motivi, un soggetto aveva impugnato la sentenza del Tribunale di Udine, che aveva rigettato l'opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza del G.E. di assegnazione di somme in favore del creditore del soggetto ricorrente, creditore che aveva provveduto a pignorare presso il datore di lavoro del ricorrente medesimo, l'indennità di fine rapporto a quest'ultimo spettante.

In particolare, tramite il primo motivo era denunciata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, la nullità della sentenza per mancanza assoluta di motivazione in violazione dell'art. 132 c.p.c., o, in subordine, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, omesso esame di fatto decisivo per il giudizio, avendo il Tribunale, in assenza di motivazione alcuna, confermato l'ordinanza del G.E. che

---

<sup>1</sup> Avvocato del foro di Napoli

aveva attribuito al creditore anche le non richieste somme concernenti il quinto dello stipendio.

Tale motivo, che si concentra essenzialmente (anche per la dedotta violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5) nella asserita mancanza di motivazione da parte del Tribunale, è stato considerato dalla Suprema Corte inammissibile, in quanto non coglie l'effettiva portata della *ratio decidendi* della sentenza impugnata, la quale ha evidenziato che l'ordinanza del G.E. era fondata sulla dichiarazione del terzo pignorato (a seguito di atto di precetto) della debenza, in favore del ricorrente, di somme unicamente a titolo di trattamento di fine rapporto, con esclusione di qualsiasi somma a titolo di retribuzione, essendo il rapporto lavorativo cessato nel 2015.

Con il secondo motivo è stata dedotta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, la nullità della sentenza per omessa pronuncia in violazione dell'art. 112 c.p.c., o, in subordine, per violazione degli artt. 91 e 618 c.p.c., per non aver il Tribunale revocato la condanna al pagamento delle spese processuali da parte del G.E. nella fase dinanzi al lui trattata, nonostante il motivo di censura al riguardo appositamente svolto con l'opposizione.";

Anche tale motivo è stato considerato dalla Corte di Cassazione manifestamente infondato alla luce del principio per cui, nella struttura delle opposizioni, ai sensi dell'art. 615 c.p.c., comma 2 e artt. 617 e 619 c.p.c., emergente dalla riforma di cui alla L. 24 febbraio 2006, n. 52, il giudice dell'esecuzione, con il provvedimento che chiude la fase sommaria davanti a sè - sia che rigetti, sia che accolga l'istanza di sospensione o la richiesta di adozione di provvedimenti indilazionabili, fissando il termine per l'introduzione del giudizio di merito, o, quando previsto, quello per la riassunzione davanti al giudice competente -, deve provvedere sulle spese della fase sommaria, potendosi, peraltro, ridiscutere tale statuizione nell'ambito del giudizio di merito (Cass. 24.10.2011, n. 22033).

Infine, la Suprema Corte ha evidenziato come non potesse trovare accoglimento l'istanza (avanzata con la memoria) di riunione del suddetto giudizio a quello proposto dal ricorrente avverso la sentenza emessa nel giudizio di revocazione in quanto la pendenza del ricorso per revocazione non costituisce motivo di improcedibilità del ricorso per cassazione, né, ove già iniziato, sospende il relativo giudizio, salvo che la sospensione venga disposta, su istanza del ricorrente, dal giudice a quo, ai sensi dell'art. 398 c.p.c., comma 4.

La pronuncia in parola si pone in linea con *il dictum* della stessa Corte di cui alla sentenza n. 22033/2011 alla stregua della quale "*La ragione per cui si deve affermare che il giudice che esaurisce la fase sommaria del procedimento di*

*opposizione agli atti esecutivi negando i provvedimenti cui allude l'art. 618 c.p.c., comma 2, deve provvedere sulle spese la si deve rinvenire non solo nell'applicazione ai sensi dell'art. 669 quaterdecies c.p.c., della norma dell'art. 669 septies c.p.c. (sul presupposto, pure corretto, che quei provvedimenti abbiano natura cautelare e che, quindi, pure la loro negazione sia espressione di una giurisdizione cautelare), ma anche nell'attitudine del provvedimento di definizione della fase sommaria ad acquisire il valore di provvedimento definitivo sul processo, qualora - in presenza di rituale rispetto delle forme da parte del giudice, con la concessione del termine - non venga introdotto nel termine concesso il giudizio di merito. A seguito della dovuta concessione del termine, infatti, il processo resta in uno stato di quiescenza provvisoria in attesa dell'attivazione di una delle parti per l'inizio del giudizio di merito, ma nel contempo il provvedimento, sia pure condizionatamente al mancato inizio nel termine perentorio, individua ex lege una possibile sorte del procedimento, cioè l'estinzione per l'inosservanza del termine perentorio per l'introduzione del detto giudizio. E, pertanto, in una forma procedimentale di questo tipo, nella quale l'esercizio dell'azione è regolato attraverso una fase sommaria che può mettere capo ad un provvedimento negativo di tutela provvisoria e ad una fase a cognizione piena eventuale ad iniziativa delle parti, è giustificato immaginare che il giudice, all'esito della fase sommaria conclusasi negativamente quanto alla fondatezza dell'azione, debba provvedere sulle spese per il caso che quella iniziativa non abbia luogo, cioè per il caso che il suo provvedimento assuma il valore di provvedimento di chiusura del processo. Ritenerne altrimenti imporrebbe anche alla parte che si sia vista dare ragione in fase sommaria di iniziare il giudizio di merito solo per ottenere il riconoscimento delle spese. Ciò che è contrario ad una disciplina ragionevole del diritto di agire e, in questo caso, di resistere in giudizio, nonché, olim al c.d. principio di economia processuale, oggi anche formalmente sul piano costituzionale (ma non lo era meno prima nella sostanza), al principio della ragionevole durata del processo".*



**Cass. civ., Sez. Un., 23 luglio 2019, n.19889**

**Pres. Mammone; Rel. De Stefano**

**ESECUZIONE FORZATA – OPPOSIZIONE A PRECETTO – ART. 615, I co. C.P.C RECLAMO EX ART. 669 TERDECIES C.P.C. – AMMISSIBILITA’.**

*Il provvedimento con il quale il giudice dell’opposizione all’esecuzione, proposta prima che questa sia iniziata ed ai sensi dell’art. 615 c.p.c., comma 1, decide sull’istanza di sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo è impugnabile col rimedio del reclamo ai sensi dell’art. 669 terdecies c.p.c., al Collegio del tribunale cui appartiene il giudice monocratico – o nel cui circondario ha sede il giudice di pace – che ha emesso il provvedimento.*

**Precedenti conformi:** Trib. Vallo Della Lucania 5 luglio 2017; Trib. Torino, sez. III, 31 agosto 2012; Trib. Catanzaro, sez. II, 17 maggio 2011; Trib. Nola, sez. I, 18 dicembre 2008; Trib. Genova, sez. fallimentare, 05 aprile 2007; Trib. Roma, sez. IV, 02 novembre 2006; Trib. Mondovì, 18 settembre 2006; Trib. Bologna, sez. II, 13 giugno 2006; Trib. Biella, 11 maggio 2006.

**Precedenti difformi:** Trib. Napoli, 9.1.2018

**ABSTRACT:** For the Supreme Court, according to this judgment, it is possible to propose a claim with reference to art. 669 terdecies, against the sentence of art. 615 of the Code of Civil Procedure. The current work analyzes, in detail, the reasons which underlie the admissibility of such claim.

## IL COMMENTO

**di Angel FUCCI<sup>2</sup>**

Il tema oggetto della pronuncia in rassegna è quello della reclamabilità dei provvedimenti sulla sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo, pronunciati dal giudice dell’opposizione a precetto.

La Suprema Corte a Sezioni Unite con la sentenza n. 19889 del 23 luglio 2019 – su richiesta del Procuratore Generale ai sensi dell’art. 363 c.p.c.- pone, infatti, fine alla ben nota *vexata quaestio* relativa alla possibilità di reclamare ex art. 669 *terdecies* c.p.c. il provvedimento che sospende l’efficacia esecutiva del titolo

---

<sup>2</sup> Avvocato del foro di Santa Maria Capua Vetere,

(o che rigetta la relativa istanza, come nel caso affrontato dalla Corte) reso dal giudice dell'opposizione all'esecuzione proposta prima che questa sia iniziata. In particolare, il Procuratore Generale, nel gennaio 2019, nell'interesse della legge, ha adito la Corte di Cassazione in relazione all'ordinanza del Tribunale di Latina emessa nel novembre 2018. Più dettagliatamente, il Tribunale di Latina, in composizione collegiale, con la richiamata ordinanza, ha dichiarato inammissibile il reclamo, proposto dal debitore precettato, avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo; istanza di sospensione che era stata, in precedenza, rigettata dal medesimo Tribunale di Latina, in composizione monocratica, nell'ambito di un giudizio di opposizione pre-esecutiva ex art. 615, comma 1, c.p.c., introdotta dal debitore precettato.

Ebbene, il Tribunale di Latina, con l'ordinanza di cui sopra, ha negato l'ammissibilità del reclamo *de quo* sulla base delle seguenti argomentazioni: *a)* in ossequio alla lettera dell'art. 624, comma 1, c.p.c., emerge che tale norma si riferirebbe soltanto all'opposizione all'esecuzione e non anche all'opposizione a precetto, non sussistendo, peraltro, secondo il predetto Tribunale, irragionevoli disparità di trattamento tra le due fattispecie e potendosi, dunque, assimilare la mancata previsione legislativa ad altre situazioni dell'ordinamento in cui è ugualmente escluso tale rimedio impugnatorio; *b)* la misura di cui all'art. 615, comma 1, c.p.c. ha natura non cautelare o, comunque, solo "latamente cautelare", di modo che ne consegue l'inapplicabilità, alla stessa, della disciplina sul "rito cautelare uniforme" (compreso l'art. 669-*terdecies* c.p.c.).

Ricorrendo tanto ad una interpretazione letterale quanto ad una interpretazione sistematica, le Sezioni Unite avallano la tesi della reclamabilità ex art. 669-*terdecies* c.p.c. (anche) del provvedimento di sospensione pre-esecutiva. Impostazione, questa, peraltro, fatta propria già da gran parte della giurisprudenza di merito e dalla Procura Generale con il predetto ricorso.

In particolare, la sentenza in commento si inserisce nel dibattito sull'effettiva portata dell'art. 624 c.p.c. e gli argomenti – alternativamente concorrenti – adottati a favore della reclamabilità del provvedimento assunto sulla istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, cui ha aderito la Suprema Corte, possono essere sinteticamente esposti come segue.

Va innanzitutto precisato, facendo leva sull'aspetto testuale, che, sebbene all'art. 624 c.p.c. vi siano soltanto riferimenti al giudice dell'esecuzione ("*Se è proposta opposizione all'esecuzione a norma degli articoli 615 e 619 c.p.c., il giudice dell'esecuzione, concorrendo gravi motivi, sospende, su istanza di parte, il*

*processo con cauzione o senza. 2. Contro l'ordinanza che provvede sull'istanza di sospensione è ammesso reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies*"), è stato espressamente espunto dalla disposizione *de qua*, a seguito dell'intervento riformatore (d.l. n. 35/2006, conv. con mod. in l. n. 80/2005, in vigore dal marzo 2006), il richiamo al solo secondo comma dell'art 615 c.p.c., *recte* alla sola opposizione all'esecuzione già iniziata; ne discende, pertanto, che la reclamabilità ex art. 669-terdecies c.p.c. prevista dal secondo comma dell'art. 624 c.p.c., così come novellato, deve potersi estendere anche all'ipotesi della sospensione pre-esecutiva, anch'essa disciplinata all'art. 615 c.p.c..

A conferma di questa prospettiva, manca anche una norma derogatoria che, *expressis verbis*, sancisca la non impugnabilità dell'ordinanza di sospensione di cui al primo comma dell'art. 615 c.p.c., come – ad esempio – accade nell'ambito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo a proposito dell'ordinanza sulla provvisoria esecutività del decreto stesso.

Del resto, diversamente opinando, si andrebbe a svuotare di significato la novella del primo comma dell'art. 624 c.p.c..

È di tutta evidenza che l'inammissibilità del reclamo del provvedimento in questione esporrebbe la suddetta norma a sospetti di asimmetria: tra l'opposizione pre-esecutiva e l'opposizione successiva intercorre, infatti, un rapporto di litispendenza, in quanto l'oggetto della opposizione all'esecuzione è identico e consiste nell'accertamento della esistenza/inesistenza del diritto del creditore a procedere ad esecuzione forzata (in tal senso, Corte di Cassazione Civile, Sezione VI, ord. 13 maggio 2019; Cass. sez. III 20 luglio 2010 nr 17037; Sez. 6 – 2, Ord. n. 25926 del 2018, sent. N. 755/2014; 19876/2013; 15727/2011).

Altrimenti detto, vi sarebbe "una lesione del diritto di difesa della parte interessata" ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost. (Trib. Torino, Sez. III del 31.08.2012).

Allo stato, dunque, è da ritenersi indiscusso l'assoggettamento di entrambi i provvedimenti al reclamo, attesa la chiara ed evidente volontà in tal senso dimostrata dal legislatore che – trasformando l'art. 624 c.p.c. da mera norma di settore a norma di portata generale applicabile a tutte le opposizioni all'esecuzione (preventive e successive che siano) – ha introdotto una disciplina unitaria della sospensione nel suo complesso (ivi compresa, quindi, la fase di impugnazione innanzi al Collegio).

Un secondo argomento, di carattere dogmatico, addotto a sostegno della reclamabilità del provvedimento di accoglimento o di rigetto dell'istanza di

sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo posto a fondamento del precetto, fa invece leva sul riconoscimento della natura cautelare ai provvedimenti di sospensione *de quibus e* sulla loro non assimilabilità alle misure inibitorie dei titoli giudiziali espressamente interpretate o definite dalla legge come non impugnabili (artt. 351, 373 e 649 c.p.c.).

Invero, la nuova formulazione dell'art. 615 c.p.c. e le modifiche apportate all'art. 624 c.p.c. hanno delineato un nuovo istituto cautelare, ricomprensivo, come poc'anzi precisato, non solo della sospensione del processo esecutivo ma anche della sospensione dell'esecutività del titolo.

Più specificatamente, a parere della Corte, trattasi di un provvedimento dalla natura propriamente cautelare, ancorché sui generis "*poiché connotato dalla peculiarità dell'azione di cognizione cui accede*". L'azione di cognizione cui accede tale sospensione, ossia l'opposizione ex art. 615, co. 1, c.p.c., non ha, infatti, ad oggetto l'impugnazione del titolo giudiziale, ma mira esclusivamente a contestare il diritto del creditore ad agire in via esecutiva, per come è concretamente indicato e intimato nel precetto.

Si discorre, nel caso di specie, di natura cautelare *sui generis*, proprio perché il provvedimento in oggetto è adottato in presenza di «gravi motivi» che, tuttavia, «*non coincidono sic et simpliciter con il periculum in mora e il fumus boni juris*», presupposto invece indefettibile per i provvedimenti cautelari propriamente detti.

Questo comporta, secondo la Corte di Cassazione, che non trovano applicazione tutte le norme sul rito cautelare uniforme; ad esempio, non trovano applicazione le norme sulla revoca/modifica dei provvedimenti cautelari e, inoltre, quella sulla competenza in materia cautelare.

Ciò in quanto, applicando l'art. 669-*quater* c.p.c., occorrerebbe concludere per la competenza del Tribunale anche per opposizioni pre-esecutive rimesse, in ragione del valore, alla competenza del G.d.P.; dal carattere solo *lato sensu* cautelare discende, invece, che sulla sospensiva si pronuncia il Giudice davanti al quale pende l'opposizione, mentre sul reclamo – alla luce della ritenuta applicabilità dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. – si pronuncia in ogni caso il Tribunale. Le Sezioni Unite sfiorano anche il tema dei rapporti tra potere di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo e potere di sospensione dell'esecuzione.

Tuttavia, si segnala su questo tema Cass. 17.10.2019, n. 26285, che sarà oggetto di un futuro commento su questa *Rivista*.