



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-67355-47-1



WWW.DEIUSTITIA.IT
Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 1 / Gennaio 2020 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – 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 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 necessità di riscrivere il codice dei contratti pubblici: i profili di criticità del settore degli appalti.
di Giulia Papa **Pag. 4**

Dalle gravi infrazioni ai gravi illeciti professionali: profili di incompatibilità della normativa nazionale con la normativa europea.
Commento a margine della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 19 giugno 2019, n. 41/18.
di Pasquale La Selva **Pag. 28**

Il piano di riequilibrio pluriennale negli enti locali alla luce del decreto crescita n. 34 del 2019.
di Carmela Incarnato **Pag. 50**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

Il diritto alla salute: ricostruzione e riflessioni sui profili civilistici della responsabilità medica e dell'onere probatorio.
di Vincenza Anastasia Mancino **Pag. 62**

Riflessioni sul diritto d'autore in rete.
Tra esigenze di tutela e rispetto dei principi fondamentali.
di Emilio Boccia **Pag. 79**

Dall'homo loquens all'homo smart: la contrattualistica del terzo millennio.
di Alessia Palladino **Pag. 90**

PARTE III – DIRITTO PENALE

La non punibilità del convivente more uxorio ai sensi dell'art. 384 c.p.: un antico dilemma approda al vaglio delle Sezioni Unite.
di Sisto Macchiarelli **Pag. 104**

Il Garante per la protezione dei dati personali censura l'ANBSC per la diffusione dati giudiziari dei condannati per reati di criminalità organizzata. Oblío o ostensibilità con diritto al dibattito pubblico?
di Luciano Persico **Pag. 116**

Tempo e processo nel procedimento penale: aspetti problematici.
di Giovanna Fortunato **Pag. 130**

PARTE IV – FOCUS PROCESSUALI

La risposta delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione alla possibilità per il P.M. di modificare l'imputazione nel giudizio abbreviato condizionato.
di Bernardo Diana

Pag. 150

Presupposti, limiti e rischi dei procedimenti cautelari. Note a margine di Trib. T. Annunziata, 4.5.19, est. Dr. Vernaglia.
di Gianluca Cascella

Pag. 157

PARTE VI – FOCUS ESECUZIONI

Coordinato dal dott. Alessandro Auletta

Commento a "Cass. civ., Sez. III, 17.10.2019, n. 26286"
di Flavia Bonelli

Pag. 177

Commento a "Cass. civ., Sez. III, 8.10.2019, n. 25042"
di Alessandra Migliorino

Pag. 182

Commento a "Cass. civ., Sez. III, 17.10.2019, n. 26285"
di Angela Fucci

Pag. 186

Commento a "Cass. civ., Sez. III, 13.11.2019, n. 29325"
di Fabio Iappelli

Pag. 191

PARTE V – FOCUS PROCEDURE CONCORSUALI

Coordinato dalla dott.ssa Giuliana Trotta

Commento a "Cass. civ., Sez. I, 24 febbraio 2020, n. 4795"
di Giulio Amodio

Pag. 195

Commento a "Cass. civ., Sez. I, 28 febbraio 2020, n.5618"
di Giuliana Santa Trotta

Pag. 199

Commento a "Cass. civ., Sez. I, 20 febbraio 2020 n. 4343"
di Claudia Agovino

Pag. 202

La necessità di riscrivere il codice dei contratti pubblici: i profili di criticità del settore degli appalti.

di Giulia PAPA*

SOMMARIO: **1.** Premessa: il problema di codificazione del settore degli appalti. **2.** Il quadro normativo antecedente. **3.** Il nuovo codice degli appalti. **4.** Il parere del Consiglio di Stato sullo schema del codice dei contratti pubblici. **5.** Il primo correttivo al codice degli appalti. **6.** L'innovazione tecnologica nel codice. **7.** La questione sulle linee guida dell'A.N.A.C. **8.** Considerazioni finali.

ABSTRACT: *The main purpose of this paper is to briefly expose the main problems of the current public procurement code, that led to the crisis in the sector. In fact, the events between the Legislator and the Government have produced a hasty code. In particular, the article puts its focus on the regulatory framework for public procurement that has grown considerably in the following years. In this regard, the discipline that applies is uncertain and unclear and the original purpose of simplification has not been achieved. Moreover, the guidelines distort the structure of the sources of law.*

1. Premessa: il problema di codificazione del settore degli appalti.

Il settore degli appalti e delle concessioni è un settore estremamente complesso e difficile da codificare. Il suo codice non è mai risultato esente da aspetti di criticità, ma bisogna ammettersi che non sia mai esistito un codice dei contratti soddisfacente, a causa della poca chiarezza e della sovrabbondanza delle norme. Da tempo sono richiamati i profili di criticità del codice, in quanto è ritenuto uno dei principali motivi del malfunzionamento del settore degli appalti, a causa della sua rigidità¹. Per tale ragione il codice dovrebbe essere riscritto al fine di risollevare il settore degli appalti e delle concessioni, bloccato per la poca linearità espositiva.

* *Dottoranda in giurisprudenza L.U.I.S.S.*

¹ A tal proposito C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2016, p. 2, sottolinea come tali profili di criticità traggano origine dalle scelte di fondo operate dal legislatore della delega. Nonostante la lunga gestazione e le buone intenzioni del legislatore, la legge delega presenta evidenti antinomie e incongruenze interne che si sono riverberate inevitabilmente sul testo del nuovo codice.

I codici degli appalti che si sono susseguiti fino ad oggi, hanno avuto durata media di circa dieci anni, poiché si attende l'emanazione delle direttive U.E. per indirizzare il lavoro del Parlamento o del Governo da questo delegato². L'attuale codice è troppo farraginoso e dovrebbe essere semplificato eliminando le norme superflue e riscrivendolo. Va osservato che il codice diffonde tra gli operatori del settore un clima di confusione e perplessità.

Nelle pagine che seguono saranno svolte alcune considerazioni sulla materia dei contratti pubblici, che non è mai stata trattata in modo lineare e ciò causa un rallentamento per gli interventi infrastrutturali. Il mercato del *public procurement* è uno dei principali strumenti per realizzare le finalità di crescita economica e di innovazione tecnologica. Di conseguenza, in materia di politiche degli Stati, le problematiche connesse alle leggi in materia di procedure ad evidenza pubbliche assumono un importante ruolo.

2. Il quadro normativo antecedente.

Prima di procedere con gli elementi distonanti del settore degli appalti, giova analizzare "gli antenati" del codice del 2016. Negli anni '90 il nostro sistema ha regolamentato le pubbliche commesse in maniera rigorosa, per restringere la discrezionalità delle stazioni appaltanti a causa della corruzione e della criminalità organizzata in ambito dei lavori e dei servizi pubblici³. Per tale ragione è stata adottata la legge Merloni⁴. Si tratta di una legge che è stata valutata farraginosa e macchinosa, di difficile interpretazione per gli operatori economici e le stazioni appaltanti, attenta a curare di più gli aspetti formali che il perseguimento dei fini sostanziali⁵. Tale formalismo determina ripercussioni sull'economia dello Stato.

² Si v. R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in www.federalismi.it, 5 ottobre 2016, p. 1, la quale paragona il codice ad un vestito bucato e rattoppato che deve essere buttato e comprato uno nuovo.

³ Così A. BARGONE, *La DEFINIZIONE delle regole nei processi di acquisto delle amministrazioni pubbliche*, Milano: Edizioni giuridiche, economiche, aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè, EGEA, 1999, pp. 19-22.

⁴ Si v. G. SANTILLI, *Dalla Merloni ad oggi: venti anni persi*, in *Il sole 24 ore*, 18 novembre 2015.

⁵ P. BONACCI, *Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1995, n. 1-3, p. 253-269.

La legge Merloni è stata sostituita dal codice dei contratti pubblici del 2006⁶, che inizialmente era accompagnato da un coro di consensi⁷. Nonostante quest'ultimo sia stato emanato sulla scorta di una legge delega a "maglie larghe"⁸, la normativa di settore è stata racchiusa in un unico testo di ben 257 articoli. Successivamente, il codice è stato modificato anche con norme contenute in altri atti normativi⁹.

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha pronunciato 74 decisioni in materia di appalti dal codice del 2006¹⁰ al fine di risolvere incertezze e contrasti applicativi, in quanto l'apparato normativo risultava, alla vigilia del nuovo codice, molto complesso¹¹. È stato deciso di procedere alla stesura di un nuovo codice, in base ai criteri di semplificazione e trasparenza.

Una novità al mercato delle pubbliche commesse è derivata dall'attuazione di tre nuove direttive U.E. sugli appalti e concessioni pubblici, che hanno abrogato e sostituito la previgente disciplina comunitaria del 2004¹². La normativa sovranazionale impone, alla luce dei rigorosi criteri di effettività ed in base al dovere di leale cooperazione degli Stati in attuazione del diritto dell'Unione Europea¹³, una specifica disciplina sostanziale delle commesse pubbliche¹⁴.

⁶ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo: 2017*, Giappichelli, Torino, 10 aprile 2017, p. 421. Sul punto anche R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁷ Analogamente C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in *www.federalismi.it*, gennaio 2019, pp. 1-2, il quale ritiene il codice del 2006 un monumento di civiltà giuridica.

⁸ La legge delega n. 62 del 2005 era limitata a quattro commi e quattro principi direttivi.

⁹ A. MASSARI, *Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici. Le novità del D.lgs. 18 aprile 2016, Edizione 50*, Maggioli Editore, Roma, p. 13 ricorda, oltre ai tre decreti legislativi correttivi, 52 atti normativi e sei regolamenti dell'Unione Europea.

¹⁰ I dati sono contenuti in R. DE NICTOLIS, *100 anni di Adunanze plenarie sui pubblici appalti (1919-2019) e verifica di perdurante attualità alla luce del codice dei contratti pubblici n. 50/2016*, in www.giustiziamministrativa.it, 2019, p. 1.

¹¹ Esso contava 630 articoli e 37 allegati. Inoltre, si aggiungevano: a) normative statali settoriali che danno luogo a "microsistemi": come gli appalti nel settore della difesa e sicurezza, d.lgs. n. 208 del 2011; appalti dei soggetti preposti ai servizi di informazione e sicurezza; regolamenti settoriali quali quelli per gli appalti della difesa e dei beni culturali; b) diverse fonti primarie; c) le leggi regionali in materia.

¹² F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *www.federalismi.it*, 3 giugno 2015, p. 3.

¹³ Si v. M. PANDOLFINO, *Il dialogo competitivo*, in F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, Padova, 2008, p. 579.

¹⁴ P. MALANETTO, *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, in www.giustiziamministrativa.it, 18 aprile 2018, p. 1.

A livello unionale, quando si disciplinano settori dinamici e che non possono essere sistematizzati in maniera definitiva, come quello degli appalti, è preferibile assicurare stabilità nel medio periodo a corpi normativi unitari, e non 'martoriare' i testi in vigore tramite interpolazioni continue, come succede nel nostro sistema. Queste ultime direttive hanno segnato il punto di arrivo del lungo processo di armonizzazione.

Contenutisticamente, novità importanti sono state registrate per quanto concerne la preparazione del contratto e la qualificazione delle imprese, in particolare in chiave di semplificazione: tramite, per esempio, la possibilità di verificare i requisiti una volta valutate le offerte oppure, ancora, tramite l'introduzione del documento unico europeo, che consiste in un'autodichiarazione aggiornata. Lo stesso vale per quanto concerne le procedure di scelta del contraente, in cui, purché sia salvaguardata la pubblicità, si coglie una nuova attitudine nei confronti delle negoziazioni; i criteri di aggiudicazione, dove si rimane ostili verso il prezzo più basso; l'esecuzione del contratto, nel cui ambito ci si occupa per la prima volta delle modifiche in corso d'opera¹⁵.

Le direttive, riconoscendo un ruolo centrale alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici, avrebbero potuto «imprimere alla disciplina degli appalti e delle concessioni una forgia di tipo sostanzialmente diverso»¹⁶ dal precedente contesto normativo italiano. Questa poteva essere un'importante occasione per recuperare il mercato dei contratti pubblici. Tuttavia, non è stato così.

Il legislatore interno non si è potuto sottrarre al vincolo imposto dalla normativa dell'Unione Europea e ha ottemperato sostituendo integralmente il *corpus* normativo nazionale su base pressoché decennale. La lunga e complessa legge delega del 2016 ha previsto, infatti, il «riordino» della disciplina vigente in materia di appalti, ma non si è posta il problema di consolidare o superare la disciplina vigente. In tale occasione, il Governo, nel recepire le direttive dell'Unione Europea, ha "accelerato" pur di rispettare il termine previsto, assorbendo il biennio assegnato per il recepimento delle direttive a causa delle vicende politiche cui è seguito il cambiamento del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

¹⁵ H. SIMONETTI, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici. La dialettica tra diritto euro-unitario e nazionale, linee generali e singole tipologie*, in www.giustiziaamministrativa.it, 17 aprile 2018, p. 17.

¹⁶ E. QUADRI, *Quale riorganizzazione per il codice degli appalti?*, in www.giustiziaamministrativa.it, 10 aprile 2019, p. 2.

L'*iter* di approvazione della delega obiettivamente è stato troppo lungo perché l'Esecutivo potesse rispettare correttamente le linee di politica normativa ed economica imposte dalle direttive ed operare la riforma di un settore di cruciale importanza in modo ponderato¹⁷.

L'intento di tale legge è di perseguire la semplificazione e la velocizzazione delle procedure, salvaguardando sempre valori fondamentali quali la trasparenza, la prevenzione della corruzione e dell'infiltrazione della criminalità organizzata già previsti dal codice del 2006.

La delega ha introdotto, rispetto alle direttive, «ulteriori strumenti e istituti inediti, che, se ben declinati, potrebbero portare effettiva trasparenza e efficienza in un mercato non immune da vischiosità burocratica e illegalità»¹⁸, ma ha dato luogo ad un testo piuttosto lungo¹⁹.

Complessivamente, la legge delega contiene oltre 70 principi di delega. La scelta del legislatore di dettare criteri così dettagliati ha, di fatto, vincolato l'Esecutivo nella stesura del testo finale.

Dal punto di vista formale, la delega ha richiesto l'adozione di un unico testo normativo e previsto un codice snello, dovendosi assicurare un riordino complessivo e una drastica riduzione e razionalizzazione delle disposizioni. Dal punto di vista sostanziale, la delega ha demandato al Governo di recepire le direttive rispettando il divieto del *gold plating*²⁰, e di recepire gli strumenti di regolamentazione flessibile introdotti dalle direttive. Tuttavia, la legge delega ha operato alcune eccezioni al divieto di *gold plating*, immettendo dei principi direttivi più incisivi²¹ che si muovono in una prospettiva di efficienza economica.

¹⁷ Come osserva R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti n. 5/2016*, p. 8: «la legge delega coglie il recepimento delle tre direttive come occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici in Italia».

¹⁸ Così D. GAROFALO, *Appalti e lavoro: Volume primo. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Torino, 23 gennaio 2018, p. 296.

¹⁹ Contiene delle regole più severe rispetto a quelle unionali, come la centralizzazione obbligatoria della committenza, la separazione tra progettazione ed esecuzione, il conto corrente dedicato, regole di rigore per gli appalti della protezione civile e per le concessioni autostradali, il dibattito pubblico sulle grandi opere.

²⁰ Di particolare attenzione è il «divieto di introduzione o di mantenimento di livello di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive». Sul punto: C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, ES, Napoli, 2015.

²¹ L. CAPALDO, L. PAOLUCCI, *Introduzione al nuovo codice degli appalti: Le nuove regole per l'affidamento delle concessioni e dei contratti pubblici*, Key Editore, Milano, 14 giugno 2016, p. 14. Inoltre, A. MASSARI, *Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici. Le novità del d.lgs. 18 aprile 2016*, Maggioli Editore, Roma, 2016, p. 10, coglie numerose novità di alcuni principi di delega: a) la riduzione del numero delle stazioni appaltanti e la loro qualificazione; b) l'albo dei commissari di gara esterni; c) la qualificazione degli operatori economici, affidata anche a criteri reputazionali

La delega ha considerato la spesa pubblica per i contratti anche come leva di politiche ambientali, sociali e del lavoro. Da qui vi sono stati altri principi sull'accesso alle gare delle micro, piccole e medie imprese, il dibattito pubblico sulla localizzazione dei grandi progetti, gli appalti riservati a categorie protette e l'obbligo di gare per lotti. Infatti, imponendo la gara suddivisa in lotti, cioè quando si riservano appalti a determinate categorie di operatori, non si hanno soltanto pesanti ricadute in termini di costi e di tempi di realizzazione delle gare, ma anche la diffusione di turbative e fenomeni corruttivi. Le gare per lotti hanno determinato fenomeni di bid rigging, che sono intese tra i concorrenti volte a una spartizione del mercato.

3. Il nuovo codice degli appalti.

Prima di affrontare la questione se oggi sia necessario riscrivere integralmente il codice degli appalti, occorre esaminare i difetti di esso e gli eventuali errori commessi dal legislatore o dal Governo. Il nuovo codice non si è limitato a trasporre le direttive europee, ma tocca anche aspetti non regolati dalle stesse e di cui offre soluzioni "endogene" quando non autarchiche, come in tema di responsabile unico del procedimento, commissioni giudicatrici e progettazione. Sin dal suo esordio, il nuovo codice è stato accolto da un coro unanime di voci di dissenso²².

A quasi quattro anni di vigenza del nuovo codice il settore delle pubbliche commesse non ha ancora ottenuto il rilancio sperato, tanto da far ventilare il

e premiali; d) la standardizzazione delle procedure, con bandi tipo e piena informatizzazione delle gare; e) la tendenziale separazione tra chi progetta e chi esegue i lavori; f) la qualità della progettazione e ulteriori misure per eradicare le "varianti disinvolve"; g) l'affidamento con gara delle concessioni scadute e gli obblighi di esternalizzazione per i concessionari; h) ulteriori regole sul contenzioso; i) il rafforzamento e la modernizzazione della vigilanza.

²² Giuseppe Conte, durante il discorso alla Camera in occasione del voto di fiducia del 6 giugno 2018, ha enunciato le principali criticità connesse al funzionamento del d.lgs. n. 50 del 2016: «In Italia gli appalti non partono: abbiamo un Codice dei contratti pubblici che da due anni in pratica non viene applicato. (...) In questo momento le PP.AA. non sono nelle condizioni di poter serenamente operare (...) da un lato schiacciate dalla prospettiva di una responsabilità erariale e dall'altro schiacciate dalla prospettiva di una responsabilità penale. Oggi come oggi chi sta fermo viene avvantaggiato (...) e si preferisce non avventurarsi nella gestione di procedure di gara che evidentemente espongono a rischi e ad insidie che non riescono ad essere gestite». Contrariamente, C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, gennaio 2019, ha evidenziato anche i punti di forza del nuovo testo: numerose disposizioni superano alcuni aspetti di criticità caratterizzanti la previgente normativa di settore, è raggiunto lo scopo di offrire agli operatori un testo unitario e di dimensioni inferiori al codice del 2006, la disciplina in tema di pianificazione, programmazione e progettazione degli interventi è più chiara e razionale, è superata la normativa speciale sulle 'grandi opere' che ha comportato la creazione di un 'sistema disciplinare parallelo'.

bisogno di modificare l'ordito normativo. Sono state proposte diverse indicazioni operative sulle modalità di riforma, ma una cosa è certa: bisogna eliminare l'eccesso di regolamentazione, in quanto porta incertezze nell'applicazione delle norme da parte delle pubbliche amministrazioni e degli operatori economici e allunga i tempi già di per sé non brevi di realizzazione delle opere pubbliche²³. Altro aspetto di criticità è il fallimento dello scopo di recare una complessiva opera di riordino del quadro normativo vigente in materia di appalti pubblici e contratti di concessione, per perseguire una razionalizzazione dell'insieme delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti ed assicurare un elevato livello di certezza del diritto e la semplificazione dei procedimenti. In altre parole, si è contestato il fatto che il nuovo codice non ha fatto ciò che deve fare un codice²⁴. In genere, i grandi codici di settore, quali il Codice civile o il Codice penale, mirano a fissare una disciplina onnicomprensiva ed esaustiva della materia e ad avere durata indeterminata.

L'idea diffusa di codificazione implica un compendio organizzato di disposizioni che debbono possedere una serie di basilari caratteristiche, risultando «semplici, chiare, poche, brevi e succinte» e stabili nel tempo²⁵. Irti ha individuato la *ratio* della codificazione giuridica nella necessità di «mettere ordine nelle cose, cogliere fili sottili di raccordo, raggruppare le leggi con criteri di stabilità e unità»²⁶.

Il codice intende seguire in maniera dinamica la procedura di affidamento, iniziando dall'ambito e dalle esclusioni, poi passando per la disciplina delle stazioni appaltanti, la tipologia di procedure, i bandi e inviti, la commissione di gara, la qualificazione dei concorrenti, i criteri di selezione delle offerte, l'aggiudicazione, il subappalto e la fase esecutiva. Tale sistematica fa sorgere vari dubbi sul piano della correttezza stilistica e della tecnica di redazione del codice e sul piano della corretta individuazione delle norme che si applicano al di fuori dell'archetipo dei settori ordinari.

Ci sono altre problematiche di chiarezza delle regole. Dal lato formale, nel codice degli appalti ci sono degli articoli con troppi commi e commi con troppi periodi, laddove la guida alla redazione dei testi normativi auspica che ogni articolo non

²³ In base al Rapporto sui tempi di attuazione e di spesa delle opere pubbliche del 2018: 4 anni per gli appalti minori; 7 anni per le opere di importo compreso tra i 500mila e i 50milioni di euro; 15 anni per gli appalti di valore più elevato. Senza interventi incisivi sulle procedure c'è il rischio che una quota significativa delle risorse disponibili non sia utilizzata.

²⁴ C. CONTESSA, *IDEM*, p. 5.

²⁵ Così G. TARELLO, *Codice – Teoria generale*, in: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1988, vol. VI.

²⁶ Il riferimento è a N. IRTI, *Legislazione e codificazione*, in: *Enciclopedia Scienze sociali Treccani*, 1966 (*ad vocem*).

superi i dieci commi²⁷. Infatti, ciò non agevola la lettura del testo, rendendo di difficile esegesi i rinvii interni. Ad esempio, non sono particolarmente chiari il procedimento di approvazione dei progetti di opere pubbliche a causa dei reciproci rinvii tra il codice e la l. n. 241 del 1990²⁸ e nemmeno le regole sull'impugnazione cumulativa in caso di gara per più di un lotto. Le nuove regole potrebbero vivere difficilmente, considerando che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è inflessibile sull'effettività della tutela, come dimostra la sentenza *Puligienica* in materia di ordine di esame di ricorso principale e incidentale²⁹. Dal punto di vista contenutistico, il codice ancora non si comprende e richiede ripetuti sforzi di esegesi l'ambito delle disposizioni applicabili ai settori speciali. Il nuovo codice non esaurisce tutta la materia dei contratti pubblici³⁰. Questi vuoti sono dovuti all'abrogazione delle vecchie regole e al rinvio a futuri atti attuativi, e non fanno credere che rispondano a una consapevole intenzione di semplificazione. Inoltre, considerando che il Parlamento si è recentemente auto-vincolato a non introdurre ulteriori livelli di regolazione e diversi rispetto a quelli di fonte unionale (il divieto di *gold plating* di cui si è parlato precedentemente), non è possibile stupirsi se nell'ambito del nuovo codice la disciplina riguardante la fase esecutiva dei contratti risulta lacunosa. Si tratta di una fase che precedentemente era regolata tendenzialmente in maniera compiuta, mentre adesso è racchiusa in circa 13 articoli. Nel complesso, il codice offre un quadro normativo parziale e molto sintetico dell'esecuzione dei contratti pubblici *tout court*.

Non sono considerate totalmente condivisibili le scelte del codice degli appalti sulla giustizia. Sono ampliate le eccezioni allo *standstill*, in modo tale da crearsi regimi processuali differenziati. È permessa l'esecuzione d'urgenza anche durante il termine di *standstill*, compromettendo la sua elusione. Inoltre, è stato imposto l'onere di impugnazione immediata delle altrui ammissioni e della propria esclusione, su cui alcuni interpreti hanno già espresso alcune riserve³¹.

²⁷ Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 2 maggio 2001.

²⁸ Il codice degli appalti rinvia per la conferenza di servizi indetta per l'approvazione del progetto di opera pubblica agli artt. 14-*bis* e ss. l. n. 241 del 1990. Ma di approvazione di progetto di opera pubblica si occupa l'art. 14, l. 241/1990, non richiamato dal codice, e però fonte successiva e prevalente essendo stato novellato con la l. n. 127 del 2016.

²⁹ C.G.U.E., Grande Camera, 5 aprile 2016 C-689/13.

³⁰ Mancano la programmazione dei contratti, il giovane professionista nella compagine dell'operatore economico, collaudo per servizi e forniture, forme di comunicazione degli atti di gara.

³¹ Sul nuovo rito v. G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustiziaamministrativa.it, 3 giugno 2016; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in www.giustiziaamministrativa.it, 26 giugno 2016;

Il nuovo codice si applica alle procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, salvo alcune eccezioni. La mancata previsione di una disciplina transitoria, insieme alle novità apportate dal codice, ha frenato le stazioni appaltanti nell'indizione di nuove procedure, prima di metabolizzare le innovazioni introdotte. Ciò si è tradotto, riferendosi al 2016, «in una diminuzione dei valori di mercato intorno all'8,1% rispetto ai dati degli anni precedenti»³².

Infine, si nota che due elementi innovativi, quali la riduzione e qualificazione delle stazioni appaltanti e il *rating* di impresa, non sono ancora resi operativi.

4. Il parere del Consiglio di Stato sullo schema del codice dei contratti pubblici.

Come è stato riportato nei paragrafi precedenti, il codice è stato elaborato in circa un mese, dato che i tempi stretti per recepire la delega «hanno dettato una tabella di marcia veloce al Governo e agli organi consultivi»³³. Il Consiglio di Stato ha reso il suo parere in venticinque giorni, durante i quali è stata istituita una Commissione speciale.

La redazione di un codice richiede, in genere, una durata alquanto lunga. I tempi stretti di elaborazione hanno determinato inevitabilmente alcune imprecisioni, che devono essere corretti per evitare dubbi di eccesso di delega³⁴.

Prima di tutto, il codice non ha preso né il nome della legge delega né quello suggerito dal Consiglio di Stato³⁵.

Passando alle questioni di carattere generale, si pone un problema relativo alla

M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 29 luglio 2016; C. CONTESSA, *Commento all'articolo 205*, in C. CONTESSA E G. CROCCO, *Codice degli appalti e delle concessioni – Il d.lgs. 50/2016 commentato articolo per articolo*, DeI, Roma, 2016.

³² I dati sono riportati da H. SIMONETTI, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici. La dialettica tra diritto euro-unitario e nazionale, linee generali e singole tipologie*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 17 aprile 2018, p. 20.

³³ Parere Consiglio di Stato, comm. speciale, 1° aprile 2016, n. 855.

³⁴ Dubbi di violazione della delega nascono in riferimento alla gara informale negli appalti sotto soglia con un numero minimo di tre concorrenti, in luogo del minimo di cinque fissato dalla delega, alla disciplina degli appalti della protezione civile e a quella del dibattito pubblico.

³⁵ Si legge nel parere: «il "nome di battesimo" dato al codice "codice degli appalti pubblici e delle concessioni", non appare esattamente corrispondente al contenuto dell'articolato, sotto un duplice profilo. Da un lato, l'aggettivo "pubblici" viene riferito solo agli appalti e non anche alle concessioni, laddove anche le concessioni sono pubbliche. Dall'altro lato, nel codice non sono disciplinati solo appalti e concessioni, ma anche altri tipi contrattuali. Anche se la nozione comunitaria di appalto è molto lata e ben più ampia della nozione italiana come desunta dal Codice civile, ciò nonostante nel codice in esame sono regolati tipi contrattuali che non vi rientrano. (...) Pertanto, il codice potrebbe più appropriatamente essere denominato o "codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture", ovvero, e preferibilmente, "codice dei contratti pubblici"».

collocazione del codice nella gerarchia delle fonti di produzione del diritto di rango sovranazionale e costituzionale e di quelle di rango primario: rispetto delle direttive unionali, rispetto della legge delega sotto il profilo della mancata o dell'inesatta attuazione, rispetto delle competenze legislative regionali.

La prima questione è il rapporto tra direttive, legge delega e codice, rispetto al divieto di *gold plating*, che deve essere osservato anche in sede di adozione degli atti attuativi del codice. I principi della delega non sono stati tutti recepiti compiutamente. Il Consiglio di Stato, nel parere elaborato sulla bozza iniziale del nuovo codice, evidenzia come alcune norme sembrassero «comportare un aumento della regolamentazione rispetto a quanto richiesto dalle direttive europee, in contrasto con il divieto del cd. *gold plating*». L'accusa di operare il *gold plating* rispetto al "minimo comunitario", non può essere condivisa: il T.F.U.E. permette di limitare la concorrenza a tutela di altri interessi essenziali dello Stato e la competitività non può contrastare i valori affermati dal testo costituzionale, come ad esempio l'uguaglianza sostanziale. Ciò non toglie che i procedimenti amministrativi debbano avere regole snelle e univoche.

Proseguendo, è stato osservato che il mancato oppure l'incompleto recepimento di alcune parti della legge delega³⁶ appartiene alla scelta politica del Governo, che non è sindacabile in sede di parere di legittimità; ma l'omessa attuazione della delega non può essere rimediata tramite i decreti correttivi.

Sul lato stilistico, si rileva non soltanto la disomogeneità quantitativa delle varie parti³⁷, ma anche la ripetizione delle rubriche di articoli differenti con lo stesso nome³⁸ e la dubbia scelta stilistica di collocare il contezioso tra le disposizioni finali e transitorie.

Il codice pone un problema di "lingua comune" che va distinto dal "linguaggio comune". Poiché le direttive sintetizzano terminologie e regimi giuridici nazionali differenziati, i prodotti sono istituti ibridi, «che subiscono un'ulteriore ibridazione quando si innestano nei preesistenti tessuti nazionali»³⁹. Al codice si è posta l'alternativa tra tradurre la terminologia europea in quella nazionale oppure

³⁶ Il riferimento sono i conti correnti dedicati, alle concessioni del servizio idrico, agli obblighi di esternalizzazione e avvio tempestivo delle nuove gare per le concessioni nuove.

³⁷ Quella sulle infrastrutture prioritarie consta di soli tre articoli, quella degli appalti ordinari e nei settori speciali di oltre cento.

³⁸ Il parere del Consiglio di Stato, in parte inascoltato, chiede che gli articoli avessero rubriche individualizzate, e che non corrispondessero ad altri articoli dello stesso codice, come: artt. 1 e 164 "oggetto e ambito di applicazione"; artt. 59 e 123 "scelta delle procedure"; artt. 75 e 131 "Inviti ai candidati"; artt. 105 e 174 "subappalto"; artt. 99 e 139 "relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti"; artt. 102 e 150 "collaudo".

³⁹ Così R. DE NICTOLIS, *EADEM*, p. 9.

mantenere la lingua originale. Questo ha scelto la seconda soluzione, in condivisione con il Consiglio di Stato, dato che l'integrazione europea passa anche per un linguaggio giuridico comune⁴⁰. Tuttavia, tale lingua comporta uno "sconvolgimento culturale" e questioni esegetiche non di lieve momento. Infatti, è necessario cogliere la natura giuridica celata dietro una determinata terminologia.

Si può ora affermare che il codice è sulla buona strada per raggiungere il fine di semplificare. Tuttavia, un codice non basta. Il codice "semplificherà" al verificarsi di alcune condizioni. La prima sono le correzioni necessarie. Il Consiglio di Stato evidenzia che i tempi ristretti comporterebbero inevitabili errori e refusi e, quindi, auspica tre strumenti: *errata corrige* e/o avviso di rettifica; un primo correttivo in tempi brevi; un secondo correttivo a seguito di verifica di impatto. È già stato emesso un avviso di rettifica, con 185 correzioni, muovendosi nei limiti dell'errore materiale.

Un correttivo sarebbe inevitabile, in quanto sussistono questioni che potrebbero far sorgere incertezza e contenzioso⁴¹. Per un correttivo in senso lato sono necessari almeno due anni di applicazione e andrebbe a tal fine modificata la delega, in quanto dà soltanto un anno di tempo. La seconda condizione è la fase di successiva implementazione, che ha "rilevanza cruciale"⁴².

Successivamente, il parere ha analizzato le linee guida dell'A.N.A.C.. È necessario evitare che le linee guida, rispetto al vecchio regolamento, abbiano di diverso soltanto il nome. Anche per questo motivo il Consiglio di Stato chiede che questi atti siano corredati da analisi e verifica di impatto della regolamentazione: e non ne è l'equivalente solo l'audizione degli *stakeholders*.

⁴⁰ «I vantaggi di questa tecnica sono: la riduzione del rischio di una trasposizione infedele delle direttive e dei conseguenti contrasti esegetici (favorendo altresì il formarsi di una interpretazione uniforme a cura dei giudici nazionali e del giudice europeo), dall'altro il rafforzamento del processo di integrazione europea».

⁴¹ La semplificazione appartiene a istituti che sono: qualificazione delle stazioni appaltanti; albo dei commissari di gara; qualificazione e criteri reputazionali degli operatori; piena informatizzazione delle procedure; bandi tipo.

⁴² «La rilevanza cruciale della 'fase attuativa' di qualsiasi processo di cambiamento ordinamentale (a maggior ragione se esso è rilevante quale quello in oggetto) è spesso ingiustamente e ingiustificatamente sottovalutata». Una riforma è tale soltanto se raggiunge un'effettiva attuazione in grado di migliorare il rapporto di cittadini e imprese con il pubblico potere, semplificare l'esercizio delle attività private e modificare favorevolmente l'economia e la qualità della vita. L'esperienza internazionale, in particolare in sede O.C.S.E., insegna che il successo o il fallimento di una riforma è legata alla sua attuazione successiva, attraverso le norme secondarie, la regolazione e i provvedimenti applicativi delle amministrazioni pubbliche. Questa attività deve essere il principale oggetto della fase di monitoraggio e di valutazione *ex post* dell'impatto della riforma.

Il Consiglio di Stato, infine, ha espresso l'auspicio che il Governo possa sensibilizzare il Parlamento in ordine a un incremento fino due anni del termine per adottare altri decreti correttivi. Infatti, vi è la consapevolezza che la fissazione di un termine breve al fine di adottare i decreti correttivi se persegue l'intento di responsabilizzare il Governo e il Parlamento a sistematizzare compiutamente e in tempi ragionevoli la materia disciplinata. Sotto un altro aspetto non fa venire meno i bisogni di modifica che residuano anche dopo il più attento e meditato intervento di riforma.

5. Il primo correttivo al codice degli appalti.

Il nuovo decreto correttivo dà contenuti più ampi e articolati al codice dei contratti pubblici e merita di essere analizzato con l'attenzione propria degli interventi di grande impatto sistematico. Per circa un anno dall'entrata in vigore, il nuovo codice è stato 'senza nome', a differenza di quelli vecchi. La sua rubricazione ha avuto una storia tortuosa: la legge delega aveva previsto che esso fosse rubricato "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione". Alla fine, ha ricevuto un nome più lungo di quanto fosse necessario⁴³.

Grazie all'emanazione del decreto correttivo del 2017 il testo, conformemente alle dritte del Consiglio di Stato, è stato rubricato 'Codice dei contratti pubblici'. A partire da quel momento la titolazione non è mai stata più cambiata.

Il decreto del 2017 apporta varie modifiche al nuovo codice⁴⁴, sopprimendo la disposizione che riguarda le raccomandazioni vincolanti dell'A.N.A.C. e, al suo posto, istituendo un modello di legittimazione processuale speciale in capo all'Autorità di settore per i 'contratti di rilevante impatto e di gravi violazioni' del codice.

Oltre a tale primo (e unico) correttivo, le modifiche apportate al Codice sono limitate. Ciò dimostra, in particolare, una tendenza alla stabilità e alla certezza normativa, punto stabile per far sì che il mercato dei contratti pubblici possa subire un rilancio. Tale correttivo dà agli operatori del settore un testo più lineare rispetto al codice.

Con il decreto correttivo del 2017 sono consentite "integrazioni e correzioni", a seguito di un periodo di "sperimentazione applicativa". Tuttavia, lo strumento

⁴³ "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

⁴⁴ Così C. CONTESSA, *Il primo (e unico) correttivo al 'Codice dei contratti' Un passo avanti verso la semplificazione del sistema?*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 24 maggio 2017, p. 2.

del correttivo non può modificare le scelte principali operate in sede di primo esercizio della delega, attuando una scelta di intervento diversa da quella del decreto che deve essere corretto.

Il Consiglio di Stato ha analizzato il decreto correttivo in modo approfondito con il parere del 30 marzo 2017, che chiarisce quali siano i contenuti 'in negativo' che un decreto correttivo non possa contenere. Il parere sullo schema di decreto correttivo al codice dei contratti pubblici ritiene che i correttivi al codice perseguano un effetto utile nel caso in cui intervengano dopo un congruo periodo di applicazione pratica, che è necessario per la compiuta verifica di impatto della regolamentazione. Nell'ipotesi di codici settoriali, specialmente se, come nel caso in oggetto, ci siano molti regimi transitori, un periodo ragionevole di osservazione, come detto nel precedente paragrafo, è di due anni. Lo scopo del correttivo rischia di essere vanificato qualora dovesse essere previsto un breve periodo. Pertanto, il Consiglio di Stato ha richiesto un incremento fino a due anni del termine per adottare altri correttivi.

Trattando dei contenuti di un decreto correttivo, il Consiglio di Stato, in primo luogo, ha chiarito che questo non possa costituire l'occasione per esercitare in modo tardivo parti della delega che non sono state esercitate 'in prima battuta' e quindi per ovviare all'incompletezza del testo di base che prevedeva l'adozione di una disciplina specifica per le concessioni nel settore idrico e che non rinviene una puntuale traduzione nel testo del codice: la lacuna in questione non poteva essere emendata con il nuovo testo il quale non vi ha provveduto.

In secondo luogo, lo strumento del decreto correttivo non può permettere una rieditazione degli orientamenti di massima che hanno ispirato la stesura del testo iniziale, ma deve limitarsi a svolgere una funzione completiva e integrativa delle scelte normative contenute nel testo oggetto di modifica.

Per quanto riguarda invece i contenuti positivi di un decreto correttivo, il Consiglio di Stato dice che può intervenire per assicurare la qualità formale del testo, «con l'eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, [apportando], previa verifica di impatto, le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda opportune».

È evidente che questi interventi siano propri dell'avviso di rettifica, ma anche che l'approvazione del decreto correttivo rappresenti un'importante occasione per procedere a una 'bonifica' dell'articolato, rappresentando un veicolo utile per questo scopo.

6. L'innovazione tecnologica nel codice.

Il codice degli appalti è caratterizzato da una crescita ipertrofica dell'inflazione normativa. Una buona normativa, efficace ma non inutilmente intrusiva è un fattore decisivo per il settore dei contratti pubblici. Infatti, l'inflazione normativa alimenta la corruzione, determina ingiustizie e ingessa le attività economiche⁴⁵. Troppe norme, oppure norme confuse e contraddittorie equivalgono, non di rado, a nessuna norma e "la giungla legislativa produce quasi sempre l'incertezza del diritto, anticamera dell'illegalità"⁴⁶.

Naturalmente la complessità del fenomeno non va sottovalutata ed è correlato al problema della "crisi della legge" nelle democrazie contemporanee, originato da molteplici cause. Alcune tra esse sono generate dall'innovazione tecnologica. L'Italia si sta muovendo verso l'ingegnerizzazione delle procedure ad evidenza pubblica e dei contratti pubblici e lo strumento del B.I.M. riveste rilevanza cruciale. La [direttiva](#) 2014/24/EU introduce il *Building Information Modeling*⁴⁷ come processo standard nella progettazione e realizzazione delle opere pubbliche. Il sistema B.I.M. è favorito al fine di accrescere l'efficacia e la trasparenza delle procedure di *Procurement*. Tramite tale strumento si realizza una collaborazione tra i vari soggetti coinvolti nella progettazione edilizia, considerando la necessità di dati delle infrastrutture, critici, aperti e riutilizzabili. Nella direttiva non è esplicitamente richiamato l'uso di particolari *software*, ma la creazione di metodologie di gestione e verifica dei dati che costituiscono il processo edilizio.

Il codice degli appalti e il c.d. decreto B.I.M. hanno definito le modalità e i tempi di **progressiva introduzione del B.I.M. negli appalti pubblici**. Il B.I.M. si sta diffondendo, ma ancora in maniera **spontanea, graduale e sporadica**, mancando ancora una metodologia uniforme e di ampie vedute. Tale situazione potrebbe essere dovuta al fatto che il mercato della **progettazione è molto parcellizzato** e, di conseguenza, il primo attore del processo, qualora non fosse "costretto dalla legge", ha difficoltà ad investire maggior tempo e lavoro in una

⁴⁵ Sul punto, F. BASSANINI, *Deregolazione, miglior regolazione e competitività del Paese*, in *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla qualità della regolazione e la semplificazione burocratica*, a cura di A. NATALINI e G. TIBERI, Il Mulino, Bologna 2010.

⁴⁶ F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere*, in *ASTRID RASSEGNA* anno 1, n. 11 del 28 giugno 2005, p. 6

⁴⁷ Consiste in una metodologia di progettazione usata in ambito delle costruzioni basata sull'integrazione dei vari elementi progettuali che permette di realizzare digitalmente accurati modelli virtuali dell'opera da costruire che hanno con alta precisione la geometria e gli ulteriori dati necessari per la progettazione, la scelta del contraente, la costruzione e la gestione del ciclo della vita dell'opera.

progettazione che porta vantaggi a coloro che se ne occuperanno delle fasi successive.

Il B.I.M. è in grado di ottenere un miglior livello di progettazione a costi e tempi di realizzazione inferiori, consentendo un'analisi e un controllo più analitici ed efficienti. Tramite il B.I.M. è possibile realizzare simulazioni e manipolazioni di modelli basati sulla realtà per gestire l'ambiente di costruzione secondo un processo decisionale ripetibile e verificabile, riducendo i rischi e migliorando la qualità delle azioni e dei prodotti a livello industriale⁴⁸. Un'ulteriore spinta all'adozione è attesa dalla previsione per il 2025 dell'obbligo di progettazione in modalità B.I.M. per tutte le opere pubbliche.

Un impegno nella definizione degli standard ed un'azione governativa molto incisiva nell'applicazione "di tempi reali di adozione da parte della Pubblica Amministrazione della normativa vigente, una robusta disseminazione della cultura B.I.M. che metta in risalto i vantaggi nel disporre di un ambiente numerico e sulle proprie modalità di applicazione, una chiara normativa relativa alle qualifiche professionali con una cultura della gestione e conservazione a norma dei modelli digitali, **permetterebbe all'Italia di ottenere in maniera rapida una posizione di primo piano nell'adozione del B.I.M.**"⁴⁹.

7. La questione sulle linee guida dell'A.N.A.C.

Alla crescita della complessità normativa del nuovo codice contribuiscono il policentrismo normativo derivante dal crescente ricorso ad autorità di regolazione indipendenti⁵⁰. La disciplina di dettaglio o di semplice chiarimento è affidata a strumenti attuativi diversi dal regolamento. È assegnato all'A.N.A.C., tramite lo strumento delle linee guida, poiché più agile del tradizionale regolamento, un compito essenziale nella definizione della disciplina delle fonti normative secondarie⁵¹. La scelta di sostituire il pregresso modello

⁴⁸ Su questi temi cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, 184 e ss.; EASTMAN, TEICHOLZ, SACKS, LISTON, edizione italiana a cura di G. DI GIUDA e V. VILLA, *Il BIM. Guida completa al building information modeling*, Milano, 2016.

⁴⁹ D. CAMERINI, *Building Information Modeling (BIM): cos'è, stato di adozione in Italia e nel mondo*, in www.agendadigitale.eu, 16 ottobre 2019.

⁵⁰ G. TIBERI, S. NINATTI, *Lingua, normazione, inclusione sociale: quanto "accessibile" è la lingua del legislatore?*, in *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di P. BONETTI, Giappichelli, Torino, 7 dicembre 2016, p. 38

⁵¹ Così M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in www.federalismi.it, 6 febbraio 2019, p. 4.

regolamentare con un sistema attuativo più veloce è una novità, ma non fornisce agli operatori del settore elementi di chiarificazione.

L'A.N.A.C., oltre i vari poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, ha quello di adottare gli atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante, comunque impugnabili innanzi agli organi di giustizia amministrativa.

La regolazione sub-primaria è demandata in maniera esclusiva a linee guida di carattere generale proposte dall'A.N.A.C. e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Tuttavia, non è chiarito in modo adeguato se il modello delle linee guida M.I.T./A.N.A.C. sia un modello tassativo di regolazione sub-primaria, un modello prevalente oppure un modello soltanto tendenziale. La legge di delega sembra deporre nel primo senso, ma l'analisi del nuovo codice sembra andare in un'altra direzione.

Analizzando il decreto delegato emerge che gli estensori non si siano ispirati al modello unico delle linee guida M.I.T./A.N.A.C., e che il nuovo codice riconosca una varietà di atti attuativi, caratterizzati da forma, contenuto e modalità di adozione totalmente diversi⁵². Ciò rappresenta un *vulnus* rispetto ai principi di semplificazione e razionalizzazione che hanno ispirato la legge delega.

Il nuovo codice contempla quattro diversi modelli di atti attuativi⁵³ rendendo difficile per l'interprete stabilire in quali ipotesi le linee guida siano idonee a

⁵² Il nuovo codice prevede, inoltre, l'emanazione di: a) decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, previo parere del CIPE e sentita la Conferenza unificata (art. 21, comma 8); b) decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti (art. 22, comma 2); c) di decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo (art. 23, comma 3); d) di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (articolo 25, comma 13); e) di decreti del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, da adottarsi sentita una rappresentanza dei dipartimenti archeologici universitari (art. 25, comma 2).

⁵³ La distinzione è esposta da R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 29 dicembre 2016, p. 4: a) atti approvati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'A.N.A.C., previo parere dato dalle competenti commissioni parlamentari; b) atti vincolanti *erga omnes* adottati dall'A.N.A.C., e in particolare le linee guida; c) atti non vincolanti adottati dall'A.N.A.C.; d) le linee guida dell'A.N.A.C., in materia di qualificazione, adottate a seguito di un preventivo parere delle commissioni parlamentari.

recare prescrizioni di carattere vincolante per gli operatori. Si pone, dunque, la questione della natura giuridica dei provvedimenti ministeriali e dell'A.N.A.C., e, soprattutto, della loro collocazione nel sistema delle fonti del diritto. La costrizione di affidare a un atto atipico, adottato da un'autorità diversa dall'Esecutivo, l'introduzione di norme sub-legislative, comporta uno sconvolgimento dell'assetto ordinamentale delle fonti di diritto e impedisce un coerente e razionale inquadramento di esse all'interno del sistema. Le linee guida sono state previste come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari⁵⁴.

Sul piano procedimentale, la delega non riporta alcuna disciplina, né opera un rinvio ad atti-fonte del Ministero o dell'A.N.A.C. stessa. Le linee guida di carattere vincolante integrano l'ordinamento giuridico con prescrizioni di carattere generale e astratto. Questi atti sono qualificati come 'regolamenti ministeriali', con le implicazioni di rispetto delle garanzie procedurali previste.

Sul piano sostanziale, le linee guida dell'A.N.A.C. non vincolanti sono inquadrabili come ordinari atti amministrativi, mentre le linee guida a carattere "vincolante" ed *erga omnes* e gli altri atti innominati con il medesimo carattere e riconducibili all'espressione "altri atti di regolamentazione flessibile" sono riconducibili al modello degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, che non sono regolamenti *stricto sensu* ma atti amministrativi generali e 'di regolazione'. Questa assimilazione permette di assicurare anche per tali provvedimenti dell'A.N.A.C.: il dovere di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di 'consultazione'⁵⁵; la necessità di dotarsi di strumenti come l'analisi di impatto della regolazione e la verifica *ex post* dell'impatto della regolazione, per i quali occorrerà sviluppare modelli *ad hoc* per l'A.N.A.C., sulla scorta di quanto già fanno le Autorità di regolazione; l'esigenza di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione per mezzo della concentrazione in "testi unici integrati" di quelle sulla stessa materia⁵⁶.

Un ulteriore motivo di criticità riguarda la conoscibilità e la reperibilità delle nuove linee guida, mentre il regolamento consentiva di reperire tutte le

⁵⁴ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustiziaamministrativa.it, 28 aprile 2016, p. 10.

⁵⁵ Costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio.

⁵⁶ Tale strumento appare significativamente necessario per il settore degli appalti allo scopo di evitare il rischio di proliferazione delle fonti che si volevano ridurre e di perdita di sistematicità ed organicità dell'ordinamento di settore, violando in sede attuativa il vincolo a una "drastica riduzione" dello *stock* normativo imposto dalla delega.

disposizioni di interesse emanate *uno actu*. Il nuovo modello di regolazione sub-primaria sarà costellato di disposizioni di varia natura e contenuto, emanate in momenti differenti e pubblicate con modalità diverse. Così facendo, il fine di una regolamentazione sintetica, unitaria e conoscibile rischia di perdersi. Laddove non sia definito l'ambito di ogni atto attuativo, si determina il rischio di sovrapposizioni.

Il Governo ha imposto all'A.N.A.C. di pubblicare gli strumenti di regolazione flessibile di sua competenza con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento. Inoltre, al Governo è affidato il compito di curare la fase di attuazione del codice coordinando l'adozione di decreti e linee guida, della loro raccolta in testi unici organici e omogenei, per assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca.

Il tema esaminato rappresenta uno di quelli sui quali si misurerà la capacità concreta del nuovo codice di perseguire in modo effettivo i fini di semplificazione e razionalizzazione del sistema. Ciò si realizzerà soltanto se la fase di adozione degli atti attuativi avverrà in modo tempestivo, ordinato e coordinato, sottoposto a canoni di *better regulation*.

Il 'mito' della *soft regulation* è complicato da conciliare con il settore degli appalti e delle concessioni poiché non gli fornisce un adeguato livello di certezza del diritto e di sicurezza negli scambi⁵⁷.

L'eccesso di flessibilità dello strumento e l'istituzione di un livello di regolazione che unisca la certezza delle fonti del diritto e l'elasticità degli schemi basati sulla *moral suasion* induce il sistema a ulteriori elementi di incertezza.

In alcune ipotesi le linee guida dell'A.N.A.C. sono state modificate varie volte⁵⁸, ponendo problematiche nella ricostruzione del regime giuridico applicabile simili a quelle poste dai tipici regolamenti. A questo punto, sarebbe auspicabile la reintroduzione del regolamento unico che aveva dato buona prova di sé nella vigenza della legge Merloni e del codice del 2006. Le linee guida non andrebbero perse, ma si potrebbero trasformare in proposizioni normative di carattere precettivo.

⁵⁷ Per esempio, se in una gara con importo a base d'asta pari a svariati milioni di euro si discute se un requisito di partecipazione possa valere anche come criterio di valutazione, la risposta deve essere affidata a una prescrizione chiara e univoca e non a uno strumento di regolazione flessibile. La flessibilità non può essere ammessa quando l'alternativa secca è fra una risposta affermativa e una negativa.

⁵⁸ Le linee guida del 26 ottobre 2016 n. 4 sugli affidamenti sottosoglia che sono già state modificate la prima volta nel marzo del 2018 e che risultano sottoposte a un secondo procedimento di modifica.

8. Considerazioni finali.

Il codice degli appalti non è un prodotto perfetto ed è necessario sostituirlo con uno radicalmente nuovo. Si tratta di un testo ambizioso e complesso, nel cui ambito non è agevole individuare precise ed univoche linee di indirizzo.

Sono varie le anomalie che riguardano il settore dei contratti pubblici: sovrabbondanza di norme, soggetti che fanno norme, stazioni appaltanti e operatori economici, eccesso di deroghe, tante giurisdizioni che si occupano di appalti e troppo contenzioso. Da come si evince nelle pagine precedenti, il codice degli appalti dovrebbe essere "messo a dieta" e, in particolare, i giuristi denunciano i vorticosi mutamenti delle regole come fattore di scarsa trasparenza, aumento di costi, rallentamento dell'economia, ed è per tale ragione che si è parlato di «selva oscura dei centomila codici»⁵⁹.

L'Associazione dei costruttori edili e quella dei Comuni italiani hanno elaborato nel luglio 2018 un documento in cui hanno presentato alcune proposte di revisione del codice, come il ritorno a un'unica fonte regolamentare⁶⁰, la qualificazione di diritto delle Città Metropolitane e delle Province come stazioni appaltanti e l'innalzamento dell'importo dei lavori aggiudicabili con il criterio del prezzo più basso⁶¹.

Il correttivo al codice poteva seguire due rami: o modificarne totalmente il testo con una nuova legge di delega, l'eliminazione integrale delle linee guida dell'A.N.A.C. e degli altri strumenti applicativi e il ripristino di un regolamento unico di attuazione, oppure apportare modifiche urgenti delle disposizioni più critiche e, in un secondo momento, e se non fosse stato sufficiente, si sarebbe effettuata una rivisitazione maggiore di tutto il codice. Sarebbe stato necessario un intervento di *drafting* normativo, che restituisse alle disposizioni più organicità e chiarezza lessicale. La scelta del primo caso poteva significare tornare al punto di partenza e per tale motivo più prudente risultava la seconda soluzione.

Nel frattempo, però, il sopraggiungimento della lettera del gennaio 2019 ha indotto il Governo a correre ai ripari. Essa riguarda la costituzione in mora del Governo italiano dalla Commissione europea per la mancata conformità alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici di diversi articoli del codice degli

⁵⁹ M. AINIS, *La selva oscura dei 100mila codici*, in *La Repubblica*, 24 agosto 2016.

⁶⁰ N. SAITTA, *Il senso di una codificazione*, in F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici: Commentario sistematico*, Cedam, Milano, 26 aprile 2016.

⁶¹ cfr. rapporto sulla politica di bilancio 2019 dell'UPB gennaio 2019, in *www.upbilancio.it*.

appalti⁶². La Commissione ha deciso di aprire formalmente una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, ritenendo che la nostra legislazione in materia di appalti non sia conforme alla normativa dell'U.E.. Questa è l'ennesima conferma di ciò che è denunciato da anni, cioè l'incapacità del codice degli appalti di riportare il settore dei lavori pubblici in Europa con regole semplici, chiare e trasparenti⁶³.

Il legislatore ha scelto di proporre al Parlamento un disegno di legge di delega⁶⁴, in cui fossero definiti i criteri direttivi della nuova riforma sugli appalti pubblici. L'art. 1, comma 1, registra l'incertezza delle modalità operative di essa, recitando: «Nell'esercizio della delega (...), il Governo provvede al riassetto della materia dei contratti pubblici (...) anche al fine di coordinare le predette norme con la legge 7 agosto 1990, n. 241 e con il codice civile, adottando un nuovo codice dei contratti pubblici in sostituzione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208, ovvero modificandoli per quanto necessario».

Consapevole della lunghezza del percorso, il Governo ha pensato, intanto, di adottare un ulteriore decreto-legge, recante "disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici e misure per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali", che facesse delle modifiche più urgenti, noto anche come decreto sblocca cantieri.

L'intento del Governo è di apportare delle modifiche urgenti al codice degli appalti 'bypassando' l'iter avviato con la presentazione del disegno di legge delega. Intervenire in tale materia con dei decreti-legge, spesso modificati dalla legge di conversione, rischia di essere pericoloso, perché aggiunge ulteriore incertezza ad una situazione di per sé precaria. Tuttavia, il progetto del Governo

⁶² Sono stati oggetto della costituzione in mora, in particolare: 1) l'art. 105, commi 2 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui fissa un limite obbligatorio all'importo del contratto di lavori, servizi e forniture che l'appaltatore può affidare a terzi, corrispondente al 30 % dell'importo complessivo del contratto; 2) l'art. 105, comma 6, del d.lgs. 50 del 2016, nella parte in cui impone l'obbligo di indicazione in sede di offerta della terna dei subappaltatori anche quando non intendono far ricorso ad alcun subappaltatore o anche quando ne occorrono meno; 3) l'art. 105, comma 19, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui impone il divieto generale per i subappaltatori di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori; 7) l'art. 89, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui impone il divieto per il soggetto delle cui capacità l'operatore intende avvalersi di affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto;

⁶³ G. BULA, *Riscrivere il Codice degli Appalti, ecco le priorità per uscire dallo stallo*, in www.agendadigitale.eu, 18 febbraio 2019.

⁶⁴ "Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici".

sembrerebbe di sollecitare l'inizio dei lavori per un nuovo codice degli appalti e la redazione di un regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione.

In questo modo, si potrebbe incidere il settore del *public procurement* senza pensare in modo sufficiente ai correttivi che bisogna introdurre, con il rischio che i medesimi debbano essere nuovamente modificati. Questo caso è foriero di gravi problemi per la stabilità del settore di mercato, che ha bisogno di punti solidi, in modo particolare nella disciplina in vigore, e di disposizioni normative la cui interpretazione sia consolidata, per permettere il regolare svolgimento delle gare, evitando interruzioni o rallentamenti dovuti a contenziosi o all'inerzia dei funzionari pubblici, timorosi di sbagliare di applicare le norme e di incorrere in procedimenti per responsabilità innanzi alla Corte dei conti.

Al riguardo si evidenzia come risulti di difficile comprensione immaginare una p.a., consapevole dell'imminente modifica delle norme, si distoglierebbe dalla propria quieta inerzia «per intraprendere la strada di una faticosa procedura ad evidenza pubblica, foriera di insidie per i possibili repentini mutamenti della disciplina normativa e dell'interpretazione giurisprudenziale agli stessi strettamente connessa»⁶⁵.

Il decreto-legge contiene un'importante riforma al codice degli appalti, modificando circa la metà degli articoli⁶⁶. La legge di conversione elimina le linee guida dell'A.N.A.C. e i Decreti Ministeriali e interministeriali emanati per sostituirli con un unico regolamento. La riforma mira a innovare le procedure di affidamento dei lavori, prevedendo, tra l'altro, la reintroduzione fino al 31 dicembre 2020 dell'appalto integrato senza il limite per i progetti definitivi approvati entro il 31 dicembre 2020 messi a gara per l'affidamento dei lavori entro i successivi 12 mesi. Nel testo attuale per gli appalti di lavori sopra soglia il progetto di fattibilità deve essere preceduto dal documento delle alternative progettuali⁶⁷. Nei restanti casi, come ad esempio il sottosoglia, è lasciata come una possibilità.

Tra le novità più importanti, si segnala l'obbligo, in relazione alla lettera di messa in mora della Commissione Europea, di computare il valore complessivo dei lotti per stabilire le procedure di gara da seguire quando i singoli lotti non vengono aggiudicati contemporaneamente.

⁶⁵ E. QUADRI, *EADEM*, p. 11

⁶⁶ R. BOND, *Gli affidamenti Sottosoglia dopo la conversione in legge del Decreto Sblocca Cantieri - Prima parte: i Lavori*, in *www.lavoripubblici.it*, 5 settembre 2019.

⁶⁷ E. D'ARCHIVIO, *Sblocca cantieri: tutte le novità dopo la legge di conversione*, in *Altalex*, 2 luglio 2019.

L'emendamento, con cui è stato temporaneamente disposto «nelle more della riforma complessiva del settore» la non applicazione «a titolo sperimentale» di alcune norme del codice degli appalti, fermo restando «il rispetto dei principi e delle norme sancite dall'Unione europea», presenta un carattere peculiare e una tecnica audace, ma poco utilizzata. La sospensione «sperimentale» è distinta da quella «semplice» in quanto è soggetta al meccanismo di monitoraggio previsto dall'art. 1 comma 2, che consiste nella relazione che l'Esecutivo dovrà presentare al Parlamento entro il 30 novembre 2020 «al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione». La sospensione «semplice» viene introdotta «dal comma 18, ultimo periodo, ove è stata ricollocata la riforma dell'art. 105 in materia di subappalto, che oggi prevede la temporanea non applicazione, ancora una volta fino al 31 dicembre 2020, del comma 6, nella parte in cui impone l'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori»⁶⁸.

Il carattere sperimentale della legge è un aspetto interessante e curioso della riforma. A differenza delle leggi 'sperimentali' che sono provvisorie, le leggi 'tradizionali' tendono a durare nel tempo⁶⁹. La legislazione sperimentale è una legge 'a termine' in grado di raccogliere i dati e le informazioni necessari a valutare gli effetti scaturiti da una nuova normativa sui destinatari, per testare le reazioni dei privati prima di assumere la decisione definitiva. Essa è provvista di una clausola di valutazione volta a indicare i tempi e come siano verificati gli effetti spiegati dalla nuova disciplina. Questo monitoraggio legislativo, da un lato migliora la qualità dei testi, garantendo una scelta consapevole fra le diverse soluzioni proposte, dall'altro lato risulta problematico, sotto il profilo dei tempi e dei costi di realizzazione e della certezza del diritto.

La norma contenuta nell'art. 1, comma 1, del decreto sblocca cantieri ha i caratteri tipici di una legge sperimentale, poiché ha efficacia provvisoria (18 mesi), ed è soggetta a una "verifica di impatto", cioè la relazione governativa

⁶⁸ E. ANFUSO, *Brevi note a margine del decreto-legge n. 32 del 2019: la sospensione "sperimentale" nel settore dei contratti pubblici*, in *Rivista A.I.C.*, fasc. 4/2019, 6 agosto 2019, p. 4.

⁶⁹ Le leggi sperimentali somigliano alle *sunset clause*, che sono norme che producono effetti automaticamente a una certa data oppure all'avverarsi di una certa condizione, salvo che il legislatore non disponga altrimenti. Così A. KOUROUTAKIS, *The constitutional value of sunset clauses: an historical and normative analysis*, London-New York, Routledge, 2017, p. 3. Le *sunset clause* sono uno strumento chiave nella promozione e diffusione della legislazione sperimentale. Così I. BAR-SIMAN-TOV, *Temporary Legislation, Better Regulation and Experimentalist Governance: An Empirical Study*, in *Regulation and Governance*, Hoboken, Wiley, giugno 2018, pp. 192-219.

prescritta dal comma 2. L'uso del concetto 'sperimentale' per descrivere la sospensione introdotta dall'art. 1, non è un caso e nemmeno si tratta di un virtuosismo legislativo. Dichiarando esplicitamente il carattere sperimentale, il legislatore ha voluto mettere in chiaro che la sua intenzione fosse quella di mettere alla prova nel settore dei contratti pubblici la sperimentazione legislativa.

Però, a causa dell'incertezza causata dal monitoraggio legislativo e del carattere 'negativo' della sperimentazione, che ha ad oggetto non l'introduzione di una disciplina nuova, ma la sospensione di una parte della normativa previgente, si rischia di bloccare l'attività delle stazioni appaltanti⁷⁰, scontrandosi con lo scopo che la riforma dovrebbe conseguire, cioè l'apertura dei cantieri.

Le disposizioni del decreto sblocca cantieri dovrebbero favorire la crescita economica e dare impulso al sistema produttivo del Paese, tramite l'adozione di misure per semplificare il quadro normativo e amministrativo connesso ai pubblici affidamenti, che riguardano, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici⁷¹. Lo scopo della riforma è soprattutto quello di velocizzare e snellire l'affidamento delle commesse pubbliche di valore minore, ma considerando i numerosi affidamenti che rientrano in tale valore, si rischia di sottrarre al mercato una notevole percentuale, con conseguenti ripercussioni sulla tutela del principio della libera concorrenza.

La corrente di opinione che dissente al testo del codice degli appalti così come è modificato, si è tradotta recentemente in richieste pressanti volte a una sua profonda revisione o a una sua prematura abrogazione, con totale sostituzione ad opera di un nuovo e salvifico testo entro il 2020. Si pone, dunque, la questione se oggi sia auspicabile l'abrogazione del codice degli appalti e la sua integrale riscrittura.

In particolare, ci si chiede se, nell'ottica del rapporto fra costi e benefici, convenga di più per gli operatori e il mercato lasciare in vigore un testo imperfetto, ma ormai metabolizzato e per il quale i costi di avviamento sono stati ammortizzati dal sistema, oppure se sia preferibile azzerare tale criticabile disciplina e riscriverlo integralmente.

⁷⁰ In questo senso S. RANCHORDAS, *The Whys and Woes of Experimental Legislation*, in *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 1, 2013, p. 437, che sostiene come i destinatari di una norma sperimentale (e, quindi, esposta a facili e veloci mutamenti) non sono molto inclini a investire su di essa.

⁷¹ M. GUERRIERO, *Lo Sblocca cantieri è legge: il testo definitivo in Gazzetta*, in *www.biblus.net*, 20 giugno 2019.

I costi per gli operatori connessi ad una nuova normativa di settore possono essere compensati dai miglioramenti marginali che potrebbe avere il settore adottando un nuovo codice? Per i motivi esaminati, risulta urgente e non più rinviabile una riscrittura integrale del codice. Servono una revisione complessiva con un articolato più semplice ed un regolamento attuativo dedicato ai lavori pubblici, in cui immettere la normativa di dettaglio e le linee guida A.N.A.C..

Il settore degli appalti è in crisi da tempo: ci sono più di quattrocento opere ferme sul territorio nazionale e sbloccare i cantieri significherebbe non soltanto risollevarne l'economia, ma anche mettere in sicurezza i territori. Occorre varare un pacchetto di misure anticrisi da inserire in un decreto legge che faccia da ponte, valido finché il nuovo quadro a regime non sarà completato.

Nel caso di specie, il codice non è stato idoneo a conseguire i propri obiettivi di organicità e stabilità. I codici di settore dovrebbero stabilire una disciplina esaustiva e onnicomprensiva della materia, proiettata in un arco temporale indefinito, ma così non è stato. Come più volte sottolineato, il codice dei contratti pubblici ha "vita breve" rispetto ai grandi Codice civile o il Codice penale.

La stratificazione di nuove disposizioni non è un esercizio ottimale di attività normativa e complica il quadro normativo ponendo problemi di interpretazione e di rapporto fra le fonti del diritto. Le recenti iniziative normative hanno lo scopo di garantire un ragionevole livello di certezza e stabilità dei rapporti per un periodo di tempo adeguato, la chiarezza del diritto e la riduzione degli oneri regolatori che gravano su cittadini ed imprese.

Occorre evitare i carichi inutili o sproporzionati, rispetto agli interessi da tutelare, ai benefici e ai costi derivanti. È necessario trovare le forme di tutela più efficaci e al contempo meno onerose per la libertà dei cittadini. Bisogna intervenire sullo *stock* normativo, sfolciare, semplificare e alleggerire i procedimenti.

Gli ostacoli potranno essere sconfitti solo se la qualità della regolazione e la semplificazione saranno l'oggetto di una politica di lungo periodo. La crisi economico-finanziaria offre al riguardo una straordinaria opportunità e, quindi, qualità della normazione e semplificazione diventano cruciali per il futuro.

Dalle gravi infrazioni ai gravi illeciti professionali: profili di incompatibilità della normativa nazionale con la normativa europea. Commento a margine della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 19 giugno 2019, n. 41/18.

di Pasquale LA SELVA*

1. La metamorfosi del grave illecito professionale tra vecchia e nuova disciplina. **2.** La vertenza all'origine dell'ordinanza n. 5893/2017 del TAR Campania di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. **3.** La disomogeneità tra normativa interna e normativa europea: il paradosso generato dagli effetti dell'impugnazione. **4.** La Stazione appaltante come organo inquirente. **5.** I gravi illeciti professionali come momento di manifestazione della discrezionalità amministrativa: l'evoluzione giurisprudenziale prima della pronuncia della CGUE. **6.** La sentenza della Corte di Giustizia UE n. 41/18. **7.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The paper offers a comment about the judgment 19 June 2019, n. 41/18 of the Court of Justice of the European Union which is, to date, still a landing point for the domestic jurisprudence, despite the continuous regulatory stratification regarding public contracts.*

After a brief reflection, in hermeneutical key, on the connection between the principle of legality and administrative discretion, the work, in its first part, analyzes the previous Italian jurisprudential guidelines on the subject of "grave professional misconduct" and then proceed to investigate, in the second part, on the impact of the Court's judgment with reference to the activities of the contracting authorities.

The conclusions are dedicated to the possibility to accord greater importance to self-cleaning measures.

1. La metamorfosi del grave illecito professionale tra vecchia e nuova disciplina.

* *Dottore in Giurisprudenza.*

Il rapporto tra principio di legalità e discrezionalità, per gli studiosi del diritto amministrativo, rappresenta un terreno di prova tanto enigmatico quanto affascinante, all'interno del quale emergono sovente problemi ermeneutici.

Da un lato infatti si rinviene il principio di legalità, quale carattere essenziale dello Stato di diritto¹, in base al quale ogni attività dei pubblici poteri debba trovare fondamento in una legge, diretta espressione del principio costituzionale di sovranità popolare; dall'altro, si rinviene invece la discrezionalità amministrativa, quale azione indirizzata nel fine e non nei mezzi entro limiti che, seppur fissati dalla legge, spesso si trovano ad essere silenziosamente travalicati².

È emersa, conseguentemente, la necessità di distinguere la discrezionalità dall'interpretazione³, in quanto, non di rado, accade che nell'attività di normazione o recepimento del legislatore nazionale restino alcune zone d'ombra, sulle quali fanno luce le pubbliche amministrazioni, servendosi di un potere quasi

¹ L'espressione "Stato di diritto" viene di solito utilizzata attribuendogli due significati diversi. In senso lato, o debole o formale, che designa qualunque ordinamento nel quale i pubblici poteri sono conferiti dalla legge ed esercitati nelle forme e con le procedure da questa stabilite. In un secondo senso, forte o sostanziale, lo Stato di diritto designa invece quei soli ordinamenti nei quali i pubblici poteri sono altresì *soggetti* alla legge, non solo quanto alle forme ma anche quanto ai contenuti del loro esercizio. Per un approfondimento sul punto si veda L. FERRAJOLI, *Iura paria: i fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2015. Sulle forme di Stato e le forme di Governo si veda anche M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*, Roma, 2008.

² Si è detto infatti che l'attività di perseguimento del pubblico interesse che pone in essere la p.a. incontra talune limitazioni di ordine negativo e di ordine positivo. I limiti negativi sono quelli volti a conservare l'attività nei limiti della liceità. I limiti positivi, invece, sono i limiti all'*agere* amministrativo, che rispondono all'esigenza di mantenere l'attività stessa nell'ambito dei fini pubblici che l'amministrazione deve perseguire. A seconda che esistano termini più o meno rigidi nella predeterminazione dell'attività amministrativa, quest'ultima sarà qualificabile come vincolata o discrezionale. Nello specifico, l'attività amministrativa è vincolata ove la scelta legislativa risulti essersi orientata nella direzione di una riserva del primo tipo, ovvero nel senso di tracciare in modo puntuale il *modus agendi* dei pubblici poteri, con la conseguente privazione della p.a. di qualsivoglia autodeterminazione nella individuazione della scelta più opportuna; si è in presenza di attività discrezionale, invece, nel caso di riserva di legge relativa, ove è l'amministrazione stessa chiamata a specificare e puntualizzare la portata delle norme attributive dei poteri conferite *ex lege*, con un margine di apprezzamento, a seconda dei casi concreti, più o meno ampio – in ordine a tempi e modi di perseguimento degli obiettivi prefissati in sede politica – che consente di definirne l'attività come discrezionale. In tal senso F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.

³ Circa l'interpretazione, l'art. 12 delle Preleggi prevede infatti che "*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*".

provvedimentale che veicola attraverso la discrezionalità, capace di allargare le maglie dell'azione amministrativa, al fine di colmare eventuali lacune della disciplina generale ed astratta.

Sulla distinzione tra discrezionalità e interpretazione, in dottrina si è detto che queste non coincidono poiché la discrezionalità non consiste nel mero completamento di una norma imprecisa⁴, tuttavia, l'elemento in grado di accomunare l'attività discrezionale a quella interpretativa è stato poi ravvisato nel loro comune carattere creativo.

Si è così affermato che *"la stessa figura della discrezionalità finisce per divenire un modo di essere non separabile sostanzialmente dalle rimanenti operazioni interpretative, ma solo differenziabile da esse per la diversa misura in cui si verificherebbe la concretizzazione del dettato normativo"*. In tal modo, discrezionalità ed interpretazione tendono al *"chiarimento dei meccanismi intrinseci al procedimento della comprensione"*⁵.

Bisogna tuttavia precisare che se da un lato è sicuramente vero che ogni attività amministrativa comporti sempre un'attività di interpretazione della norma giuridica, dall'altro non è reciprocamente vero che ogni attività di interpretazione comporti sempre un'attività discrezionale⁶.

⁴ La statuizione è di R.VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, il quale, invero, ricorda altresì che, in passato, la distinzione tra discrezionalità e interpretazione era tutt'altro che pacifica. Infatti, la dottrina tedesca del XIX secolo, e nello specifico la c.d. scuola di Vienna, aveva qualificato l'attività discrezionale come attività intellettuale di attuazione della legge.

⁵ Cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

⁶ In questi termini E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, il quale tenta di tracciare una prima linea di distinzione tra discrezionalità e interpretazione ritenendo che *"ove emerga che l'ordinamento, pur attribuendo un potere, non stabilisce con norme generali e astratte in modo esaustivo come esso debba essere esercitato, residua discrezionalità: l'amministrazione dovrà dunque agire scegliendo – secondo una varietà di possibilità che dipende dal contesto normativo – le modalità concrete di tale esercizio"*.

La discrezionalità, dunque, si risolve in un apprezzamento di interessi, che, in quanto tale, è ammesso solo sulla base di una specifica attribuzione di potere⁷, mentre l'interpretazione è una operazione logica passibile di disciplina giuridica⁸. Invero, tutto quanto appena detto non sempre vale nella materia della contrattualistica pubblica.

In tal caso, la discrezionalità delle stazioni appaltanti, infatti, non assolve specificamente la funzione di apprezzamento tra più interessi, ma, invero, persegue il singolo fine pubblico specificamente individuato dalla commessa.

A tal proposito, una delle tante disposizioni del Codice dei contratti pubblici che – in fase di applicazione – ancora si pone al limite tra interpretazione e discrezionalità è proprio la norma relativa ai motivi di esclusione dalle gare.

L'art. 80 del nuovo Codice⁹ dei contratti pubblici – nato sulle ceneri del precedente art. 38¹⁰ del D. Lgs. n. 163/2006 – disciplina i motivi di esclusione

⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939. Sulla nozione di discrezionalità di Giannini, riferita solo all'interesse pubblico, la quale superò la tesi che rapportavano la discrezionalità all'integrazione o all'interpretazione della norma da applicare, come se fosse mera interpretazione, si veda F.G. SCOCA, "La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/2000. Per altri, la discrezionalità amministrativa verifica in concreto la compatibilità dell'interesse pubblico con l'intenzione del privato, di cui se ne presuppone la pericolosità sociale. Sul punto si veda F. LIGUORI, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità: tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2017 e G. ZANOBINI, "Corso di diritto amministrativo", VIII, Milano, 1958. Per E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, la discrezionalità amministrativa è lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione, mentre per A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, la discrezionalità consiste in una possibilità di scelta per l'amministrazione, in quanto l'ordinamento non determina delle regole, ma è la stessa amministrazione che si pone la regola per il caso singolo.

⁸ Sempre M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939.

⁹ Per una disamina completa di tutti i commi della norma, accompagnati dalle previsioni delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC si veda S. VINTI, *I "garbugli" della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice appalti*, in *giustamm.it*, n. 2/2017, mentre più in generale, per i contributi in materia di esclusione dalle gare pubbliche ai sensi dell'art. 80 del "nuovo" Codice dei contratti pubblici si rimanda a: C. MARCONE, "Commento all'art. 80", in C. CONTESSA, D. CROCCO, "Codice degli appalti e delle concessioni – Commentato articolo per articolo", 2017; G. MARGIOTTA, P.R. PORTALURI, "Commento all'articolo 80", in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), "Codice dei contratti pubblici annotato", Molfetta, 2017; O. MARONGIU, "Selezione delle offerte", in GAROFOLI-FERRARI (a cura di), "La nuova disciplina degli appalti pubblici", 2016; D. VILLA, "La selezione degli offerenti", in CARINGELLA-MANTINI-GIUSTINIANI (a cura di), "Il nuovo diritto dei contratti pubblici", 2016; I. FILIPPETTI, "Come cambia la "moralità professionale" nel nuovo Codice degli appalti e delle concessioni", in *mediappalti.it*.

¹⁰ La dottrina sulla norma è ampia. *Ex multis*: R. PROIETTI, "Commento all'art. 38", in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015; M. DE PAOLIS, *Le controversie sui contratti pubblici*, Padova, 2010, pp. 90 a 97, mentre per la disciplina

dalle gare, delineando dei requisiti¹¹ soggettivi di onorabilità che i concorrenti devono possedere al fine di garantire che la pubblica amministrazione non contratti con persone fisiche o persone giuridiche sprovviste dei necessari requisiti di affidabilità morale e professionale¹².

previgente *cf.* R. VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004; A. CARULLO, A. CLARIZIA, *La legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, Padova, 2000.

¹¹ Sull'evoluzione normativa dei requisiti di ordine generale si veda A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018.

¹² Seguendo l'ordine dei commi dell'attuale norma, la disposizione in esame presenta elementi di continuità con la previgente disciplina di cui al D. Lgs. n. 163/2006, infatti, nel nuovo quadro normativo, trovano conferma le seguenti cause di esclusione:

i) condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale (*cf.* art. 38, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163/2006);

ii) cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del D. Lgs. n. 159/2011 o la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo decreto (*cf.* art. 38, comma 1, lett. b) del D. Lgs. n. 163/2006);

iii) violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui gli operatori economici sono stabiliti (*cf.* art. 38, comma 1, lett. g) del D. Lgs. n. 163/2006);

iv) presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro (*cf.* art. 38, comma 1, lett. e) del D. Lgs. n. 163/2006);

v) stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o la pendenza di un procedimento per la dichiarazione di una di tali statuizioni (*cf.* art. 38, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n. 163/2006);

vi) essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità dell'operatore economico o la sua affidabilità; alcune di tali fattispecie sono: l'aver tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o l'aver commesso significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto (*cf.* art. 38, comma 1, lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006);

vii) essere stato soggetto ad una sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (*cf.* art. 38, comma 1, lett. m) del D. Lgs. n. 163/2006);

viii) iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'A.N.AC. per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione (*cf.* art. 38, comma 1, lett. m-bis) del D. Lgs. n. 163/2006);

ix) violazione del divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (*cf.* art. 38, comma 1, lett. d) del D. Lgs. n. 163/2006);

x) mancata presentazione del divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 in materia di diritto al lavoro dei disabili ovvero mancata autocertificazione della sussistenza del medesimo requisito (*cf.* art. 38, comma 1, lett. j) del D. Lgs. n. 163/2006);

xi) mancata denuncia all'autorità giudiziaria per essere stato vittima dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, salvo che ricorrano i casi previsti dall'art. 4, comma 1, della L. n. 689/1981 (*cf.* art. 38, comma 1, lett. m-ter) del D. Lgs. n. 163/2006);

xii) trovarsi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale (*cf.* art. 38, comma 1, lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006);

Il recepimento dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE ha comportato rilevanti novità in punto di gravi illeciti professionali¹³.

In primo luogo, il legislatore italiano ha recepito nei commi 1 e 4 i motivi di esclusione qualificati come obbligatori dal legislatore europeo ossia la presenza di condanne definitive per determinati reati e la violazione degli obblighi contributivi e fiscali. Il comma 2 ha previsto quale causa di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, sospensione e divieto derivanti da misure di prevenzione o da una informazione antimafia a carico del concorrente, con un rinvio integrale alle disposizioni contenute nel Codice antimafia. Al comma 5 si rinviengono ulteriori motivi di esclusione dalle gare ritenuti dal legislatore europeo come facoltativi¹⁴, ma percepiti come inderogabili da quello italiano, con l'intento, forse mosso dall'esperienza degli anni '90, di irrigidire la portata generale della norma¹⁵.

Invero, dopo l'intervento di ricezione della disciplina europea sono sopraggiunte rilevanti modifiche soprattutto in tema di subappalto.

Il già richiamato art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, prescriveva il possesso dei requisiti di ordine generale in capo al subappaltatore solo in relazione alla possibilità di affidamento del subappalto, laddove il concorrente avesse voluto indicare nella domanda di partecipazione la quota di appalto che intendeva subappaltare.

Con la nuova disciplina – da ultimo sospesa sino al 31 dicembre 2020 ad opera del D.L. "Sblocca Cantieri"¹⁶ – oltre all'obbligo per l'operatore economico che intende partecipare ad una procedura di gara di indicare nella domanda i

xiii) iscrizione nel casellario informatico per la presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti in subappalto (cfr. art. 38, comma 1, lett. h) del D. Lgs. n. 163/2006).

¹³ Per una disamina completa della novella introdotta dalla legislazione europea ed una comparazione della disciplina interna tra il precedente Codice degli appalti e l'attuale Codice dei contratti, si veda S. CACACE, "La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione", in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Sulle cause facoltative di esclusione previste dall'art. 57 della Direttiva Europea si veda L. TORCHIA, "La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari", in *Diritto Amministrativo*, secondo la quale l'applicazione di queste cause di esclusione richiede da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice una valutazione sulla sussistenza e sulla rilevanza della causa ai fini dell'esclusione.

¹⁵ Per un maggiore approfondimento sulle differenze e novità nella nuova disciplina dei motivi di esclusione si rinvia a M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, 2017.

¹⁶ Ci si riferisce al D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in L. 14 giugno 2019, n. 55, pubblicato in GU 17/06/2019, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", che ha disposto talune deroghe all'istituto del subappalto all'art. 1, comma 18.

nominativi di tre subappaltatori qualora l'appalto sia sopra soglia, una delle più rilevanti novità riguarda infatti il riferimento espresso dei motivi di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori. Pertanto, laddove il motivo di esclusione riguardi la figura del subappaltatore, il concorrente principale sarà colpito dal provvedimento di esclusione dalla gara¹⁷.

Di recente, la disposizione in punto di gravi illeciti professionali è stata modificata dall'art. 5, comma 1, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135¹⁸.

La modifica ha riorganizzato la struttura della precedente lett. c) (comprendente le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della s.a., ed il fornire informazioni false o ometterle), scindendo tutte le fattispecie già rientranti nella definizione di "gravi illeciti professionali", e ricollocandole nelle nuove lett. c), c-bis) e c-ter).

Apparentemente, la modifica sembrerebbe riordinare e separare in diversi commi le singole fattispecie sintomatiche di un grave illecito, ma sostanzialmente tale modifica sembrerebbe potenzialmente idonea a creare ulteriori complicazioni interpretative, anche in controtendenza rispetto alla recente interpretazione giurisprudenziale.

Nell'art. 80, infatti, prima dell'elencazione dei gravi illeciti professionali è stata rimossa la locuzione "*tra questi rientrand*". Stando all'interpretazione letterale della norma, si passa dunque da una formulazione che ammetterebbe l'interpretazione di una elencazione meramente esemplificativa, ad una formulazione tendente alla tipizzazione dei gravi illeciti professionali.

Di non poco conto è, altresì, la rimozione della statuizione "*non contestata in giudizio*"¹⁹ in riferimento alla risoluzione di un precedente contratto che abbia

¹⁷ Al comma 14 dell'art. 80 infatti, il legislatore interno, in accoglimento di un rilievo espresso dal Consiglio di Stato nel parere favorevole reso sullo schema di decreto, ribadisce ulteriormente che i requisiti di carattere generale richiesti dall'art. 80 sono necessari anche ai fini dell'affidamento degli eventuali subappalti. Sul punto, in giurisprudenza si veda Cons. Stato, Comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, in dottrina invece C. GUCCIONE, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016, pp. 495 e ss. in cui l'autore evidenzia come la legge delega n. 11/2016 avesse previsto solamente l'obbligo di sostituire il subappaltatore e che, tuttavia, sul punto non sono possibili fraintendimenti perché la norma è stata modificata in seguito ai dubbi segnalati dal Consiglio di Stato nel parere n. 855.

¹⁸ C.d. D.L. "semplificazioni", convertito in legge 11 febbraio 2019, n. 12, pubblicato in G.U. 12/12/2019, recante "*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*".

¹⁹ In dottrina, si è sostenuto che la rimozione della statuizione "*non contestata in giudizio*" abbia attribuito all'amministrazione la titolarità di un potere più ampio di valutazione del comportamento tenuto dall'operatore. In tal senso si veda F. MANGANARO, M. GERMANO, "*Nuove disposizioni*

ingenerato una risoluzione anticipata. Tale scelta del legislatore è stata evidentemente condizionata dalle ordinanze di rimessione del TAR Campania²⁰ e del Consiglio di Stato²¹ alla CGUE – che sono state, di fatto, rese sterili del proprio contenuto giuridico – e nel tentativo di allineare la norma alla disciplina europea, stante anche la lettera di costituzione in mora²² del 24 gennaio 2019 della Commissione europea inviata al Governo italiano²³.

Da ultimo, il "Decreto Sblocca Cantieri"²⁴, oltre ad introdurre ulteriori specificazioni, rilevando che il concordato con continuità aziendale di cui alla Legge fallimentare non costituisce causa di esclusione dalla gara, ha introdotto al comma 5 una nuova ed ulteriore lettera *c-quater*), in virtù della quale gli operatori economici vengono esclusi dalla partecipazione alle gare qualora venga accertato o riconosciuto con sentenza passata in giudicato che abbiano commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori.

2. La vertenza all'origine dell'ordinanza n. 5893/2017 del TAR Campania di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

La vicenda prende le mosse da una gara, indetta dal Comune di Napoli, per l'aggiudicazione del servizio di refezione scolastica dell'anno 2017/2018.

normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico", in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2019.

²⁰ TAR Campania – Napoli, Sez. IV, ord. 13 dicembre 2017, n. 5893.

²¹ Cons. Stato, Sez. V, ord. 3 maggio 2018, n. 2639.

²² Per un commento in dottrina si veda G.VELTRI, "Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione UE e la replica del legislatore", in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2019.

²³ Nella quale si individuano diverse disposizioni del Codice dei contratti pubblici non conformi alla disciplina europea, tra le quali, appunto, l'art. 80, comma 5, lett. c), giacché, "nel caso di offerenti che abbiano contestato in giudizio la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o concessione, preclude alle stazioni appaltanti ogni valutazione circa l'affidabilità di tali offerenti sino a quando il giudizio non abbia confermato la risoluzione anticipata".

²⁴ Per una disamina di ampio respiro circa tutte le novità del "Decreto Sblocca Cantieri" si rimanda a R. DE NICTOLIS, "Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri"", in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2019. Circa gli interventi del legislatore sull'art. 80 in risposta alla procedura di infrazione, l'autrice si duole sostanzialmente della rimozione – in sede di conversione in legge del decreto – della causa di esclusione facoltativa e non obbligatoria afferente le violazioni fiscali e previdenziali che non fossero definitivamente accertate. L'autrice è dell'avviso che tale disposizione fosse conforme al diritto europeo, vieppiù introdotta proprio in risposta ai rilievi formulati dalla Commissione europea, secondo cui l'art. 80, comma 4, del Codice non era conforme alle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE in quanto non consentiva di escludere un operatore economico che aveva violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria – potesse essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

La gara era suddivisa in dieci lotti, corrispondenti alle dieci Municipalità della città.

Per un lotto in particolare, il Comune di Napoli ammetteva alla prosecuzione della gara un operatore economico, già aggiudicatario del medesimo servizio per il precedente anno scolastico e successivamente destinatario di un provvedimento di risoluzione contrattuale in quanto, nel corso dell'espletamento dell'appalto, il personale ed i bambini erano rimasti intossicati a causa della presenza di colibatteri all'interno dei cibi somministrati nella mensa scolastica.

Nella precedente gara, infatti, a seguito di analisi su campioni di cibo conservati dalla direzione scolastica infatti, l'ARPAC (Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale in Campania) confermava la presenza di colibatteri, specie in un determinato alimento ed in ragione di ciò la Stazione appaltante sospendeva il servizio, affidava lo stesso alla seconda in graduatoria, e conseguentemente risolveva il contratto con la prima.

Avverso l'ammissione alla nuova gara del suddetto operatore economico proponeva ricorso dinanzi al TAR Campania – Napoli una società partecipante alla gara, adducendo la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), il quale disponeva che la Stazione appaltante poteva dimostrare *"con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"*.

La Stazione appaltante infatti, aveva ammesso in gara l'operatore senza alcuna valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento di cui al precedente appalto, e ciò per l'effetto di una contestazione in giudizio della risoluzione dinanzi al Tribunale di Napoli Sezione Specializzata per le imprese.

Ciò che rileva è, dunque, l'ammissione con carattere di automatismo alla procedura di un operatore economico che abbia spiegato impugnativa giurisdizionale della risoluzione di un precedente contratto.

3. La disomogeneità tra normativa interna e normativa europea: il paradosso generato dagli effetti dell'impugnazione.

La questione interpretativa che il TAR Campania sollevava dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea aveva per oggetto la normativa nazionale per effetto della quale un concorrente, ancorché destinatario di una risoluzione anticipata contrattuale per gravi carenze nell'esecuzione di un precedente appalto con una stazione appaltante, poteva sterilizzare gli effetti di tale violazione attraverso una mera proposizione di impugnativa della risoluzione dinanzi al giudice ordinario, precludendo all'amministrazione ogni giudizio

sull'affidabilità del concorrente e privando di effettività la relativa disposizione sull'esclusione facoltativa dalle gare²⁵.

Il Collegio partenopeo rilevava infatti che tale disposizione, pur nell'apprezzabile fine di limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla partecipazione degli operatori economici che avevano evidenziato significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti d'appalto, realizzava una tipizzazione della fattispecie di inadempimento per la quale era richiesta la risoluzione con un accertamento incontestato tra le parti²⁶, ovvero una condanna al pagamento del risarcimento del danno o altre sanzioni²⁷.

La norma come allora formulata produceva l'effetto di privare di effettività la causa di esclusione facoltativa, in quanto il meccanismo designato precludeva ogni possibilità di valutazione sull'affidabilità del concorrente, rimettendola all'esito del giudizio civile sulla risoluzione che nella maggior parte dei casi interveniva – ad avviso del giudice rimettente – in un momento in cui si erano prodotti effetti irreversibili, qualora la gara fosse stata in ipotesi aggiudicata proprio al concorrente che sarebbe dovuto essere stato escluso sulla base dell'accertamento del giudice civile²⁸.

Non di minor rilevanza è, poi, la considerazione che l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe potuta essere responsabile²⁹ per le conseguenze di una

²⁵ La causa di esclusione per "gravi illeciti professionali", andando a scontrarsi con l'esigenza per la P.A. di negoziare con contraenti seri ed affidabili, aveva sostanzialmente sospeso il principio di certezza del diritto. Ed invero, in dottrina si è detto che la valutazione ascendeva all'esercizio del potere discrezionale della P.A. appaltante e andava effettuata con riferimento alle circostanze fattuali, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, in relazione, infine, all'oggetto e alle caratteristiche nel complesso dell'appalto da affidarsi. In questi termini si veda M. DI DONNA, "Gravi illeciti professionali, morosità del concorrente e garanzie "definitive"", in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2018.

²⁶ Si veda anche TAR Campania – Napoli, Sez. V, 12 ottobre 2017, n. 4781.

²⁷ Ed infatti Il Collegio rilevava che la giurisprudenza nazionale formatasi in quel tempo riteneva che laddove la gara fosse rientrata nel campo di applicazione del Codice dei contratti pubblici e qualora la risoluzione anticipata del contratto fosse stata contestata in giudizio, si sarebbe configurato un ineludibile obbligo legale di ammissione della concorrente. In tal senso TAR Catanzaro, Sez. I, 19 dicembre 2016, n. 2522; TAR Puglia, Sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955; TAR Bari, Sez. III, 18 luglio 2017, n. 828, nonché da ultimo TAR Palermo, Sez. X, 17 novembre 2017, n. 2511.

²⁸ L'effetto che si andava dunque ad ingenerare era una sorta di obbligo legale di ammissione alla gara, quando la precedente esclusione dell'operatore economico fosse ancora *sub iudice*. In giurisprudenza, su tale automatismo di ammissione alla gara si veda TAR Lazio – Latina, Sez. I, 16 marzo 2018, n. 122; Id., 25 gennaio 2018, n. 24; TAR Emilia Romagna – Parma, Sez. I, 15 gennaio 2018, n. 18; TAR Campania – Napoli, Sez. IV, 5 gennaio 2018, n. 99; Id., Sez. V, 11 maggio 2017, n. 2552; TAR Puglia – Lecce, Sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1035.

²⁹ Per un'ampia disamina relativa la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento per equivalente e la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nelle gare d'appalto,

sua eventuale decisione erronea, pertanto il TAR Campania auspicava un mantenimento delle facoltà in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di ritenere che vi fosse stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che fosse stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, si sarebbe potuto dimostrare (e di conseguenza, escludere) con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico aveva violato i propri obblighi professionali.

In ragione di tali considerazioni, il collegio partenopeo suggeriva per il futuro l'applicazione di un principio di proporzionalità ai motivi di esclusione facoltativi, in virtù del quale le "lievi irregolarità" avrebbero dovuto comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali, di converso, casi ripetuti di lievi irregolarità avrebbero potuto far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico tali da giustificare l'esclusione.

Dunque, il TAR Campania si interroga sulla conformità della disciplina relativa ai motivi di esclusione rispetto ai principi euro-unitari, ed in più pone in luce il paradosso della ipotetica circostanza in cui il giudizio civile si concluda negativamente per l'operatore economico, ma la gara si sia svolta in senso a lui favorevole, determinando una lesione del principio comunitario di affidabilità del concorrente (oltre che dei principi di proporzionalità, effettività, certezza del diritto e legittimo affidamento), in quanto l'appalto sarebbe eseguito da un operatore economico indiscutibilmente non affidabile.

Ed infatti, ad avviso del giudice rimettente, il fatto che si facesse dipendere la gravità dell'inadempimento non da una circostanza oggettiva, ma da una scelta soggettiva dell'operatore economico destinatario di una risoluzione anticipata impugnata dinanzi al giudice ordinario (che tra l'altro è un diverso giudice del rapporto contrattuale), appariva contrastante anche con la facoltà riservata alle stazioni appaltanti di individuare il "punto di rottura dell'affidamento" nei confronti del contraente che determinasse il "deficit di fiducia" fondante l'esclusione³⁰.

si veda F. CARINGELLA, M. PROTTO, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* Bologna, 2009.

³⁰ In tal senso *cf.* Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313. Il "punto di rottura" è stato poi ripreso anche da Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279 che in tema di gravi illeciti professionali aveva affermato che a venire in rilievo non fosse un inadempimento non definitivamente accertato, non contestato in giudizio ovvero confermato all'esito di un giudizio, ma piuttosto, veniva in rilievo la valutazione della gravità dell'evento verificatosi o della negligenza ed errore professionale dell'operatore economico, che spettava all'Amministrazione alla quale il legislatore riservava l'individuazione, avente carattere discrezionale, del punto di rottura

Infine, il Collegio riteneva che la disciplina nazionale confliggesse con il Considerando 102 della Direttiva, che ha introdotto il meccanismo del c.d. *self cleaning*, non consentendo alle imprese partecipanti di adottare misure *ex ante* (ad esempio, modelli organizzativi), o di adottare comportamenti idonei a rimediare, *ex post*, alle conseguenze di reati o violazioni significative per l'esclusione dalle gare.

Orduque, il Tar Campania, sulla scorta delle considerazioni svolte, con ordinanza n. 5893/2017 ha formulato la questione pregiudiziale in virtù della quale i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività di cui alla Direttiva n. 2014/24/UE, nonché la disposizione di cui all'art. 57 par. 4, lett. c) e g) di detta direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata del contratto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'inaffidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato l'adozione delle misure di *self cleaning* volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione.

Questo stesso quesito è stato successivamente formulato in maniera simile dal Consiglio di Stato e posto diverse volte all'attenzione della Corte di Giustizia³¹.

dell'affidabilità della controparte contrattuale, tale da precludere la stipulazione di futuri rapporti negoziali, desumibile anche da vicende pregresse.

³¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2018, n. 2639 e Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2018, n. 5033. Il Consiglio di Stato dell'ordinanza n. 2639/2018 richiamava anche la sentenza relativa alla causa C-171/15, *Connexxition taxi service* in cui la normativa europea rilevante era l'art. 45, par. 2 della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004. In quell'occasione la Corte di Giustizia dell'Unione Europea aveva affermato: "il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, non osta a che una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, obblighi un'amministrazione aggiudicatrice a valutare, applicando il principio di proporzionalità, se debba essere effettivamente escluso un offerente in una gara di appalto pubblico che ha commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale". L'art. 45, par. 2 non era distante dall'attuale formulazione dell'art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE perché prevedeva l'esclusione facoltativa dell'operatore economico "che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice". In dottrina, per la prima ordinanza di rimessione si veda C. LAMBERTI, "Gli illeciti professionali approdano alla Corte di giustizia", in *Giurisprudenza italiana*, n. 10/2018 e C. CONTESSA, "Esclusione dalla gara di appalto per "gravi illeciti professionali" e diritto UE", in *Giurisprudenza Italiana*, n. 6/2018, mentre per la seconda si veda CONTESSA C., "Alla Corte di

4. La Stazione appaltante come organo inquirente.

Alla luce di quanto detto, non può non evidenziarsi il conflitto che persisteva tra il principio di certezza della pena – di natura squisitamente penalistica – e la valutazione di pubblico interesse effettuata dall'amministrazione.

È naturale chiedersi se la Stazione appaltante, trovandosi a valutare una fattispecie riconducibile ad una di quelle rientranti sotto la definizione di "gravi illeciti professionali", fosse da reputarsi mero soggetto valutatore ovvero organo inquirente. Altrettanto naturale è chiedersi se alla stessa Stazione appaltante, ove mai si fosse imbattuta in fattispecie penalmente rilevanti, potesse essere imposto un obbligo (o meno) di denuncia alle autorità competenti.

La sensazione è che l'esercizio del potere discrezionale, nel senso di valutare se qualsiasi fattispecie fosse riconducibile o meno all'elencazione fornita dalla norma, aveva reso la Stazione appaltante un vero e proprio organo inquirente che, oltre a dover possedere conoscenze del settore nel quale operava, doveva conoscere e padroneggiare sempre di più i principi di diritto penale sostanziale. Questa necessità si avvertiva sempre di più per due ordini di motivi.

In primo luogo perché non sembrava chiaro quale sarebbe stata la sorte del provvedimento di esclusione dalla gara se *medio tempore* fosse intervenuta una sentenza penale di condanna.

In secondo luogo, ancora più dubbia sembrava essere la sorte del provvedimento di esclusione della Stazione appaltante se la sentenza di primo grado fosse stata impugnata in appello. In questa seconda fattispecie, per assurdo, la Stazione appaltante non sarebbe stata nemmeno più organo inquirente, ma sarebbe potuta essere, in alternativa, o un "giudice penale *ad interim*" – in quanto avrebbe dovuto cercare di "anticipare" il provvedimento definitivo ed esecutivo – o addirittura parte civile nel processo penale, per essere stata lesa dalla lungaggine processuale penale, che non avrebbe permesso neppure l'esclusione dalla gara dell'operatore economico.

Sul punto il Consiglio di Stato³², nel tentativo di indirizzare la Stazione appaltante nella valutazione di fatti oggetto di verifica in sede penale (ed anche oggetto di

giustizia la nuova normativa codicistica sui "gravi illeciti professionali", in *Giurisprudenza Italiana*, n. 10/2018. Infine, per una comparazione delle principali pronunce giurisprudenziali sul tema, si veda C. CONTESSA, "Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfa nozione di "gravi illeciti professionali", in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2018.

³² Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424, nella quale si rammentava anche che "ai fini dell'esclusione di un concorrente, è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in

una pronuncia di condanna), aveva ritenuto sufficiente che l'Amministrazione avesse dato adeguato conto di aver effettuato una autonoma valutazione delle idonee fonti di prova³³, e di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente³⁴.

Il potere inquisitorio³⁵ della Stazione appaltante sembrava desumibile anche dal parere dell'Adunanza della Commissione speciale³⁶ sullo schema di Linee guida A.N.AC. n. 6³⁷, nel quale il Consiglio di Stato aveva rilevato che sarebbe stato opportuno specificare che la condanna non definitiva fosse in grado di acquisire rilevanza quale "illecito professionale grave", e quindi non sarebbe stato idoneo ad essere qualificato quale motivo di esclusione. La Stazione appaltante dunque, in assenza dell'automatismo esistente ove la condanna fosse stata definitiva, avrebbe dovuto valutare se il fatto fosse stato tale da rendere dubbia l'integrità

ordine alla "grave negligenza o malafede" del concorrente, che abbia fatto ragionevolmente venir meno la fiducia nell'impresa".

³³ In punto di autonomia di valutazione delle stazioni appaltanti ai fini dell'esclusione di operatori economici dalle procedure di gara, la giurisprudenza ha rilevato che anche una fattispecie di responsabilità precontrattuale possa essere ricondotta nel novero dei "gravi illeciti professionali". Tuttavia, la giurisprudenza più attenta ha ritenuto non sufficiente a legittimare un'esclusione il mero fatto del verificarsi di un precedente inadempimento contrattuale, richiedendo invece che l'Amministrazione compia una propria valutazione autonoma sulla rilevanza e sulla gravità dell'inadempimento, soggetta al solo controllo estrinseco del Giudice Amministrativo. In questi termini si veda il commento di F. BEVILACQUA, "Nessuna esclusione dalla gara per "grave illecito professionale" se il precedente inadempimento è incolpevole", in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2019, relativo ad una pronuncia del TAR Campania – Salerno, Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 243, secondo il quale l'escussione della garanzia provvisoria non è da sola sufficiente ad integrare un grave illecito professionale, risultando necessario un approfondimento istruttorio sulla gravità dell'inadempimento. Dello stesso segno, in giurisprudenza si veda TAR Lazio – Roma, Sez. II, 25 marzo 2019, n. 3910; TAR Lombardia – Brescia, Sez. I, 5 ottobre 2018, n. 955.

³⁴ Si veda C. CONTESSA, *Grave negligenza o malafede in materia di appalti e valutazioni della P.A.*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 11/2018.

³⁵ Si badi, inteso come capacità della Stazione appaltante di escludere un operatore anche in assenza di una sentenza penale passata in giudicato.

³⁶ Cons. Stato, Comm. spec., 14 settembre 2017, n. 2042.

³⁷ Linee guida recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice", che l'ANAC aveva provveduto ad aggiornare in riferimento all'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto. Sul punto, per un approfondimento si veda L. MAZZEO, L. DE PAULI, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2018, mentre per un commento sull'art. 80 prima del Decreto Semplificazioni si veda FERRARI G., "Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del Codice. Le Linee Guida Anac sui gravi illeciti professionali", in www.giustizia-amministrativa.it.

o affidabilità dell'operatore economico, motivando adeguatamente l'eventuale esclusione dalla gara³⁸.

5. I gravi illeciti professionali come momento di manifestazione della discrezionalità amministrativa: l'evoluzione giurisprudenziale prima della pronuncia della CGUE.

Nel tentativo di fare luce sul tema – senza nessuna pretesta di esaustività – è opportuno effettuare una analisi della recente evoluzione giurisprudenziale sul tema³⁹.

L'ambiguità della disposizione contenuta al comma 5, lett. c) dell'art. 80 era stata posta per la prima volta all'attenzione dei giudici di Palazzo Spada nel 2017, un anno dopo l'entrata in vigore del "nuovo" Codice ed ancor prima della modifica intervenuta con i D.L. "Semplificazioni" e "Sblocca Cantieri".

In quella circostanza, il Consiglio di Stato⁴⁰ aveva affermato che l'art. 80 del Codice consentiva alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti da una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di "*gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*", precisando che in tali ipotesi rientravano, tra l'altro, le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne avevano causato la risoluzione anticipata.

Perché avvenisse l'esclusione, la norma imponeva che tali carenze non fossero state contestate in giudizio o fossero state confermate all'esito di un giudizio⁴¹.

³⁸ Il giudice amministrativo, nel parere pocanzi citato, concludeva suggerendo di aggiungere nelle Linee guida n. 6 un capoverso ulteriore al par. 2.2 con il seguente tenore: "*Rileva altresì quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b), del codice*".

³⁹ Sul dibattito giurisprudenziale si veda, in dottrina, F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017: p. 321; R. PROIETTI, "*art. 38*", in S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015; p. 509; G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI M., V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014: p. 330; A.G. PIETROSANTI, *Grave negligenza ed errore grave*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2014: p. 551; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008: p. 1279.

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955.

⁴¹ L'interpretazione fornita da Cons. Stato, n. 1955/2017 era consolidata anche nella giurisprudenza di primo grado. Sul punto si veda TAR Sicilia, 10 novembre 2017, n. 2548; TAR Sicilia, 3 novembre 2017, n. 2511; TAR Puglia, Sez. III, 18 luglio 2017, n. 828; TAR Puglia – Lecce, Sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1935; TAR Calabria, Sez. I, 19 dicembre 2016, n. 1935.

Secondo il ragionamento dei giudici, si riteneva illegittimo un provvedimento di esclusione in quanto, nonostante fosse intervenuta una pronuncia cautelare da parte del giudice civile, non era stata ancora adottata alcuna pronuncia relativa al merito del giudizio⁴².

Tale decisione interveniva poiché, sulla base dell'interpretazione letterale della norma, si richiedeva che al provvedimento di risoluzione fosse stata prestata acquiescenza ovvero che lo stesso fosse stato confermato in sede giurisdizionale. Ciò non poteva che essere confermato da una pronuncia di rigetto nel merito dell'impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evinceva dalla locuzione (ancorché definita atecnica dal Collegio) "all'esito di un giudizio". A questo medesimo riguardo era invece da ritenersi evidentemente insufficiente la definizione di un incidente di natura cautelare, con decisione avente funzione interinale e strumentale rispetto a quella di merito.

Il giudice aveva dunque risolto la questione interpretativa affidandosi alla certezza delle situazioni giuridiche – che si manifestava attraverso la mancata contestazione del fatto, oppure in alternativa dall'intervento di un provvedimento giurisdizionale – escludendo così le fattispecie riguardanti controversie definite solo in fase cautelare o ancora *sub iudice*⁴³.

⁴² Nella sentenza era stato altresì evidenziato che la causa di esclusione su cui si controverteva nel giudizio aveva carattere facoltativo, e ciò in ragione del fatto che l'art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE – nella parte in cui prevede che le amministrazioni aggiudicatrici "possono escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto" gli operatori – facoltizza gli Stati membri a prevedere ulteriori cause di esclusione da procedure di affidamento di contratti pubblici, senza porre a carico degli stessi alcun vincolo. Inoltre, ciò non confliggeva con il canone di buon andamento sancito dall'art. 97 della Costituzione, in quanto emergevano profili di manifesta infondatezza anche dai rilievi formulati dal Consiglio di Stato, nel primo parere del 26 ottobre 2016, n. 2286, relativo alle Linee guida ANAC sui motivi di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c).

⁴³ Era stato successivamente precisato da Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2018, n. 5500, che l'operatore economico era comunque tenuto a dichiarare "le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne avevano causato la risoluzione anticipata, rientrando nell'ambito di un obbligo dichiarativo di cui si discute tutti gli eventi che, benché oggetto di contestazione ed ancora *sub iudice*, avessero dato corso ad azioni di risoluzione contrattuale ovvero ad azioni risarcitorie ad iniziativa del committente pubblico, in ragione della (valutata) commissione di gravi errori nell'esecuzione dell'attività professionale". In dottrina si è precisato che i concorrenti sono tenuti a dichiarare qualsiasi circostanza che possa ragionevolmente influenzare il processo valutativo dell'amministrazione, risultando inapplicabili gli istituti – di derivazione penalistica – del falso innocuo e del falso inutile, atteso che in tale contesto la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire poiché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione. In termini è G.C. FIGUERA, "Dichiarazione e rilevanza temporale degli illeciti professionali", in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2019, con commento a margine di TAR Lazio – Roma, Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 1695.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴⁴, utilizzando un approccio diverso rispetto a quello del Consiglio di Stato, aveva fornito delle precisazioni sul contenuto delle dichiarazioni che gli operatori economici dovevano fornire alle amministrazioni aggiudicatrici in relazione ai requisiti di moralità professionale. Tali precisazioni erano basate sull'interpretazione delle regole della Dir. 2004/18/CE e la normativa italiana di recepimento alla luce del "grave illecito professionale" di cui all'art. 80, comma 5, lett c) del Codice dei contratti pubblici. I giudici della Corte stabilivano che una decisione giurisdizionale, pur non definitiva, doveva essere comunicata alla stazione appaltante sia perché rilevante ai fini della dimostrazione della completa ed esaustiva dissociazione, sia perché costituiva mezzo di prova idoneo per l'eventuale dimostrazione di un grave errore professionale⁴⁵.

La Corte stessa, peraltro, aveva già avuto occasione di precisare che le cause di esclusione previste dal diritto europeo non imponevano che nei confronti dell'operatore economico fosse stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato⁴⁶.

Tornando alla giurisprudenza nazionale, in un secondo caso – differente rispetto al caso principale oggetto d'esame in quanto mancava un provvedimento di risoluzione di un precedente contratto di appalto intercorso con l'operatore economico – il giudice amministrativo aveva affrontato nuovamente la questione.

Il Consiglio di Stato⁴⁷, con l'intenzione di chiarire il quadro giuridico sotteso all'istituto, aveva fornito delle ulteriori precisazioni utili al fine di interpretare correttamente la locuzione "gravi illeciti professionali".

In prima battuta disponeva che l'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nella lettera c) dell'art. 80 fosse meramente esemplificativa⁴⁸.

⁴⁴ Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 20 dicembre 2017, causa C-178/16 – Pres. T. von Danwitz – Rel. E. Juhász.

⁴⁵ La circostanza che questa disposizione non fosse stata menzionata dal giudice del rinvio non ne impediva la valutazione: alla Corte, infatti, spettava fornire "tutti gli elementi di interpretazione che possono essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni". Per una disamina esaustiva della sentenza della CGUE si veda COZZIO M., "La condanna non definitiva quale causa di esclusione dalle gare", in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2018.

⁴⁶ Corte di Giustizia UE, Sez. V, 11 dicembre 2014, C-440/13.

⁴⁷ Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299. Per un commento si veda A. ANGELETTI, M. PROTTO, "I "gravi illeciti professionali" dell'operatore economico come elenco esemplificativo", in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2018.

⁴⁸ Si rammenta che già *ab origine*, nel parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 21 marzo 2016, n. 855, il Consiglio di Stato aveva previsto la esemplificatività dell'elencazione dei gravi illeciti professionali, suggerendo la sostituzione della locuzione "tra questi

In seconda battuta statuiva che l'elencazione aveva lo scopo di "*alleggerire l'onere della stazione appaltante di fornire la dimostrazione «con mezzi adeguati»*".

Ancora, vi era obbligo di esclusione dalla gara ogni qualvolta la sussistenza e la gravità dell'inadempimento o del ritardo ovvero del comportamento scorretto avessero prodotto gli effetti tipizzati dalla norma⁴⁹.

Costituiva infatti "*mezzo adeguato*" di dimostrazione anche il provvedimento esecutivo di risoluzione o di risarcimento non ancora passato in giudicato.

Infine, il Collegio aveva disposto che la Stazione appaltante poteva⁵⁰ escludere un operatore economico anche per gravi inadempimenti non riconducibili a quelle tipizzate⁵¹, ossia anche se non aveva prodotto effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati, che, però fossero qualificabili come "gravi illeciti professionali" e per questo fossero ostative alla partecipazione alla gara perché rendevano dubbie l'integrità e l'affidabilità⁵² del concorrente.

La stazione appaltante – quando escludeva dalla partecipazione alla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito

rientrand' con la locuzione "*tra questi, a titolo esemplificativo, rientrano*". Ciò al fine di armonizzare tale causa di esclusione con quella contemplata dalla Direttiva 2014/24/UE all'art. 57, par. 4, lett. g). Si noti come, ad oggi, l'attività del giudice amministrativo sia quella di "indirizzare" la norma secondo un orientamento già proposto in passato.

⁴⁹ A tal proposito, anche nelle "*Linee guida n. 6, di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*" dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, aggiornate all'11 aprile 2017, al punto 2.2.1.1. si leggeva che costituiva mezzo adeguato di dimostrazione – da valutarsi a cura della Stazione appaltante, ma non automaticamente escludente – anche il provvedimento esecutivo di risoluzione o di risarcimento, prima che esso fosse passato in giudicato. In dottrina si veda R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le Linee Guida anac sui gravi illeciti professionali*, in *GiustAmm.it*, n. 2/2017.

⁵⁰ Il riconoscimento della possibilità in capo alla Stazione appaltante di godere di ampia discrezionalità – che incontra un limite solamente in una adeguata motivazione – nell'escludere un operatore economico del quale si ritiene dubbia l'integrità ai fini partecipativi alla gara, si ravvisava anche nel parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 25 settembre 2017 n. 2042, nel quale si leggeva che "*l'ipotesi di esclusione per «grave illecito professionale», di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), richiede che la sussistenza del presupposto in presenza del quale deve essere disposta l'esclusione debba essere valutato dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità*".

⁵¹ Anche le Linee guida n. 6, al punto 2.2.1.2, ammettevano che le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto "*rilevano anche se singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali*".

⁵² Sullo scopo della norma di assicurare operatori economici integri e affidabili *cf.* TAR Sicilia – Palermo, Sez. III, 11 aprile 2018, n. 873; Id., Catania, Sez. I, 6 aprile 2018, n. 712; TAR Abruzzo – L'Aquila, Sez. I, 13 aprile 2018, n. 134; TAR Puglia – Bari, Sez. I, 13 aprile 2018, n. 562; TAR Lazio – Roma, Sez. I, 26 marzo 2018, n. 122; Id. Napoli, Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 703 richiamata da TAR Campania – Napoli, Sez. VIII, 21 febbraio 2018, n. 1146; Id Salerno, Sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10.

professionale non compreso nell'elenco dell'art. 80 – doveva però adeguatamente motivare l'esercizio di tale discrezionalità che, è bene ribadirlo, concerneva la gravità dell'illecito e non la conseguenza dell'esclusione, che interviene se l'illecito è considerato grave⁵³.

La motivazione del provvedimento espulsivo assumeva dunque una rilevanza dirimente al cui interno la configurazione delle fattispecie di illeciti professionali e dei loro effetti tipizzati dal legislatore potevano fornire un ausilio probatorio per la dimostrazione della gravità e della relativa portata escludente dell'illecito⁵⁴.

6. La sentenza della Corte di Giustizia UE n. 41/18.

La Corte di Giustizia, pronunciandosi sull'annosa questione dopo oltre un anno dalla rimessione del TAR Campania, ha statuito che *"l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce"*⁵⁵.

Convenendo con le osservazioni espletate dal giudice rimettente, la Corte di Giustizia UE ha in primo luogo ricordato che la Direttiva 2014/24 restringe inevitabilmente il potere discrezionale degli Stati membri che non è assoluto, per cui dopo che questi avevano deciso di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla norma, avrebbero dovuto rispettarne gli elementi essenziali, essendo concessa tutt'al più una specificazione delle condizioni di applicazione della norma nazionale recepita nel rispetto del diritto dell'Unione.

⁵³ Dello stesso avviso non è il TAR Lazio – Roma, Sez. III-*quater*, 2 maggio 2018, n. 4793, il quale riteneva che l'elencazione dei motivi di esclusione per gravi illeciti professionali non fosse integrabile oltre quanto previsto dalla norma. Infatti, il Collegio riteneva che qualora non fosse ricorso alcuno dei casi previsti dalla norma non era dato invocare alcuna facoltà della P.A. di dimostrare *aliunde* l'inaffidabilità dell'impresa (con questa interpretazione tassativa dell'elencazione conviene anche TAR Campania – Salerno, Sez. I, 28 marzo 2018, n. 466). Il giudice capitolino compiva un'inversione di marcia ambigua in quanto la Sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119, non contemplava un numero chiuso di illeciti professionali, ma disegnava una fattispecie aperta contenente una elencazione avente chiara natura esemplificativa. Sul punto si veda anche A. NICODEMO, *"Gravi illeciti professionali, tutto cambia affinché nulla cambi"*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2019.

⁵⁴ In questi termini, A.G. PIETROSANTI, *"Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50,2016"*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 4/2018.

⁵⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. IV, 19 giugno 2019, n. 41/18.

Del resto, l'art. 57, paragrafo 4, della Direttiva 2014/24 stabilisce che il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di gara spetta alle amministrazioni aggiudicatrici (e non al giudice nazionale) le quali dovrebbero avere la facoltà di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti in qualsiasi momento della procedura, e non solo dopo che un organo giurisdizionale si sia pronunciato con una sentenza⁵⁶.

Tutto ciò, ad avviso della CGUE, costituisce un ulteriore indizio della volontà del legislatore dell'Unione di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le dovute valutazioni sugli atti compiuti e sui comportamenti tenuti da un operatore economico prima o durante la procedura di aggiudicazione di una gara d'appalto.

Di talché, verrebbe in rilievo anche un violazione del principio di proporzionalità, qualora le amministrazioni aggiudicatrici dovessero essere automaticamente vincolate da valutazioni effettuate da terzi.

In secondo luogo, il giudice europeo si concentra sulle misure di *self cleaning*, sottolineando che la norma nazionale (come allora prevista) non incoraggiava un aggiudicatario nei cui confronti era stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie.

L'art. 57, paragrafo 6 prevede infatti il meccanismo delle misure riparatorie, che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, ai quali è concesso fornire prove al fine di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione.

7. Conclusioni.

In conclusione, sembra emergere come per un verso il legislatore – anche attraverso il D.L. "Semplificazioni" prima, ed il D.L. "Sblocca Cantieri" poi – abbia tentato di tipizzare le condotte riferite ai gravi illeciti professionali, mentre per altro verso la giurisprudenza abbia tentato un approccio volto a salvaguardare taluni margini di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti.

Nemmeno l'intervento delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC aveva apportato un cambiamento significativo in ragione della loro natura non vincolante⁵⁷.

⁵⁶ F. BEVILACQUA, "Nessuna esclusione dalla gara per "grave illecito professionale" se il precedente inadempimento è incolpevole", cit., afferma infatti che la stazione appaltante deve restare legittimata a disporre l'esclusione dopo una autonoma valutazione e laddove ritenga la circostanza sintomatica dell'inaffidabilità dell'operatore economico.

⁵⁷ Secondo A. AMORE, "Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità", in *Urbanistica e appalti*, 2017, le linee guida avrebbero carattere cogente in quanto il disposto di cui all'art. 80 del Codice dei contratti non sarebbe esaustivo. Secondo altra parte della dottrina, l'ANAC con le proprie linee guida n. 6 avrebbe esteso

Ancora teso sembra essere il rapporto dicotomico tra il principio del *favor participationis*, nell'ottica di una presunta fiducia nei confronti dell'operato delle amministrazioni e degli operatori economici, ed il carattere inquisitorio delle stazioni appaltanti, tale da costituire una presunzione di colpevolezza in danno degli operatori economici.

Proprio per tali ragioni, lo spunto relativo al *self cleaning* offerto dalla Corte di Giustizia, si presterebbe ad essere la miglior soluzione, garantendo un equo bilanciamento tra l'interesse degli operatori economici a concorrere nelle procedure ad evidenza pubblica e l'interesse delle pubbliche amministrazioni a non contrattare con operatori privi dei requisiti generali di moralità.

Pertanto, sarebbe auspicabile introdurre e tipizzare una breve parentesi incidentale nel corso della procedura di gara, nella quale un operatore economico che si trovi in una delle cause di esclusione facoltativa possa avere la facoltà di dimostrare adeguatamente di aver adottato ogni misura volta a garantirne l'affidabilità. Solo ove la stazione appaltante ritenga che le prove siano sufficienti, l'operatore economico sarà ammesso alle successive fasi della gara⁵⁸. Una soluzione di questo segno è stata introdotta dalla recente giurisprudenza, la quale ha individuato il termine di presentazione delle offerte quale termine per adottare e rendere note alla stazione appaltante le misure di *self cleaning*, e ciò al fine di non ledere il principio di *par condicio* degli altri concorrenti. La giurisprudenza precisa, invero, che l'operatore possa adottare, prima della

l'ambito applicativo del "grave illecito professionale" ai soggetti di cui all'art. 80, comma 3 del Codice dei contratti pubblici. Ciò comporterebbe da un lato un contrasto con il divieto di "gold plating", in quanto aggrava gli oneri dichiarativi dei partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica, e dall'altro vi sarebbe un contrasto con i principi di parità di trattamento e trasparenza di matrice europea, in quanto si tratterebbe di una disposizione non prevista dal legislatore, ma rimessa alle mutevoli determinazioni del *soft law*. Per tale ricostruzione si veda S. CALDARELLI, "L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"", in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2019. In merito a tale ricostruzione, tuttavia si ritiene che non sia contemplabile una fattispecie di violazione di *gold plating* ad opera di un atto "regolatorio" privo di valenza vincolante. La stessa Autorità in un documento di consultazione inviato al Consiglio di Stato in sede di aggiornamento delle linee guida al correttivo del 2017, aveva ricordato che "l'Autorità intende fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Ciò nell'ottica di assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici".

⁵⁸ L'art. 57, paragrafo 6, della Direttiva 2014/24/UE recita: "Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto".

presentazione dell'offerta, solo le misure organizzative lievi, mentre per quelle più virtuose l'operatività inciderà *pro futuro*⁵⁹.

Nella formulazione originaria della norma infatti, si assisteva alla paradossale soccombenza dell'interesse pubblico dinanzi alla certezza della circostanza penale, per cui l'operato delle stazioni appaltanti sarebbe dovuto essere necessariamente subordinato alla pronuncia del giudice penale per evitare di incorrere in responsabilità precontrattuale.

La soluzione sopra descritta consentirebbe agli operatori economici di esercitare il *self cleaning* e, alle stazioni appaltanti, di decidere discrezionalmente circa la partecipazione e prosecuzione di taluni operatori alla gara, annullando la paradossale soccombenza dell'interesse pubblico rispetto alla certezza della pena.

⁵⁹ Un consolidato orientamento giurisprudenziale statuisce che "il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di *self-cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte (posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alternativa della *par condicio* dei concorrenti", non assumendo perciò alcun rilievo gli stati soggettivi di buona o malafede, di conoscenza o ignoranza della causa di esclusione da parte dell'operatore economico (al quale resta imputabile, quanto meno, la violazione di un obbligo di diligenza): deve perciò ribadirsi l'operatività solo *pro futuro* delle misure organizzative virtuose, relativamente alle gare indette successivamente alla loro adozione". Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6016; Id., 17 settembre 2018, n. 5424.

Il piano di riequilibrio pluriennale negli enti locali alla luce del decreto crescita n. 34 del 2019.

di Carmela INCARNATO*

SOMMARIO: **1.** Lo squilibrio finanziario degli enti locali e il piano di riequilibrio pluriennale. **2.** Il decreto-legge n. 34 del 2019 (c.d. decreto crescita) alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n.18/2019. **3.** La procedura di riequilibrio pluriennale. **4.**Conclusioni

ABSTRACT: The study conducted here analyzes the instrument of the multi-year financial rebalancing plan, used by local authorities in pre-instability. The work then analyzes the rules introduced by law decree n. 34/2019, aimed at stabilizing the economic and financial situation of local authorities following the judgment of the judge of laws n. 18/2019, which declared paragraph 714 of art. 1, of the law n. 208/2015.

1. Lo squilibrio finanziario degli enti locali e il piano di riequilibrio pluriennale

L'art. 81, comma 6, Costituzione¹, stabilisce per gli Enti territoriali il c.d. equilibrio di bilancio.

La legge di bilancio del 2017 aveva introdotto in via definitiva la regola in base alla quale i bilanci si considerano in equilibrio quando, nella fase di previsione e di rendiconto, "consequono un saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali (titoli 1-2-3-4-5 degli schemi di bilancio del d.lgs. n. 118/2011) e le spese finali" (titoli 1-2-3)².

*Dottoressa in Giurisprudenza, con un Master di II livello in Organizzazione, Management, E-government delle Pubbliche Amministrazioni.

¹ L'art 81, comma 6, Cost., così recita: "Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale".

² Art. 9, commi 1 e 1-bis (Capo IV, "Equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali e concorso dei medesimi enti alla sostenibilità del debito pubblico"), della legge rinforzata n. 243/2012, recante le disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, sesto comma della Costituzione (Art. 9, "Equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali: "1. I bilanci delle regioni, dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle province autonome di Trento e di Bolzano si considerano in equilibrio quando, sia nella fase di previsione che di rendiconto, conseguono un saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali, come eventualmente modificato ai sensi dell'articolo 10. 1-bis. Ai fini dell'applicazione del comma 1, le entrate finali sono quelle ascrivibili ai titoli 1, 2, 3, 4 e 5 dello schema di bilancio previsto dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e le spese finali sono quelle ascrivibili ai titoli 1, 2 e 3 del medesimo schema di bilancio. Per gli anni 2017-2019, con la legge di bilancio, compatibilmente con gli obiettivi di finanza pubblica e su base triennale, è

Tale regola è stata però superata dai commi 819 a 826 dell'articolo 1 della Legge di bilancio n. 145/2018 (Legge di bilancio per l'anno 2019)³. Infatti tale legge ha stabilito che a partire dall'anno 2021, al fine di assicurare l'equilibrio di bilancio, tutte le regioni, province autonome e gli enti locali potranno avvalersi del risultato di amministrazione e del fondo pluriennale vincolato di entrata e di spesa: pertanto, già nella fase previsionale il vincolo di finanza pubblica coinciderà con gli equilibri ordinari, secondo la combinata disciplina del Testo Unico degli Enti Locali e del D.lgs. 118/2011, e quindi non ci sarà più l'ulteriore limite del saldo finale di competenza non negativo: questo perché i bilanci si considereranno "in equilibrio in presenza di un risultato di competenza non negativo", desunto "dal prospetto della verifica degli equilibri allegato al rendiconto"⁴.

Nel caso di Enti che presentino condizioni di bilancio strutturalmente deficitarie, ovvero i cui bilanci presentino gravi ed incontrovertibili condizioni di squilibrio - i cui parametri sono rilevabili in apposite tabella⁵, che devono essere allegati al rendiconto di gestione⁶, gli Enti possono far ricorso agli strumenti di riequilibrio finanziario previsti dal Testo Unico degli Enti Locali⁷.

prevista l'introduzione del fondo pluriennale vincolato, di entrata e di spesa. A decorrere dall'esercizio 2020, tra le entrate e le spese finali è incluso il fondo pluriennale vincolato di entrata e di spesa, finanziato dalle entrate finali").

³ Gazzetta ufficiale, Serie Generale n. 302, del 31 dicembre 2018: "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021".

⁴ Camera dei deputati, Servizio Studi, "L'equilibrio dei bilanci di regioni ed enti locali", 19 febbraio 2018.

⁵ Con decreto del Ministro dell'interno di natura non regolamentare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono fissati i parametri obiettivi, nonché le modalità per la compilazione della tabella di cui al comma 1 Decreto interministeriale Interno e Mef 28 dicembre 2018 sono stati definiti nuovi parametri di deficitarietà strutturale per il triennio 2019/2021, ai sensi del dell'art. 242, comma 2, del D. Lgs. n. 257/2000.

⁶ Il rendiconto di gestione e' quello relativo al penultimo esercizio precedente quello di riferimento.

⁷ *www.contabilita-pubblica.it*, Lo squilibrio finanziario strutturale apre la strada a tre possibili procedure: quella di riequilibrio ex art. 243-bis, detta anche di pre-dissesto; quella del dissesto (artt. 244 e 246 Tuel) e quella del c.d. dissesto guidato. Tant'è che la Corte dei Conti, nella delibera di approvazione delle "Linee guida per l'esame del piano riequilibrio finanziario pluriennale e per la valutazione della sua congruenza", ha precisato che "La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, disciplinata dai nuovi articoli 243-bis, ter e quater, del TUEL, si inserisce, quindi, in un sistema in cui sono prefigurate in una graduata articolazione, le situazioni di precarietà delle gestioni amministrative ed in parallelo i rimedi per farvi fronte. Le misure previste prendono le mosse da quelle per il ripiano dei debiti nonché dell'eventuale avanzo di amministrazione e da quelle necessarie per il ripristino del pareggio, laddove si prevedono disavanzi di gestione o di amministrazione per squilibri della gestione di competenza o dei residui. Di maggiore spessore sono gli interventi previsti per le condizioni di deficitarietà strutturale e ancor più quelli in tema di dissesto. In tale sistema articolato e tendenzialmente completo si è, quindi, inserita la procedura del cosiddetto dissesto guidato di cui all'art. 6, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149 che, prima dell'ultimo intervento normativo, rappresentava il rimedio di chiusura di un sistema di salvaguardia delle gestioni degli enti locali (...) Il legislatore si dimostra ben avvertito della sostanziale prossimità delle situazioni regolate dal novellato art. 243 TUEL, rispetto a quelle

Lo squilibrio finanziario è dovuto all'impossibilità per Enti di poter far fronte alle proprie obbligazioni e ciò per la mancanza di risorse effettive a copertura della spesa (solitamente è dovuta ad una totale mancanza di liquidità).

Lo squilibrio strutturale si ha invece quando il deficit – da disavanzo di amministrazione o da debiti fuori bilancio – va oltre le ordinarie capacità di bilancio e richiede mezzi ulteriori in termini ad esempio di fonti di finanziamento e di dilazione delle passività.

In particolare, il D. Lgs. n. 267/00, agli artt. 243bis (*Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali*), 243ter (*Esame del piano di riequilibrio finanziario pluriennale e controllo sulla relativa attuazione*), 243quater e 243sexies (*Pagamento dei debiti*), disciplina, per i Comuni e le Province con squilibri strutturali del bilancio, in condizioni di pre-dissesto, la possibilità di aderire ad un'apposita "procedura di riequilibrio finanziario pluriennale"⁸, al fine di evitare il crearsi delle condizioni di squilibri strutturali del bilancio in grado di provocare il dissesto finanziario, di cui all'art. 244 del TUEL⁹. L'art. 243 bis, comma 1, stabilisce infatti la possibilità per gli enti locali, che si trovano in situazioni di deficit strutturali di bilancio tali da poter provocare il dissesto finanziario, di poter ricorrere allo strumento del piano di riequilibrio finanziario pluriennale¹⁰.

che conducono al dissesto, tanto che vengono introdotte disposizioni tese a regolare l'eventuale coesistenza delle due procedure. Il ricorso al piano di riequilibrio è, infatti, precluso qualora la sezione regionale di controllo abbia già assegnato il termine per l'adozione delle misure correttive, nel corso della procedura ex art. 6, comma 2, d.lgs. n. 149/2011".

⁸ Il Decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, "Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012", con l'art. 3, comma 1, lettera r), ha inserito, nel Titolo VIII – Enti locali deficitari o dissestati – del D. Lgs. 267 del 18 agosto 2000, Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali (TUEL), l'art. 243-bis che prevede la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale.

⁹ Un Comune è in **dissesto** finanziario quando "non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili" oppure quando "esistono nei confronti dell'ente locale crediti di cui non si possa far validamente fronte". La dichiarazione di dissesto da parte dell'ente, pertanto, equivale ad una dichiarazione d'insolvenza "che pone l'ente stesso in una condizione di limitata capacità di agire e di parziale delegittimazione degli organi" - M. Fratini, "Contabilità di Stato", Nel diritto editore, Roma, 2017, pag. 236.

¹⁰ www.normattiva.it: L'articolo su citato infatti stabilisce che: "I comuni e le province per i quali, anche in considerazione delle pronunce delle competenti sezioni regionali della Corte dei Conti sui bilanci degli enti, sussistano squilibri strutturali del bilancio in grado di provocare il dissesto finanziario possono ricorrere, con deliberazione consiliare, alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale".

La procedura qui in esame può essere intrapresa soltanto qualora le misure individuate dagli artt. 193¹¹ (*Salvaguardia degli equilibri di bilancio*) e 194¹² (*Riconoscimento di legittimità dei debiti fuori bilancio*) non risultino adeguate ad affrontare con successo la situazione di squilibrio finanziario¹³, e qualora non sia

¹¹ L'articolo 193, TUEL, rubricato "Salvaguardia degli equilibri di bilancio" stabilisce che "1) Gli enti locali rispettano durante la gestione e nelle variazioni di bilancio il pareggio finanziario e tutti gli equilibri stabiliti in bilancio per la copertura delle spese correnti e per il finanziamento degli investimenti, secondo le norme contabili recate dal presente testo unico, con particolare riferimento agli equilibri di competenza e di cassa di cui all'art. 162, comma 6. 2) Con periodicità stabilita dal regolamento di contabilità dell'ente locale, e comunque almeno una volta entro il 31 luglio di ciascun anno, l'organo consiliare provvede con delibera a dare atto del permanere degli equilibri generali di bilancio o, in caso di accertamento negativo ad adottare, contestualmente: a) le misure necessarie a ripristinare il pareggio qualora i dati della gestione finanziaria facciano prevedere un disavanzo, di gestione o di amministrazione, per squilibrio della gestione di competenza, di cassa ovvero della gestione dei residui; b) i provvedimenti per il ripiano degli eventuali debiti di cui all'art. 194; c) le iniziative necessarie ad adeguare il fondo crediti di dubbia esigibilità accantonato nel risultato di amministrazione in caso di gravi squilibri riguardanti la gestione dei residui. La deliberazione è allegata, al rendiconto dell'esercizio relativo. 3) Ai fini del comma 2, fermo restando quanto stabilito dall'art. 194, comma 2, possono essere utilizzate per l'anno in corso e per i due successivi le possibili economie di spesa e tutte le entrate, ad eccezione di quelle provenienti dall'assunzione di prestiti e di quelle con specifico vincolo di destinazione, nonché i proventi derivanti da alienazione di beni patrimoniali disponibili e da altre entrate in c/capitale con riferimento a squilibri di parte capitale. Ove non possa provvedersi con le modalità sopra indicate è possibile impiegare la quota libera del risultato di amministrazione. Per il ripristino degli equilibri di bilancio e in deroga all'art. 1, comma 169, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, l'ente può modificare le tariffe e le aliquote relative ai tributi di propria competenza entro la data di cui al comma 2. 4) La mancata adozione, da parte dell'ente, dei provvedimenti di riequilibrio previsti dal presente articolo è equiparata ad ogni effetto alla mancata approvazione del bilancio di previsione di cui all'articolo 141, con applicazione della procedura prevista dal comma 2 del medesimo articolo.

¹² L'art 194 TUEL stabilisce che "1) Con deliberazione consiliare di cui all'articolo 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da: a) sentenze esecutive; b) copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'articolo 114 ed il disavanzo derivi da fatti di gestione; c) ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali; d) procedure espropriative o di occupazione d'urgenza per opere di pubblica utilità; e) acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 191, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza. 2) Per il pagamento, l'ente può provvedere anche mediante un piano di rateizzazione, della durata di tre anni finanziari compreso quello in corso, convenuto con i creditori. 3) Per il finanziamento delle spese suddette, ove non possa documentalmente provvedersi a norma dell'articolo 193, comma 3, l'ente locale può far ricorso a mutui ai sensi degli articoli 202 e seguenti. Nella relativa deliberazione consiliare viene dettagliatamente motivata l'impossibilità di utilizzare altre risorse.

¹³ Deliberazione n. 5/SEAUT/2018/INPR, "Linee guida per l'esame del piano di riequilibrio finanziario pluriennale e per la valutazione della sua congruenza (art. 243 quater, TUEL), "La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale ha come presupposto l'impossibilità per l'ente di ripristinare l'equilibrio di bilancio e dare copertura "credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria

decorso il termine assegnato dal prefetto al consiglio comunale per la dichiarazione di dissesto¹⁴ (comma 1, art 243 bis¹⁵) e la Corte dei conti non abbia assegnato un termine per l'adozione delle misure correttive (comma 3¹⁶).

La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale si pone come uno strumento straordinario, rappresentando un "tertiumgenus" rispetto alle due fattispecie previste dagli artt. 242, ovvero enti in condizioni strutturalmente deficitarie, e 244, enti in stato di dissesto, del Testo Unico degli Enti Locali¹⁷.

o irrazionale" (sentenze Corte Costituzionale n. 106 del 2011, n. 68 del 2011, n. 141 e n. 100 del 2010, n. 213 del 2008, n. 384 del 1991 e n. 1 del 1966) alla situazione debitoria complessiva fuori bilancio attraverso gli strumenti ordinariamente dagli artt. 193 e 194 TUEL", www.rivistacorteconti.it

¹⁴ La Corte dei Conti, nella sentenza n. 26 del 17 luglio 2014, ha infatti specificato che il ricorso alla procedura di riequilibrio "non può essere iniziata qualora sia decorso il termine assegnato dal Prefetto, con lettera notificata ai singoli consiglieri, per la deliberazione del dissesto, di cui all'articolo 6, co. 2, decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149".

¹⁵ "La predetta procedura non può essere iniziata qualora sia decorso il termine assegnato dal prefetto, con lettera notificata ai singoli consiglieri, per la deliberazione del dissesto, di cui all'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149".

¹⁶ "Il ricorso alla procedura di cui al presente articolo sospende temporaneamente la possibilità per la Corte dei Conti di assegnare, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149, il termine per l'adozione delle misure correttive di cui al comma 6, lettera a), del presente articolo."

¹⁷ La Corte dei Conti, con sentenza n. 20 del 12 luglio 2017, ha stabilito che "la procedura di riequilibrio finanziario è del tutto eccezionale e straordinaria, introdotta dal legislatore al fine di supportare i bilanci degli Enti locali in una contingenza dovuta alle difficoltà del ciclo economico avverso, il cui logico presupposto è dato dalla impossibilità per l'Ente di riequilibrare il proprio bilancio attraverso la procedura ordinaria (...). Si tratta di un tertiumgenus che si aggiunge alle fattispecie di cui agli articoli 242 (Enti in condizioni strutturalmente deficitarie) e 244 del TUEL (Enti in stato di dissesto) e che privilegia l'affidamento agli organi ordinari dell'Ente della gestione delle iniziative di risanamento (Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 16/SEZ/AUT/2012/INPR), che devono tuttavia, essere sottoposte ad un'attenta e costante vigilanza delle Sezioni regionali ai fini della verifica della piena sostenibilità delle misure indicate dal piano e dell'effettivo raggiungimento del risanamento dell'Ente (...) la situazione di evidente deficiarietà strutturale prossima al dissesto (cd predissesto), qualificata dall'impossibilità di operare la salvaguardia degli equilibri di bilancio, a fronte della quale l'obiettivo primario della procedura straordinaria deve individuarsi nell'attuazione di un graduale percorso di risanamento dell'ente atto a superare i predetti squilibri strutturali di bilancio. Infatti, l'unicum della procedura di riequilibrio sta proprio nella ritenuta possibilità di recuperare le condizioni di riequilibrio che si sono precarizzate nello sviluppo dell'attività programmatoria dell'Ente (Sezione delle autonomie, deliberazione n. 22/SEZ/2013/QMIG)"... "secondo la giurisprudenza di queste Sezioni riunite (sentenze n. 34/2014/EL; 3/2014/EL; 11/2014/EL; 25/2016/EL) il piano di riequilibrio, da preferirsi, ove – giova ripetere – lo stesso sia congruo, alla dichiarazione di dissesto, è uno strumento di pianificazione attraverso il quale non vengono posti vincoli di destinazione alle entrate, ma solo effettuate previsioni di medio-lungo periodo da valutarsi a cura della Sezione territoriale alla luce dei due parametri della congruità dell'obiettivo e di quella dei mezzi, di guisa che il piano è incongruente sia se si prefigge un obiettivo inferiore rispetto a quello necessario per il riequilibrio (c.d. incongruità dell'obiettivo), sia se le previsioni di entrata e dispesa in esso contenute, a legislazione vigente, e ritenute attendibili non consentono il raggiungimento dell'obiettivo (c.d. incongruità dei mezzi)".

Inoltre l'art. 243-bis individua due condizioni necessarie ai fini del ricorso alla procedura di riequilibrio pluriennale: la sussistenza di "squilibri strutturali in grado di provocare il dissesto finanziario" e "l'insufficienza delle misure di cui agli artt. 193 e 194 del TUEL", per il superamento delle condizioni di squilibrio rilevate.

Il piano di riequilibrio, per essere dichiarato ammissibile da parte dell'organo di controllo¹⁸, deve contenere una quantificazione esatta della situazione economico-finanziaria dell'ente e dell'esposizione debitoria, la puntuale identificazione dei fattori di squilibrio e il deficit di bilancio risultante dall'ultimo rendiconto approvato.

2. Il decreto-legge n. 34 del 2019 (c.d. decreto crescita) alla luce della sentenza della Corte Costituzionale.

La sentenza della Corte Costituzionale del 14 febbraio 2019, n. 18, ha dichiarato incostituzionale il comma 714, dell'art. 1, della Legge n. 208/2015, che consentiva agli Enti Locali di rimodulare o riformulare il proprio piano di riequilibrio entro il 31 maggio 2017, eliminando dall'importo totale delle passività da ripianare nell'arco temporale previsto dal Piano la quota di disavanzo risultante dalla "revisione straordinaria dei residui" strumentale alla predisposizione del Piano, così come previsto dall'art. 243-bis, comma 8, lett. e), del TUEL, per la sola quota di residui antecedenti al 1° gennaio 2015. Tale quota doveva essere ripianata seguendo le indicazioni individuate dal Decreto MEF del 2 aprile 2015 (in un arco temporale massimo trentennale)¹⁹.

Infatti, secondo la Corte Costituzionale, chiamata a giudicare sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Sezione regionale della Corte dei conti

¹⁸ Il controllo, ai sensi dell'art 243 quater, comma 7, TUEL, viene svolto dalla Corte dei Conti, Sezione competente, e l'attività di controllo può essere considerata a-tecnicamente di approvazione: tale approvazione in realtà non è altro che un **giudizio di omologazione** di un atto amministrativo, il quale è tecnicamente "approvato" solo dall'ente locale. La procedura infatti è avviata autonomamente dell'ente e questo al fine di valorizzare la responsabilità degli organi ordinari nell'assunzione delle iniziative per il risanamento.

¹⁹ Corte Costituzionale, 14 febbraio 2019 n° 18, in www.cortecostituzionale.it, Giudizio di legittimità Costituzionale, in via incidentale, promosso con ordinanza del 28 febbraio 2018 della Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Campania, che ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)", come sostituito dall'art. 1, comma 434, della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019), in riferimento agli artt. 81 e 97 della Costituzione, autonomamente e in combinato disposto con gli artt. 1, 2, 3 e 41 Cost., e agli artt. 24 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, nonché all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU firmato a Parigi il 20 marzo 1952 e ratificato con la stessa legge n. 848 del 1955.

per la Campania in merito alle disposizioni contenute nella legge di bilancio dell'anno 2017, l' utilizzo delle anticipazioni di liquidità da parte degli Enti locali per coprire il disavanzo, attraverso un ammortamento di tale somma in un arco temporale di trent'anni, determinerebbe una violazione dei principi costituzionali di bilancio, e in particolare, del principio di equilibrio dinamico, determinando per effetto, a causa della durata di trent'anni, una violazione del principio di responsabilità politica degli amministratori locali nei confronti dei propri cittadini e delle generazioni future, in quanto il relativo debito andrebbe ad influire soprattutto sulle successive gestioni amministrative²⁰.

La sentenza è di notevole importanza, sia perché ha stabilito alcuni principi fondamentali che il legislatore statale deve osservare in tema di contabilità pubblica, affinché vengano rispettati i vincoli costituzionali in materia, sia perché riconosce alle sezioni regionali della Corte dei Conti la legittimazione a rivolgersi alla Corte Costituzionale nell'ambito della propria attività di controllo di regolarità dei bilanci degli enti locali.

Il clima di incertezza per gli enti locali determinato dalla sentenza in questione ha imposto un intervento del legislatore, che ha portato all'emanazione del decreto crescita n. 34/2019 (A.S. 1354), convertito in legge, n. 58 del 2019²¹.

La legge di conversione²² ha introdotto una serie di norme – per essere puntuali sono stati aggiunti ben nove commi all'art 38 - volti a risolvere appunto i problemi derivanti dalla presentazione dei piani di riequilibrio degli enti che avevano rimodulato o riformulato i loro piani ai sensi del comma dichiarato incostituzionale, affinché possano beneficiare delle nuove scadenze individuate dalla legge stessa.

Le norme introdotte dalla legge di conversione²³, oltre a stabilizzare la situazione finanziaria dei comuni che a seguito della sentenza della Corte Costituzionale su citata rischiavano di dover ricorrere alla procedura di dissesto, detta misure volte alla salvaguardia dei Comuni più grandi, soggetti in maggior misura a squilibri finanziari.

²⁰ La Corte costituzionale con la sentenza qui esaminata ha dichiarato che vi è *"la tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii, finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale"*.

²¹ Decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 100 del 30 aprile 2019), coordinato con la legge di conversione 28 giugno 2019, n. 58, recante: «Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi.». (19A04303) (GU Serie Generale n.151 del 29-06-2019 - Suppl. Ordinario n. 26).

²² Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 28 giugno 2019, n. 58 (in S.O. n. 26, relativo alla G.U. 29/06/2019, n. 151).

²³ Legge 28 giugno 2019, n. 58 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, recante misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi. (19G00066) (GU Serie Generale n.151 del 29-06-2019 - Suppl. Ordinario n. 26), entrata in vigore del provvedimento: 30/06/2019.

Esaminando nello specifico, si può rilevare come la legge di conversione abbia innanzitutto previsto, ai commi 1 septies, 1 octies e 1 decies, la possibilità di poter godere di contributi derivanti dall'istituzione di un fondo, il "Fondo per il concorso al pagamento del debito dei comuni capoluogo delle città metropolitane", istituito nello stato di previsione del Ministero dell'interno, nonché di poter usufruire di uno specifico contributo per il pagamento delle rate in scadenza dei mutui contratti per spese di investimento.

Ancora, i comuni con popolazione superiore a 60.000 abitanti che hanno dichiarato, in data successiva al 1° gennaio 2012, lo stato di dissesto finanziario e che successivamente hanno deliberato la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, ai sensi dell'articolo 243-bis, al fine di assicurare il ripiano delle passività, sono autorizzati a ridurre gli importi dei contratti in essere, nonché di quelli relativi a procedure di affidamento per cui sia già intervenuta l'aggiudicazione, anche provvisoria, aventi ad oggetto l'acquisto o la fornitura di beni e servizi, nella misura del 5%, per tutta la durata residua dei contratti medesimi²⁴.

E', inoltre, previsto, attraverso una modifica dell'art. 222 del T.U. Enti locali, un ampliamento temporale dell'utilizzo delle anticipazioni di tesoreria per gli enti in dissesto economico – finanziario, con la possibilità adesso di utilizzare i 5/12 – in precedenza soltanto i 3/12 - delle entrate accertate nel penultimo rendiconto approvato fino alla raggiungimento dell'equilibrio e comunque non oltre cinque anni dalla dichiarazione di dissesto (prima era previsto il limite temporale di sei mesi) (comma 1-duodecies).

Infine, vien modificato, con il comma 1 - terdecies, il comma 5 bis dell'art 243 bis TUEL. La durata dei piani di riequilibrio deve essere determinata in base al rapporto tra il deficit da ripianare e l'ammontare degli impegni individuati dal titolo I della spesa secondo i seguenti parametri:

- nel caso in cui il rapporto passività e impegni di cui al titolo I non supera il 20%, la durata massima del piano di riequilibrio finanziario pluriennale è di 4 anni;
- nel caso in cui il rapporto è compreso tra il 21 % e il 60%, la dura massima del piano di riequilibrio è di 10 anni;
- nel caso in cui il rapporto è ricompreso tra il 61% e il 100% per i comuni fino a 60.000 abitanti la durata massima del piano di riequilibrio è di 15 anni;
- nel caso in cui il rapporto è oltre il 60 per cento per i comuni con popolazione superiore a 60.000 abitanti e oltre il 100 per cento per tutti gli altri comuni, la durata massima del piano di riequilibrio finanziario è di 20 anni.

²⁴ Le parti, ai sensi dell'art. 38, comma 1 undecies, della legge di conversione, hanno facoltà di rinegoziare il contenuto dei contratti, in funzione della riduzione del 5%. I contraenti hanno anche la possibilità di recedere dal contratto, entro trenta giorni dalla comunicazione della manifestazione di volontà di operare la riduzione, senza alcuna penalità da recesso verso l'amministrazione. Il recesso deve essere comunicato all'amministrazione e ha effetto decorsi trenta giorni dal ricevimento della relativa comunicazione da parte di quest'ultima.

3. La procedura di riequilibrio pluriennale

Tutta la procedura di approvazione e applicazione del piano di riequilibrio finanziario pluriennale è sancita da termini perentori, e ciò in vista della tutela del c.d. bene pubblico bilancio²⁵.

Nell'ipotesi di sussistenza delle condizioni individuate dall'art. 243 bis TUEL, il Consiglio dell'ente che versa in condizioni deficitarie può ricorrere, con una delibera, alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale: dalla data di esecutività della delibera²⁶ adottata, il Consiglio ha cinque giorni per inviarla alla competente sezione regionale della Corte dei Conti e al Ministero dell'interno, e novanta²⁷ giorni per deliberare il piano di riequilibrio, la cui durata può variare dai quattro ai vent'anni, allegando la relazione favorevole dell'organo di revisione economica – finanziaria dell'ente stesso.

La formazione del piano di riequilibrio si compone di tre fasi: innanzitutto, devono essere individuati i fattori che hanno comportato lo squilibrio, insieme alla determinazione del disavanzo e all'individuazione dei debiti fuori bilancio; devono essere individuate tutte le misure idonee a eliminare la situazione di squilibrio, con indicazione precisa e puntuale dei tempi di risanamento del debito; e infine, devono essere individuate tutte le risorse economiche, quali entrate proprie, indebitamento e accesso ai fondo di rotazione, per il pagamento dei relativi debiti (art 243 sexies).

²⁵ Marcello Degni, Paolo De Ioanna, *"Il bilancio è un bene pubblico. Potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato"*, 2017, caste vecchio editore.

²⁶ Art. 134 TUEL, rubricato *"Esecutività delle deliberazioni"*, stabilisce che "1. La deliberazione soggetta al controllo necessario di legittimità deve essere trasmessa a pena di decadenza entro il quinto giorno successivo all'adozione. Essa diventa esecutiva se entro 30 giorni dalla trasmissione della stessa il comitato regionale di controllo non trasmetta all'ente interessato un provvedimento motivato di annullamento. Le deliberazioni diventano comunque esecutive qualora prima del decorso dello stesso termine il comitato regionale di controllo dia comunicazione di non aver riscontrato vizi di legittimità. 2. Nel caso delle deliberazioni soggette a controllo eventuale la richiesta di controllo sospende l'esecutività delle stesse fino all'avvenuto esito del controllo. 3. Le deliberazioni non soggette a controllo necessario o non sottoposte a controllo eventuale diventano esecutive dopo il decimo giorno dalla pubblicazione. 4. Nel caso di urgenza le deliberazioni del consiglio o della giunta possono essere dichiarate immediatamente eseguibili con il voto espresso dalla maggioranza dei componenti" (Art. 124 TUEL, Pubblicazione delle deliberazioni, stabilisce infatti che: "1. Tutte le deliberazioni del comune e della provincia sono pubblicate mediante pubblicazione all'albo pretorio, nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo specifiche disposizioni di legge").

²⁷ www.corteconti.it, La Corte dei Conti, riunita in sede giurisdizionale in speciale composizione, con la Sentenza n. 49/2017/EL, depositata in data 21/12/2017, ha infatti affermato che il dies a quo, dal quale inizia a decorrere il termine perentorio dei novanta giorni, ai fini della presentazione del piano di riequilibrio, non coincide con la data della pubblicazione della delibera, come pure correttamente dispone l'art. 124 TUEL in relazione ad ipotesi di ordinaria operatività, bensì con il giorno della dichiarazione dell'esecutività della deliberazione, ai sensi dell'art. 134, TUEL.

Nell'ipotesi di nuove elezioni amministrative per l'ente locale, la delibera adottata dalla precedente amministrazione, nel caso in cui la competente sezione della Corte dei Conti non si è ancora espressa (comma 3 dell'art. 243 quater), può essere rimodulata dalla nuova amministrazione entro il termine di sessanta giorni dalla sottoscrizione della relazione di inizio mandato, ai sensi dell'art.4 bis, comma 2, del decreto legislativo n. 149/2011 (comma 5, art 243 bis).

L'Amministrazione, a questo punto, entro dieci giorni²⁸ dalla deliberazione del piano di riequilibrio, invia tale documento sia alla sezione Regionale di controllo della Corte dei conti, per l'approvazione, sia alla Commissione per la stabilità finanziaria degli enti locali²⁹, per il parere circa la veridicità e attendibilità delle misure adottate nel documento: infatti, quest'ultima, redige, a seguito di attività istruttoria, in un termine non superiore ai sessanta giorni, una relazione circa la sostenibilità delle misure, trasmettendola alla sezione regionale di controllo della

²⁸ Il termine di 10 giorni per la produzione del Piano alla Sezione regionale di controllo non è perentorio *"ragion per cui se il piano è deliberato nei termini, ma presentato oltre i termini, non incorre effetto sanzionatorio"* (Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 11/2013/INPR). La non perentorietà del termine, così come affermato dalla Sezione delle Autonomie, è collegata alla modifica dell'art. 243-quater, comma 1 operata dal decreto legge 8 aprile 2013, n. 35, convertito con modificazioni dalla legge 6 giugno 2013, n. 64, che ha escluso il coinvolgimento diretto della Corte dei conti nella fase istruttoria, interamente devoluta alla Commissione per la stabilità finanziaria degli enti locali operante presso il Ministero dell'interno: infatti, con delibera del 13 settembre 2013, n. 22, ha affermato che *"La separazione dei ruoli, compiti istruttori alla commissione e compiti decisori alla Sezione regionale di controllo, era presente già nella prima stesura della norma ma successivamente è stata rimarcata con l'esclusione, in fase istruttoria, della funzione propositiva della Sezione regionale verso la commissione. Esclusione, questa, operata dalle modifiche all'art. 243-quater TUEL introdotte dall'art. 10-ter del D.L. 35/2013, convertito dalla legge 64/2013 che ha eliminato dal testo della norma l'inciso concernente le possibili alla surricordata Commissione."*

²⁹ Art 155 bis, comma 1, TUEL *"Commissione per la stabilità finanziaria degli enti locali"*: 1. La Commissione per la stabilità finanziaria degli enti locali operante presso il Ministero dell'interno, già denominata Commissione di ricerca per la finanza locale, svolge i seguenti compiti: a) controllo centrale, da esercitare prioritariamente in relazione alla verifica della compatibilità finanziaria, sulle dotazioni organiche e sui provvedimenti di assunzione di personale degli enti dissestati e degli enti strutturalmente deficitari, ai sensi dell'articolo 243; b) parere da rendere al Ministro dell'interno sul provvedimento di approvazione o diniego del piano di estinzione delle passività, ai sensi dell'articolo 256, comma 7; c) proposta al Ministro dell'interno di misure straordinarie per il pagamento della massa passiva in caso di insufficienza delle risorse disponibili, ai sensi dell'articolo 256, comma 12; d) parere da rendere in merito all'assunzione del mutuo con la Cassa depositi e prestiti da parte dell'ente locale, ai sensi dell'articolo 255, comma 5; e) parere da rendere al Ministro dell'interno sul provvedimento di approvazione o diniego dell'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato, ai sensi dell'articolo 261; f) proposta al Ministro dell'interno di adozione delle misure necessarie per il risanamento dell'ente locale, a seguito del ricostituirsi di disavanzo di amministrazione o insorgenza di debiti fuori bilancio non ripianabili con i normali mezzi o mancato rispetto delle prescrizioni poste a carico dell'ente, ai sensi dell'articolo 268; g) parere da rendere al Ministro dell'interno sul provvedimento di sostituzione di tutto o parte dell'organo straordinario di liquidazione, ai sensi dell'articolo 254, comma 8; h) approvazione, previo esame, della rideterminazione della pianta organica dell'ente locale dissestato, ai sensi dell'articolo 259, comma 7".

Corte dei conti (comma 1 art. 243 quater), la quale, nei successivi trenta giorni, delibera sull'approvazione o diniego del piano³⁰, valutando a tal fine la congruenza delle misure adottate ai fini del riequilibrio.

Come chiarito dalla sentenza SS.RR. n. 34/2014/EL – e ribadito nella deliberazione della Corte dei Conti n. 30/2019/PRSP, *"i principi contabili degli enti locali annoverano tra i postulati del sistema di bilancio il [...] principio della congruità che "consiste nella verifica dell'adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini stabiliti" e che, con riferimento alle entrate e alle spese, va valutata "in relazione agli obiettivi programmati, agli andamenti storici ed al riflesso nel periodo degli impegni pluriennali"*.

Nel caso di approvazione del piano di riequilibrio, la Corte dei Conti, sezione competente, svolge un'attività di controllo e di vigilanza sull'esecuzione da parte dell'Ente del piano qui esaminato.

L'organo di revisione economico-finanziaria, per consentire tale controllo, trasmette all'organo di controllo, entro quindici giorni successivi alla scadenza di ciascun semestre, una relazione sullo stato di attuazione del piano e sul raggiungimento degli obiettivi intermedi fissati, nonché, entro il 31 gennaio dell'anno successivo all'ultimo di durata del piano, una relazione finale sulla completa attuazione dello stesso e sugli obiettivi di riequilibrio raggiunti (comma 6).

Nel caso in cui dalle relazioni dell'organo finanziario dell'ente emerga un grado di raggiungimento degli obiettivi intermedi superiore rispetto a quello previsto, è data facoltà all'ente di presentare all'organo competente della Corte dei Conti un piano di rimodulazione, anche in termini di riduzione della durata del piano stesso (comma 7 bis).

Invece, nel caso in cui il piano venga presentato oltre i termini, che ricordiamo essere perentori, o nel caso di non raggiungimento degli obiettivi intermedi fissati dal piano, o nel caso di non raggiungimento dell'equilibrio finanziario al termine della durata del piano di riequilibrio, o, ancora, nel caso di diniego di approvazione del piano, ai sensi dell'art 6, comma 2, del decreto legislativo n. 149 del 2011, il Prefetto assegna al Consiglio dell'ente, un termine, non superiore ai venti giorni, per la deliberazione del dissesto finanziario.

Le cause, quali l'incornguenza dell'obiettivo o dei mezzi, che comportano il diniego dell'approvazione del piano sono state ribadite direttamente dalla Corte dei conti, che riunita in speciale composizione, con la sentenza del 22 ottobre

³⁰ "La delibera di approvazione o di diniego del piano - ai sensi del comma 5 dell'art. 243 quater - può essere impugnata entro 30 giorni, nelle forme del giudizio ad istanza di parte, innanzi alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione che si pronunciano, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costituzione, entro 30 giorni dal deposito del ricorso. Fino alla scadenza del termine per impugnare e, nel caso di presentazione del ricorso, sino alla relativa decisione, le procedure esecutive intraprese nei confronti dell'ente sono sospese.

2014, n. 34, ha chiarito che *"il piano è incongruente – e quindi non adatto al risanamento dei debiti dell'ente - se si prefigge un obiettivo inferiore rispetto a quello necessario per il riequilibrio (incongruenza dell'obiettivo) o se le previsioni di entrata o di spesa in esso contenute, a legislazione vigente, e ritenute attendibili, non consentono in ogni caso il raggiungimento dell'obiettivo (incongruenza dei mezzi)"*.

4. Conclusioni

Dalla analisi condotta emerge in modo inequivocabile come il legislatore, con il Decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, prima, e con il decreto-legge n. 34 del 2019, poi, abbia favorito il ricorso al piano di riequilibrio finanziario pluriennale, in sostituzione dell'estremo istituto del dissesto.

Infatti, anche a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 2019, che ha dichiarato incostituzionale, per violazione degli art. 81 e 97 Costituzione, l'attività di ulteriore indebitamento degli enti locali volti a finanziare la spesa corrente, con una variazione del piano di riequilibrio che comportava il pagamento dei debiti in un arco temporale di trent'anni, il legislatore, con il decreto crescita n. 34 del 2019, ha introdotto una serie di norme tese appunto a evitare che gli effetti negativi della sentenza su citata si ripercuotesse sugli enti locali, determinando il crearsi dei presupposti per l'avvio della procedura di dissesto finanziario dell'ente.

Ciò principalmente per evitare che lo squilibrio finanziario di un Ente potesse ripercuotersi sulla comunità amministrata; e dall'altro questo maggior favore nei confronti dell'istituto ex art 243 bis TUEL è teso a responsabilizzare gli organi dell'ente (in virtù del richiamato principio di responsabilità politica nei confronti dei cittadini e delle future generazioni) i quali attuano tutte quelle politiche volte ad un risanamento del debito contratto – ricordiamo che la procedura esaminata è avviata autonomamente dall'ente, e pertanto eventuali responsabilità sulla sua attuazione ricadono in capo agli amministratori –, sotto il controllo esercitato dalle sezioni competenti della Corte dei Conti.

Il diritto alla salute: ricostruzione e riflessioni sui profili civilistici della responsabilità medica e dell'onere probatorio.

Di Vincenza Anastasia MANCINO*

SOMMARIO: **1.** Il diritto alla salute: cenni; **2.** La responsabilità medica prima della L. 24/2017; **3.** La legge Gelli Bianco: teoria del doppio binario, l'onere probatorio in sede civile e le novità prescrizionali; **4.** Conclusioni.

ABSTRACT: *In the present work, the author analyzes the medical-civil liability following the most recent reforms on the subject: from social contact responsibility to the "double track theory", which marks the borderline between contractual and extra-contractual liability on the matter, distinguishing the figure of the doctor (and health workers) from the figure of the institution where the patient was being treated.*

1. Il diritto alla salute: cenni.

La responsabilità medica è uno dei temi maggiormente dibattuti in dottrina e in giurisprudenza negli ultimi anni. Questo, fondamentalmente, in quanto, a seguito dell'introduzione della L. 24/2017 (c.d. Legge Gelli Bianco) quella che era la teoria da contatto sociale¹ individuata al fine di rappresentare la responsabilità del personale medico sanitario ha perduto la sua piena valenza per lasciare spazio al dettato normativo.

Quest'ultimo ha rigorosamente creato un vero e proprio binario: da una parte, dunque, la responsabilità extracontrattuale del medico, espressamente individuata dall'art. 7 della sopra citata legge, mentre dall'altra parte, la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (pubblica o privata) presso la quale il medico svolge la propria attività. I due filoni di responsabilità creano un sistema integrato e allo stesso tempo complesso, utile alla tutela della persona fisica nella sua integrità materiale.

* Cultore della materia in diritto amministrativo e urbanistico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Foggia – Abilitata all'esercizio della professione forense.

¹ Confr. Cass. Civ. Sez. III, Sent. n. [589](#) del 22/01/1999.

Difatti alla base della responsabilità medico sanitaria v'è la tutela di uno dei beni giuridici costituzionalmente garantiti, ossia il diritto alla salute. La costituzione italiana del 1947 ha individuato il bene giuridico salute come interesse della collettività ma anche come "*diritto fondamentale dell'individuo*"², inteso non soltanto quale strumento di tutela dell'integrità psico-fisica e diritto all'assistenza medico-sanitaria, bensì quale autonomo diritto fondamentale individuale. In tale ultima accezione, seppur indirettamente, il diritto alla salute risulta altresì tutelato anche dall'art. 2 Cost. (relativamente alla dimensione della solidarietà sociale) ed anche all'art. 3 Cost., essendo connesso all'intrinseco valore della dignità umana.

La salute, dunque, stante il dettato costituzionale, non può che essere inquadrato nella più ampia nozione di diritto: sul punto, la Corte Costituzionale ha precisato come tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli stranieri³, hanno oggettivamente diritto ad essere curati in maniera completa ed efficace, così come le pubbliche autorità sono effettivamente tenute all'adozione di strumenti di tutela preventivi, di cure e di trattamenti necessari al perseguimento della migliore condizione sanitaria della popolazione generalmente intesa⁴.

Anche la giurisprudenza di legittimità più risalente⁵ ha qualificato la salute quale diritto soggettivo assoluto, valevole dunque *erga omnes*, rimarcando quanto già assodato in sede normativa e nell'ambito della giurisprudenza costituzionale.

In sostanza, il diritto alla salute può essere qualificato in termini negativi e positivi: nel primo senso quale totale assenza di malattia e nel secondo quale stato di completo benessere fisico e mentale.

Ciò che rileva, in questa sede, non è tanto la dimensione statica del diritto in discussione, intesa dunque quale qualificazione della salute come diritto costituzionalmente garantito e tutelato dall'ordinamento, quanto piuttosto quella dinamica, che individua la salute nella propria estensione dinamico relazionale, che inquadra quali soggetti interessati il paziente (quale titolare del diritto), il medico e le strutture sanitarie all'interno delle quali le cure vengono prestate.

² La stessa assemblea costituente accolse con scetticismo la dimensione individuale del diritto alla salute, in quanto nei documenti costituzionali meno recenti era stato individuato nella sua predominante dimensione collettiva. Si veda la ricostruzione di A. SIMONCINI, E. LONGO, Art. 32, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Commentario alla Costituzione, vol. I, Utet, Torino, 2006.

³ La Corte Costituzionale ha specificato che deve farsi riferimento non soltanto agli stranieri regolarmente residenti in territorio italiano, bensì anche quelli irregolarmente residenti. Cfr. Corte Cost., sent. 252/2001.

⁴ Cfr. Corte Cost., Sent. 59/1987.

⁵ Cfr. Cass. Civ. SS. UU. Sent. n. 796 del 21/03/1973.

In sostanza, certamente, viene in considerazione il diritto all'integrità psico-fisica dell'individuo, essendo il diritto alla salute qualificato come diritto personalissimo⁶, ma anche come diritto dello stesso individuo ad essere curato. Nella prima accezione, la Corte Costituzionale è intervenuta per individuare e rimarcare il diritto al risarcimento del c.d. danno biologico, ponendo dunque su binari paralleli le tutele di cui agli artt. 32 Cost. e 2043 c.c.⁷, puntualizzando come l'indennizzabilità del danno debba necessariamente comprendere gli effetti della lesione del diritto, considerando quest'ultimo come una posizione giuridica soggettiva autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza del caso. Nella seconda accezione, invece, il diritto di cui all'art. 32 Cost. comprende l'interesse non alla preservazione del proprio stato di salute, quanto piuttosto l'interesse al ripristino della stessa, dunque quale vero e proprio diritto ad essere curato⁸.

Di qui, il dovere dello Stato di erogare le prestazioni assistenziali utili alla tutela del diritto de quo, sia per il tramite di strutture pubbliche⁹ che private, sempre che queste ultime risultino integrate nel Servizio Sanitario Nazionale.

È in tale binomio diritto – dovere che si colloca il rapporto medico – paziente.

2. La responsabilità medica prima della L. 24/2017.

È stato con la sentenza n. 589 del 1999 della Suprema Corte, a seguito di un periodo che aveva condotto la giurisprudenza di legittimità ad adottare la prassi del c.d. cumulo di responsabilità¹⁰, che questa ha accolto la teoria dei contratti di fatto, rilevando dunque come le regole della responsabilità contrattuale potessero applicarsi ai rapporti scaturenti dal contatto sociale.

⁶ I diritti personalissimi, per loro natura, non possono essere soggetti ad alienazione né ad altri atti dispositivi di diverso tipo.

⁷ Cfr. Corte Cost., Sentenza n. 88 del 12/07/1979.

⁸ Il diritto ad essere curato deve esser letto nella sua accezione positiva e negativa: rientrando la salute nel più ampio principio di autodeterminazione, l'individuo può scegliere se curare o meno il proprio stato di salute, dunque può altresì intendersi quale diritto a non essere curato.

⁹ Il sistema sanitario pubblico è disciplinato dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833.

¹⁰ Al paziente era dato di agire contestualmente contro la struttura sanitaria e contro il medico dipendente, secondo un regime che venne definito speciale o trans-tipico, fondato sulla mescolanza dei due differenti 'sistemi' di responsabilità il quale condusse alla creazione di un cd. 'sottosistema', che presentava i caratteri dell'uno e dell'altro. Provati infatti l'esistenza del contratto di ospitalità, il peggioramento o il mancato miglioramento e il nesso di causalità da parte del paziente/creditore, spettava ai debitori, usualmente convenuti insieme, provare la causa non imputabile che aveva determinato l'inadempimento e la lesione. La colpa andava dunque paramentrata sulla diligenza professionale propria del prestatore d'opera. Si veda E. Migliaccio Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc.3, 2019, pag. 1239.

Nello specifico gli Ermellini hanno espressamente evidenziato come *"l'obbligazione del medico dipendente dal S.s.n. per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Conseguenze che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale¹¹".*

In sostanza, dunque, il rapporto fra medico e paziente non poteva in alcun modo ricondursi alla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c. c. fondandosi questa non su un rapporto fra soggetti, bensì sul più ampio concetto di *neminem laedere*: stante l'orientamento che appoggiava la qualificazione del rapporto medico-paziente nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, questo avrebbe potuto identificarsi in quell'istituto giuridico che riguardava ai soggetti implicati nel rapporto quasi come "estranei", legati esclusivamente dalla circostanza del danno arrecato dall'uno nei confronti dell'altro.

La teorizzazione sostenuta e fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità nel 1999, al contrario, si appoggiava alla figura professionale del medico e dell'esercente la professione sanitaria come a quella di un soggetto strettamente legato a quel sistema all'interno del quale effettivamente esercitava la propria attività professionale: non dunque un *quisque de populo*, come nell'ambito dell'art. 2043 c.c., bensì come di un soggetto vincolato dalle disposizioni normative in materia e, soprattutto, dal contratto stipulato con la struttura sanitaria presso la quale esercita la propria attività lavorativa.

È proprio tale ultimo rapporto che ha reso la teorizzazione in materia di più semplice risoluzione.

Difatti, la sentenza in commento richiama molteplici pronunce precedenti¹² le quali già individuavano la responsabilità scaturente dal rapporto fra il paziente e la struttura sanitaria tenuta all'erogazione delle cure utili al ripristino dello stato di salute quale responsabilità contrattuale per il principio dell'immedesimazione organica¹³.

¹¹ Massima, Cass. Civ., Sez. III, Sent. n. 589 del 22/01/1999.

¹² Cass. Civ. Sent. n. 2144 del 1 marzo 1988, Cass. Civ. Sent. n. 9152 del 11 aprile 1995, Cass. Civ. Sent. n. 5939 del 27 maggio 1993, Cass. Civ. Sent. n. 977 del 1 febbraio 1991.

¹³ Il principio dell'immedesimazione organica si sostanzia nel nesso di imputazione della condotta dell'organo all'ente, con conseguente fusione fra i due, dunque quanto espresso dall'organo deve necessariamente considerarsi proprio dell'ente. Cfr. M. S. GIANNINI, *Organi*, in Dig. Disc. Pubbl., 1995, p. 461.

Inoltre, riportandosi al contenuto letterale dell'art. 28 Cost.¹⁴ ha ritenuto che per i dipendenti dello Stato la responsabilità per negligente esecuzione della prestazione dovesse considerarsi contrattuale ma ha altresì specificato come l'art. 28 si limiti all'esplicazione della responsabilità diretta, demandando dunque ciò che non rientra in tale accezione alle specifiche normative civili, penali ed amministrative.

Stante la rappresentata premessa, la Suprema Corte è giunta dunque ad inquadrare la responsabilità del medico nell'ambito del c.d. rapporto contrattuale di fatto (o da contatto sociale), puntualizzando come, seppur manchi al rapporto instauratosi una qualificazione negoziale "tipica", il soggetto obbligato ad un *facere* non ha fattualmente ottemperato allo stesso, violando dunque agli ulteriori obblighi di condotta e facendo di conseguenza maturare la responsabilità contrattuale. È necessario altresì precisare come l'obbligazione *de quo* investe coloro che effettivamente svolgano una professione protetta, necessitante di una speciale abilitazione da parte dello Stato, nonché volta alla tutela di un bene giuridico costituzionalmente garantito¹⁵.

Il concetto di contatto sociale nel settore medico sanitario è di certo unicamente fattuale, in quanto il danno arrecato dal medico al paziente a seguito del ricovero è un danno arrecato, in sostanza, da un dipendente di una struttura alla quale lo stesso medico è vincolato da un rapporto lavorativo, dunque contrattuale.

La dottrina¹⁶ ha evidenziato come il contatto medico paziente che matura all'interno di una struttura è addirittura antecedente alla pratica che cagiona il danno ingiusto, stante il rapporto fra la struttura ed il medico, comunque improntata ai principi di correttezza, nonché la capacità professionale del medico stesso attestato in sede di abilitazione dallo Stato, che consente lo svolgimento di una specifica attività a chi dimostri di aver acquisito la competenza professionale per farlo.

Se da una parte si era dunque giunti ad una definizione interpretativa specifica, dall'altra, solo pochi anni dopo, è dovuto nuovamente intervenire il legislatore,

¹⁴ "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

¹⁵ Testualmente la Corte di Cassazione rappresenta "a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento".

¹⁶ B.M. Altamura: Sulla responsabilità professionale contrattuale da "contatto sociale" in Rassegna di Medicina Legale Previdenziale, XII(4), 1999, pp. 1-4.

al fine di delineare in maniera più specifica e "definitiva" i contorni di una responsabilità che per troppo tempo erano stati sbiaditi. Il problema che in questa sede si evidenzia ai fini narrativi è che, a seguito dell'introduzione della c.d. legge Balduzzi (decreto legge n. 158/2012 convertito in legge n. 189/2012), i contorni della responsabilità medica non assunsero toni definitivi, ed è tale circostanza che ha condotto alle successive introduzioni normative.

Sul piano civilistico, infatti, la legge Balduzzi altro non fu in alcun modo risolutiva in ordine alla individuazione della responsabilità *de quo*: l'art. 3, infatti, disponeva espressamente che *"l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica"¹⁷ non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del Codice Civile"¹⁸.*

La disposizione, se da un lato consentì di individuare delle rilevanti novità in materia penale connesse al concetto di gradazione della colpa¹⁹ e dunque alla reintroduzione del concetto di colpa lieve nel settore medico sanitario²⁰, d'altro canto, sul piano più prettamente civilistico, altro non fece se non alimentare dubbi in merito alla qualificazione da attribuire alla responsabilità medica.

Un unico quesito alimentava tanto la dottrina quanto la giurisprudenza del periodo: se la responsabilità del medico, e in generale dell'esercente una professione medico sanitaria, potesse qualificarsi in termini di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, stante comunque il richiamo letterale della norma alla responsabilità aquiliana.

La bipartizione citata condusse a due diversi orientamenti che scissero, in particolar modo, la giurisprudenza di merito: infatti, da una parte, i giudici posero in essere un'interpretazione dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi come conforme al precedente orientamento della Suprema Corte, asserendo dunque che la responsabilità del medico potesse continuare a qualificarsi come

¹⁷Per la specifica nozione di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica si veda Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, p. 20.

¹⁸Disposizione oggi abrogata dalla legge Gelli-Bianco.

¹⁹Certamente utile ai fini della quantificazione della pena ex art. 133 c.p.

²⁰L'art. 3 della legge Balduzzi reintrodusse nell'ordinamento la distinzione fra colpa lieve e colpa grave, sostanzialmente accogliendo l'orientamento giurisprudenziale dominante che aveva dato luogo ad una parziale abolitio criminis degli artt. 589 e 590 c.p., avendo comportato dunque una restrizione dell'alea del penalmente rilevante alla sola colpa grave. La limitazione della responsabilità medica in questo senso operava solo in caso di condotta professionale conforme alle linee guida e alle buone pratiche. Si veda Cass. Pen. Sent. n. 47289 del 09/10/2014.

responsabilità contrattuale, accostandola alla responsabilità per inadempimento, ciò non solo in relazione al rapporto sussistente fra questo e la struttura sanitaria, bensì in relazione al contenuto letterale della norma, che si riferisce all'art. 2043 in maniera circoscritta²¹.

Nello specifico, prima del riferimento espresso alla responsabilità extracontrattuale, il legislatore ha usato dei termini specifici: "*in tali casi*". Stante dunque un'interpretazione più ampia del dettato normativo operata da una parte dei giudici di merito, la norma avrebbe fatto riferimento solo ai casi in cui il medico non fosse stato penalmente responsabile per colpa lieve essendosi attenuto alle linee guida e alle buone pratiche²².

Tale filone, dunque, giustificava il ricorso alla responsabilità contrattuale sulla base della parola del legislatore, il quale, se avesse voluto ricondurre la responsabilità del medico all'interno del *genus* aquiliano, non avrebbe dovuto utilizzare un semplice inciso, come sopra rappresentato, ma avrebbe dovuto strutturare la norma in maniera più generica, e soprattutto in maniera più chiara. In tal senso si espresse anche la Suprema Corte²³, accogliendo ancora una volta la riconducibilità della responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria pubblica nell'alveo della responsabilità contrattuale, stante la sopra rappresentata interpretazione dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi.

Se dunque da una parte la giurisprudenza di merito (nonché quella di legittimità) giustificò il proprio continuo ricorso alla responsabilità contrattuale nella maniera di cui sopra, dall'altra parte un indirizzo minoritario iniziò a far maturare una diversa teorizzazione sul punto, sulla base di una più ampia interpretazione della norma e del ricorso definitivo alla responsabilità aquiliana, in vista della nascita di quello che poi è stato il binario definitivo sul quale si fonda la bipartizione struttura sanitaria – medico.

In una molteplicità di pronunce²⁴, anche molto vicine all'entrata in vigore della norma al momento in commento, i tribunali iniziarono a dare un'interpretazione

²¹ Trib. Rovereto, 29/12/2013.

²² Trib. Milano, Sezione V, n. 13574/2013: «La responsabilità del medico ospedaliero – anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 3 l. n. 189/12 – è da qualificarsi come contrattuale. D'altra parte, la presunzione di consapevolezza che si vuole assista l'azione del legislatore impone di ritenere che esso, ove avesse effettivamente inteso ricondurre una volta per tutte la responsabilità del medico ospedaliero (e figure affini) sotto il solo regime della responsabilità extracontrattuale escludendo così l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1218 c.c. e così cancellando lustri di elaborazione giurisprudenziale, avrebbe certamente impiegato proposizione univoca anziché il breve inciso in commento».

²³ Cass. Civ., Sezione VI, Ordinanza n. 8940/2014.

²⁴ Trib. Varese 26/11/2012; Trib. Torino 26/02/2013.

generalizzatrice del richiamo all'art. 2043 c.c., enfatizzando dunque una presunta volontà del legislatore volta alla distinzione delle responsabilità imputabili alla struttura sanitaria e al medico: nel primo caso, dunque, la responsabilità rimaneva nei confini contrattuali delineati già in precedenza, con conseguente applicazione ai casi concreti della disciplina di cui all'art. 1218 c.c. mentre nel secondo caso si tese ad escludere la riconducibilità della responsabilità medica tanto a quella da contatto che a quella collegata alla prestazione d'opera professionale.

Più nello specifico, le autorità giudiziarie puntualizzarono come la responsabilità del medico potesse effettivamente configurarsi solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana, escludendo dunque la risarcibilità del danno nei casi non riportabili nello schermo normativo *de quo*, rendendo genericamente applicabile il contenuto normativo di cui all'art. 2043 c.c. .

È da tale binomio interpretativo che sarà possibile, a seguito dell'introduzione della successiva legge Gelli- Bianco, delineare in maniera più specifica il binario della responsabilità civile in campo medico, stante l'eliminazione di una generalizzazione sviluppatasi nell'ottica dottrinale e giurisprudenziale a causa della fraintendibilità della parola della legge.

3. La legge Gelli Bianco: teoria del doppio binario, l'onere probatorio in sede civile e le novità prescrizionali.

La legge n. 24 dell'8 marzo 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco), recante "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*", entra in vigore il 1 aprile del 2017, apportando interessanti innovazioni in tema di responsabilità civile, riuscendo in quello in cui la precedente norma in commento aveva fallito: contornando i margini di quella stessa responsabilità in maniera specifica, rimediando alle precedenti storture e rendendola dunque suscettibile di interpretazioni univoche, equilibrando la posizione del medico e del paziente nell'ottica di un giudizio intrapreso da quest'ultimo al fine di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito. Naturalmente la norma fa molto di più, distinguendo altresì in maniera cristallina la posizione del medico e quella della struttura sanitaria all'interno della quale svolge la propria attività professionale quale dipendente.

L'art. 7, comma 3, della suddetta legge espressamente dispone "*l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi*

dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente". Se la disposizione costituisce norma imperativa ai sensi del codice civile²⁵. L'intenzione del legislatore è chiara: alcun dubbio può investire l'interprete, la norma è univoca, legittima e non suscettibile di letture diversificate.

Difatti mentre da una parte la responsabilità della struttura sanitaria resta ancorata al regime contrattuale, con conseguente applicazione della disciplina di cui agli artt. 1218 c.c. e 12285 c.c., dall'altra quella dell'esercente la professione sanitaria rispecchia tutti i paradigmi della responsabilità aquiliana, scardinando la teoria del contatto sociale e prendendo in considerazione l'impossibilità per il paziente trattenuto presso una struttura di poter scegliere il proprio medico²⁶. Tale è la teoria del doppio binario²⁷.

Si noti come il legislatore, senza ombra di dubbio, abbia preso in considerazione, analizzato ed accolto quell'orientamento giurisprudenziale che generalizzava la portata della responsabilità extracontrattuale in capo al medico, eliminando così, in maniera assoluta, i riferimenti alla sopra esplicita teoria del contatto sociale. Dunque, richiamando indirettamente il contenuto dell'art. 5 della medesima norma²⁸, appare chiaro come la legge Gelli - Bianco abbia voluto, in sostanza, rendere certo ciò che in precedenza era incerto. L'intento del legislatore non abbisogna di specifici chiarimenti stante l'univocità della lettera della norma (la volontà di condurre ad un unico orientamento in ordine allo sdoppiamento della responsabilità della struttura sanitaria e del medico) ma d'altro canto si è voluto, seppure in maniera indiretta, tutelare la figura dell'esercente la professione medico-sanitaria: legare tale ultimo soggetto alla responsabilità contrattuale, o alla responsabilità da contatto, significava approntare una tutela labile per il professionista il quale, anche a seguito dello svolgimento di una precisa e "buona" attività, avrebbe potuto rischiare di incorrere in responsabilità civile.

²⁵ È lo stesso art. 7, nella norma di chiusura, che specifica quanto rappresentato.

²⁶ Per una più specifica ricostruzione si veda D. Chindemi, Dalla Legge Balduzzi (L. 08/11/2012 n. 189) alla legge Gelli - Bianco (L. 08/03/2017 n. 24) in Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata, 2018.

²⁷ Si veda R. La Russa, La riforma della responsabilità sanitaria nel diritto civile: l'istituzione del doppio binario ed il nuovo regime assicurativo, tra obbligo di copertura e possibilità di autotutela, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.1, 2019, pag. 349.

²⁸ L'Art. 5 della Legge Gelli Bianco richiede che il medico, nell'esercizio della propria attività, debba necessariamente attenersi alle linee guida: queste ultime sono elaborate da enti e associazioni tecnico-scientifiche iscritte in un elenco istituito, e successivamente regolamentato, dal Ministero della Salute con proprio decreto. Il legislatore ha regolamentato anche il caso in cui, per qualunque motivo, il medico non possa attenersi alle linee guida, introducendo la figura delle buone pratiche tecnico-assistenziali.

Questo anche perché è necessario partire da un assunto fondamentale: la medicina è una scienza, ma non necessariamente una scienza esatta per tutti, o ancor meglio che espliciti i propri effetti nei confronti di tutti in maniera uguale. Nello specifico, le variabili che possono intervenire a seguito di una diagnosi sono molteplici, anche nell'ottica fattuale che vuole ogni essere umano diverso rispetto ad un altro. Per essere più chiari, se da una parte le linee guida e le buone pratiche di condotta, legate allo svolgimento dell'attività sanitaria, alla predisposizione di una terapia, alla somministrazione di farmaci, possono avere delle conseguenze specifiche su un soggetto, su un altro, dotato anche di una sola diversa variabile, anche non evidente, potrebbero avere delle conseguenze ben diverse. E di questo il legislatore ha voluto tener conto nella predisposizione del contenuto della norma in commento.

Fermo quanto sopra esposto, nel caso concreto di danno, cosa dovrà fare un paziente danneggiato in sede civile? Cosa chiederà e cosa dovrà andare a provare?

Di certo il paziente dovrà citare in giudizio la struttura sanitaria che risponderà per responsabilità contrattuale, come espressamente previsto dalla norma, al fine di ottenere il risarcimento del danno patrimoniale e/o non patrimoniale eventualmente subito. Solo in un secondo momento sarà la stessa struttura sanitaria che potrà rivalersi nei confronti del professionista, sempre che la condotta di quest'ultimo sia caratterizzata da dolo o colpa grave.

La teoria del doppio binario è utile al fine di stabilire le conseguenze della L. 24/2017 e della teorizzazione ad essa legata sul piano più prettamente pratico, in particolar modo in relazione al riparto dell'onere probatorio.

La giurisprudenza di legittimità, infatti, stante la placidità e la chiarezza della legge Gelli-Bianco in ordine alla bipartizione *de quo*, che non ha necessitato di particolari spunti e chiarimenti interpretativi, ha focalizzato la propria attenzione sulla prova del fatto storico lesivo del diritto alla salute. Il danneggiato agirà in giudizio adducendo l'inesatto adempimento dell'obbligo sanitario in capo alla struttura e sarà tenuto di certo alla prova del rapporto contrattuale e/o del contatto sociale con il medico (dipendente dalla struttura), provando dunque l'aggravamento della già presente situazione patologica oppure l'insorgere di nuove patologie a seguito del ricovero, restando comunque in capo all'esercente la professione sanitaria l'obbligo di provare di aver assolto al proprio onere in maniera ineccepibile e diligente²⁹.

²⁹ F. AGNINO, Intervento d'urgenza ad alto rischio e responsabilità del medico, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 828.

Nel giudizio civile, a differenza di quanto richiesto in quello penale³⁰, si riscontra il principio del "più probabile che non" o della ponderazione dell'evidenza³¹. Avviato dunque un procedimento dinanzi al giudice civile, si verterà in tema di responsabilità contrattuale: già solo partendo da tale assunto risulta chiaro come sia onere della struttura sanitaria dimostrare che l'inadempimento (da parte del medico) non vi sia stato oppure, nel caso in cui vi sia stato, l'insuccesso dell'intervento o della terapia somministrata non sia dipeso da fattori propri del prestatore d'opera.

Nello specifico questi dovrà dimostrare, invertendo l'onere probatorio, di aver osservato i canoni propri dell'ordinaria diligenza³².

Il danneggiato-creditore, una volta provato il rapporto contrattuale intrattenuto con la struttura sanitaria, applicato il principio della vicinanza della prova ed agendo in via extracontrattuale al fine di ottenere il risarcimento del danno, dovrà provare la fonte del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, restando onere del debitore (ossia del medico) provare la corretta esecuzione dell'opera o il fatto estintivo della pretesa attorea. Ciò non toglie che la prova del nesso di causalità, protagonista di pronunce di merito e di legittimità, resti onere del paziente³³.

Pacifico il riparto dell'onere probatorio, è rimasta insoluta, sino all'intervento delle Sezioni Unite³⁴, un'ulteriore domanda: se il grado di difficoltà dell'intervento prestato potesse o meno incidere sull'onere della prova del nesso causale.

³⁰ Nel giudizio penale vige il principio della prova "oltre ogni ragionevole dubbio". Cfr. Cass. Pen., SS.UU., Sent. n. 30328 del 11/09/2002.

³¹ La responsabilità civile pone la propria attenzione sulla figura del danneggiato, e non su quella del reo, focalizzandosi dunque sulla propria funzione risarcitoria e non su quella preventiva/punitiva/rieducativa, propria della responsabilità e del giudizio penale. Inoltre la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come la responsabilità civile non sia necessariamente legato al concetto di colpa. Il giudice civile può allora provare l'esistenza del nesso causale danno-evento sulla base di un giudizio probabilistico della prova, non rilevando in alcun modo che la stessa possa o meno confermare tale assioma al di là di ogni ragionevole dubbio. Si veda Cass. Civ., Sez. III, Sent. 21619 del 16/10/2007.

³² In sostanza, il medico dovrà dimostrare che le conseguenze negative dell'intervento si sarebbero palesate comunque anche se lo stesso fosse stato prestato da un altro medico avente lo stesso grado di conoscenza e di specializzazione.

³³ *"In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza".* Cass. Civ., Sez. III, Sent. n. 18392 del 27/07/2017.

³⁴ Cass. Civ., SS. UU., Sent. n. 10743 del 11/05/2009.

Gli Ermellini, sul punto, sciogliendo ogni dubbio, hanno affermato che a nulla rileva la difficoltà della prestazione e che la stessa non incide sul riparto dell'onere probatorio. Nello specifico quella distinzione fra prestazioni di semplice esecuzione e prestazioni di più complessa difficoltà di risoluzione non rileva in alcun modo sulla distribuzione dell'onere probatorio, restando sempre in capo al sanitario l'onere di provare che la prestazione era effettivamente di particolare difficoltà e che tale assunto ha inciso sulla gradazione della colpa a lui addebitabile³⁵.

Per quanto il medico possa conoscere tanto le regole della propria scienza quanto le specifiche di un caso concreto, deve comunque assolvere all'onere di provare l'applicazione delle regole di scienza e motivare le proprie scelte terapeutiche.

Ma il fatto che un caso risulti di particolare complessità, o anche che a livello probabilistico un simile intervento abbia portato più ad esiti negativi che positivi, non deve esser letto in maniera univoca e deterministica: il giudice civile dovrà sempre e comunque valutare in giudizio il materiale probatorio prodotto dal prestatore d'opera ed in particolar modo far riferimento al *modus* della prestazione resa dallo stesso sanitario.

Non va dimenticato quanto sopra accennato: nel campo della responsabilità del medico le variabili da prendere in considerazione sono molteplici, stante anche la diversità di un paziente rispetto ad un altro: di conseguenza da una parte l'assolvimento dell'onere probatorio da parte dei soggetti coinvolti nel giudizio sarà di particolare complessità e allo stesso modo il giudice, nella valutazione delle prove prodotte in giudizio, dovrà tenere meticolosamente in considerazione ogni dettaglio.

Chiarificato quanto utile in tema di onere probatorio, è altresì necessario accennare, in maniera schematica, alle novità in tema prescrizione.

Questo perché proprio dalla teoria del doppio binario, caratteristica della riforma in campo medico sanitario del 2017, si è sviluppata la bipartizione in campo prescrizione a causa della diversa natura della responsabilità civile: dieci anni per la responsabilità della struttura sanitaria e cinque anni per la responsabilità del medico.

³⁵ Applicabile, in questo senso, il principio di prossimità o della "vicinanza della prova", il quale vuole che l'onere della prova debba essere ripartito tenendo conto della concreta possibilità per una delle parti di provare circostanze rientranti nella propria sfera d'azione. In sostanza l'onere ricade sulla parte più "vicina" al fatto da provare. Si veda Cass. Civ., sez. III. Ord. n. 18567 del 13/07/2018.

Se la distinzione incide in maniera rilevante sulla distribuzione dell'onere probatorio, d'altro canto la qualificazione della responsabilità del medico come extracontrattuale comporta un dimezzamento del termine prescrizione: fattualmente, si dovrà far riferimento al contenuto dell'art. 2947, comma 1, c.c.³⁶.

Rendendosi altresì necessaria l'individuazione del *dies a quo*, stante l'esigenza della certezza dei rapporti giuridici, lo stesso sarà identificato nel giorno in cui il fatto si è verificato, o meglio dal giorno in cui la malattia si è esteriorizzata, rendendosi evidente e conoscibile. Partendo da tale assunto, a nulla eventualmente varrebbe il momento in cui il danneggiato inizia ad avvertire i sintomi della modificazione del proprio stato di salute, quanto piuttosto il momento in cui la malattia si rende percepibile e conoscibile³⁷.

Per la responsabilità civile della struttura sanitaria, invece, rientrando nella categoria della responsabilità contrattuale, nulla è mutato in via prescrizione: il termine decennale va letto alla luce del combinato disposto degli artt. 2935 e 2946 c.c. e dunque il termine stesso inizia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere.

Nel caso specifico della responsabilità contrattuale la Suprema Corte³⁸ ha esposto il principio a norma del quale solo gli impedimenti legali possono essere d'ostacolo all'ordinario decorrere del termine prescrizione, non l'ignoranza del diritto.

Circostanza particolare, invece, è quella delle malattie c.d. lungolatenti³⁹ in cui la manifestazione del danno risulta assolutamente sfalsata rispetto alla condotta antigiuridica imputabile, manifestandosi la malattia in un tempo di gran lunga successivo rispetto alla citata condotta.

³⁶ Testualmente "il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato".

³⁷ La giurisprudenza di legittimità ha specificato come la diligenza nell'individuazione della malattia che potrebbe mancare nell'uomo comune non può in alcun modo mancare nel soggetto che, invece, svolgendo la professione medico-sanitaria, abbia le capacità tecnico-scientifiche che consentono un maggiore livello di conoscenza. Si veda Cass. Civ., sent. n. 1547 del 28/01/2004.

³⁸ Cass. Civ., Sez. II, Sent. n. 1547 del 28/01/2004.

³⁹ Le malattie lungolatenti si caratterizzano per la mancanza di fenomeni sintomatici per lunghi e inqualificabili periodi. Per fare un esempio concreto, appartiene alla categoria l'AIDS. Il virus dell'HIV, infatti, è asintomatico e si viene a conoscenza del contagio solo dopo specifici esami. La sieropositività può manifestarsi dopo anni o anche solo dopo pochi mesi, può essere mantenuto sotto controllo o, nei casi limite, condurre alla morte. Per la definizione di malattie lungolatenti si veda U. IZZO, Danno lungolatente alla persona e decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria: ruolo dell'informazione e oneri probatori, in Dialoghi sul danno alla persona, 2006, p. 259.

In questo caso il *dies a quo* andrà individuato dal momento in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza, o comunque sia stato posto nella condizione di acquisire la conoscenza della riferibilità causale del fatto dannoso ad un comportamento doloso o colposo di un soggetto determinato o determinabile⁴⁰. Gli Ermellini hanno altresì specificato come la conoscenza del danno può essere determinata anche dall'avanzare delle ordinarie conoscenze scientifiche⁴¹.

4. Conclusioni.

In sostanza e in conclusione, è possibile notare come l'evoluzione normativa abbia condotto ad un totale abbandono di quello che era l'orientamento vigente in tema di responsabilità civile, abissando il contatto sociale del quale la giurisprudenza aveva fatto proprio standard sul tema. Per quanto effettivamente la L. 24/2017 sia rinomata per le innovazioni apportate in materia penale⁴², non bisogna assolutamente ignorare i grandi passi avanti fatti tanto dal legislatore quanto dalla giurisprudenza di legittimità e di merito in tema in materia civile, al fine di meglio individuare e quantificare il danno subito dal paziente danneggiato, creditore in senso sostanziale.

Certamente una delle finalità principali del legislatore è stata quella di tutelare il diritto alla salute ma anche la figura dell'esercente la professione sanitaria, senza dimenticare poi quella del cittadino: la teoria del contatto sociale, e dunque la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria che rimbalzava indirettamente sulla persona del medico, non riusciva a tutelare effettivamente il professionista, il quale risultava responsabile in casi in cui, obiettivamente, avrebbe anche potuto non esserlo, o esserlo a minori condizioni.

Come già in precedenza affermato, per quanto il medico, in possesso delle conoscenze tecnico scientifiche necessarie per le diagnosi e le cure necessarie della persona, assolva il proprio compito, è sempre utile e necessario prendere

⁴⁰ Cass. Civ. Sez. III, Sent. n. 21715 del 23/09/2013.

⁴¹ Cass. Civ. SS.UU., Sent. n. 576 del 11/01/2008.

⁴² In particolare, l'art. 6 della legge Gelli - Bianco prevede una causa di esclusione della punibilità per l'esercente la professione sanitaria abbia commesso il delitto di omicidio colposo ovvero di lesioni personali colpose qualora:

- a) l'evento si sia verificato a causa di imperizia, rimanendo escluse le ipotesi di negligenza e imprudenza, ed a prescindere da qualsiasi gradazione della colpa;
- b) siano state rispettate le raccomandazioni contenute nelle linee guida o - in mancanza - le buone pratiche clinico assistenziali (la c.d. ars medica), che assumono, dunque, un rilievo suppletivo;
- c) le linee guida o le buone pratiche risultino adeguate al caso di specie in ragione delle peculiarità che lo stesso presenta.

Sul punto G. F. Alfonso, Legge Gelli - Bianco: un quadro di sintesi della riforma della responsabilità medica, dalla sezione Responsabilità medica di www.studiocataldi.it.

in considerazione una molteplicità di fattori per verificare che il professionista abbia adeguatamente assolto al proprio compito, stante il riferimento alle linee guida e alle buone pratiche.

Ma si necessita, in sede giudiziale, di dover prendere in considerazione anche le singolarità che possono caratterizzare ogni singolo soggetto⁴³, necessitando quindi il giudizio volto al risarcimento del danno di un regime probatorio specifico e accurato.

La riforma proprio in quest'ottica ha regolamentato l'esercizio della professione tramite quelle disposizioni comportamentali, previste all'interno delle linee guida, elaborate da istituzioni ed associazioni scientifiche iscritte in un elenco appositamente regolamentato dal Ministero della Salute per il tramite di un proprio decreto.

Le linee guida, stante la loro natura e regolamentazione, risultano utili ad approntare una maggiore tutela specifica sia nei confronti del paziente che nei confronti dell'esercente la professione medico sanitaria: per il primo è approntata in quanto il bene salute viene garantito da condotte imperite del medico che, anche solo in maniera lieve, si discosti dalle disposizioni ordinamentali previste dalla norma; per il secondo, invece, può parlarsi proprio di una maggiore tutela nei confronti del medico in quanto, ferme le proprie conoscenze tecnico-scientifiche e il conseguente riconoscimento delle stesse da parte dello Stato per il tramite dell'abilitazione, esso stesso può far riferimento a criteri e regole assolutamente univoci, senza rientrare in alcun modo in quel baluardo di regole sparse che troppo spesso avevano creato situazioni di caos e di conflitto pratico-applicativo.

In assenza di raccomandazioni specifiche, il riferimento alle buone pratiche, prassi ritenute valide dalla comunità scientifica, opera in via residuale. È come se il legislatore avesse cercato, per quanto possibile, con le disposizioni normative più recenti in materia, di creare un'unica strada da seguire.

Anche gli operatori del diritto, a seguito della riforma Gelli – Bianco, si sono trovati dinanzi a un maggiore ordine normativo utile al migliore espletamento della propria professione, e questo sia in campo penale che in campo civile⁴⁴.

⁴³ Il concetto di "personalizzazione dell'intervento" dell'operatore sanitario (rapportato dunque al singolo caso) è stato introdotto dalla giurisprudenza di legittimità con la c.d. sentenza Cantore già nel 2013, al fine di calibrare la colpa del medico e dell'esercente la professione sanitaria non solo sulla perizia e sulle linee guida (o sulle buone pratiche) ma anche sulla specialità dell'intervento prestatto. Si veda Cass. Pen., Sez. IV, Sent. n. 16237 del 29 gennaio 2013.

⁴⁴ In ambito penale mentre la legge Balduzzi aveva introdotto la gradazione della colpa nell'ambito del profilo soggettivo della responsabilità, con ulteriore distinzione fra colpa lieve e colpa grave, la

È altresì necessario sottolineare come la teoria del doppio binario, introdotta a seguito della legge Gelli – Bianco, possa essere qualificata come il punto più alto nell'innovazione giuridica sul piano della responsabilità civile in campo medico sanitario.

Il legislatore ha letteralmente abbracciato quel filone giurisprudenziale, benevolmente accolto nella giurisprudenza di merito precedente all'entrata in vigore della L. 24/2017, che necessitava di individuare il fatto illecito nel comportamento del medico durante lo svolgimento della propria attività professionale, negando quindi che quella stessa responsabilità potesse qualificarsi in termini di responsabilità contrattuale.

Ma il legislatore ha cercato di fare di più: ha tentato di porre su assi paralleli la struttura sanitaria e il medico: questo perché mentre da una parte il paziente intrattiene un rapporto specifico con l'ospedale o la struttura che può qualificarsi come contrattuale, dall'altra parte la lettera della norma è chiarificatrice e placida, dunque la responsabilità dell'operatore potrà sempre e solo considerarsi rientrante nei paradigmi della responsabilità aquiliana.

Grandi, grandissimi, i passi fatti dal legislatore, ma ciò non toglie che, stanti le variabili che possono intervenire da caso a caso, la materia resta ancora particolarmente complessa. I giudizi relativi all'individuazione e qualificazione della responsabilità abbisognano comunque di una complessa e specifica attività istruttoria.

Questo perché una semplificazione della materia stessa in maniera ancor più completa appare di difficile risoluzione: il campo medico ricomprende una commistione della materia civile e penale, senza dimenticare anche i profili amministrativi⁴⁵ che lascerà sempre margini di dubbio in ordine all'interpretazione e applicazione delle norme. Di certo l'evoluzione del diritto in materia resta dinamica, le parole della legge consentiranno anche in futuro nuove letture, volte alla semplificazione della stessa materia, una semplificazione

legge Gelli – Bianco non opera tale ultima distinzione, prevedendo in via generica come l'operatore sanitario risponda penalmente per lesioni o morte del paziente.

⁴⁵ "L'azione di responsabilità amministrativa verso l'esercente la professione sanitaria presuppone, alla pari di qualsiasi forma di rivalsa pubblica (ex art. 22 del d.P.R. 10.1.1957, n. 3) l'esistenza di un rapporto di servizio o di impiego: tuttavia è noto che la giurisdizione contabile ha progressivamente operato un ampliamento delle categorie su cui si fondava l'istituto tradizionale dell'immedesimazione organica, rivendicando la propria competenza anche nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione danneggiata, ma legati alla stessa da un rapporto di servizio". Si veda F. Cardarelli, Responsabilità amministrativa del Sanitario, in Il libro dell'anno del diritto, 2018, www.treccani.it.

che coinvolga tanto gli operatori del diritto quanto gli interessati quali parti di un eventuale giudizio.

**Riflessioni sul diritto d'autore in rete.
Tra esigenze di tutela e rispetto dei principi fondamentali.**

di Emilio BOCCIA*

SOMMARIO: **1.** Fondamenti costituzionali e normativa nazionale in materia di diritto d'autore. Cenni. **2.** La tutela del diritto d'autore in rete. **3.** Le recenti evoluzioni giurisprudenziali. **4.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: The online copyright is one of the most interesting and problematic aspects in Europe and Italy. This work intends to investigate the role of Agcom in the protection of copyright online after the decision of Council of State and the European copyright directive.

1. Fondamenti costituzionali e normativa nazionale in materia di diritto d'autore. Cenni.

Il diritto d'autore può essere inteso quale istituto posto a tutela della proprietà intellettuale che si caratterizza di due componenti, una morale ed una patrimoniale.

Il diritto morale d'autore viene posto a presidio della personalità dell'autore e rientra fra i diritti della personalità.

L'appartenenza a tale categoria rende il diritto morale d'autore irrinunciabile e insopprimibile e, soprattutto, gli conferisce durata illimitata.

Il diritto patrimoniale d'autore, assimilabile al diritto di proprietà, può essere descritto come il potere che l'autore ha di realizzare l'opera dell'ingegno e di sfruttarla economicamente in modo esclusivo e in ogni forma e maniera.

Anche se in maniera indiretta, il diritto d'autore riceve una piena legittimazione costituzionale sulla base di alcuni articoli della Carta Costituzionale¹.

Il riferimento è, principalmente, all'articolo 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'individuo; all'articolo 4 Cost., che sancisce il diritto al lavoro ed, allo stesso tempo, il diritto-dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità

* *Avvocato del foro di Napoli.*

¹ Al riguardo si ricorda come, in altri Stati, il diritto d'autore riceve una esplicita definizione e tutela. Il riferimento è, ad esempio, all'articolo 8 della Costituzione americana che attribuisce al Congresso " *the power to promote the progress od science and usefull arts, by securing for limited times to authors and inventors exclusive rights to their respective writings and discoveris*"

e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società; all'articolo 9 della Carta, che invoca la promozione della cultura e della ricerca tecnico scientifica ed, infine, agli articoli 21² e 33, concernenti, rispettivamente, la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà dell'arte e della scienza³.

Come è stato correttamente evidenziato " *innestandosi sul principio personalista che ispira l'intero testo costituzionale, la possibilità riconosciuta all'individuo di esprimersi liberamente attraverso una molteplicità di forme creative differenti, dall'opera grafica a quella letteraria, dall'attività teatrale all'arte della danza, trova pieno compimento nelle tutele e nelle garanzie riconosciute nell'ambito della libera manifestazione del pensiero che delle società democratiche rappresentano il pilastro fondamentale*"⁴.

Per quel che riguarda il profilo squisitamente patrimoniale del diritto d'autore, lo stesso riceve una tutela costituzionale grazie all'articolo 35 Cost., che sancisce la tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni⁵.

Come è noto, però, le principali fonti normative in materia di diritto d'autore sono rappresentate da atti normativi approvati prima dell'entrata in vigore della stessa Costituzione⁶.

² Cfr. sul punto A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018.

³ Sul punto si è più volte espressa anche la Corte Costituzionale. Cfr. sul punto Corte Costituzionale, 17 aprile 1968, n° 25, in *Dir. aut.*, 1968, 143; Corte Costituzionale, 15 aprile 1970, n°58, in Corte Costituzionale, 9 luglio 1970, n°122, in *Dir. aut.*, 1970, 292; Corte Costituzionale, 19 aprile 1972, n°65, in *Foro it.*, 1972, I, 1151; Corte Costituzionale, 27 marzo 1975, n°82, in *Dir. aut.*, 1976, 42; Corte Costituzionale, 25 marzo 1976 n°60, in *Dir. aut.*, 1976, 42; Corte Costituzionale; Corte Costituzionale, 24 luglio 1986 n°215, in in *Dir. aut.*, 1986, 42;

⁴ Cfr. D. MESSINA, *Open acces e diritto d'autore*, in A. PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli, 2019, 124.

⁵ Per una più esaustiva analisi si rinvia a E. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *Dir. autp*, 1975, 307; C. CHIOLA, *La riproduzione " a stampa" del pensiero altrui*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 575; G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 575

⁶ Come è noto la prima legge italiana sul diritto d'autore fu adottata con R.D. 25 giugno 1865 n°2358 che fu seguito da alcune modificazioni minori, dalla codificazione dell'esistente con il T.U. 19 settembre 1882 n°1012 e da una nuova legge sul diritto d'autore adottata con R.D. 7 novembre 1925 n°1950. Cfr. sul punto P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1974, 3

Il riferimento è al codice civile del 1942 che, con gli articoli 2575-2583 c.c., detta una disciplina di carattere generale e, soprattutto, alla legge speciale n°633/1941⁷ con il relativo regolamento di esecuzione⁸.

Come è noto, la legge del 1941 è stata successivamente integrata seguendo l'evoluzione della scienza e delle tecnologie che hanno nel tempo recepito le fonti sovranazionali in materia⁹ cercando di armonizzare e, almeno in parte, liberalizzare la gestione del diritto d'autore¹⁰.

2. La tutela del diritto d'autore in rete.

La tutela del diritto d'autore ha subito una inevitabile trasformazione causata dall'evoluzione delle tecnologie che ha portato ad uno stravolgimento dei rapporti di forza nella circolazione dei contenuti, soprattutto in conseguenza del moltiplicarsi in maniera esponenziale delle fonti di produzione dei contenuti ed, al tempo stesso, alla definizione di problematiche inerenti, in modo particolare, la declinazione morale (paternità dell'opera) ed economica (valorizzazione economica dell'opera) dello stesso diritto in rete¹¹.

Come molti altri Stati, anche l'Italia ha cercato di adottare una normativa idonea a tutelare il diritto d'autore in rete, caratterizzato dalla sua natura transnazionale che crea difficoltà ad attribuire una effettiva tutela del diritto d'autore sulle piattaforme digitali¹².

Proprio per cercare di garantire un intervento repentino, volto a ristorare un ipotetico danno, e nella consapevolezza che i tradizionali strumenti della giustizia non possano essere in grado di attribuire una tutela celere in materia, il legislatore ha previsto che la competenza in materia di diritto d'autore in rete venga declinata sia in sede giurisdizionale sia in sede amministrativa dinanzi all'Agcom.

⁷ Legge, 22 aprile 1941 n°633, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

⁸ R.D. 18 maggio 1942, n. 1369, *Approvazione del regolamento per l'esecuzione della L. 22 aprile 1941, n. 633, per la protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi*.

⁹ Il riferimento è, ad esempio, alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 24 aprile 1971

¹⁰ Legge 18 agosto 2000, n. 248, *"Nuove norme di tutela del diritto d'autore"*; Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68, *Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*

¹¹ Cfr. S. ROMANO, *Considerazioni su una audizione a Bruxelles in tema di diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Dir. aut.*, 1996, 2, 211.

¹² Cfr. sul punto P. MONTELEONE, *Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e tutela della persona*, in *Dir. ind.*, 2006, 405.

Si tratta, quindi, di "un doppio binario" che consente la coesistenza di interventi di natura differente che hanno presupposti diversi e che non entrano in contrasto tra loro, potendo essere considerati la risposta complessiva ad un tema così delicato quale è quello dello sviluppo tecnologico¹³.

Come è noto, infatti con il Regolamento, adottato nel dicembre 2013¹⁴, ed entrato in vigore il 31 marzo del 2014, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha previsto, nell'ottica di un processo di sensibilizzazione per un uso corretto e responsabile degli strumenti telematici, un modello di tutela agile ed efficiente.

L'intervento dell'Agcom in materia viene, come è noto, legittimato sulla base di un insieme di disposizioni normative che hanno consentito di definire un quadro unitario volto ad attribuire, alla stessa autorità, un maggiore riconoscimento in tale settore.

Il riferimento è alla già menzionata legge sul diritto d'autore¹⁵, alla legge istitutiva dell'Agcom¹⁶, al D.lgs. n°70/03¹⁷, con il quale si diede attuazione alla direttiva sul commercio elettronico, ed al Testo Unico sulla Radiotelevisione¹⁸.

Secondo l'articolo 182 *bis* della legge sul diritto d'autore all'Agcom spettano le funzioni di vigilanza in materia di diritto d'autore, derivandone, da ciò, che il Regolamento da essa emanato debba essere considerato, dunque, lo strumento idoneo a disciplinare le modalità procedurali di esercizio di un potere espressamente previsto da disposizioni normative di rango primario¹⁹.

¹³ Cfr. sul punto P. DEL VECCHIO, *La peculiarità del Regolamento Agcom*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Torino, 2019.

¹⁴ Delibera 12 dicembre 2013, n°680/13/CONS, *Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del Decreto Legislativo 9 aprile 2003 n.70*. Come si avrà modo di sottolineare *infra* il Regolamento è stato successivamente modificato dalla stessa Autorità. Cfr. Delibera, 16 ottobre 2018, n° 490/18/CONS, *"Modifiche al regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del Decreto Legislativo 9 aprile 2003 n° 70 di cui alla Delibera 680/13/CONS."*

¹⁵ Legge, 22 aprile 1941 n°633, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

¹⁶ Legge 31 luglio 1997 n°249, *"Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo"*.

¹⁷ Decreto Legislativo, 9 aprile 2003 n° 70, *"Attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico"*

¹⁸ Decreto Legislativo 31 luglio 2005 n° 177, *Testo unico della radiotelevisione*.

¹⁹ L'Articolo 182 *bis* stabilisce, infatti, che *All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza: a) sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo,*

Sul punto ci si è interrogati in merito alla espressa assenza dei servizi internet tra quegli ambiti formalmente rientranti nell'ambito oggettivo di applicazione della stessa disposizione.

Al riguardo parte della dottrina ha giustificato tale "assenza", in funzione della rilevanza temporale sia della norma principale sia della sua novella e, per altro verso, della non indispensabilità di una tale espressa menzione palese, in quanto nell'ordinamento, il principio della salvaguardia e protezione del diritto d'autore gode di una sua dinamica capacità espansiva in riferimento alle forme ed agli strumenti di veicolazione di prodotti o servizi relativamente ai quali vige ed opera il diritto in questione²⁰.

Come è noto, inoltre, nel dettare disposizioni in materia di concorrenza e regolazione dei servizi di pubblica utilità, il legislatore ha disposto che *"Le Autorità sono preposte alla regolazione ed al controllo del settore di propria competenza"* sancendo, di fatto, la loro attribuzione di funzioni dispositive sia meramente amministrative sia propriamente normativa²¹.

Sulle base di tali dettati, nell'andare ad istituire l'Agcom si è stabilito, all'articolo 1 comma 6 lett b), che l'Autorità *"svolge i compiti attribuiti dall'articolo 182 bis della legge 22 aprile 1941 n° 633 e successive modifiche"*²².

L'intervento dell'Autorità è altresì legittimato da quanto previsto dal D.lgs. 70/03, con il quale si è recepita la direttiva europea sul commercio internazionale (2000/31/CE), che, come è noto, ha attribuito, agli Stati membri la facoltà di definire, in materia di diritto d'autore, in aggiunta a quella giurisdizionale, anche una tutela di carattere amministrativo²³.

fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata; b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio; c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a); d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia, o analogo sistema di riproduzione; d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71 septies; d-ter) sulle case d'asta, le gallerie e in genere qualsiasi soggetto che eserciti professionalmente il commercio di opere d'arte o di manoscritti.

²⁰ Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Torino, 2019.

²¹ Legge 14 novembre 1995 n° 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*.

²² Legge 31 luglio 1997 n°249, *"Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo"*.

²³ Decreto Legislativo, 9 aprile 2003 n° 70, *"Attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico"*

Come è stato ricordato, l'Agcom è stata la prima a cogliere l'opportunità di svolgere funzioni di vigilanza attraverso la definizione di provvedimenti inibitori, i cui destinatari gli *internet service provider* che esercitano rispettivamente, attività di *mere conduit*, di *caching* o di *hosting* ossia che trasportano, memorizzano temporaneamente oppure ospitano contenuti, atti a reprimere le violazioni²⁴.

Inoltre, secondo quanto previsto dall'articolo 32 bis del Testo unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici l'Agcom può emanare disposizioni regolamentari per la protezione del diritto d'autore nell'ambito di tali servizi²⁵.

Infine si ricorda come l'Autorità abbia ricevuto, di recente, una straordinaria legittimazione dal legislatore, il quale, con la c.d. legge europea 2017 ha stabilito che " *l'Autorità per le garanzie e le comunicazioni, su istanza dei titolari dei diritti può ordinare in via cautelare ai prestatori di servizi della società dell'informazione di porre fine immediatamente alle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, qualora le violazioni medesime risultino manifeste sulla base di un sommario di un sommario apprezzamento dei fatti e sussista la minaccia di un pregiudizio imminente e irreparabile per i titolari dei diritti*".²⁶

Sulla base di tale disposizione l'Agcom ha aggiornato il suo regolamento in materia prevedendo che " *qualora ritenga che un'opera digitale sia stata resa disponibile su una pagina internet in violazione della legge sul diritto d'autore anche attraverso l'offerta di prodotti, componenti o servizi in violazione dei diritti d'autore e connessi ovvero la pubblicità, la promozione, la descrizione di attività in violazione dei diritti d'autore e connessi, un soggetto legittimato può presentare un'istanza all'Autorità, chiedendone la rimozione*"²⁷.

Ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, devono ovviamente ricorrere, i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* che la legge europea ha reso più stringenti rispetto a quelle previste dal codice di procedura civile.

Le nuove norme, (approvate dopo un'ampia consultazione pubblica e la notificazione del testo alla Commissione Europea) impongono all'Autorità di

²⁴ Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 5

²⁵ Decreto Legislativo 31 luglio 2005 n° 177, *Testo unico della radiotelevisione*.

²⁶ Articolo 2 della Legge 20 novembre 2017 n°167, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea. Legge europea 2017*.

²⁷ Cfr. Articolo 6, Delibera, 16 ottobre 2018, n° 490/18/CONS, "Modifiche al regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del Decreto Legislativo 9 aprile 2003 n° 70 di cui alla Delibera 680/13/CONS."

deliberare entro tre giorni lavorativi sia sulle istanze cautelari sia su quelle che segnalano la reiterazione di una violazione già accertata²⁸.

I relativi provvedimenti sono notificati ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, i quali possono proporre reclamo entro cinque giorni lavorativi.

La decisione definitiva interviene entro sette giorni lavorativi dalla presentazione del reclamo.

Come è stato evidenziato le modifiche apportate al regolamento, hanno fortemente esteso il potere di indagine dell'Autorità nel settore del diritto d'autore *on line* al fine di superare le difficoltà di "enforcement tecnologiche, economiche e giuridiche, e mirare a fornire ai titolari dei diritti misure inibitorie che siano relativamente veloci, semplici da richiedere, ed in grado di ottenere il blocco delle attività illecite"²⁹.

Le nuove disposizioni mirano infatti a colpire qualsivoglia fenomeno che sia idoneo a pregiudicare i diritti tutelati di proprietà intellettuale.

La *ratio* può rinvenirsi nella volontà di arrivare ad incidere anche sui comportamenti e sulle tecniche "elusive", ossia quelle che non toccano direttamente l'interesse protetto ma aggirando l'ostacolo, lo ledono in modo indiretto mediante accorgimenti "nascosti"

Il nuovo articolo 171 ter della legge sul diritto d'autore sembra chiaro in tal senso includendo offerte, prodotti, componenti o servizi che consentono di "eludere misure tecnologiche o facilitare l'elusione di predette misure volte a tutelare il diritto d'autore stesso"³⁰.

Dalla lettura della novella normativa può quindi evidenziarsi la consapevolezza delle potenzialità della tecnologia e, per questo, la necessità di prevenire anche sviluppi non del tutto consolidati che portano a ritenere come possa parlarsi di una funzione "anticipatoria" della disciplina giuridica sul punto.

Il regolamento ha previsto, inoltre, l'istituzione di un'istanza permanente, un Comitato, di cui fanno parte rappresentanti di tutte le categorie interessate e delle istituzioni aventi competenza in materia, che, tra i vari scopi, ha, senza dubbio, quello di incentivare, attraverso il costante confronto fra gli

²⁸ P. DEL VECCHIO, *La peculiarità del Regolamento Agcom*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 43.

²⁹ Cfr. S. LAVAGNINI, *Il diritto d'autore tra Agcom e Garante privacy*, in in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 5

³⁰ Cfr. P. DEL VECCHIO, *La peculiarità del Regolamento Agcom*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*,

stakeholders, lo sviluppo dell'offerta legale, onde far sì che i contenuti possano essere accessibili in rete a prezzi ragionevoli tali da scoraggiare il ricorso ai siti pirata³¹.

Il comitato è chiamato inoltre a promuovere l'adozione, da parte del provider, di strumenti di contrasto, come il c.d. *follow the money*, fondati sull'analisi delle transazioni economiche e dei modelli di *business* che caratterizzano l'offerta *on line* di contenuti in violazione del diritto d'autore³².

Infine si evidenzia come l'Agcom si attivi esclusivamente a seguito di un'istanza presentata da un soggetto legittimato che può rinvenirsi nel titolare del diritto d'autore o di un diritto connesso o un licenziatario oppure in un'associazione di gestione di categoria cui sia stato conferito mandato dal titolare o da un licenziatario.

Non può esservi pertanto procedibilità *ex officio*, per cui non si dà luogo ad alcuna forma di monitoraggio preventivo della rete, diversamente da quanto paventato da parte di alcuni operatori del settore³³.

3. Le recenti evoluzioni giurisprudenziali.

Nonostante sia stata considerata una *best practice* anche a livello internazionale l'intervento dell'Agcom ha dato via, nel corso del tempo, "a vivaci contestazioni che oscillavano fra la dichiarata ostilità e il malcelato scetticismo"³⁴, al punto tale che anche la Corte Costituzionale con la sentenza 247/15 è stata chiamata a pronunciarsi al riguardo evidenziando come "L'Autorità è dotata di funzioni e poteri che non solo non sono in discussione, ma che devono essere attribuiti conformemente a quanto previsto dalla direttiva europea"³⁵.

Da ultimo è intervenuto, come è noto, anche il Consiglio di Stato il quale, nonostante abbia confermato la legittimità del Regolamento Agcom in materia di diritto d'autore, ne ha, tuttavia, annullato una parte relativa alla tutela del diritto d'autore sulle reti telematiche ed agli interventi sanzionatori dell'Agcom relativi alle violazioni del diritto d'autore nel settore audiovisivo³⁶.

³¹ Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 4

³² Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 5

³³ Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 5

³⁴ Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 3.

³⁵ Cfr. Corte Costituzionale, 3 dicembre 2015 n° 247, in *Giur. cost.*, 2015, 6, 2220

³⁶ Cfr. Consiglio di Stato, 15 luglio 2019 n° 4993, in www.giustiziaamministrativa.it

Nello specifico, infatti, lo stesso regolamento³⁷ immagina delle sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti ritenuti colpevoli di aver tenuto condotte lesive del diritto d'autore nella misura in cui consentono la veicolazione su canali informatici di prodotti e servizi relativamente ai quali non risultino pienamente rispettate le disposizioni vevoli a tutela del diritto d'autore³⁸.

Secondo i giudici amministrativi, infatti, *“ se è consentito ritenere legittimo che, attraverso il contestato regolamento, l'Autorità possa- a fronte di tali condotte anti-giuridiche- adottare misure strettamente amministrative volte a prevenire o inibire dette condotte non è altrettanto lineare ed automatico (proprio per rispetto del principio di legalità), ammettere che, a fronte dell'inosservanza di tali misure amministrative, colui che non vi ottemperi per ciò solo debba scontare l'onere di una sanzione pecuniaria in mancanza di una norma primaria che tanto espressamente e preventivamente preveda. La teoria dei c.d. poteri impliciti neppure sopperisce, a tal riguardo, sia perché figlia di una fonte di sua produzione non legislativa sia perché di per sé stessa inidonea a giustificare una espansione applicativa di tali poteri fino al segno di poter addirittura configurare la produzione di norme (all'evidenza subprimarie) idonee a produrre (sotto le spoglie di sanzioni amministrative pecuniarie) conseguenze sul fronte patrimoniale del privato. E non può dirsi sufficiente la base normativa primaria che, in via generale ed astratta, configura sanzioni amministrative pecuniarie per il mancato rispetto di ordini legittimi dall'autorità”*.

Allo stesso modo è stato infine sottolineato come *“ a completamento del rispetto stringente del principio di legalità occorrerebbe ancora che tale base normativa prevedesse esplicitamente la conseguenza di una sanzione amministrativa pecuniaria per il mancato rispetto di un ordine dell'Autorità impartito proprio e direttamente per prevenire o inibire la veicolazione su canali informatici di prodotti o servizi assistiti dalla tutela del diritto d'autore. Cosa che nella specie, tuttavia non risulta ricorrere”*³⁹.

Da ciò è possibile evidenziare come tale decisione abbia senza dubbio svuotato la funzione esercitabile dall'Agcom che perderebbe, in una fase preventiva, il proprio potere repressivo volto ad evitare violazioni del diritto d'autore in rete.

³⁷ Il riferimento è agli articoli 8, 13 e 14 del regolamento.

³⁸ Cfr. S. LAVAGNINI, *Il diritto d'autore tra Agcom e Garante privacy*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 58.

³⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 15 luglio 2019 n° 4993, cit.

Al riguardo è stato infatti sottolineato come il Consiglio di Stato abbia confermato *“i poteri inibitori ma non quelli relativi all’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie per il mancato rispetto degli ordini di Agcom stessa e ciò, nonostante le norme generali che contemplano tali poiché non vi sarebbe un espresso richiamo alla violazione dei diritti d’autore online”*⁴⁰.

4. Considerazioni conclusive

Sulla base di quanto evidenziato risultano, necessarie, delle, seppur brevi, considerazioni conclusive in merito alla tutela amministrativa del diritto d’autore e dei diritti connessi che, per quanto celere ed efficace, incontra ovviamente precisi limiti anche alla luce dell’attuale quadro normativo nazionale.

Nello specifico, infatti, nonostante vi sia stata l’approvazione della c.d. Direttiva copyright⁴¹, quasi al termine della legislatura europea e dopo un iter travagliato, deve evidenziarsi come, per far progredire le frontiere della legalità in rete occorranza interventi del legislatore dettagliati sia in ambito nazionale che europeo⁴².

Risulta quindi necessario un adeguamento del Regolamento Agcom, intervenuto per assicurare una copertura alla tutela del diritto d’autore in assenza di un vuoto normativo, alle recenti disposizioni europee in materia che devono essere al più presto recepite dal legislatore nazionale, primo attuatore della direttiva, che in questa occasione potrebbe pensare ad un necessario ed imprescindibile aggiornamento delle disposizioni nazionali sul punto.

Allo stesso modo, considerando che le fonti del potere dell’Autorità sono sparse, non organiche e frutto di una sommatoria progressiva di segmenti di attribuzione di poteri, potrebbe auspicarsi un intervento del legislatore in grado di assestare ordinatamente la materia, equilibrando tra loro interessi di natura e calibro diversi e che tenga altresì conto della forte componente transfrontaliera percepibile nella circolazione sulle reti informatiche di prodotti o servizi in relazione ai quali può manifestarsi l’esigenza di tutela del diritto d’autore.

Tale circostanza non può prescindere, inoltre, da una approfondita e chiara riflessione sul ruolo attualmente svolto dalle grandi piattaforme digitali

⁴⁰ Cfr. S. LAVAGNINI, *Il diritto d’autore tra Agcom e Garante privacy*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d’autore nell’era digitale*, cit., 61.

⁴¹ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale.

⁴² Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d’autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d’autore nell’era digitale*, cit., 10.

soprattutto in riferimento alla proprietà intellettuale che è, come è noto, fra i diritti soggettivi che hanno sofferto e soffrono le più gravi lesioni a causa dello sviluppo delle comunicazioni in rete⁴³.

Come è stato sottolineato, la difesa del diritto d'autore è quindi innanzi tutto una battaglia culturale, derivandone, da ciò, che non sia possibile poter rispondere attraverso la mera definizione di strumenti atti a reprimere le violazioni, ma occorre in ugual misura approfondire ogni impegno per far diventare patrimonio comune, fra gli utenti della rete, l'esigenza di tutelare adeguatamente la proprietà intellettuale⁴⁴.

In conclusione, è possibile quindi affermare come " *il tema della tutela del diritto d'autore si iscrive nel più vasto quadro della necessità di dettare regole adeguate per disciplinare la rete e l'attività dei soggetti che in essa operano. Internet deve divenire uno spazio dove regna la forza del diritto, e non il diritto della forza. Sono in questione diritti fondamentali della persona e, non da ultimo, le stesse basi su cui poggiano i nostri sistemi democratici*"⁴⁵.

⁴³ Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 12.

⁴⁴ Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit.,

⁴⁵ Cfr. sul punto F. POSTERARO, *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*, in A PAPA (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., 12.

Dall' homo *loquens* all' homo *smart*: la contrattualistica del terzo millennio.

di Alessia PALLADINO*

SOMMARIO: **1.** *Smart contract* tra centralità dell'individuo e onnipresenza del mercato. **2.** Il fenomeno "*smart contract*": una nozione in cerca d'autore. **3.** Il contratto "*smart*". **4.** Considerazioni conclusive. Verso la contrattualistica "*smart*".

ABSTRACT: *This Article aims at shedding light upon the advent of smart contract. After the drawing the main features of this new technology, the most relevant legal concerns will be analysed, in order to verify whether smart contracts could be encompassed into the Italian contract law.*

1. *Smart contract* tra centralità dell'individuo e onnipresenza del mercato

L'avvento degli *smart contract* sugella l'indissolubilità del legame insito tra contratto, tecnologia ed innovazione socio - economica¹. Dal punto di vista empirico, invero, i profondi mutamenti connessi all'affermazione tecnologica e all'uso crescente della telematica hanno operato una rimodulazione delle abitudini di vita dell'odierna società civile².

Nel corso dell'ultimo ventennio, infatti, si è osservato un crescente affidamento del singolo alle potenzialità tecnologiche per il compimento delle proprie scelte

* *Dottore di ricerca in Humanities and New Technologies, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, specializzata nelle professioni legali presso la S.S.P.L. dell'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa.*

¹ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 187. Si veda, in particolare, la monografia di Walter Auwers (*Der Rechtsschutz der automatischen Wage nach gemeinem Recht, Göttingen*, 1891), che per primo ha indagato l'incidenza degli automi nel diritto. Per dei riferimenti bibliografici più completi sulla letteratura scientifica tedesca di fine Ottocento in materia, cfr. S. SEGNALINI, "*Contrahere*" senza "*consentire*"? il punto di vista dello storico, in *Rivista di Diritto Romano*, n. 10 (2010), p. 1, nt. 2.

² Sul punto cfr. R. CLARIZIA, *I contratti e l'informatica*, in R. Clarizia (a cura di), *I contratti informatici*, Milano 2007, p. 3. L' A., in particolare, ritiene che la trasformazione della società si configuri "*lenta, ma globale e ormai inarrestabile*"; cfr. anche S. UMIT KUCUK, *Consumerism in the Digital Age*, in *Journal of Consumer Affairs*, 2016, pp. 520 ss.

personali³: con l'evoluzione della computazione algoritmica, in particolare, la tecnologia si eleva a strumento capace di assecondare e anticipare le esigenze individuali, grazie ai nuovi approdi scientifici nelle tecniche di *machine learning*. In sintesi, le rinnovate esigenze dell'*homo digitalis*⁴ si sono orientate verso la più completa *oggettivizzazione* dello scambio, prediligendo dinamiche volte alla riduzione dell'elemento della volontà e del potere delle parti di incidere sulla struttura negoziale, al fine di mitigare i rischi connessi all'asimmetria informativa e ai costi della negoziazione⁵. L'esperienza degli *smart contract* risulta in questo senso fortemente indicativa, giacché segna il superamento dell'accordo contrattuale, attraverso lo scambio di dichiarazioni unilaterali trasposte in termini informatici in un sistema di algoritmi e di codici crittografici; in tal modo, il *contract* esternerà la volontà *algoritmica* delle parti di concludere un determinato contratto, ma soprattutto di darvi in seguito esecuzione.

Dal quadro sommariamente esposto risulta evidente che la tematica in esame si innesta così in una realtà fenomenica assai mutevole, connaturata da una graduale inversione - nel processo decisionale individuale - del rapporto "*macchina-uomo*", essendo ormai queste in grado di interagire su un piano di quasi parità con gli esseri umani⁶.

Parimenti, i risvolti giuridici si esprimono entro una cornice alquanto frastagliata, collocante gli *smart contract* nel solco tracciato dalla storia del pensiero giuridico - di rilievo nazionale e sovranazionale⁷ - sulla standardizzazione contrattuale e

³ Si pensi, ad esempio, al caso dei c.d. personal digital assistants (PDA) di ultima generazione, quali Alexa e Cortana. Sul punto cfr. J.R. BELLEGARDA, *Spoken Language Understanding for Natural Interaction: The Siri Experience*, in *Natural Interaction with Robots, Knowbots and Smartphones*, a cura di Mariani, Rosset, Garnier-Rizet, Devillers, New York, 2014, pp. 3 ss.

⁴ G. SARTORI, *Homo videns*, Bari, 1999. L'A. osserva che "*l'homo prensilis si atrofizza nell'homo digitalis. Nell'età digitale il nostro fare si riduce a premere bottoni su una tastiera*".

⁵ Cfr. U. BRECCIA, *Sub art. 1321*, in *Comm. del cod. civ.*, (diretto da) E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, vol. 1, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, 7 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2 a ed., Torino, 2011, pp. 25 ss.; E. GABRIELLI, *La nozione di contratto e la sua funzione. Appunti sulla prospettiva di una nuova definizione di contratto*, in *Giustizia Civile* n.2/2019, pp. 299 e ss.

⁶ L. AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2017, pp. 315 ss; G. LEMME, *Gli «smart contracts» e le tre leggi della robotica*, in *Analisi Giuridica dell'Economia* n. 1/2019, pp. 5 e ss.

⁷ ERONE D'ALESSANDRIA, *De gli automi, traduzione di Baldi*, Urbino, 2012; D. DI SABATO, *Gli smart contracts*, in *Contratto e Impr.* N. 2/2017, p. 378; K. SEGRAVE, *"Vending Machines: An American Social History"*, Jefferson, N.C., McFarland & Co, 2002; A. SVELYEV *"Contract law 2.0: "Smart Contracts as the beginning of the end of classic contract law"*, 2016, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2885241>.

dematerializzazione della forma⁸, nonché sull'utilizzo dell'automazione per lo svolgimento di determinate attività umane⁹.

L'incidenza dirompente degli *smart contract* nelle dinamiche di scambio ha così invitato l'interprete ad una rimediazione del contesto normativo¹⁰, per comprendere se tale avvento segni la definitiva *disumanizzazione*¹¹ del contratto, rendendo necessario il superamento dell'impianto tradizionale in materia. Il dibattito assume ulteriori inflessioni chiaroscurali alla luce della recente legge 12/2019¹², costituente il primo approdo normativo volto alla definizione delle tecnologie basate su registri distribuiti (si pensi, ad esempio, alla *blockchain*) e degli *smart contract*¹³: in effetti, quantunque la novella rivela tutta la sensibilità del legislatore nazionale in materia, al contempo ciò non esaurisce il dibattito interpretativo sorto sia sulla definizione di *smart contract*, sia sulla idoneità di tali programmi per elaboratore ad essere considerati veri e propri contratti. Del resto, l'insorgenza di molteplici ambiguità deriva altresì dalla scelta di incaricare l'Agenzia per l'Italia digitale della redazione di opportune linee

⁸ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al Codice del Consumo di cui al d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contr. impr.*, 2014, pp. 1264 ss.; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, 2018, p. 23.

⁹ Il fatto che esistano contratti che si attuano automaticamente non è una novità, basti pensare alle Borse Valori, dove il c.d. "automate trading system" è largamente diffuso (in questo caso gli scambi sono eseguiti non dai trader, ma da un sistema computerizzato basato su una strategia di trading sviluppata in un programma eseguito dal computer stesso).

¹⁰ N. IRTI e E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001. Sui risvolti sociali del progresso tecnologico e sulle sue ricadute sul piano giuridico v. V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano 1981, p. 202. Sui rapporti tra informatica e diritto si veda la recente pubblicazione di G. CORASANITI, *Il diritto nella società digitale*, Milano, 2018, dove il giurista, partendo da una ricostruzione sistematica sulle comuni radici della disciplina giuridica e informatica, evidenzia le similitudini e la costante e reciproca interazione.

¹¹ Il riferimento va a G. OPPO, *La disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 98, pp. 525 ss.; N. IRTI, *È vero ma... (Replica a Giorgio Oppò)*, *ivi*, 1, 99, pp. 273 ss.; v. anche A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, pp. 5 ss..

¹² Legge dell'11 febbraio 2019, n. 12, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione, pubbl. in *GU Serie Generale* n.36 del 12-02-2019.

¹³ Dispone infatti l'art. 8-ter del decreto sopra citato, che si definiscono *smart contract* «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

guida, fornenti maggiori dettagli operativi per il corretto funzionamento degli smart contract.

Per tali ragioni, sebbene le potenzialità enucleabili appaiano molteplici¹⁴, l'emersione di questi nuovi strumenti pone in rilievo nuove ed ulteriori questioni, ricollegabili alla disciplina del contratto in generale.

Il presente lavoro, pertanto, mira a indagare le criticità sottese al fenomeno in esame, al fine di valutare l'idoneità degli *smart contracts* ad essere qualificati come nuovi presidi dell'iter negoziale, ovvero se possano essere considerati veri e propri contratti. Pertanto, nell'identificare quali siano i fattori di maggiore eccentricità rispetto al tradizionale apparato giuridico di riferimento, si esamineranno gli aspetti connessi agli elementi essenziali del contratto, all'interpretazione delle clausole, alla normativa applicabile in caso di controversie ed alla rigidità dell'esecuzione automatica.

2. Il fenomeno "smart contract": una nozione in cerca d'autore.

Il fenomeno degli *smart contract* introduce, come visto, molteplici questioni interpretative. In effetti, accanto alla evidenziata difficoltà qualificatoria, di natura giuridica, insistono preliminari criticità di ordine definitorio.

Ad una prima indagine semantica, infatti, si osserva come la locuzione "smart contract" per se sfugga ad un'univoca definizione¹⁵; del pari, non si individua alcuna definizione legale ampiamente accettata¹⁶.

Un primo fattore causale si ricollega alla tendenza di qualificare gli *smart contract* come meri "contratti intelligenti": tale operazione, oltre ad esaurirsi in una tautologia, ingenera l'illusione - o quantomeno la preoccupazione - che la natura giuridica di tali protocolli informatici risulti ricollegabile alla veste negoziale, di matrice contrattuale¹⁷; al contrario, l'espressione *smart contract* pone

¹⁴ S. DI SABATO, *cit.* p. 378.

¹⁵ J. CASSANO, *What Are Smart Contract? Bitcoin's Killer App*, Fast Company, <http://fastcolabs.com/3035723/app-economy/smart-contracts-could-be-cryptocurrencys-killer-app>.

¹⁶ Al di fuori del contesto statunitense, la Bielorussia è diventata il primo paese a legiferare sugli smart contract, definendoli nel Decreto Presidenziale come "a programme code intended for functioning in the distributed ledger for purposes of automated performance and/or execution of transactions or performance of other legal actions": Decree of the President of the Republic of Belarus No. 8 (21 December 2017). In particolare, è interessante notare come il decreto introduca una presunzione relativa, secondo cui una persona che ha sottoscritto una transazione mediante smart contract abbia piena familiarità con i termini della transazione.

¹⁷ Di diverso avviso E. FELTEN, *Smart Contracts: Neither Smart nor Contracts?* (Feb. 20, 2017), <https://freedom-to-tinker.com/2017/02/20/smart-contracts-neither-smart-notcontracts/>., Ritiene invece che la locuzione "smart contract" risulti oltremodo foriera, giacché "Smart contracts" are neither smart nor contracts", Grimmelmann, James, All Smart Contracts Are Ambiguous (January

doppiamente in inganno, giacché gli stessi non risultano né doverosamente rispondenti a modalità operative "smart", né afferenti unicamente alle dinamiche contrattuali¹⁸. Infine, simile omologazione decrementa la vera innovazione caratterizzante sottesa a questo strumento, ovvero la codifica intelligente.

Un secondo fattore causale, invece, deriva dalla constatazione che i primi approdi definitivi traggono origine dalla letteratura informatica nordamericana degli anni Ottanta, risultando così rispondenti, *rationae materie*¹⁹, al coevo stato della tecnica. Di converso, se tali definizioni risultano ormai anacronistiche, ciò contribuisce a rendere più arduo il ruolo del giurista: questi, per un verso, è chiamato a confrontarsi con un fenomeno enucleatosi in un differente sistema giuridico, tipicamente di *common law*; per altro verso, è tenuto ad inquadrarlo entro una cornice concettuale altrettanto *equivoca*²⁰ e *pericolosa*²¹.

Storicamente, il concetto di *smart contract* venne introdotto per la prima volta a metà degli anni Novanta - più precisamente, a partire dal 1994 - dal suo celebre ideatore Nick Szabo²². In tale periodo, invero, lo sperimentalismo era già profuso nella realizzazione dei *Ricardian contracts*²³, finalizzati ad individuare le intenzioni delle parti prima dell'esecuzione della prestazione e considerati, per tale ragione, come i predecessori degli *smart contract*²⁴.

14, 2019). Penn Journal of Law and Innovation (Forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3315703>.

¹⁸ O. RIKKEN e altri (Smart Contract Working Group - Dutch Blockchain Coalition), *Smart contracts as a specific application of blockchain technology*, <https://dutchblockchaincoalition.org/>, p. 12. Si veda anche, per una ricostruzione delle criticità definitorie, C. BOMPRESZI, *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Diritto mercato e Tecnologia 2017*, <https://www.dimt.it/images/pdf/Blockchaineassicurazione.pdf>.

¹⁹ In effetti, ciò sembrerebbe corroborato dalle varianti definitorie usualmente adoperate rispettivamente in tali campi: pertanto, gli operatori giuridici definiscono gli smart contract come "contratti dotati di alcuni elementi attivabili automaticamente", mentre dal punto di vista informatico sono "righe di codice che si autoeseguono al verificarsi una condizione predeterminata".

²⁰ In tali termini H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, rist., Milano, 1978.

²¹ Il riferimento va a Giavoleno Prisco, il quale affermò che "*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subveri posset*" (D.50,17,202 (Jav. 11 Epist.); sul punto cfr. anche R. Orestano, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 54; E. Gabrielli, cit., p. 1.

²² N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, Vol. 2, n. 9, 1997, in <http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>, visualizzato 16.10.2019.

²³ Secondo il programmatore Ian Grigg, *a digital contract that defines the terms and conditions of an interaction, between two or more peers, that is cryptographically signed and verified. Importantly it is both human and machine readable and digitally signed*

²⁴ In tal senso F. SARZANA, M. NICOTRA, *Diritto alla Blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Milano 2019.

Alla luce del fiorente contesto empirico, Szabo, attraverso molteplici opere di divulgazione scientifica di carattere squisitamente informatico, teorizzò la realizzazione di protocolli di transazione informatizzati, come evoluzione delle coeve frontiere dell'automazione²⁵; per protocollo, in particolare, Szabo intendeva un algoritmo che permettesse la imperturbabilità di un insieme di regole nel tempo. A tal fine fu coniato il termine *smart contract*, da intendersi come "un insieme di promesse, espresse in forma digitale, incluse le regole che le parti vogliono applicarvi"²⁶. La portata applicativa prefigurata da Szabo, tuttavia, mirava principalmente a garantire l'affidabilità degli intermediari coinvolti nelle transazioni²⁷: ciò risultava evidente anche allo stesso ideatore, che allineava gli smart contract a prototipi già esistenti - dallo stesso definiti come "*crude smart contract*" -, come ad esempio i terminali POS o il sistema Electronic Data Interchange (EDI). In sintesi, gli obiettivi generali miravano alla effettività delle transazioni generate, la cui soddisfazione poteva realizzarsi attraverso la predisposizione di "*condizioni contrattuali*" comuni (quali termini di pagamento, privilegi, riservatezza e molti altri), per ridurre al minimo il rischio di inadempimento e gli svantaggi patrimoniali derivanti da condotte fraudolente, ovvero dai costi di arbitrato o di transazione²⁸.

Quantunque gli intenti originari risultassero esplicitamente circoscritti, il crescente sviluppo tecnologico consentì l'implementazione di sistemi elettronico-informatici, in grado di aumentare le funzionalità e l'offerta di prodotti o servizi

²⁵ L'idea di *smart contract* ha preso forma per la prima volta nel 1997 nei due *paper*, "*Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*" e "*The Idea of Smart Contracts*", reperibili rispettivamente ai seguenti link: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>, nonché <http://szabo.best.vwh.net/idea.html>. Per completezza, occorre precisare che nel corso dell'anno successivo, nel 1998, l'autore formalizzò le sue teorie in un ulteriore *paper*, intitolato *Secure Property Titles with Owner Authority*

²⁶ N. SZABO, *Smart Contracts: Building Blocks for digital markets*, 1996, disponibile al seguente indirizzo

http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html [Ultimo accesso 13 Apr. 2019]. L'autore, in particolare, definiva per smart contract "a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises".

²⁷ R. PARDOLESI, A. D'AVOLA, *What Is Wrong in the Debate About Smart Contracts*, consultabile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3339421.

²⁸ Secondo Szabo "The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries. Related economic goals include lowering fraud loss, arbitration and enforcement costs, and other transaction costs", <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>.

per il raggiungimento di più ambiziose finalità. Ciononostante, solo con l'avvento della *Blockchain* - si pensi alla piattaforma *Ethereum* - si è offerta una nuova dimensione evolutiva del paradigma *smart*, ampliandone le potenzialità applicative, soprattutto per garantire l'immodificabilità delle richieste codificate attraverso il linguaggio informatico²⁹, riducendo il dominio delle parti³⁰ per garantire un livello crescente di trasparenza, osservabilità e tracciabilità.

Nel rinnovato contesto tecnologico, gli *smart contracts* possono essere dunque definiti³¹ come protocolli informatici in cui, al ricorrere di una condizione informaticamente verificabile (dagli *oracles*) attraverso una combinazione di *bit*, il sistema esegue in via automatica una determinata prestazione. Essi si basano, come un diagramma di flusso, sulla logica "if this then that": una volta soddisfatte le condizioni descritte nel codice, si attivano automaticamente delle specifiche azioni, la cui esecuzione è insuscettibile di interruzione.

Per rendere l'esecuzione delle clausole contrattuali sicure e certe, il sistema alla base degli *smart contracts* prevede l'applicazione della funzione crittografica di *hash*, algoritmo matematico progettato per essere unidirezionale (ovvero teoricamente impossibile da invertire) e che permette di mappare un messaggio in una stringa alfanumerica prefissata, certificando l'integrità e l'immodificabilità del contratto scritto in codice binario.

La tecnologia blockchain ha attribuito una nuova dimensione agli *smart contract*, garantendo la *self - enforceability* del contratto; tale aspetto, come si osserverà in seguito, costituisce un elemento caratterizzante di notevole importanza, giacché consentirebbe la gestione delle sopravvenienze e, soprattutto, la riduzione dell'inadempimento.

3. Il contratto "smart".

Come si è tentato di evidenziare nel precedente paragrafo, procedere ad una precisa tassonomia degli *smart contract* risulta operazione alquanto ardua. Ciò

²⁹ U.S. RODRIGUES, *Law and the Blockchain*, 104 Iowa L. Rev. 679, 695 ff. (2018).

³⁰ Institute of International Finance, *Getting Smart: Contracts on the Blockchain*, <https://www.iif.com/publication/research-note/getting-smart-contracts-blockchain> (May 2016).

³¹ J. I. HIAO, "smart" scontract on the blockchainparadigm shift for contract law? doi: 10.17265/1548-6605/2017.10.002. p. 687, «The basic characteristics of a smart contract are: First, smart contracts are drafted using source code use on computers, they can be standardized and executed at nearly no cost hence to decrease the marginal cost of contracting. Second, for party valuing certainty, there will be no room for ambiguity of contract interpretation but to execute the contract. So once the contracting parties have agreed to be bound by a particular clause, the smart contract's code immutably binds them to that clause without the possibility of breach. Third, smart contracts are designed on a decentralized format».

è dipeso non solo dalla forte confusione tra definizione giuridica ed informatica, ma altresì dall'utilizzo del termine come nozione onnicomprensiva, tesa a ricomprendere tutte quelle dinamiche contrattuali a forte vocazione algoritmica³², come gli *smart code* e gli *smart legal contracts*³³, nonché i cd. *Algorithmic contracts*.

Le negoziazioni automatiche, sebbene già note nei mercati finanziari³⁴ - in cui un algoritmo informatizzato determina automaticamente i parametri individuali degli ordini o per eseguire il trattamento post-negoziazione delle operazioni eseguite - risultano potenziate dall'incidenza della *blockchain* e delle criptovalute, che introducono un meccanismo autonomo e indipendente dalla volontà decisionale delle parti, in grado di eseguire e realizzare l'accordo in piena trasparenza e certezza³⁵. In tal modo, l'autonomia delle parti risulta neutralizzata³⁶ mediante l'intervento dell'automazione nelle varie fasi del contratto, segnando così il superamento dei contratti telematici³⁷.

Per tali ragioni, è opportuno riflettere se, in base alle caratteristiche essenziali dapprima individuate, gli *smart contract* rispondano alle tradizionali categorie giuridiche.

Un primo profilo da considerare attiene alla peculiare centralità del momento formativo dell'accordo e dalla sua codificazione. In tal caso, stante la possibilità

³² È opportuno precisare che i primi sviluppi embrionali di *smart contract* furono le cd. *Vending machines*, oggetto di analisi anche dallo stesso Szabo come base di partenza per la realizzazione degli smart contract. Cfr. K. SEGRAVE, "Vending Machines: An American Social History", Jefferson, N.C., McFarland & Co, 2002, cit.

³³ ISDA and Linklaters: *Whitepaper: Smart Contracts and Distributed Ledger - A Legal Perspective* (2017), pp. 4-5.

³⁴ Si parla, in tal caso di *self driving contracts*: cfr. A.J. CASEY, A. NIBLETT, *Self-Driving contracts*, 2017, in <http://ssrn.com>, p. 104. Circa le negoziazioni finanziarie, cfr. la Direttiva n. 65/2014 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15.5.2014 (MiFID II), artt. 4 e 17. Ulteriori profili applicativi si sono verificati in ambito matrimoniale: si rimanda a A. CARACCILO, L'amore ai tempi della blockchain, in Università degli Studi di Bari, Annali del Dipartimento Jonico, 2017, pp. 55 ss.

³⁵ J. M. SKLAROFF, *Note, Smart Contracts and the Costs of Inflexibility*, 166 U. Pa. L. Rev. 263, 273 (2017).

³⁶ Cfr. N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, First Monday, [S.l.], sep. 1997. ISSN 13960466, in <http://pear.accc.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>.

³⁷ L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, ESI, 2005; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, Giuffrè, 2002; S. GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, ESI, 2000; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 141 e ss.; E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, Cedam, 1994; V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, Maggioli, 1989. V. RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore*, in Ricciuto V. (a cura di), "Il contratto telematico e i pagamenti elettronici. L'esperienza italiana e spagnola a confronto", Milano, Giuffrè, 2004, p. 6; F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in I contratti n. 3/2010, pp. 301 e ss..

di predisporre unilateralmente uno *smart contract*, tale dinamica potrebbe far pensare ad una nuova manifestazione della teoria degli scambi senza accordo³⁸, giacché l'elevato grado di automazione rappresenterebbe il declino dell'accordo contrattuale, inteso come dialogo linguistico intercorrente fra le parti³⁹. Tali affermazioni, tese a conciliare l'accordo unicamente con il dialogo, appaiono fuorvianti se confrontate con l'attuale contesto empirico e giuridico: per un verso, infatti, l'evoluzione tecnologica ha permesso l'emersione di nuovi linguaggi e mezzi di comunicazione; per altro verso, tali evoluzioni trovano conforto nel disposto codicistico - di cui agli articoli 1321, 1327 e 1333 c.c. -, nonché, a livello europeo, nei principi di diritto europeo dei contratti⁴⁰. Tali fonti, che confermano la centralità dell'accordo seppur in assenza di dialogo, ne consentono il rinvenimento anche nei casi di conclusione del contratto attraverso meccanismi di automazione (come nel caso di specie). Piuttosto, risulta più arduo individuarne i principali elementi costitutivi: si pensi, in particolare, all'identificazione delle parti - specialmente in relazione alle tecniche di pseudonimizzazione⁴¹ -, all'imputazione della volontà, ma anche alla determinazione del perfezionamento dell'accordo stesso⁴² e all'individuazione del luogo di conclusione del contratto⁴³.

³⁸ Il riferimento va a N. IRTI, "Scambi senza accordo", in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, 1998, *passim* (ed in particolare p. 176 ss.). Tale tesi origina dagli acquisti di beni nei grandi magazzini. Altra dottrina aveva già ritenuto che con riguardo ai contratti telematici potesse ritenersi mancante l'accordo negli elementi strutturali dei negozi di scambio, fino a giungere ad escludere tali negozi dalla categoria giuridica del contratto. Cfr. E. GIANNANTONIO, *Introduzione all'informatica giuridica*, Milano, 1984, p. 245.

³⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, II ed., Milano, 2000, al quale ha fatto seguito la nuova replica di N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2, 2000, pp. 601 ss.; A. M. Gambino, L'accordo telematico, *passim*; F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in Riv. dir. comm., 2002, pp. 665-666.

⁴⁰ Cfr. artt. 2:101 e 2:103, nella parte in cui il contratto viene identificato con il "sufficient agreement", nonché l'art. 2:204 secondo cui: "Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer"; infine, l'art. 2:211, secondo cui "The rules in this section apply with appropriate adaptations even though the process of conclusion of a contract cannot be analysed into offer and acceptance".

⁴¹ Sul punto, cfr. Regolamento (UE) n. 679 del 2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva CE n. 46 del 1995 (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁴² Si tratta di aspetti sui quali, per ragioni di brevità, non è possibile soffermarsi in questa sede. Sul tema si rinvia a G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile N. 2/2018, pp. 441 ss.

⁴³ Nel 2001 Natalino Irti affermava che "la globalizzazione nella rete telematica raggiunge il suo grado più elevato e rilevava, altresì, che nello spazio telematico non sono certo individuabili i luoghi

Proseguendo oltre, l'elemento che potrebbe rivelarsi più critico attiene all'oggetto del contratto. Giacché lo *smart contract* può essere concluso in maniera automatica sulla logica *if-then*, il contraente è posto nella impossibilità di conoscere le effettive condizioni per la conclusione del contratto, in relazione alla molteplicità di varianti riscontrabili. Tale scenario si complica ulteriormente in tutti quei casi di contrattazione algoritmica basata sull'autoapprendimento della macchina, che prende decisioni senza che le relazioni causa-effetto siano necessariamente comprese dall'uomo: in questi casi, l'oggetto non può essere determinato, ma nemmeno determinabile con precisione ed esattezza, e si potrebbe a tal proposito riflettere sul ricorso alla eventuale fase di integrazione del contratto per supplire alle determinazioni convenzionali incomplete ovvero incorrette. Peraltro, la necessaria osservanza del disposto di cui all'art. 1366 c.c., ossia l'obbligo di interpretare il contratto secondo buona fede, sembrerebbe dover far propendere a ritenere che l'attenzione venga fortemente incentrata sull'autoresponsabilità delle parti e sul grado di maggior importanza attribuibile al loro comportamento nel corso delle fasi contrattuali che precedano l'*execution* dello *smart contract*, eliminando uno dei possibili rimedi manutentivi forniti dall'ordinamento⁴⁴.

Un secondo profilo critico consequenziale attiene, invece, alla liceità dell'oggetto. Tale aspetto evidenzia in misura più netta la differenza tra le caratteristiche tipicamente individuate o individuabili dalla *lex contractus* e quelle invece identificate dalla *lex informatica*: come è noto, se per un verso il contenuto del contratto costituisce proiezione dell'autonomia privata, esso non può tradursi in una strumentalizzazione della neutralità tecnologica per il conseguimento di un oggetto illecito (*criminal smart contract*)⁴⁵, o comunque non meritevole di tutela⁴⁶.

Minori criticità emergono in relazione al requisito della forma. Sul punto giova ricordare che l'art. 8 - *ter* del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con legge n. 12/2019), afferma che lo *smart contract* soddisfa il requisito della forma

dei singoli computer; si tratta in effetti di un non - luogo, poiché i luoghi appartengono a terra, mare e aria".

⁴⁴ Il confine tra interpretazione adeguatrice e integrazione del contenuto del contratto non appare sempre agevole da tracciare. Per una ricostruzione dell'evoluzione del dato normativo, della dottrina e della giurisprudenza in materia cfr. g. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 611 ss.

⁴⁵ A. JUELS et al., *The Ring of Gyges: Investigating the Future of Criminal Smart Contracts*, in Proc. Acm Conf. computer and communications security 283 (2016).

⁴⁶ Sul punto cfr. M. RASKIN, *The law and legality of smart contracts*, 2017, in <http://ssrn.com>.

scritta previa identificazione informatica dei contraenti e attraverso un processo le cui linee guida dovranno essere fissate dall'Agenzia per l'Italia digitale.

La novella presenta margini di somiglianza, sul piano letterale, con le disposizioni in materia di documento informatico di cui agli artt.20 comma 1-bis e 21 comma 2-bis del Codice dell'Amministrazione Digitale⁴⁷. Una lettura sistematica dei due blocchi normativi, tuttavia, potrebbe suscitare il dubbio - nel silenzio della delega attribuita - se sia consentito ad AgID prevedere comunque l'utilizzo di firme digitali per l'imputabilità di uno *smart contract*⁴⁸.

Quantunque emergano molteplici criticità, il vero punto di forza degli *smart contract* risiede nel rigore tecnologico, che impedisce ogni forma di volontaria inosservanza delle clausole contrattuali, rendendo così il rapporto negoziale immune da circostanze endogene (inadempimenti), ovvero riducendo il rischio di fattori esogeni (sopravvenienze)⁴⁹. Sotto tali aspetti, la dinamica "*self-enforcement*" degli *smart contract* rappresenterebbe un superamento del tradizionale apparato rimediabile, di natura ablativa, predisposto per tutelare la parte lesa al verificarsi del disequilibrio contrattuale⁵⁰. Come è noto, in uno *smart contract* non è possibile impedire l'esecuzione del contratto nella sua parte auto eseguibile⁵¹.

Ciò solleva la questione sulla differenza tra legalmente e tecnicamente vincolante, giacché si potrebbe giungere alla conclusione che la forza vincolante degli *smart contracts* non promana dalla legge, bensì dal codice che li predispone, rievocando il celebre pensiero di Lessig, a mente del quale "*il codice è la legge*"⁵². Peraltro, se gli *smart contract* disvelano l'indiscutibile pregio di consentire l'adempimento automatico secondo regole programmate sottese, delle clausole

⁴⁷ Decreto Legislativo 5 marzo 2005, n. 82.

⁴⁸ Sul punto cfr. lo Studio n. 1/2019 del Notariato sugli smart contract, reperibile all'indirizzo <https://www.notariato.it/sites/default/files/S-1-2019-DI.pdf>.

⁴⁹ Sul tema, v., D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, cit., pp. 398 ss.

⁵⁰ Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 967 ss.; F. Macario, *Le sopravvenienze*, in Tratt. del contratto, diretto da Roppo, vol. V, 2, Milano, 2006, p. 498 ss.

⁵¹ Facendo ricorso alle parole adoperate da Nick Szabo, "The basic idea behind smart contracts is that many kinds of contractual clauses (such as collateral, bonding, delineation of property rights, etc.) can be embedded in the hardware and software we deal with, in such a way as to make breach of contract expensive (if desired, sometimes prohibitively so) for the breacher.": Nick Szabo, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets* (1996), http://www.fon.hum.uvanl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinter school2006/szabo.best.vwh.net/smart contracts_2.html.

⁵² Cfr. L. LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books 1999. In tal senso si esprime anche S. Capaccioli, cit., p. 32; per una ulteriore disamina sul punto cfr. Cfr. J. GRIMMELMANN, *Anarchy, Status Updates, and Utopia*, Pace L. Rev., consultabile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2358627>.

per cui sono programmati, non potrebbero trovare applicazione le regole ermeneutiche di cui agli artt. 1362 - 1371 ss. c.c. che risultano generalmente utilizzate per la ricerca della comune intenzione delle parti contraenti al momento della conclusione del contratto, talvolta nascosta dietro il significato oscuro o ambiguo delle locuzioni utilizzate nel testo contrattuale. Si presentano, in sintesi, ulteriori questioni in ordine alla effettiva intelligibilità dell'accordo da parte dei contraenti e, conseguentemente, alla validità del consenso da essi prestato, specie se sono sprovvisti di particolari competenze in campo informatico.

4. Considerazioni conclusive. Verso la contrattualistica "smart".

L'analisi fin qui condotta evidenzia la dirompenza degli *smart contract* e l'insorgenza di consequenziali difficoltà definitorie e sistematiche. Come si è tentato di dimostrare nel corso della trattazione, parte di queste origina dal tentativo di ridurre ad unità un fenomeno di per sé poliedrico, le cui ricadute giuridiche non possono essere canalizzabili in un unico filone argomentativo, ma necessiterebbe opportune differenziazioni in base al grado di automazione contrattuale.

L'assenza di differenziazioni, in effetti, rende più arduo rispondere al quesito circa la riconducibilità allo strumento contrattuale. Sul punto, il rapporto di stretta strumentalità degli *smart contract* agli interessi delle parti sembrerebbe negare che gli stessi possano essere considerati dei contratti in senso giuridico, ma piuttosto atti d'integrazione, ovvero esecutivi, della vicenda contrattuale: simile impostazione si concilierebbe con la versatilità dello strumento per il compimento di atti che costituiscono fasi del rapporto contrattuale; residuerebbero, tuttavia, taluni dubbi connessi alle forme più avanzate di automazione, laddove la macchina ridetermina l'assetto degli interessi sulla base delle informazioni autoapprese. In tali casi, accanto alle criticità già evidenziate, emergono ulteriori profili problematici connessi al regime della responsabilità e della protezione dati.

Si osserva, peraltro, che la novella del 2018 non ha sopito le principali questioni, ridimensionando altresì la portata operativa degli *smart contract*. L'art. 8 -ter, invero, nel definire lo *smart contract* esclusivamente come un "programma per elaboratore" (quindi come un software), sembrerebbe smitizzare l'idea originaria di Szabo, secondo cui uno *smart contract* dovrebbe presentarsi come una sorta di integrazione tra un software (che contiene le istruzioni), ed un hardware (che

tali istruzioni è chiamato ad eseguire materialmente)⁵³. Ciononostante, si rammenta che lo *smart contract* può essere destinato a compiere una o più azioni tanto nel mondo digitale che in quello reale, richiedendo - soprattutto se si opera nel contesto dell'*Internet of Things* - l'uso di ulteriori dispositivi.

Quanto appena affermato induce un'ulteriore riflessione, legata ai costi transattivi: sebbene si affermi che gli *smart contract* appaiano idonei ad eliminare i costi legati all'intermediazione e al rischio di inadempimento, sembrerebbe più opportuno affermare che gli *smart contract* operino una migrazione dei costi dalla fase esecutiva e gestionale, alla fase preparatoria creatrice degli algoritmi inseriti nel protocollo informatico.

In effetti, sebbene nel concetto di "libertà di lingua" si potrebbe ricomprendere anche la facoltà di adottare il codice informatico come "lingua" del contratto⁵⁴, è indubbio che la negoziazione e la predisposizione degli *smart contracts* richiederanno necessariamente e prepotentemente la collaborazione e l'intervento di soggetti capaci di scrivere e di leggere algoritmi. Al contrario, l'inesperienza tecnica delle parti, lungi dall'eliminare la necessità di ricorrere agli intermediari e a figure esperte della materia, li rende di fatto indispensabili, in quanto rappresenterebbe l'unico ponte tra il linguaggio naturale delle parti e la sua trasposizione in un linguaggio informatico⁵⁵.

Tale constatazione cela conseguenze ancor più gravi. La reintroduzione surrettizia dell'intermediazione potrebbe minare quella certezza e quella prevedibilità che dovrebbero invece costituire l'aspetto caratterizzare gli *smart contracts*: in effetti, potrebbe verificarsi che gli intermediari, in sede di trasposizione dell'accordo contrattuale in bit, potrebbero non eseguire un'esatta e corretta traduzione della volontà delle parti, verificandosi così risultati inattesi o comunque diversi rispetto agli intendimenti dei contraenti. Inoltre, non da ultimo, l'assenza di specifiche competenze legali in capo agli intermediari impedirebbe l'applicazione di norme di ordine pubblico, ovvero di norme predisposte a tutela di alcune categorie protette (si pensi, ad esempio, al caso

⁵³ In tali termini cfr. lo studio effettuato dal Consiglio Nazionale del Notariato, *cit.*

⁵⁴ Cfr. I. MOREA, *Il consenso*, in A. Fasano (a cura di), *I vizi del consenso*, Milano, 2013, p. 59. 2 Cfr. L. PIATTI, *Dal Codice Civile al Codice binario*, *cit.*, pp. 337-338. Sul problema della conoscibilità del contenuto dello smart contract, cfr. anche G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, *cit.*, p. 455-456.

⁵⁵ Cfr. M. MANENTE, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, in *Notariato* n. 3/2016, pp. 217-218.

dei consumatori)⁵⁶, vanificando l'intento originario di operare un riequilibrio di quelle posizioni contrattuali fisiologicamente asimmetriche.

Restano, inoltre, talune perplessità sulla legittimità del sistema ogniqualvolta l'irreversibilità dei rapporti automatizzati conduca ad un effetto preclusivo per il ricorso a strumenti di autotutela a fronte di accordi illegittimi, viziati o comunque iniqui. Occorre dunque effettuare un meditato bilanciamento tra i vantaggi di automazione ed efficienza, da un lato, e l'esigenza di giustiziabilità delle parti, dall'altro.

In conclusione, l'avvento degli *smart contract* e della tecnologia *blockchain* disvela molteplici potenzialità, seppur notevoli criticità. La disamina condotta evidenzia che tale fenomeno non necessiti semplicemente una nuova normativa, ma richieda altresì un nuovo approccio giuridico.

⁵⁶ Secondo J.A.T. FAIRFIELD, *Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection*, in *Washington and Lee Law Review Online*, Vol. 71, n. 2, 2014, pp. 35 ss., gli smart contracts potrebbero invece incrementare il livello di tutela dei consumatori, colmando eventuali asimmetrie nelle negoziazioni online.

La non punibilità del convivente *more uxorio* ai sensi dell'art. 384 c.p.: un antico dilemma approda al vaglio delle Sezioni Unite.

di SISTO MACCHIARELLI*

SOMMARIO: **1.** Le circostanze di esclusione della pena, tra principi generali e disposizioni di carattere eccezionale; **2.** L'eterogeneo paradigma della famiglia: concezione istituzionale, modello sociale e rinnovate criticità; **3.** L'evanescente statuto penale della famiglia di fatto; **4.** La non punibilità del convivente *more uxorio* per i reati contro l'amministrazione della giustizia

ABSTRACT: *The contribution examines a theme of dating doctrinal and jurisprudential attention, which places itself at the center of an exegetical debate for the doubts of constitutional seal that seems to place the rigorous observance of the canons of criminal legality. Indeed, the question of the applicability of art. 384 c.p. at the cohabiting partner "more uxorio" raises a question put under the scrutiny of the S.U. from the recent ordinance n. 1825/2019 of the Cassation, Section VI. By examining the legal nature of the case and the evolution that the concept of the family has experienced in recent years, the contribution reviews all the main orientations formed on the issue, suggesting a possible doubt of constitutional compatibility of the norm in the renewed system of criminal protection of the de facto family.*

1. Le circostanze di esclusione della pena, tra principi generali e disposizioni di carattere eccezionale.

Il codice penale disciplina la categoria delle circostanze di esclusione della pena agli artt. 59 e 119, mediante regole che presentano "geometrie variabili" a seconda della fattispecie sottoposta all'attenzione dell'interprete.

Invero, il diritto positivo omette di distinguere le tre *species* in cui si scinde il *genus* espressamente menzionato dal legislatore: cause di giustificazione o scriminanti, cause di esclusione della colpevolezza o scusanti e cause di non punibilità in senso stretto.

* Dottore in giurisprudenza presso la Seconda Università degli Studi di Napoli"; consulente di diritto societario e dei mercati finanziari; già tirocinante ex art. 73 D.L. n. 69 del 2013 presso il Tribunale Penale di Napoli.

La tripartizione discende dalla funzione delle singole circostanze, che assurge a criterio ermeneutico per stabilire il relativo regime giuridico, oltre a indicare la posizione che l'istituto occupa nella struttura del reato¹.

Dottrina e giurisprudenza² sono concordi nell'affermare che rispetto alle cause di giustificazione trovi integrale applicazione lo statuto normativo previsto dall'art. 59, co. 1 e 4, c.p.; difatti, l'operatività oggettiva della scriminante e la rilevanza del putativo costituiscono regole conformi alla *ratio* della fattispecie, che elide l'antigiuridicità della condotta conforme al tipo legale di riferimento, in ossequio al principio di non contraddizione ovvero alla teoria del bilanciamento di interessi³.

Le scriminanti esprimono principi di carattere generale valevoli in ogni ramo dell'ordinamento, con la conseguenza che non solo possono essere previste da qualsiasi fonte normativa – *i.e.* non solo dalle disposizioni contenute nel codice penale –, ma anche che la loro efficacia è universale, ossia tale da rendere la condotta non assoggettabile ad alcun tipo di sanzione, nemmeno di natura civile, amministrativa o disciplinare⁴.

¹ La dottrina che accoglie la teoria quadripartita del reato fa rientrare le cause di non punibilità, insieme alle condizioni obiettive di punibilità, nella struttura dell'illecito penale. Per un maggiore approfondimento si rimanda a MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2018, pag. 202 e ss.

² MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, pag. 282 e ss., secondo cui le cause di giustificazione esprimono un giudizio di liceità da parte dell'ordinamento giuridico a carattere in tutto e per tutto oggettivo, restando irrilevanti gli stati conoscitivi dell'agente concreto; la regola prevista dall'art. 59, co. 4, c.p. si spiega osservando che anche l'antigiuridicità rientra nel fuoco del dolo, ma in maniera peculiare, nel senso che sebbene non occorra la positiva rappresentazione dell'assenza di cause di giustificazione per la corretta formazione della volontà criminosa, tuttavia, l'erronea supposizione circa l'esistenza di scriminanti che sono contemplate dalla legge è di per sé suscettibile di escludere il dolo, lasciando residuare una responsabilità eventuale a titolo di colpa.

³ Sul punto SALERNO, 2. *La struttura del reato*, in *Il sistema del diritto penale*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017, pag. 94 e ss., secondo il quale "proprio il carattere parziale e non esaustivo delle teorie moniste ha indotto parte della dottrina a rinunciare a una ricostruzione unitaria del fondamento e della ratio delle cause di giustificazione, ricercandoli in maniera puntuale per ciascuna di esse". Pertanto, si è sostenuto che la funzione di prevenire contraddizioni all'interno dell'ordinamento giuridico sia propria delle scriminanti disciplinate dagli artt. 51 e 53 c.p., mentre quelle di cui agli artt. 52 e 54 rispondono alla teoria del bilanciamento tra contrapposti interessi.

⁴ In materia, *amplius*, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *op. cit.*, pag. 218 e ss.; si veda anche SALERNO, *op. cit.*, in merito al dibattito sulla natura giuridica dello stato di necessità di cui ai primi due commi dell'art. 54 c.p. Parte della dottrina sostiene che l'obbligazione indennitaria prevista dall'art. 2045 c.c. per il soggetto che compie l'azione necessitata rappresenti l'argomento di carattere normativo per escludere che lo stato di necessità sia una causa di giustificazione, dovendo più correttamente essere qualificato come causa di esclusione della colpevolezza. Difatti, il carattere dell'universalità proprio delle scriminanti osterebbe alla possibilità che la condotta giustificata in base ai principi generali possa essere assoggettata a qualsiasi forma di sanzione negli altri rami dell'ordinamento giuridico.

Di talché, già sul piano logico, nulla osta alla comunicabilità delle cause di giustificazione ai correi nelle ipotesi di realizzazione del reato in forma plurisoggettiva eventuale, come sancisce espressamente l'art. 119, co. 2, c.p. Diversamente è a dirsi per le altre due categorie, che soggiacciono a un'applicazione "rovesciata" dell'art. 59 c.p.

In particolare, per le cause di esclusione della colpevolezza vale la regola prevista dall'art. 59, co. 4, c.p., mentre non può operare il criterio della rilevanza oggettiva di cui al primo comma.

Le scusanti, infatti, rispondono al principio dell'inesigibilità del comportamento lecito da parte del soggetto che versa in una situazione di turbamento emotivo tale da non permettergli l'osservanza della norma penale.

L'incidenza sul piano della rimproverabilità postula che il fattore condizionante sia effettivamente percepito dall'agente concreto, anche a prescindere dalla sua oggettiva sussistenza.

Il fondamento teleologico della categoria permette di classificare le scusanti come circostanze di esclusione della pena di tipo soggettivo, con la conseguente inapplicabilità ai compartecipi nel medesimo reato ai sensi dell'art. 119, co.1, c.p.

In ordine alla natura delle norme che le contemplano alcun dubbio si pone circa il riconoscimento del relativo carattere eccezionale, in ragione della deroga alla generale potestà punitiva dello Stato che osta all'applicazione analogica della disposizione *ex artt.* 25, co 2, Cost. e 14 Preleggi.

Manifestano, invece, valutazioni discrezionali di opportunità politico-criminale la cause di non punibilità in senso stretto, che nell'ottica dell'art. 59 c.p. rispondono soltanto alla regola prevista dal primo comma.

Invero, l'obbligo di esercizio dell'azione penale è derogabile esclusivamente dal legislatore, con la conseguente irrilevanza degli stati conoscitivi dell'agente concreto.

Peraltro, la ragione di opportunità politico-criminale che orienta la scelta può avere sia di carattere soggettivo, sia natura oggettiva, così da influenzare anche il regime della circostanza nell'ambito della disciplina del concorso di persone⁵.

⁵ In materia risulta controversa la natura dell'esimente prevista dall'art. 131 bis c.p. Sul punto, si rimanda a SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, su www.penalecontemporaneo.it, 30 giugno 2017, secondo cui "l'art. 131-bis c.p. non configura una causa di esclusione della punibilità puramente oggettiva, ma al contrario esige il compimento di valutazioni che investono la figura del singolo individuo con riferimento al quale ne venga vagliata l'applicabilità. In altri termini, posto che il 131-bis c.p. richiede che, tra gli altri elementi, siano considerati: le modalità della condotta; l'intensità del dolo e il grado della colpa – per effetto del rinvio operato dalla norma in parola ai criteri di cui all'art. 133, co. I c.p. – e l'abitualità del

2. L'eterogeneo paradigma della famiglia: concezione istituzionale, modello funzionale e rinnovate criticità

L'art. 29 della Carta costituzionale definisce la famiglia come una società naturale fondata sul matrimonio.

La disposizione ha il valore enunciativo di una realtà sociale preesistente all'ordinamento, ma, al contempo, attraverso la fattispecie del matrimonio, pone le basi per una qualificazione giuridico-formale della famiglia dall'importanza decisiva, dovendosi negare natura di famiglia in senso istituzionale alle altre ipotesi di convivenza disciplinate dalla legge, ovvero riconosciute dalla giurisprudenza⁶.

La Consulta, infatti, già a partire dal 1986⁷ ha valutato le due situazioni in modo completamente diverso, esaltando le coordinate costituzionali e le precipue caratteristiche definitorie.

Invero, la convivenza trova tutela e riconoscimento alla stregua di una formazione sociale nel cui ambito si svolge la personalità dell'individuo ai sensi dell'art. 2 Cost., essendo che il rapporto coniugale nascente dal matrimonio riflette la maggiore stabilità dell'istituzione familiare, mentre la c.d. famiglia di fatto – un tempo identificata con il termine di concubinato o con l'espressione, ancora diffusa, di convivenza *more uxorio* – si basa sull'*affectio* personale, che è per sua intrinseca natura mutevole e liberamente revocabile.

In questo modo, il Giudice delle leggi ha posto le basi per il mutamento della percezione socio-giuridica della famiglia di fatto, progressivamente emancipatasi

comportamento; si ritiene che nelle ipotesi di concorso di persone nel reato il giudice debba valutare la sussistenza di tutti i presupposti applicativi con riferimento a ciascuno dei concorrenti nel reato, poiché in ultima analisi la conformazione di tale istituto pare rispecchiare «considerazioni inerenti all'opportunità di non punire la singola persona, che ha posto in essere con determinate modalità e con un certo coefficiente psicologico il fatto che costituisce reato». E dunque, nelle ipotesi di concorso di persone nel reato tale causa di esclusione della punibilità deve essere considerata, ai sensi dell'art. 119, co. I c.p., quale 'circostanza soggettiva' che può applicarsi solo a coloro tra i concorrenti cui essa, in concreto, si riferisce".

⁶ In materia, *amplius*, GAZZONI, *La Famiglia*, in *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, secondo il quale "la qualificazione di famiglia in termini di società naturale non sta a significare adesione alla concezione cattolica che ritiene la famiglia regolata dal diritto naturale, espressione a sua volta di una volontà superiore e trascendente. Con tale espressione si è voluto solamente sottolineare l'esistenza dell'istituto familiare a prescindere dalla previsione legislativa. La famiglia è dunque un'entità di carattere sociale prima ancora che giuridica e il diritto può solo regolarne taluni aspetti, soprattutto per quanto riguarda i profili direttamente o indirettamente patrimoniali che ad essa si ricollegano".

⁷ Corte Cost., 18 novembre 1986, n. 237; *ex multis* Corte Cost., 18 gennaio 1996, n. 8 e Corte Cost., 20 aprile 2004, n. 121.

dal tradizionale stereotipo negativo grazie all'affermazione di un nuovo modello funzionale imperniato sul valore della persona.

La direttrice ermeneutica scolpita nella Carta Fondamentale illumina il terreno nel quale affonda le radici la L. n. 76/2016, c.d. "legge Cirinnà", che ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso, introducendo anche una parziale e frammentaria disciplina delle convivenze.

Compulsata soprattutto dalla richiesta di introdurre uno strumento che consentisse alle coppie omosessuali di regolare il proprio rapporto⁸, la riforma ha istituito una nuova formazione sociale – l'unione civile per l'appunto – che è espressamente tutelata dagli artt. 2 e 3 Cost. e risponde a una disciplina sostanzialmente analoga a quella del matrimonio, fatte salve alcune eccezioni, come la materia delle adozioni di minorenni ai sensi della L. n. 184/1983⁹.

Quanto alle convivenze di fatto, la L. n. 76/2016 omette di specificare la rilevanza costituzionale della fattispecie nel fornire una definizione che si basa sul legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale tra due persone maggiorenni, purché non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'altra unione civile.

La circostanza paradossale che deriva da questa innovazione è che non tutte le situazioni qualificate dalla prassi come convivenza di fatto o *more uxorio* rientrano nella definizione introdotta dalla novella, con il conseguente rischio, particolarmente sentito in materia penale, di una disparità di trattamento irragionevole tra le differenti forme di convivenza¹⁰.

Basti pensare, infatti, che l'art. 1, co. 37, L. n. 76/2016 prevede l'onere di presentare la dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223 affinché la relazione affettiva possa essere ufficialmente qualificata come convivenza; il che appare in contrasto con la libertà delle forme alla base dell'istituto.

⁸ Determinante, in tal senso, è stata la sentenza *Oliari c. Italia* della Corte EDU del 21 luglio 2015, che ha messo in evidenza la primaria importanza svolta dall'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto alla vita privata, nel cui ambito si iscrive ogni rapporto affettivo, anche se non fondato sul matrimonio, del quale condivide alcuni aspetti essenziali.

⁹ La L. n. 76/2016 non riconosce alle coppie *same sex* neanche la possibilità di richiedere la *stepchild adoption*. Tuttavia, la giurisprudenza più recente perviene alla soluzione positiva facendo leva su un'interpretazione letterale, sistematica e storica dell'art. 44, co. 1, lett. d) L. n. 683/1984. Vedasi, sul punto, Cass. Civ., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

¹⁰ Per un maggiore approfondimento critico si rimanda a PACIA, *Unioni civili e Convivenze*, su www.juscivile.it, 3, 2016

Peraltro, il nutrito numero di incompatibilità – che si estende anche alle coppie *same sex* – preclude in radice l'inclusione nella fattispecie legale di molteplici famiglie di fatto storicamente sorte proprio in ragione di impedimenti oggettivi legati all'impossibilità di formalizzare il rapporto affettivo¹¹.

3. L'evanescente statuto penale della famiglia di fatto

Tra i diversi settori dell'ordinamento giuridico quello penale mostra una particolare forza di resistenza passiva al riconoscimento di una seppur minima forma di tutela alla convivenza di fatto.

Invero, sin dalla sua introduzione, il codice ha solo episodicamente attribuito rilevanza a questa peculiare formazione sociale, acuendo gli strali critici della dottrina maggiormente garantista per i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo¹².

Emblematico è il caso del delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., solo nel 2012 trasformato in "*maltrattamenti contro familiari e conviventi*" per identità di *ratio* rispetto a tutte le forme di rapporti affettivi para-familiari.

Il colpevole atteggiamento omissivo del legislatore determina vuoti di tutela incolmabili, atteso che al giudice è preclusa la possibilità di adeguare la norma penale alla mutata realtà sociale dei rapporti di coppia, trovando un ostacolo insuperabile sia nel divieto di analogia rispetto alle norme in *malam partem*, sia nel carattere eccezionale delle disposizioni in *bonam partem*¹³.

In questa direzione un autorevole monito si deve anche alla Corte costituzionale, che in una pronuncia di inammissibilità del 2015 relativa all'art. 649 c.p. ha ricordato che "*spetta al ponderato intervento del legislatore....l'indispensabile aggiornamento della disciplina dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare, che realizzi, pur nella perdurante valorizzazione dell'istituzione familiare e della relativa norma costituzionale di presidio (art. 29 Cost.), un nuovo bilanciamento, in questo settore, tra diritti dei singoli ed esigenze di tutela del nucleo familiare*"¹⁴.

¹¹ Sul punto, amplius, ANNUNZIATA-IANNONE, *Dal concubinato alla famiglia di fatto: evoluzione del fenomeno*, su *Famiglia, Persone e Successioni*, 2, Febbraio, 2010.

¹² In materia, si rinvia alle riflessioni critiche di GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, *Note a margine del D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6*, su *www.penalecontemporaneo.it*, 31 gennaio 2017, p. 4 e ss.

¹³ GATTA, *op.cit.*; del medesimo avviso MERLI, *Note introduttive al tema: "la rilevanza penalistica della convivenza more uxorio" (dopo la legge cirinnà e il decreto legislativo di attuazione in materia penale)*, su *www.penalecontemporaneo.it*, 10 maggio 2017, p. 80 e ss.

¹⁴ Corte Cost., 5 novembre 2015, n. 223.

Rispetto al tradizionale ostracismo le novità introdotte dalla c.d. "Legge Cirinnà" appaiono modeste; anzi, gli effetti innescati dal decreto attuativo n. 6/2017 fanno emergere una deriva verso la differenziazione dello statuto penale della convivenza di fatto e dell'unione civile che è sospetta d'incostituzionalità, essendo entrambi i rapporti di coppia tutelati alla stregua di formazioni sociali rilevanti ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost.

In particolare, l'unica disposizione della l. n. 76/2016 in qualche modo relativa al diritto penale è contenuta nell'art. 1, co. 38, a mente del quale "*i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario*"¹⁵.

Pertanto, è controversa la possibilità di affermare che la legge Cirinnà, nel definire le convivenze di fatto, abbia riconosciuto, in capo ai conviventi, un reciproco obbligo di assistenza materiale e morale, analogo a quello che grava sui coniugi, con il conseguente dubbio in ordine alla configurabilità di una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p.¹⁶

Inoltre, il D.lgs. n. 6/2017 con l'introduzione l'art. 574 *ter* c.p. ha equiparato agli effetti della legge penale i termini matrimonio e unione civile, estendendo tutte le norme che considerano la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato anche alla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

È opportuno precisare che la delega di cui all'art. 1, co. 28, lett. c) L. n. 76/2016 imponeva al Governo di valutare e tener conto della pertinenza di ciascun precetto rispetto alla finalità indicata nella clausola generale di cui all'art. 1, co. 20, della medesima legge, ossia che l'equiparazione tra la parte dell'unione civile e il coniuge e tra l'unione civile e il matrimonio avvenisse con riguardo alle sole disposizioni penali "*indirizzate allo scopo di tutelare i diritti e rafforzare gli obblighi nascenti dall'unione civile*".

L'esito dell'intervento appare potenzialmente in grado di integrare un *procedural injustice* per eccesso di delega, sollevando dubbi di compatibilità costituzionale con l'art. 76 Cost.

¹⁵ Il riferimento è alla L. n. 354/1975 (o.p.) e al relativo regolamento di esecuzione (D.P.R. 230/2000: reg. o.p.). Si tratta di un'affermazione importante, che però non è sostanzialmente innovativa. L'ordinamento penitenziario, infatti, parificava già a diversi effetti i diritti del convivente a quelli del coniuge. Basti pensare alla disciplina dei colloqui (art. 37 o.p.), ovvero a quella della corrispondenza telefonica (art. 39 o.p.).

¹⁶ Prevale in dottrina la soluzione negativa, sul rilievo che l'art. 1, co. 36, L. n. 76/2016 si è limitato a fotografare una situazione di fatto senza introdurre una nuova posizione di garanzia. V. *amplius*, Gatta, *op. cit.*, pag. 5.

La medesima scelta di un'estensione generalizzata ha riguardato anche l'art. 307, co. 4, c.p., avendo il legislatore delegato incluso nella definizione generale di prossimi congiunti esclusivamente "la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso"; a questa significativa innovazione si è accompagnata la modifica dell'art. 649 c.p., mediante l'inclusione delle parti dell'unione civile nel novero dei soggetti a cui si applica la causa di non punibilità prevista dal primo e dal secondo comma.

Queste ultime innovazioni forniscono una chiara indicazione della posizione assunta dal legislatore rispetto allo statuto penale della convivenza *more uxorio*: sembrerebbe, infatti, che l'applicabilità di disposizioni ad effetti favorevoli – come l'art. 384 c.p. – nei confronti del convivente sia definitivamente preclusa, non potendo l'interprete valicare i confini della legalità segnati dal divieto di applicazione analogica delle disposizioni a carattere eccezionale ai sensi degli artt. 25, co. 2, Cost. e 14 preleggi¹⁷.

4. La non punibilità del convivente *more uxorio* per i reati contro l'amministrazione della giustizia

L'art. 384 c.p. disciplina una speciale circostanza di esclusione della pena che risponde a una duplice considerazione di politica criminale: da un lato, l'ordinamento tiene conto dell'istinto di conservazione che spinge ciascun individuo a non contribuire alla propria incolpazione, in ossequio al brocardo *nemo tenetur se detegere*; dall'altro, viene salvaguardata l'incoercibilità dei sentimenti familiari, anche nel caso in cui sia stato commesso un reato da un prossimo congiunto¹⁸.

Particolarmente dibattuta risulta, soprattutto in dottrina¹⁹, la natura giuridica della fattispecie.

¹⁷ Di questo avviso SCHIRÒ, *Unioni civili e convivenze di fatto (profili penali e sostanziali)*, su *Digesto delle Discipline Penalistiche, Aggiornamento*, X, Torino, UTET, 2018; analogamente NATALINI, *Soluzione "coraggiosa" ma oltre i limiti della legalità penale*, su *Guida al Diritto, Il sole 24 Ore*, 27 aprile 2019, 19, in commento alla sentenza Cass. Pen., Sez VI, 14 marzo 2019, n. 11476, che ha esteso la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. al convivente *more uxorio*.

¹⁸ In materia FIANDACA-MUSCO, *La necessità di salvamento come causa di non punibilità*, in *Diritto Penale, Parte Speciale*, Bologna, Zanichelli, 2013, pag. 422 e ss., secondo i quali la forza difficilmente coercibile dei sentimenti familiari "fa sì che si rifugga dall'esporsi a processo i prossimi congiunti: sicché, di fronte al dilemma in cui taluno può trovarsi tra osservanza della legge penale e nocimento proprio o di un prossimo congiunto, l'art. 384 c.p. rende lecita la scelta a favore dell'istinto di conservazione e della solidarietà familiare".

¹⁹ In argomento FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, pag. 423 e ss.; SALERNO, *op. cit.*, pag. 104 e ss.

Un primo orientamento, condiviso anche della giurisprudenza²⁰, sostiene che la disposizione introdurrebbe una causa di giustificazione speciale rispetto allo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., in forza dell'assimilazione tra il presupposto del "nocimento nella libertà o nell'onore" previsto dall'art. 384 c.p. e quello del grave danno alla persona contemplato dalla scriminante generale. Da questa tesi deriva un'importante conseguenza sul piano applicativo, ossia che, pur nel silenzio della norma sul punto, requisiti impliciti della causa di non punibilità per i reati contro l'amministrazione della giustizia sarebbero anche quelli generali della non volontaria causazione del pericolo e della proporzione. Così interpretata, tuttavia, la disposizione rischia di restare lettera morta, dal momento che, sul versante del diritto processuale, gli artt. 198 e 199 c.p.p., escludono sia l'obbligo per il testimone di deporre sui fatti dai quali possa emergere una responsabilità penale a suo carico, sia l'obbligo di deporre per i prossimi congiunti dell'imputato, ivi incluso il convivente di fatto. Per queste ragioni tende a prevalere la tesi che qualifica l'art. 384 c.p. come una causa di esclusione della colpevolezza, in quanto imperniata sul conflitto morale che si manifesta in capo al reo allorché la lesione al buon andamento dell'amministrazione giudiziaria sia motivata dalla necessità di salvare sé stesso o un prossimo congiunto dalle conseguenze pregiudizievoli della verità processuale sulla libertà e l'onore²¹.

In questa cornice ermeneutica la circostanza di esclusione della pena in esame assume natura soggettiva, perché sorretta dal principio di inesigibilità del comportamento lecito da parte del soggetto che versa nelle condizioni psicologiche descritte, con la conseguente inapplicabilità ai compartecipi nel medesimo reato ai sensi dell'art. 119, co. 1, c.p.

Occorre precisare che anche tale orientamento non viene unanimemente condiviso, in particolare da quella scuola di pensiero che considera la fattispecie una causa di non punibilità in senso stretto derivante da una esclusiva valutazione di opportunità politico-criminale compiuta dal legislatore²².

Si valorizzano i principi espressi dalle S.U. con la pronuncia n. 7208/2008, in forza dei quali la facoltà di non testimoniare riconosciuta dalle norme processuali

²⁰ Cass. Pen., Sez. V, 24 novembre 2006, n. 38952; del medesimo avviso VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, De Jure, VI, 1960, pag. 631.

²¹ Anche questa tesi non viene condivisa dalla dottrina che, valorizzando i principi espressi dalle S.U. con la pronuncia n. 7208/2008, qualifica l'art. 384 c.p. qualifica

²² SALERNO, *op. cit.*, pag. 105.

preclude la formazione del conflitto morale che dovrebbe giustificare la non punibilità per i reati contro l'amministrazione della giustizia²³.

Tra le diverse questioni esegetiche che la norma pone, il tema dell'applicabilità dell'esimente al convivente *more uxorio* ha da sempre animato la riflessione degli interpreti, essendo che elemento costitutivo dell'art. 384 c.p. è la nozione di prossimo congiunto fornita dall'art. 307, co. 4, c.p., nel cui ambito letterale non rientra espressamente il convivente, a differenza della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso dopo la modifica del 2017.

La recente ordinanza n. 1825/2020 della Cassazione²⁴, rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, ha richiesto l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, il cui esito si preannuncia non scontato.

Una prima tesi, prevalente²⁵, accoglie la soluzione negativa, facendo leva sul combinato disposto degli artt. 307 e 384 c.p., che non includono nella nozione di prossimo congiunto anche il convivente *more uxorio*.

Al giudice penale, si osserva, è preclusa ogni attività interpretativa che si traduce nell'ampliamento dell'ambito operativo delle norme a carattere eccezionale che non presentato vuoti di disciplina, come accadrebbe per l'art. 384 c.p., a ciò ostando il principio di legalità.

Peraltro, l'assetto normativo non risulterebbe neppure in contrasto con la Carta Fondamentale – e, segnatamente, con l'art. 3 Cost. – in quanto esistono nell'ordinamento ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento penale tra la famiglia fondata sul matrimonio e la c.d. famiglia di fatto.

La Consulta²⁶, infatti, ha precisato in più occasioni che la diversa copertura costituzionale delle due forme di famiglia (artt. 29 e 2 Cost) risponde alle differenti caratteristiche del legame affettivo da cui il nucleo familiare trae origine, che solo nel caso del matrimonio risulta improntato a effettiva stabilità e non puramente all'*affectio* personale; ad ogni modo, essendo l'art. 384 c.p. una circostanza di esclusione della pena che deroga alla generale potestà punitiva dello Stato, solo il legislatore, intervenendo espressamente, potrebbe stabilire l'applicazione della norma anche alla convivenza *more uxorio*.

²³ Cass. Pen., Sez. Un., 14 febbraio 2008, n. 7208, che hanno affermato "in tema di falsa testimonianza, la causa di esclusione della punibilità prevista per chi ha commesso il fatto per essere stato costretto dalla necessità di salvare sé o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore non opera nell'ipotesi in cui il testimone abbia deposto il falso pur essendo stato avvertito della facoltà di astenersi".

²⁴ Cass. Pen., Sez. VI, 19 dicembre 2019, n.1825

²⁵ *Ex multis* Cass. Pen., Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41139; Cass. Pen., Sez. II, 18 maggio 2009, n. 20827; Cass. Pen., Sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 35967.

²⁶ Da ultimo Corte Cost., 4 maggio 2009, n. 140.

La tesi avversa accoglie la soluzione positiva ritenendo invece non decisivo l'omesso riferimento da parte degli artt. 307 e 384 c.p. al convivente *more uxorio*, soprattutto all'indomani del D.lgs. n. 6/2017.

Le sentenze che sostengono questo orientamento²⁷ valorizzano un'interpretazione valoriale della norma, che producendo effetti in *bonam partem*, dovrebbe estendersi anche alla convivenza *more uxorio*, formazione sociale di pari dignità costituzionale rispetto all'unione civile.

Tale soluzione, peraltro, sarebbe stata già consentita dal quadro normativo preesistente alla riforma del 2017, anche in forza della nozione di famiglia desumibile dall'art. 8 CEDU, che non tollera limitazioni tipologiche onde prevenire intollerabili effetti discriminatori.

L'ordinanza che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite ha analiticamente rilevato le criticità sistematiche derivanti dalla tesi affermativa, fornendo un'indicazione significativa al Supremo Consesso.

Si osserva che, a prescindere dalla qualificazione giuridica della fattispecie, è fuor di dubbio che l'art. 384 c.p. sia una disposizione a carattere eccezionale che può trovare spazio operativo solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge.

Avendo la riforma del 2017 incluso nel novero dei prossimi congiunti soltanto la parte dell'unione civile tra persone dello stesso, dal tenore letterale degli artt. 307 e 384 c.p. sembrerebbe trasparire il chiaro intento del legislatore di precludere l'applicabilità dell'esimente al convivente *more uxorio*, senza che possa ravvisarsi in ciò una svista involontaria colmabile in via interpretativa.

In questa prospettiva esegetica, allora, l'orientamento affermativo risulterebbe in contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost., come ha più volte sostenuto anche la dottrina²⁸.

L'ordinanza ha osservato, peraltro, che la Corte di Strasburgo, nel caso *Van der Heijden c. Netherlands* del 2012²⁹, ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU qualora l'ordinamento interno costringa una persona a testimoniare nell'ambito dei procedimenti penali a carico del convivente di fatto, senza riconoscerle la facoltà riconosciuta invece al coniuge o al convivente registrato.

In tal modo, diversamente da quanto sembrerebbe prospettare la tesi positiva, la CEDU offre argomenti per ritenere giustificabile la disparità di trattamento,

²⁷ Cass. Pen., Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147 e, più di recente, Cass. Pen., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 11476.

²⁸ Per un compiuto esame delle criticità derivanti dall'orientamento positivo si rimanda a NATALINI, *op. cit.*

²⁹ C.E.D.U., Grand Chamber, case of van der heijden v. the netherlands, 3 aprile 2012.

quantomeno sul piano processuale, tra il convivente e il coniuge; disparità che, peraltro, l'ordinamento italiano non ammette, a mente di quanto prevede l'art. 199, co. 3, c.p.p.

Orbene, in questo contesto esegetico la scelta delle Sezioni Unite sembrerebbe essere orientata verso la soluzione negativa, a meno di considerare che, per effetto della riforma posta in essere dal D.lgs. n. 6/2017, sul versante del diritto sostanziale si realizza una disparità di trattamento fra la parte dell'unione civile e il convivente *more uxorio* in contrasto con l'art. 3 Cost.

Il Supremo Consesso, infatti, potrebbe essere orientato a sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 307, co. 4, c.p. e 384 c.p. per la parte in cui non includono anche il convivente *more uxorio* nella nozione di prossimo congiunto, essendo che, se indubbiamente valide ragioni costituzionali sussistono per differenziare il trattamento penale della famiglia fondata sul matrimonio e la famiglia di fatto, meno ragionevole appare la diversità di disciplina tra l'unione civile e la convivenza *more uxorio*, che costituiscono entrambe, per consolidata giurisprudenza, formazioni sociali rilevanti ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Il Garante per la protezione dei dati personali censura l'ANBSC per la diffusione dati giudiziari dei condannati per reati di criminalità organizzata. Oblio o ostensibilità con diritto al dibattito pubblico?

*di Luciano PERSICO**

SOMMARIO: **1.** Genesi normativa del riutilizzo sociale dei beni confiscati alla criminalità organizzata. Dalla legge n. 646/1982 c.d. "Rognoni-La Torre" alla legge n. 109/1996. **2.** L'istituzione ed il funzionamento dell'Agenzia Nazionale per l'Amministrazione dei Beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata ad opera del d. l. 4/2010. **3.** La confisca e la destinazione sociale secondo il diritto dell'Unione Europea. **4.** L'ostensibilità dei dati giudiziari tra FOIA e diritto all'oblio. **5.** La censura dell'ANBSC da parte del Garante Privacy. **6.** Conclusioni: l'intervento auspicabile.

ABSTRACT: *The present juridical work, preliminary focuses on the regulatory succession that concerned the management of the assets confiscated from the mafia.*

Then, the written analyzes the structure and the importance of the National Agency for the administration of the assets confiscated from the Mafia, primarily characterized by a social rather than economic function, which is to promote legality in those places where it's been trampled.

In conclusion, analyzes the relationship between the privacy of those whose assets have been confiscated and the right to public information, applying the penalty of the guarantor for the protection of personal data to the ANBSC, for having published on its website the decrees of the definitively confiscated asset.

1. Genesi normativa del riutilizzo sociale dei beni confiscati alla criminalità organizzata. Dalla legge n. 646/1982 c.d. "Rognoni-La Torre" alla legge n. 109/1996.

La confisca dei beni appartenenti alla criminalità organizzata è oramai oggetto di attenzione legislativa da quasi mezzo secolo. La codificazione di tale forma di ablazione, quale strumento di lotta alle mafie a carattere patrimoniale, fu

* Dottore in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.

invenzione di una legge intransigente¹, la n. 646 del 1982, meglio nota come legge Rognoni-La Torre, frutto del lavoro parlamentare svolto dall'on. Pio La Torre e dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia Virginio Rognoni².

Il maggior pregio di tale testo normativo è la previsione di misure di prevenzione patrimoniali, in aggiunta a quelle di tipo personale previste dalla legge n. 575/1965, nei riguardi degli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso.

La legge Rognoni-La Torre, promulgata il 13 settembre 1982 in un contesto sociale alquanto teso per l'assassinio dello stesso La Torre e del Generale Dalla Chiesa, porta con sé due importanti novità, ossia la previsione del delitto di cui all'art.416-bis c.p. e la previsione, all'articolo 14 comma V, del sequestro e della confisca dei beni nella disponibilità, diretta o indiretta, dei quali "*si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*".

La confisca assume una duplice forma, obbligatoria all'esito della condanna per il delitto associativo e come misura di prevenzione, che segue regole proprie di un procedimento *ad hoc*, fondata sul presupposto della provenienza illecita dei beni.

Si è trattato di una vera e propria rivoluzione nel modo di concepire il contrasto alla criminalità organizzata, permettendo di incidere sui patrimoni accumulati illecitamente, anche in assenza di una condanna penale, sia che questi si trovino nella diretta disponibilità degli indiziati di siffatti delitti, sia dei loro familiari e conviventi, che di tutte le persone fisiche e giuridiche che per interposta persona ne risultassero titolari³.

Così operando l'istituto in parola, realizza una sostanziale inversione dell'onere della prova in capo all'indiziato, che sarà tenuto a dimostrare la lecità

1 V.ROGNONI e L. ZANFEI, *Una legge intransigente in I beni della Comunità, Communitas* 51, Aaster, 2011.

2 La legge 646/1992 è stata preceduta dalla proposta di legge n. 1581, presentata alla Camera dei deputati il 31 marzo 1980, firmatari La Torre e altri, recante "*Norme di prevenzione e di repressione del fenomeno della mafia e costituzione di una Commissione parlamentare permanente di vigilanza e controllo*", consultabile al link www.camera.it/_dati/leg08/lavori/stampati/pdf/15810001.pdf; disegno di legge n.2982, presentato alla Camera il 20 novembre 1981 dal Ministro dell'Interno Virginio Rognoni, di concerto col Ministro di Grazia e Giustizia Clelio Darida e col Ministro delle Finanze Rino Formica, recante "*Disposizioni in materia di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alla legge 27 dicembre 1956, n. 1423*", disponibile al link www.camera.it/_dati/leg08/lavori/stampati/pdf/29820001.pdf#nav

3 T GIANNONE, *Dal bene confiscato al bene comune*, Ecra, 2013, pp. 19-23.

provenienza dei beni e la proporzione rispetto al reddito ed alla propria attività, se vorrà evitare il provvedimento ablatorio definitivo⁴.

Tuttavia, la previsione di un procedimento che preveda il passaggio alla mano pubblica di beni acquisiti con proventi delittuosi, non poteva dirsi sufficiente alla realizzazione degli intenti che avevano ispirato la legge del 1965. Era necessario istituire un meccanismo di riassegnazione e riutilizzo degli stessi in modo da riconferirgli dignità sociale ed utilità collettiva.

Un primo passo in tal senso è stato fatto con il decreto legge⁵ 230/1989, con il quale si è riconosciuta la possibilità, da parte del Tribunale al momento del sequestro, di nominare un amministratore giudiziario con l'incarico di custodire, conservare ed amministrare tali beni, che sarebbero passati nelle mani dello Stato al pari delle somme di denaro sequestrate e quelle derivanti dall'amministrazione dei cespiti.

Ciò nondimeno, la vera svolta si è registrata con la legge n. 109/1996⁶ che aveva l'obiettivo di risistemare la disciplina dei beni confiscati, prevedendo anche forme di riutilizzo degli stessi per fini sociali, al dichiarato scopo di far rifiorire la legalità proprio nei luoghi in cui questa era stata sopraffatta dal malaffare della cultura mafiosa.

Si è, quindi, fatto un enorme passo avanti affiancando al contrasto giudiziario realizzato attraverso strumenti propriamente giuridici, il contrasto sociale che passa attraverso la mutata visione dei patrimoni illeciti non più come sottrazione economica alla criminalità organizzata, ma quale occasione di crescita collettiva e di riscatto dei territori martoriati dai fenomeni delinquenziali, mediante il riutilizzo del bene e la produzione di capitale lecito reimmesso nel mercato legale.

In tale mutato quadro di considerazione, la comunità assume un ruolo di assoluta rilevanza, passando dall'essere mero spettatore passivo del fenomeno criminale a soggetto legittimato a promuovere progetti per la gestione dei beni confiscati. Il riutilizzo di tali cespiti, porta con sé l'intento di delegittimare anche da un punto di vista sociale il fenomeno criminale, mediante la restituzione del maltolto alla comunità e la sua conversione a fini civici.

4 S. PELLEGRINI, (a cura di), *L'aggressione dei patrimoni mafiosi e il riutilizzo dei beni confiscati*, Aracne, 2015, pp.20-24.

5 D.L. 14 giugno 1989, n. 230, convertito in legge dalla L. 282/1989 recante "Disposizioni urgenti per l'amministrazione e la destinazione dei beni confiscati ai sensi della L. 31-5-1965, n. 575

6 Legge di iniziativa popolare proposta dall'associazione "Libera. Associazioni, nomi e numeri contro le mafie", nata il 25 marzo 1995 con l'intento di sollecitare la società civile nella lotta alle mafie e promuovere legalità e giustizia, favorendo la creazione di una comunità alternativa alle mafie stesse.

A tal proposito, è mutato anche il concetto di amministrazione dei beni, non più solo conservativo⁷, ma dinamico, capace di coinvolgere la società civile nella loro gestione, reimpiegando tali cespiti per fini sociali, senza disdegnare la possibilità di produrre ricchezza lecita da reintrodurre nel mercato dell'economia legale.

2. L'istituzione ed il funzionamento dell'Agenzia Nazionale per l'Amministrazione dei Beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata ad opera della legge 50/2010.

La previsione legislativa di un Organismo deputato all'amministrazione dei cespiti confiscati alla criminalità, risponde all'esigenza di affidare la gestione ad "*un'autorità specializzata di rilevanza nazionale*"⁸, che concentri le giuste competenze in ragione delle rilevanti dimensioni che tali patrimoni hanno assunto nel tempo e della complessità delle funzioni che si richiedono.

Ed infatti, l'attribuzione di tali compiti all'Agenzia del demanio⁹, prima, ed all'Autorità Prefettizia, poi, poteva dirsi inadeguata a salvaguardare le esigenze gestorie che si accompagnano alla procedura di affidamento in questione. Ciò, in quanto, è indispensabile il possesso di competenze giuridiche, per il rispetto della procedura di acquisizione e riutilizzo dei beni; aziendalistiche, affinché tali patrimoni siano reimmessi nel mercato lecito; sociali, considerato che il reimpiego dei beni confiscati deve rispondere a finalità sociali. Per tali ragioni, con la legge 50/2010 è stata istituita l'agenzia Nazionale per l'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

L'ANBSC è un Ente pubblico dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, con sede principale a Roma, avente autonomia organizzativa e contabile, sottoposta alla vigilanza del Ministero dell'Interno e al controllo della Corte dei conti.

Il codice antimafia ha dedicato l'intero titolo II all'Agenzia Nazionale, abrogando la legge Istitutiva n. 50/2010. L'articolo 110 ne individua i compiti, tra cui si annovera l'acquisizione delle informazioni necessarie per l'esercizio delle proprie attribuzioni¹⁰; la cooperazione per lo scambio di dati e informazioni con il

7 S. PELLEGRINI (a cura di), *L'aggressione dei patrimoni mafiosi e il riutilizzo dei beni confiscati*, Aracne, 2015, p. 28.

8 In tal senso C. Cost., n. 34/2012.

9 Fino alla legge 15 luglio 2009, n. 94, entrata in vigore l'8 agosto 2009, la gestione e la destinazione dei beni confiscati erano affidate all'Agenzia del Demanio. Successivamente la competenza è stata affidata alle Prefetture presenti sul territorio, fino alla legge n. 50 del 31 marzo con cui si è istituita l'Agenzia nazionale dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

10 Il codice, all'articolo 113, rimanda all'adozione di appositi regolamenti del Governo, per tutto ciò che concerne i "*flussi informativi*", "*l'organizzazione e la dotazione delle risorse umane e*

Ministero della Giustizia, l'autorità giudiziaria, le Prefetture e gli Enti fiscali territoriali; l'amministrazione e custodia dei beni sequestrati nel corso del procedimento di prevenzione, o nel corso dei procedimenti penali per i delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis c.p.p., provvedendo, inoltre, alla loro destinazione ed assegnazione oltre che alla nomina di un commissario ad acta se necessario.

Quanto all'architettura dell'assetto organizzativo, tre sono gli organi di cui è dotata l'agenzia, la cui carica dura quattro anni rinnovabili per una sola volta: il Direttore, il Consiglio Direttivo e il Collegio dei revisori.

Il direttore è scelto tra figure professionali, quali Prefetti, dirigenti dell'Agenzia del demanio e magistrati, che abbiano una significativa esperienza nella gestione dei beni e delle aziende.

La composizione del Consiglio direttivo, riflette la complessità dei compiti affidati all'Agenzia. Invero, oltre alla presenza del direttore, il Consiglio è composto da due magistrati, designati uno dal Ministro della giustizia, l'altro dal Procuratore nazionale antimafia, espressione delle competenze giuridiche; da due qualificati esperti "*in materia di gestioni aziendali e patrimoniali*" designati di concerto dal Ministro dell'interno e dal Ministro dell'economia e delle finanze, e da un esperto in "*materie di progetti di finanziamenti europei e nazionali*" nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, che rappresentano la competenze aziendalistiche.

Il Collegio dei revisori¹¹ è costituito da cinque componenti, tre effettivi e due supplenti, tutti nominati con decreto del Ministro dell'interno, dei quali però un membro effettivo ed un supplente sono designati del Ministro dell'economia e delle finanze.

Inoltre, è previsto un comitato consultivo di indirizzo, con il compito di fornire pareri su questioni riguardanti la destinazione e l'utilizzazione dei beni sequestrati, composto da un esperto in materia di politica di coesione territoriale, un rappresentante del Ministero dello sviluppo economico, un rappresentante del Ministero del lavoro, un rappresentante del Ministero dell'istruzione, un responsabile dei fondi del Programma nazionale sicurezza, un rappresentante

strumentali per il funzionamento dell'Agenzia" e "*la contabilità finanziaria ed economico patrimoniale*". L'ultimo in ordine cronologico è il D.P.R. del 9 agosto 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2018 il Decreto del Presidente della Repubblica 9 agosto 2018, n. 118.

¹¹ Le competenze di questo sono quelle proprio di tutti i revisori dei conti e sindacali presso gli enti ed organismi pubblici, ossia quelli indicati dall'articolo 20 d. lgs. 30 giugno 2011, n. 123.

delle Regioni e dei Comuni, un rappresentante delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

Dacché originariamente i beni confiscati dovevano essere affidati necessariamente a soggetti di rilevanza pubblica, enti o associazioni, secondo il disposto dell'articolo 48 co. III d. lgs. 159/2011, con il decreto sicurezza 4 ottobre 2018, n. 113, è stata ammessa la possibilità di assegnazione ai privati, da cui restano però esclusi il destinatario della confisca, i parenti ed affini fino al terzo grado, di soggetti condannati o indagati per il reato previsto dall'articolo 416 bis c.p.

In ogni caso, l'Agenzia dovrà acquisire l'informazione antimafia relativa all'acquirente al fine di evitare che i beni ritornino nella disponibilità della criminalità organizzata.

Tuttavia, la vendita a privato resta consentita solo ove "*non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per le finalità di pubblico interesse ivi contemplate*", ragion per cui può ritenersi che non si è voluto superare l'interesse generale alla destinazione sociale, ma si è dovuto individuare un modo alternativo di allocazione delle risorse in considerazione dell'enorme quantità di beni confiscati che ha reso impossibile impiegare ciascuno di questi per fini socialmente utili.

3. La confisca e la destinazione sociale secondo il diritto dell'Unione. La direttiva n. 2014/42/EU.

L'Unione Europea dedica da sempre particolare attenzione alla confisca dei patrimoni della criminalità organizzata, adottando nel corso del tempo strumenti volti a combattere il fenomeno¹².

Ciononostante, l'intervento euro-unitario dapprima non aveva interessato il tema della destinazione dei beni confiscati soprattutto per ciò che concerne il riutilizzo sociale dei beni e delle aziende.

12 Tra questi vi rientrano: l'azione comune 1998/699 sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato; la decisione quadro 2003/577/GAI, che prevede il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di blocco dei beni; la decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, che armonizza le norme sulla confisca, rendendola necessaria per qualunque reato punibile con un anno di reclusione e prevedendo l'estensione di poteri esercitabili per alcuni reati gravi, quando commessi nel quadro di un'organizzazione criminale; la decisione quadro 2006/783/GAI, che prevede il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di confisca; il Programma di Stoccolma (2009) e le conclusioni del Consiglio Giustizia e affari interni in materia di confisca e recupero dei beni (2010).

In tale quadro, si è inserita la direttiva¹³ 2014/42/UE, adottata dal Parlamento e dal Consiglio il 3 aprile 2014 – su proposta della Commissione LIBE del 12 marzo 2012 – concernente il congelamento e la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, con il chiaro intento di prevedere norme minime in grado di ravvicinare i regimi degli Stati membri, al fine di favorire la fiducia reciproca ed un'efficace cooperazione transfrontaliera.

La direttiva, al Considerando 1, specifica le proprie finalità, ossia colpire i patrimoni mafiosi che costituiscono "*il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera*", motivo per cui gli Stati membri sono stati onerati di predisporre adeguati strumenti al fine di "*rintracciare, congelare, gestire e confiscare i proventi da reato*".

All'articolo 3, vengono individuati i reati per i quali trovano applicazione le misure in materia di confisca, tra cui vi rientrano quelli in materia di corruzione, traffico di stupefacenti, tratta di esseri umani, terrorismo e attacco ai sistemi di informazione, falsificazione di monete e degli strumenti di pagamento, criminalità organizzata, riciclaggio di denaro, abuso e sfruttamento sessuale del minore e pedo-pornografia.

Al netto della previsione del congelamento – inteso quale vincolo di indisponibilità di un bene la cui titolarità è trasferita allo Stato in attesa della confisca che potrà intervenire solo con la definitività della sentenza – e della confisca stessa, estesa nei suoi presupposti applicativi, ciò che stupisce è la previsione del comma III dell'articolo 10, che per la prima volta incoraggia il riutilizzo sociale dei beni in questione.

Precisamente, gli Stati membri, sono onerati di compiere un'analisi giuridica dei vantaggi e degli svantaggi connessi all'introduzione delle misure, tra le quali è prevista la possibilità di destinare tali cespiti a progetti di contrasto e di prevenzione della criminalità "*nonché ad altri progetti di interesse pubblico e di utilità sociale*".

Sebbene l'innovativa previsione, può dirsi che la direttiva appare timida¹⁴ sul punto, in quanto non si è trattato di un'imposizione agli Stati membri, quanto

13 La direttiva è stata approvata con il voto contrario della Polonia e senza la partecipazione al voto dell'Inghilterra e della Danimarca, principale promotrice della direttiva n. 212/2005 sui poteri allargati di confisca; l'Irlanda, invece, ha aderito solo in relazione ai reati contemplati dagli strumenti legislativi cui è vincolata.

14 AA. VV., *Il riuso sociale dei beni confiscati e la riattivazione delle aziende sottratte alla criminalità nel panorama normativo europeo. Una ricerca comparativa sulla legislazione comunitaria e sugli ordinamenti nazionali*, in Progetto Icaro, 2016, p. 29.

più una mera indicazione lasciando a ciascuno di essi la possibilità di valutare autonomamente se prevedere o meno forme di riutilizzo sociale.

L'indicazione in tal senso è dovuta al rapporto redatto dal Parlamento Europeo¹⁵ nel 2012 che sottolineava i vantaggi derivanti dell'uso sociale. Precisamente, si è ritenuto che il riuso sociale, attivando la partecipazione del singolo inserito nella collettività, offrisse una efficiente prevenzione del crimine organizzato, permettesse il risarcimento dei danni e degli effetti negativi del crimine organizzato sulle comunità coinvolte e risvegliasse la coscienza sociale tanto da farle assumere un ruolo attivo nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità organizzata.

In tale circostanza il Parlamento auspicava la creazione di un database Europeo sulla gestione dei beni che raccogliesse informazioni sulle loro modalità di impiego, in maniera tale da rendere trasparente il procedimento di affido per permettere una piena partecipazione alla società civile; la creazione di un Fondo europeo per la gestione dei patrimoni, nel quale far confluire una parte dei beni confiscati alla criminalità con lo specifico obiettivo di destinare risorse a progetti sociali europei; l'istituzione di un Ufficio europeo per la gestione dei patrimoni confiscati con il compito di gestire i sequestri e le confische a carattere transnazionale, destinandone una certa parte a fini sociali.

Il Parlamento Europeo, in sede di discussione della direttiva 2014/42/UE ha avanzato emendamenti – al pari di quanto fatto dalla Commissione LIBE – in linea con le indicazioni già fornite nel rapporto del 2012 con riguardo al tema del riutilizzo sociale. In particolare, proponeva di vietare la vendita dei beni in luogo della riassegnazione per finalità socialmente utili, ciò al fine di evitare il pericolo "un'ulteriore infiltrazione criminale", mostrando di preferire la "redditività sociale" a quella propriamente economica, imponendo il riutilizzo sociale dei beni. Ciò, in quanto, il riutilizzo sociale promuove e sostiene la diffusione della cultura della legalità e di contrasto alla criminalità.

Tuttavia, tali emendamenti non hanno trovato asilo nella Direttiva approvata dal Consiglio e dal Parlamento nell'aprile del 2014, nonostante la centrale rilevanza del riuso sociale fosse stato espresso anche dal Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE) il quale ha ritenuto: «*Poiché la vendita diretta dei beni permette spesso alle organizzazioni criminali di re-impossessarsene per vie traverse, il CESE sottolinea l'utilità di una ri-assegnazione di tali beni in via prioritaria a fini*

15 European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs: "the need for new eu legislation allowing the assets confiscated from criminal organisations to be used for civil society and in particular for social purposes", 2012 P.E. 462.437

sociali, come già avviene in Italia, seguendo un approccio doppiamente virtuoso, per citare il Parlamento europeo, di prevenzione della criminalità organizzata e promozione dello sviluppo economico e sociale».

Da quanto detto discende che a livello europeo, con specifico riguardo alla destinazione sociale, si è cercato di prendere a modello il sistema italiano che garantisce una gestione del bene preminentemente orientata verso fini di rilevanza sociale.

In conclusione, può dirsi che neppure il diritto europeo si è mostrato indifferente alla tematica in questione, riscontrando la necessità che gli Stati membri si dotino di una normazione idonea a scovare e confiscare i patrimoni mafiosi, preoccupandosi inoltre della loro destinazione, avendo cura di evitare che gli stessi ritornino nelle disponibilità della criminalità organizzata prediligendo, ove possibile, la riutilizzazione di tali cespiti per finalità di rilevanza pubblica e sociale.

4. L'ostensibilità dei dati giudiziari tra FOIA e diritto all'oblio.

Il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, intervenendo sul decreto trasparenza¹⁶, ha introdotto, con decorrenza dal 23 dicembre 2016, l'accesso civico generalizzato con riguardo ai dati ed ai documenti pubblici che va ad affiancarsi alle altre due forme¹⁷ già previste.

La riforma, ricalcando il modello del *Freedom of Information Act* americano¹⁸, ha riconosciuto un generalizzato diritto di accesso a tutti i documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, per i quali non sia già previsto un obbligo di pubblicazione, ciò al dichiarato fine di favorire forme di controllo sulla gestione della cosa pubblica e di promuovere la partecipazione dei cittadini all'esercizio dell'attività amministrativa.

Tuttavia, il diritto *de quo* è temperato della tutela di interessi pubblici o privati che possono risultare pregiudicati dalla generalizzata diffusione di talune informazioni.

16 Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*, che già aveva previsto stringenti obblighi di pubblicità per le PP. AA.

17 Ossia l'accesso civico documentale, previsto dall'art. 22 legge 241 del 1990 che ammette l'ostensibilità dei documenti ai soli portatori di interessi diretti, concreti ed attuali, corrispondenti ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento per cui si chiede l'accesso, e l'accesso civico semplice introdotto dal d. l. n. 33 del 2013, concernente la possibilità di accedere a documenti, informazioni e dati già oggetto di pubblicazione obbligatoria per la Pubblica Amministrazione.

18 P. FALLETTA, *Il freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in www.federalismi.it

Il Legislatore ha previsto due tipi di eccezioni, assolute o relative, al ricorrere delle quali, le amministrazioni, rispettivamente, devono o possono rifiutare l'accesso generalizzato.

Tra le esclusioni assolute, volute per tutelare interessi prioritari e fondamentali si annoverano dati, informazioni e documenti coperti dal segreto di Stato e gli altri casi previsti espressamente dalla legge, compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990.

Quanto invece alle eccezioni relative¹⁹, il legislatore richiede alla Pubblica Amministrazione un'attività valutativa volta a bilanciare l'interesse pubblico alla ostensibilità generalizzata con la tutela di altrettanti validi interessi considerati dall'ordinamento.

L'amministrazione dovrà, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, verificare se la divulgazione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore. L'accesso potrà essere rifiutato qualora si prefiguri una lesione in concreto a detti interessi, sussistendo quindi un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio, non essendo sufficiente il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta.

Tale valutazione dovrà essere condotta in riferimento al contesto temporale in cui viene formulata la domanda di accesso, in quanto sarà in riferimento a tale momento che dovrà essere valutata la concretezza del pregiudizio.

Ciò risulta confermato dalla previsione contenuta nei commi 4 e 5 dell'articolo 5 bis del decreto trasparenza nella parte in cui non è consentito il diniego all'accesso se per la protezione dell'interesse sotteso è sufficiente differirne l'ostensione.

Parimenti, dovrà operarsi un accesso parziale con l'oscuramento di alcuni dati, qualora la protezione dell'interesse sotteso possa essere così assicurato.

Tra i motivi che possono giustificare il rifiuto all'accesso si colloca la necessità di protezione dei dati personali, dovendo per questi intendersi «*qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche*

19 Tra queste vi rientrano interessi pubblici, quali 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; ed interessi privati come 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.

indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale»²⁰.

Quanto detto costituisce la regola in materia di dati personali, e ancor più di dati giudiziari²¹, tuttavia l'articolo 2 *octies*, co III let. h) riconosce la possibilità che previsioni di leggi, o di regolamento nei casi stabiliti dalla legge stessa, possano autorizzare il trattamento di dati personali relativi a condanne penali, reati e misure di prevenzione, allorché ciò è necessario per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e le altre gravi forme di pericolosità.

Inoltre, anche al di fuori dell'esplicita previsione legislativa, è ammesso il trattamento dei dati in questione con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 17, comma III, della legge 23 agosto 1988, n. 400, previo parere del Garante.

Un riferimento in tal senso è dato dall'articolo 110, co. II, d. lgs. 159/2011 che riconosce, tra i compiti attribuiti all'ANBSC, l'acquisizione dei dati relativi ai beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata nel corso di procedimenti penali e di prevenzione. Inoltre, alla stessa è consentito il riutilizzo dei dati per l'espletamento delle funzioni di gestione e destinazione dei beni, tramite modalità telematica consistente nella pubblicazione sul proprio sito internet dei cespiti confiscati.

Eppure, nonostante il Garante privacy, nei pareri²² più volte resi circa il bilanciamento tra l'interesse alla conoscenza e l'esigenza di protezione dei dati personali, abbia valorizzato la necessaria tutela della reputazione, dell'immagine e del diritto all'oblio, la Giurisprudenza Europea si è mostrata di tutt'altro avviso. Infatti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²³, in una nota sentenza del 2017 affronta il tema del diritto alla riservatezza, alla vita privata, all'oblio da un lato, e dall'altro dell'interesse pubblico alla conoscenza di fatti di inchiesta.

20 Art. 4, comma 1, lett. b, del Codice in materia di protezione dei dati personali, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

21 Per questi devono intendersi, ex art. 4, comma 1, let. e del codice in materia di protezione dei dati personali, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 «*i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'art. 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del codice di procedura penale*».

22 Numerosi sono i pareri del Garante nei quali vengono richiamati i diritti menzionati, tra i più rilevanti i pareri n. 187 del 10 aprile 2017; n. 362 del 18 agosto 2017; n. 377 del 21 settembre 2017; n. 476 del 16 novembre 2017; n. 506 del 30 novembre 2017; n. 515 del 7 dicembre 2017.

23 C. EDU, Sez. V, sent. 19 ottobre 2017, *Fuchsmann c. Germania*, Ric. n. 71233/2013, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-177697%22%5D%7D>.

La questione riguardava un uomo d'affari operante nel settore dei *media*, che si doleva di un articolo pubblicato sul New York Times nel 2001, visibile ancora a distanza di oltre quindici anni, nel quale veniva indicato come persona legata ad associazioni criminali internazionali e come tale coinvolto in un giro di corruzioni con un imprenditore newyorkese.

Tale notizia veniva, inoltre, ripubblicata in epoca più recente in ragione di un'ulteriore inchiesta che aveva riguardato nuovamente l'imprenditore newyorkese, non ricorrente.

Dopo un primo ricorso al *Oberlandesgericht di Düsseldorf*, che aveva rigettato la richiesta di oscuramento in ragione dell'interesse pubblico di cui si connota la notizia, della verità della stessa, del tono neutro che caratterizzava l'articolo, veniva adita la Corte EDU per la ritenuta violazione del diritto alla riservatezza tutelato dall'articolo 8 CEDU.

I Giudici europei hanno respinto il ricorso, ritenendo che l'articolo contribuisse al dibattito pubblico (§37 – §38 – §39), ravvisando l'esistenza di un interesse generale alla conoscenza dei fatti, anche in ragione del ruolo sociale ricoperto dal ricorrente. Inoltre, con specifico riguardo all'articolo *on-line* pubblicato nel 2001, la Corte ha ugualmente ritenuto sussistente un interesse diffuso alla conoscibilità di eventi passati connotati da rilevante significatività, valorizzando il fondamentale ruolo svolto dagli archivi internet per le ricerche storiche, in quanto capaci di conservare e tenere a disposizione di chiunque notizie e informazioni passate.

Viene ancora valorizzata la limitata diffusione dell'articolo *on-line* (§52) che risultava accessibile solo mediante una ricerca specifica sul motore di ricerca.

In conclusione, la Corte ha ritenuto prevalente l'interesse pubblico generale alla conoscenza di fatti dotati di particolare valenza sociale, tanto da superare il diritto alla riservatezza del privato ancorché fossero trascorsi oltre quindi anni e nonostante non fosse intervenuta alcuna pronuncia di condanna, trattandosi solo di report resi dall'FBI.

Quindi, dalla recente giurisprudenza europea emerge un'inversione di tendenza rispetto al passato, volta a privilegiare la conoscenza e il dibattito pubblico su temi di rilevanza sociale rispetto alla riservatezza, ammettendo finanche la diffusione di dati giudiziari²⁴.

5. La censura dell'ANBSC da parte del Garante Privacy.

24 Nel caso specifico sottoposto all'attenzione della Corte EDU, i dati diffusi concernevano atti di indagini che come tali sono idonei a disvelare la qualità di indagato.

Con determina del 13 ottobre 2015, il Consiglio Direttivo dell'Agencia nazionale dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata deliberava la pubblicazione in forma integrale, tramite l'apposito sito internet, dei decreti di destinazione dei beni definitivamente confiscati.

Tale scelta è stata dettata dalla volontà di sollecitare in maniera più incisiva la collettività sul tema della criminalità, affinché potesse essere meglio veicolato il messaggio di legalità che si pone alla base del riutilizzo dei beni confiscati, in quanto, la conoscenza diretta degli autori che hanno accumulato ricchezza illecita fornisce maggiore concretezza alle azioni di riutilizzo che si pongono in essere.

Tuttavia, il Garante per la protezione dei dati personali con decisione del 16 aprile 2018 ha ritenuto di sanzionare l'ANBSC per violazione dei diritti in materia di trattamento dei dati personali.

Preliminarmente, l'Agencia veniva investita della richiesta di oscuramento dei dati personali contenuti nei decreti di destinazione da parte di uno dei soggetti attinti da provvedimento ablatorio, dopo un primo rigetto dell'istanza, la stessa veniva ripresentata da parte dell'interessato, sicché l'ANBSC decideva di formulare quesito al Garante circa la liceità della pubblicazione.

Questi, ritenuto che tali informazioni rientrassero nella tipologia di dati giudiziari, la cui diffusione è sottoposta a maggior rigore, e ravvisata l'inesistenza di un precetto legislativo che ne ammetta la diffusione, ha sanzionato l'ANBSC per violazione degli art. 20 e 21 del codice privacy, oggi abrogate dal d.lgs. 101/2018 il cui contenuto è stato parzialmente trasfuso nell'art. 2 *ocites*.

6. Conclusioni: l'intervento auspicabile.

La scelta sanzionatoria seguita dal Garante se da un lato si pone in linea col dato legislativo contenuto nel codice privacy, in quanto manca la previsione di legge che consenta all'ANBSC di diffondere i dati giudiziari trattati, dall'altro comporta una retrogradazione del fine primario che l'Agencia svolge.

La precipua finalità che il riutilizzo dei beni confiscati si propone, rende necessario che la storia che interessato quel bene sia divulgata, altrimenti non vi sarebbe alcuna differenza rispetto a qualunque altro bene appartenente al patrimonio dello Stato destinato a pubblica utilità, resterebbe svilito il profumo di legalità che agli stessi viene conferito con il riutilizzo.

Per smuovere le coscienze è necessario che la disvelazione di associazioni criminali, la condanna degli appartenenti e la sottrazione dei beni provento di

attività illecite, non restino relegate all'oblio, si impone una costante attività di promozione e pubblicizzazione dei risultati ottenuti nella lotta alla mafia.

A ciò si aggiunga che anche la Giurisprudenza europea ha mostrato una certa apertura in tal senso, riconoscendo un preminente interesse pubblico alla conoscenza ed alla stimolazione del dibattito sociale su tematiche che interessano da vicino la collettività, quali, appunto, i reati di criminalità organizzata.

In ultimo, non può sottacersi come noi siamo la storia, gli accadimenti odierni saranno oggetto di studio e di approfondimento per i posteri, che di questo passo non avranno diritto di sapere e conoscere cosa ha rappresentato il fenomeno mafioso in Italia, non avranno diritto di sapere chi e cosa ha fatto. Si tratta di un qualcosa che trascende dal mero utilizzo di dati personali, che va oltre, innervandosi nello sviluppo e nella crescita della coscienza sociale e del senso di legalità e giustizia.

Pertanto, in conclusione, è auspicabile un intervento legislativo che autorizzi il trattamento dei dati in questione, quantomeno ammettendo la diffusione delle generalità dei soggetti riferibili ai beni confiscati che rientrano nel vasto patrimonio della criminalità organizzata.

Tempo e processo nel procedimento penale: aspetti problematici.

di **Giovanna FORTUNATO***

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Limite alla potestà punitiva dello Stato? 3. Fondamenti giustificativi dell'istituto. 4. Il rapporto con la ragionevole durata del processo.

ABSTRACT: This work, starting from a brief analysis on the issues of time limitation, intends to investigate on the close and problematic connection between time and criminal process.

1. Premessa.

Nel nostro ordinamento vengono attribuiti due differenti ruoli all'istituto della prescrizione: quello di causa di estinzione del reato e quello di causa di estinzione della pena. Nel primo caso, l'effetto ottenuto è quello dell'estinzione in astratto della punibilità di un fatto di reato; nel secondo, invece, la punibilità viene eliminata in concreto, ovvero, pur persistendo l'esistenza del reato, non si ritiene dovuta l'applicazione della sanzione penale.

Nell'elaborato che segue, dei due, sarà oggetto di trattazione solo il primo.

Si tratta certamente di una delle tematiche ad oggi più discusse, tanto nel diritto penale sostanziale, quanto in quello processuale, stante il difficile inquadramento dell'istituto a livello giurisprudenziale e dottrinario; ma, soprattutto, si tratta di un istituto avente un incredibile interesse politico¹, in quanto idoneo a racchiudere esigenze di diverso tipo. Al riguardo Giostra si esprime in questi termini: "Tra le mie remote reminiscenze di scienze naturali è rimasta in tutti questi anni impigliata nella memoria –non so spiegarmi perché– una singolarità zoologica: l'ornitorinco. Depone uova come gli uccelli e allatta i piccoli come mammiferi, ha il becco di un'anatra e la coda simile a quella del castoro; è dotato di un apparato riproduttore tipico dei rettili e di ghiandole mammarie

* Dottore in giurisprudenza specializzata in diritto penale e diritto processuale penale, tirocinante presso il Tribunale penale di Roma.

¹ Della prescrizione dice BASILE F. "è fra i temi attualmente più tormentati, sia sul piano politico che su quello tecnico" in *La prescrizione che verrà, osservazioni sull'art. 1, comma, 10-15 del d.d.l. n. 2067 (c.d. riforma del sistema penale)*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5, 2017.

caratteristiche dei mammiferi. Ho sempre pensato che la prescrizione fosse l'ornitorinco del nostro sistema penale².

È proprio tale versatilità che rende la prescrizione, da una parte, l'unico rimedio, ad oggi, efficace per frenare la durata irragionevole dei processi penali italiani; dall'altra, una delle principali cause del problema giustizia, spingendo gli imputati all'utilizzo di sistemi dilatori al fine di evitare la scure di un provvedimento di condanna. Può dirsi, infatti, che la prospettiva dell'impunità costituisca un risultato estremamente ambito, tanto dagli imputati colpevoli, quanto da quelli innocenti, ormai privi di speranza in un sistema-giustizia che potrebbe non dare una risposta, o dare quella sbagliata e per di più dopo molto tempo.

Tolta l'incoerenza di voler fornire un rimedio sostanziale alla questione processuale della irragionevole durata del processo, si considerino poi le ulteriori questioni nascenti dalla sovrapposizione del tempo dell'oblio e del tempo del procedimento, momenti caratterizzati da una significativa diversità: l'uno lineare e determinabile a priori, l'altro altalenante e dettato da esigenze di carattere processuale non predeterminabili.

Tentativo di coordinamento sembrava rinvenirsi nel sistema delle interruzioni e delle sospensioni della prescrizione, rispondente alla necessità di calibrare il tempo dell'oblio sul tempo del processo, adeguando gli avvicendamenti processuali alla realtà fattuale.

Tale aggiustamento si scontra, però, con degli enormi limiti: il primo dato dal non considerare l'avvio del procedimento penale, forse il più significativo tributo alla memoria di un fatto di reato, momento utile all'interruzione della dimenticanza collettiva; il secondo, dal consentire che il decorso della prescrizione, al pari di una scure, potesse calare sul procedimento avviato rendendo impossibile la realizzazione del fine ultimo del processo, ovvero l'accertamento del reato, l'attribuzione della responsabilità e l'applicazione della sanzione.

2. Limite alla potestà punitiva dello Stato?

L'istituto della prescrizione è inquadrato nel nostro ordinamento quale istituto preposto all'estinzione dei reati, causata, nel caso di specie, dal decorso di un arco temporale predeterminato dal legislatore.

La modalità operativa dell'istituto lo differenzia da altri fenomeni giuridici di estinzione del reato quali l'amnistia ed il perdono giudiziale che, contrariamente

² GIOSTRA G., *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 11, 2005, vol. 11, p. 2221-2224.

all'operare automatico della prescrizione, si basano su valutazioni discrezionali e di carattere politico.

L'effetto estintivo è calibrato su un fatto oggettivo ovvero il decorso di un certo lasso temporale, noto quale tempo dell'oblio, che risponde a regole naturali ed imponderabili che non tengono conto degli avvicendamenti processuali; così facendo, il rischio è di incidere sull'esistenza stessa o sulla punibilità di un fatto di reato, attribuendo ad un mero fatto la capacità di prevaricare sul valore della Giustizia³.

Mentre, infatti, l'operatività di deroghe di carattere politico, quali nel caso dell'amnistia, troverebbero facile bilanciamento nella "ragion di Stato", più problematico risulterebbe, invece, rivenire una base giustificativa all'effetto derogante riconosciuto al mero decorso temporale, tale da fondare un'abdicazione del senso di giustizia. "Perché mai-ci si potrebbe chiedere l'ordinamento dovrebbe dimenticare?"⁴, e soprattutto quale interesse costituzionalmente previsto può fungere da contraltare alla pretesa punitiva dello Stato facendo propendere per l'impunità?⁵, così cagionando un serio *vulnus* ad un imperativo categorico del nostro ordinamento.

Già prima che potesse parlarsi di fondamento costituzionale dello *Ius punendi*, parte della dottrina considerava tale esigenza una clausola essenziale dello stesso contratto sociale⁵; ove l'individuo, cedeva il monopolio della forza allo Stato, ricevendo da questo protezione, pace e sicurezza.

La stessa Corte Costituzionale, in tempi non sospetti, sembrava volesse alludere allo *Ius punendi*, allorché, in talune sentenze, nominava il principio di effettività del diritto penale quale garanzia di prevenzione e repressione dei reati⁶.

Solo in un secondo momento, la giurisprudenza ritenne l'obbligo dello Stato alla repressione dei reati implicitamente ricavabile dalla Carta Costituzionale ai sensi dell'art. 25, co. 2, Cost.⁷. Ulteriori riferimenti normativi sono stati rinvenuti anche nell'art. 27, co. 3, Cost., dal quale si ricavano i principi sottesi all'irrogazione della

³ CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, p. 45.

⁴ GIUNTA F., *Tempo della prescrizione e tempo del processo. Logiche sostanziali, intersezioni, processuali, prospettive di riforma*, in Kostoris R.E. (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della Giustizia penale*, 2005, p. 115-126.

⁵ VIGANÒ F., *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 18 (relazione al Convegno di studi organizzato da Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica e la Camera Penale di Milano il 9- 10 Novembre presso l'Aula Magna del Palazzo di giustizia di Milano su Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale).

⁶ Corte Cost., sent. n. 353/1996 e n. 10/1997, ma anche n. 236/2011.

⁷ Traducendosi, quindi, il brocardo *nulla poena sine lege* in *nulla poena sine praevia lege penali*.

sanzione⁸, ovvero quello di generalprevenzione e specialprevenzione della pena; nonché a livello sovranazionale, ove la pretesa punitiva si eleva a strumento di tutela della vittima⁹.

Da ciò si determina l'inidoneità del solo accertamento del fatto di reato, anche se nel rispetto delle garanzie del giusto processo ex art. 111 Cost., a produrre l'appagamento dei consociati, laddove non si realizzi l'obiettivo sostanziale¹⁰ ovvero l'applicazione della sanzione, qualora necessaria, a baluardo di una giustizia sostanziale.

3. Fondamenti giustificativi dell'istituto

Notevoli difficoltà si registrano, pertanto, in dottrina nell'individuare un fondamento univoco, razionale ed assoluto alla prescrizione del reato¹¹; che sia caratterizzato da un substrato materiale talmente forte da giustificare l'abdicazione della pretesa punitiva dello Stato e l'inefficiente realizzazione delle funzioni specialpreventive e generalpreventive della pena previste in Costituzione¹².

Un tentativo di ricostruzione analitica, frutto di una rassegna delle possibili ragioni giustificatrici dell'istituto, riportate dalla dottrina prevalente e dai contributi più recenti¹³, le riconduce a tre macrocategorie¹⁴, nessuna delle quali ha un'espressa copertura costituzionale¹⁵: l'affievolimento dello *ius punendi*, divergenti esigenze di carattere probatorio, la configurabilità di un vero e proprio diritto all'oblio.

⁸ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Torino, VII edizione, 2014.

⁹ I riferimenti sono alla direttiva 2012|29|UE a tutela delle vittime del reato, in sostituzione della previgente decisione quadro.

¹⁰ PULITANÒ D., *Il nodo della prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2015, p. 20 e ss.

¹¹ PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli editore, 2011, p. 634.

¹² PULITANÒ D., *cit.*

¹³ Facendo riferimento a MANZINI V., *Trattato di dir. Pen. It.*, Vol. II, p. 499; MOLARI A. *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. XIII, 1966, p.680; PENSO G., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nuovo Dig.it.*, Vol. X, 1939, p. 257; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale parte generale*, III ed., Bologna, 1995, p. 741; PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. IX, Torino, 1995, p.659; BARTOLO P. *Prescrizione del reato e della pena*, in *Enciclopedia giur. Treccani*, Vol. XXIV, Roma, 1998, p. 1.

¹⁴ FASSONE E., *La prescrizione del reato, interventi possibili*, in AA.VV. *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, In ricordo di Adolfo Beria di Argentine. Atti del Convegno di studio, Casarano – Gallipoli, 27-29 ottobre 2000. Centro Studi Giuridici "Michele de Pietro", Lecce, 2002, collana "Centro difesa sociale convegni di studio Enrico de Nicola problemi attuali di diritto e procedura penale", Giuffrè editore, 2002.

¹⁵Anzi GREVI V. prospetta addirittura un dubbio di incostituzionalità della disciplina vigente della prescrizione, in quanto obiettivamente contrastante con il principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art 112 Cost., e con il correlativo principio di indefettibilità della giurisdizione

Quanto al primo punto, l'affievolimento delle esigenze preventive e retributive sottese all'irrogazione della sanzione penale, si rintraccerebbe "nell'interesse generale di non perseguire i reati, rispetto ai quali il lungo decorso, dopo la loro commissione, abbia fatto venir meno o notevolmente attenuato ... l'allarme della coscienza comune"¹⁶.

Si evidenzia in questa ottica l'operatività del tempo dell'oblio nella sua dimensione storica e sociale¹⁷, di dimenticanza "fisiologica"¹⁸ della collettività dovuta al sopravvenuto disinteresse per fatti ormai lontani nel tempo. Ciò non sembra, però considerare che, non solo, è assente un fondamento normativo sul punto, ma vi è, altresì, una forte incoerenza con l'attuale disciplina normativa, la quale prevede lo schiacciamento dell'arco prescrizione anche sul procedimento penale, sicuramente sintomatico di un interesse dello Stato ad un'attività di accertamento e repressione¹⁹.

Il risultato è una dimenticanza indotta della memoria giuridica di un aggregato sociale, cosiddetta dimenticanza "deontologica"²⁰; la collettività e lo Stato non dimenticano, ma vige una presunzione di dimenticanza²¹.

Quanto alle divergenti esigenze di carattere probatorio, il riferimento è a ragioni di carattere storico, legate alla volontà di evitare un pregiudizio al diritto di difesa dell'imputato.

In passato, infatti, non poteva considerarsi valevole, come accade oggi, il principio della presunzione di non colpevolezza, che richiede l'onere della prova a carico dell'accusa²². Essendo quest'ultimo invertito, nel caso in cui fosse decorso un significativo lasso di tempo dalla realizzazione del fatto criminoso, mentre il pubblico ministero poteva aver già raccolto le prove a carico al momento di verifica del fatto (a maggior ragione qualora si trattasse di testimonianze orali), questa stessa possibilità non si sarebbe garantita alla persona sottoposta alle indagini, la quale si trovava nella concreta di difficoltà di

¹⁶ CORSO P., *Verso una disciplina processuale della prescrizione?*, in AA.VV. *Azione civile e prescrizione processuale nella bozza di riforma della Commissione Riccio*, 2010, Giappichelli editore, p. 67; Corte Cost. sent. n. 202/1971 richiamata da Corte Cost. sent. n. 393/2006; altresì Corte Cost. sent. n. 254/1984 e ord. n. 337/1999.

¹⁷ GIUNTA F., cit., p. 115-126.

¹⁸ GIUNTA F., cit..

¹⁹ MICHELETTI D. - GIUNTA F., *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli editore, 2003, p. 12.

²⁰ GIUNTA F., *Tempo della prescrizione e tempo del processo*, cit., p. 115.

²¹ GIUNTA F., *Tempo della prescrizione e tempo del processo*, cit., p. 115-126.

²² CORSO P., *Verso una disciplina processuale della prescrizione*, cit., p. 71.

reperire materiale a sostegno della sua innocenza molto tempo dopo la verifica del fatto di reato.

Ad oggi, tale limitazione del diritto di difesa non si realizza, stante l'avvenuta inversione dell'onere probatorio; ponendosi, invece l'accento "sull'accettabilità di non dare seguito alle prove che si sono conservate nonostante il decorso del tempo e che hanno già portato all'esercizio dell'azione penale e/o ad una sentenza non definitiva di condanna²³", può ritenersi ragionevole non utilizzare un materiale probatorio idoneo a fondare l'accusa ed il libero convincimento del giudice, nelle ipotesi di procedimenti in stato avanzato?

Tali fondamenti, ad avviso della dottrina prevalente, hanno una loro credibilità su un piano strettamente sostanziale soltanto qualora la prescrizione venga dichiarata in una fase antecedente all'avvio del procedimento penale.

Si impedirebbe, infatti, che si ridestasse l'interesse pubblico o privato alla persecuzione penale, potendosi, anzi, riconoscere in questo caso alla prescrizione, come sostiene parte della dottrina²⁴, una funzione effettivamente deflattiva dell'attività giudiziaria; l'ordinamento non avvierebbe alcuna attività di accertamento destinata a perire nel tempo potendosi, invece, concentrare su quelle violazioni della legge ancora vivide nella coscienza sociale e rispetto alle quali solo la reazione sanzionatoria dello Stato potrà agire efficacemente²⁵. Diversamente, qualora la prescrizione si realizzi in un momento successivo all'avvio del procedimento penale si evidenziano due possibili problematiche:

- l'azione penale viene esercitata in prossimità della scadenza del termine ordinario di prescrizione del reato essendo particolarmente difficile, in questo caso, parlare di disinteresse dell'organo pubblico;
- il processo viene instaurato tempestivamente e sollecitamente, ma la sua obiettiva complessità richiede fisiologicamente dei tempi lunghi. Nel caso *de quo* la durata risponde, infatti, ad esigenze di accertamento e non è frutto di inerzia dell'autorità giudiziaria; anzi costituisce una garanzia della correttezza dell'accertamento stesso, avendo potuto, da una parte, la difesa utilizzare tutti i mezzi a disposizione e, d'altra parte, avendo potuto l'accusa prodigarsi in un accertamento pedissequo ed attento.

Nelle suddette ipotesi risulterebbe, infatti, difficile non parlare di secca frustrazione della pretesa punitiva e del rilascio di una vera e propria "patente di violazione dei diritti fondamentali delle vittime", peraltro senza che tale

²³ CORSO P., come sopra.

²⁴ GIUNTA F. – MICHELETTI D., *Tempori Cedere*, cit..

²⁵ GIUNTA F., *Tempo della prescrizione e tempo del processo*, cit..

sacrificio sia giustificato in nome della tutela di un interesse di rango costituzionale ed avendo impiegato risorse ed energie pubbliche per un accertamento che non potrà determinare la responsabilità di alcuno.

Ulteriore possibile ragione giustificativa riposa sul concetto di *délai raisonnable*²⁶, ovvero sul diritto del cittadino a non vedersi esposto, nell'ottica di una giustizia infinita, alla spada di Damocle delle indagini, del processo e della sanzione penale; ovvero un "diritto ad essere lasciato in pace", a non dover rispondere costantemente di errori passati²⁷.

Tale diritto individuale alla tranquillità e serenità, solo recentemente venuto alla ribalta e sussumibile a sua volta tra i diritti inviolabili della persona umana *ex art. 2 Cost.*, veniva riconosciuto, già in un periodo risalente, a livello giurisprudenziale dalla Corte di Cassazione²⁸; quest'ultima, partendo dalla considerazione, cara a Viganò²⁹, per cui la funzione repressiva deve essere considerata un *prius* logico rispetto al procedimento penale, proseguiva asserendo la necessaria centralità della tutela del singolo dalla potestà punitiva dello Stato ed attribuiva un valore secondario all'interesse statale al processo e alla pena, tramite il quale si concretizzava lo *Ius punendi*, nel rispetto delle garanzie previste *ex art. 111 Cost. ed art. 6 Cedu*³⁰.

Ad oggi non poche sono le difficoltà nel garantire tale tutela personalistica; l'unica possibilità di realizzarla, secondo parte della dottrina³¹, è, non solo garantire una durata dell'oblio ragionevole anche per i reati minori che, ad oggi, conoscono dei tempi di prescrizione eccessivamente brevi, ma anche, garantire una durata dell'oblio che sia idonea nell'ipotesi di accertamenti complessi. Tale costruzione dottrinarina è figlia del tentativo di proporre una configurazione dell'istituto quale argine agli attuali problemi dell'apparato giudiziario³², attribuendo alla prescrizione una duplice funzione deflattiva e selettiva.

Nel primo caso, opererebbe un significativo alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari, ad oggi terribilmente aggravato dalla fortissima elefantiasi normativa.

²⁶ FASSONE E., *cit.*.

²⁷ *Ratio* già nota alla dottrina italiana a cavallo tra il settecento e l'ottocento appena prima di cedere il passo a considerazioni più vicine al versante pubblicistico.

²⁸ Cass., sent. 21 Aprile 1986, in *Rivista penale*, 1987, p. 661 e sent. 20 febbraio 1997, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1461.

²⁹ VIGANÒ F., *cit.*

³⁰ SILVANI S., *Il giudizio del tempo, Uno studio sulla prescrizione del reato*, Editore Il Mulino, 2009, Bologna, p. 146.

³¹ FASSONE E., *cit.*, p. 232.

³² SILVANI S., *cit.*, p. 130.

Nel secondo, invece, si parlerebbe di un vero e proprio contenimento della irragionevole durata dei processi³³, soggetta ad un recente aumento di durata, costato all'Italia una serie di pronunce contrarie in sede di Corte Europea per la violazione dell'art. 3 della Cedu.

Così facendo l'istituto fungerebbe, dunque, da una parte, da autodifesa ad un sistema oberato ed ingolfato; dall'altra, da limite ad una sua eventuale defaillance. Coerentemente con questa interpretazione autorevole dottrina parla di "agente terapeutico e patogeno ad un tempo"³⁴; la prescrizione, infatti, sebbene espliciti in concreto una funzione deflattiva e dunque "terapeutica" (l'operatività è automatica ed il giudice, ex art. 129 c.p.p., ove la prescrizione si verifichi, deve dichiararla in ogni stato e grado del procedimento indipendentemente dal momento dell'accertamento in cui si trovi l'attività processuale), la realizza senza un criterio razionale di fondo, selvaggiamente³⁵; operando, inoltre, quale causa primaria dell'ampliamento delle tempistiche giudiziarie, costituendo, l'eventuale proscioglimento, un ghiotto obiettivo per l'imputato colpevole e non.

La prescrizione così facendo funge sia, da autonomo filtro, poiché seleziona reati automaticamente e sganciata dalla dimensione soggettiva, che da criterio di selezione, inducendo i vari autori ad effettuare scelte di priorità³⁶. Si pensi ai pubblici ministeri, che sulla base dell'operare o meno del fenomeno estintivo potrebbero essere indotti a non esercitare l'azione penale oppure a richiedere l'archiviazione. A subirne l'influenza potrebbero essere anche i giudici, i quali in modalità del tutto discrezionali potrebbero decidere di tralasciare l'accertamento dei fatti più remoti³⁷.

Tali macrocategorie giustificative, elaborate dalla dottrina, non si ritengono, ad oggi, da sole sufficienti a limitare la potestà punitiva dello Stato. Infatti, come è emerso dalla valutazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale, in tema di cause di non punibilità, "queste abbisognano di un puntuale fondamento, concretato nella Costituzione o da altre leggi costituzionali"³⁸ ed aggiunge Pulitanò "non necessariamente con disposizione espressa, purché l'esenzione da

³³ Contrario VIGANÒ F., cit., in quanto la ragionevole durata è solo una modalità di accertamento, restando il fine ultimo l'accertamento del fatto, in *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e ragionevole durata del processo*.

³⁴ GIOSTRA G., *Il problema della prescrizione penale*, cit., p. 2222.

³⁵ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 137.

³⁶ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 133.

³⁷ A questo proposito SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 134, parla di "codice di secondo grado di penalizzazione".

³⁸ Corte Cost. sent. n 148/1983.

pena sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco³⁹, assente nel caso di specie.

Nella necessità di individuare una *ratio* che giustifichi l'abdicazione della pretesa punitiva dello Stato, la dottrina, stante l'assenza di indicazioni espresse, la individua in un'imprescindibile esigenza di stampo personalistico⁴⁰. Il nostro ordinamento, infatti, eleva l'uomo a bene primario e sottrae i suoi diritti fondamentali alla disponibilità del legislatore: l'essere umano ha diritto a vivere da uomo libero, potendo, sì, essere compressa la sua libertà in funzione degli interessi collettivi, ma senza divenire un mero strumento per l'appagamento delle esigenze collettive⁴¹.

Se l'intervento punitivo, infatti, non avesse limite temporale l'individuo non sarebbe libero di compiere le più banali scelte esistenziali e l'attesa della pena sarebbe essa stessa afflittiva quanto la pena.

Riferimenti normativi in tal senso si rinvencono in molti testi normativi nazionali ed internazionali. In primo luogo, è proprio il nostro testo supremo, quello costituzionale, a dare fondamento alla prescrizione del reato quale diritto all'oblio⁴² ai sensi, tanto, dell'art. 2 Cost. ove vengono tutelati i diritti inviolabili, tra i primi quello alla vita, salvaguardato dalla imprescrittibilità del reato, quanto, in relazione a quel reticolato di norme costituzionali che realizzano la persona umana in tutte le sue manifestazioni *ex art. 3 Cost.* ovvero in materia di lavoro (art. 4, 35, 37 Cost.), di tutela della famiglia (art. 29 Cost.), della salute (art. 32 Cost.), di assistenza sociale (art. 38 Cost.), di attività economica (art. 41 Cost.). In secondo luogo, si registra a livello internazionale un appiglio normativo nell'art. 14, comma 3, lett. c), del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici (l. 25 Ottobre 1997, n. 881), il quale attribuisce ad ogni individuo il diritto ad essere giudicato senza ritardo configurandolo quale espressione del diritto all'oblio e garanzia della persona⁴³.

4. Il rapporto con la ragionevole durata del processo

Ogni procedimento penale si costituisce di una serie di atti tra loro concatenati che si sviluppano in un arco cronologico più o meno esteso⁴⁴. Tale situazione

³⁹ PULITANÒ D., cit., p. 21.

⁴⁰ GIUNTA F. – MICHELETTI D., cit., p. 45.

⁴¹ FERRAJOLI L., *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Delitti e pene*, 1992, p. 79 e ss..

⁴² STORTONI L., *Sulla Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro. it.*, 1998, V, c. 321-322, contrariamente GREVI V. in *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, cit.

⁴³ AIMONETTO M.G., *La durata ragionevole del processo penale*, Torino, 1997, p. 1.

⁴⁴ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 148.

genera una necessaria sovrapposizione tra realtà storica e procedimentale: il processo penale è, infatti, necessariamente calato in uno storico svolgersi di eventi. La concatenazione che ne deriva non è comunque idonea ad unificare i due valori temporali, tempo del processo e tempo cronologico, i quali mantengono la loro individualità ed autonomia sotto diversi aspetti.

Mentre il tempo dell'agire giudiziario, infatti, è un fenomeno giuridico destinato a svilupparsi in modo discontinuo, conoscendo pause e riprese, il tempo "cronologico"⁴⁵ è, invece, costante nel suo fluire. L'uno utilizza quale strumento di misurazione la norma, l'altro il calendario⁴⁶.

L'arco temporale processuale deve essere costituito da un tempo che si consideri come "giusto"⁴⁷ per l'accertamento giudiziario da eseguirsi in concreto⁴⁸; uno degli elementi necessari ad un processo giusto è l'effettività del procedimento, data, non solo, dal rispetto delle norme di legge, ma soprattutto dalla realizzazione del suo fine ultimo⁴⁹. Un procedimento così strutturato richiederà per l'accertamento dei fatti e della responsabilità un tempo fisico maggiore o minore a seconda delle esigenze concrete del caso⁵⁰, senza, però, poter avere una durata illimitata, la quale troverebbe un ostacolo logico nell'esigenza di immediatezza della reazione punitiva, elemento che accomuna, tanto le esigenze del processo, quanto quelle sottese alla prescrizione del reato⁵¹. Tale celerità nella risposta sanzionatoria era già avvertita dal Beccaria, il quale evidenziava come la pena fosse tanto più giusta ed utile, quanto più fosse vicina al delitto commesso; ed aggiungeva che "tanto minore è la distanza tra pena e misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione tra queste due

⁴⁵ Così lo definisce SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 148.

⁴⁶ GIOSTRA G., *Il rapporto tra il fattore tempo e il procedimento penale* in AA.VV. *Azione civile e prescrizione processuale nella bozza di riforma della Commissione Riccio*, 2010, Giappichelli editore, p. 58 e ss..

⁴⁷ Il riferimento non è ad un processo "giusto" giuridicamente parlando, ovvero alla stregua dei canoni individuati ex art 111 Cost., ma che sia percepito come tale dall'autore del reato, delle vittime e dalla collettività, in SILVANI S. in *Il giudizio del tempo*, cit., p. 148.

⁴⁸ PULITANO D., *Tempi del processo e del diritto penale sostanziale*, in *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, 2005(2), p. 507, esplicita come possa derivare oltre che da esigenze di accertamento anche da altri elementi, quali la complessità delle indagini, l'innesto di procedimenti incidentali, esigenze legate al diritto penale sostanziale, etc.

⁴⁹ Il fine ultimo del processo consiste nel conseguire l'esito naturale rappresentato da una sentenza avente ad oggetto sia l'accertamento del fatto che la responsabilità in VIGANÒ F., *Riflessioni de lege lata e ferenda*, cit.; GREVI G., *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, cit..

⁵⁰ PULITANO D., *Tempi del processo e del diritto penale sostanziale*, in *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, 2005(2), p. 507.

⁵¹ NAPPI A., *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, cit., p. 1489.

idee, delitto e pena, talché insensibilmente si collegano uno come cagione e l'altra come effetto necessario⁵².

Si può evincere da ciò che una risposta sanzionatoria per essere percepita come giusta debba essere sollecita. Ma tale necessità deriva anche da un ulteriore profilo, sempre coincidente con la *ratio* tipica della prescrizione, ovvero evitare l'esposizione del cittadino all'eterna minaccia della persecuzione giudiziaria⁵³.

Il procedimento, infatti, in tutta la sua durata, specie per l'imputato innocente, è fonte di sofferenza, tormento ed incertezza⁵⁴ e necessita per questo di un contenimento temporale⁵⁵. In questa ottica, il bisogno di speditezza processuale trova il suo completamento nel bisogno di speditezza sostanziale, essendo una pena applicata celermente una pena più efficace sotto il profilo della prevenzione generale e sostanziale.

Nonostante l'esigenza di celerità del procedimento penale si configuri come un baluardo per la tutela della persona, questa non potrà mai spingersi fino ad indebolire o sacrificare quei diritti personalissimi posti a tutela dell'imputato, esposto alla volontà punitiva dello Stato⁵⁶.

Sarà, dunque, necessario un giusto temperamento tra l'esigenza del procedimento di espletare le sue finalità, assecondando le tempistiche dell'accertamento, e l'esigenza di non assicurarne una durata irragionevole e lesiva dei diritti del reo.

Tale aporia tipica della giustizia "in tensione costante tra l'urgenza della decisione e la completezza dell'accertamento"⁵⁷ trova la sua sintesi e massima espressione nell'art. 111 Cost., il quale nell'illustrare i criteri sottesi al giusto processo, evidenzia la necessaria ragionevolezza del contenimento temporale; essendo ragionevole quella durata che non lede i principi enunciati dalla norma⁵⁸.

⁵² BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764, Editore Feltrinelli, a cura di A. BURGIO, 2014, Cap. 19.

⁵³ PESSINA E., *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, vol. III, Milano, 1906, p. 319.

⁵⁴ CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Napoli, Morano editore, 1960, p. 55.

⁵⁵ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 149.

⁵⁶ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 150.

⁵⁷ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 151.

⁵⁸ Così GREVI V., *Alla ricerca di un processo penale giusto. Itinerari e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 326 e ss.; BUZZELLI S., *Giusto processo*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. aggiorn., Torino, Utet, 2004, p. 324; CHIAVARIO M., *Giusto processo, II processo penale*, in Enc. Giur., Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana, 2001, vol. XV, p.1 ss.; MARZADURI E., *Commento alla L. cost. 23/11/1999 n. 2-inserimento dei principi del giusto processo nella costituzione (G.u. 23/12/1999 n. 300)* in *Legislazione penale*, 2000, p. 755; AMODIO E., *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutele dell'imputato*, in *Dir. pen. Proc.*, 2003, p. 797.

L'interpolazione costituzionale di cui all'art. 111 Cost. è figlia della revisione costituzionale del 1999⁵⁹ ma, seppure non possa parlarsi di assoluta innovazione per il sistema giuridico italiano, si tratta comunque di una normativa che è stata definita "la più importante legge processuale costituzionale di questi ultimi anni"⁶⁰, tanto da essere seguita da una pioggia di novelle volte ad armonizzare la legislazione ordinaria con i nuovi principi espressi a livello costituzionale⁶¹.

L'esperienza pregressa positiva e giurisprudenziale non ha comunque impedito che l'art. 111 si sviluppasse su basi autonome e differenti sotto alcuni aspetti⁶². Destinatario principale della norma è l'organo legislativo al quale è richiesto espressamente di assicurare la ragionevole durata del processo tramite la riorganizzazione della giurisdizione⁶³.

I principi enunciati sembrano, infatti, riferirsi al processo "inteso come fenomeno giurisdizionale"⁶⁴ e non quale diritto soggettivo. Infatti, stando alla lettera della norma, questo, non solo si colloca nella parte relativa alla giurisdizione, piuttosto che a quella dedicata ai diritti ed ai doveri dei cittadini, ma dovrebbe essere interpretato considerando, quale unico interesse tutelato dalla legge, il buon andamento della pubblica amministrazione. Così interpretando, la ragionevole durata opererebbe quale limite logico per il legislatore, non potendo questo espandere le garanzie difensive a discapito dell'efficienza della giustizia penale⁶⁵, ed avendo il dovere di predisporre sistemi per evitare il pericolo di abuso di strumenti difensivi al fine di conseguire la prescrizione del reato⁶⁶. In quest'ottica garanzie e controlli difensivi potrebbero essere drasticamente ridotti o "liquidati" se considerati pregiudizievoli per una celere definizione processuale⁶⁷.

⁵⁹ Legge cost. 23 Novembre 1999, n. 2, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 Cost.*

⁶⁰ ZANON V., *Relazione sulla legge processuale*, in AA.VV., *Esperienza e prospettiva della giustizia italiana*, Atti del Convegno di Roma 14-16 Novembre 2002, *inedita*.

⁶¹ Es. L., n. 35/2000; L., n. 397/2000; L., 63/2000.

⁶² Un particolare dissidio interpretativo si riferisce soprattutto alla natura oggettiva o soggettiva della disposizione normativa laddove statuisce relativamente al procedimento che "la legge ne assicura la ragionevole durata".

⁶³ PATRONO M., *Riverberi interpretative e applicative del nuovo articolo 111 Cost. sull'organizzazione della giustizia (ragionando tra diritto vigente e diritto futuro)*, in AA.VV., *Esperienze e prospettive della giustizia italiana*.

⁶⁴ TROCKER N., *Il valore costituzionale del giusto processo*, in M.G. Civinini, C.M. Verardi (a cura di), *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, Atti del Convegno dell'Elba, 9-10 Giugno 2000, Milano, 2001, 40.

⁶⁵ GREVI V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di giusto processo penale tra ragionevole durata, diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio*, in *Pol. dir.*, 2000, 436

⁶⁶ GREVI V., *op. ult. Cit.*

⁶⁷ FERRUA P., *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 Cost.*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 52.

Ed è proprio con la volontà di evitare una negazione di diritti che sul punto si è espressa anche la Corte Costituzionale, la quale ha più volte sostenuto che la tempestività procedimentale non può giustificare lesioni alla garanzia del contraddittorio⁶⁸; invero, come già sostenuto da quella parte della dottrina che lo interpretava come diritto soggettivo dell'imputato, alla stregua dell'art. 6 della Cedu, non c'è e non deve esserci una necessaria tensione tra l'esigenza di contenimento della durata del processo, quale parametro di corretta giurisdizione, e le altre garanzie processuali⁶⁹ previste dalla Costituzione. Alla luce di questo passaggio la locuzione "ne assicura la ragionevole durata" si riferisce alle parti del processo e alla garanzia del contraddittorio⁷⁰.

In tale ottica, l'imputato è ovviamente un destinatario privilegiato essendogli attribuito il diritto di disporre "del tempo e delle altre condizioni necessarie per preparare le difese" e di conseguenza anche della capacità di influire sulle tempistiche processuali tramite l'esercizio o meno dei suoi diritti. Diversamente ragionando, sarebbe irrazionale sotto un profilo sistematico configurare tutte le garanzie previste ai sensi dell'art. 111 Cost. pro reo e destinare l'obbligo di ragionevolezza della durata a tutela della giurisdizione e dunque *contra reum*.

La nuova considerazione della ragionevole durata come diritto soggettivo si scontrava però con l'impossibilità per l'imputato di far valere l'irragionevole durata del processo nel nostro ordinamento, limitandosi l'art. 111 Cost. a fungere da parametro di costituzionalità per una violazione della normativa relativa all'organizzazione della giurisdizione.

Fortunatamente, la soluzione arrivò con la Legge Pinto⁷¹ con la quale si attribuì il diritto a ricorrere presso la giurisdizione civile e richiedere un'equa riparazione, ferma restando la possibilità di adire la Corte europea una volta esaurite le vie di ricorso interne.

In conclusione, le garanzie difensive, contrariamente all'ottica oggettiva⁷² da alcuni propugnata, costituiscono un *prius* logico rispetto alla ragionevole durata;

⁶⁸ Corte Cost. ord. 480 del 1991.

⁶⁹ FERRUA P., *Le incongruenze del progetto Pittelli: procedura contorta che allontana la funzione cognitiva*, in *Diritto e giustizia@quotidianonline*, 25 settembre 2002, in *dirittoegustizia.it*.

⁷⁰ AMODIO E., *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, p. 799-800.

⁷¹ L. 24 Marzo 2001, n. 89.

⁷² Vedi GREVI V., *Prescrizione del reato ed effettività del processo*, cit., p.192, per il quale la garanzia della ragionevole durata del processo è da intendersi in senso rigorosamente oggettivo, rivestendo un ruolo prioritario rispetto alle altre; anche ROSSI N., *Il principio di ragionevole durata del processo*, cit., p.899-900, "assegna rilievo costituzionale al dato temporale, elevandolo a requisito strutturale del giusto processo, a un tempo complemento e presupposto di tutte le

l'equo contemperamento si realizza qualora la durata sia ragionevole ex art. 3 Cost. rispetto all'espletamento delle dovute garanzie⁷³.

Dopo aver inquadrato, a monte, l'art 111 Cost. quale diritto individuale, sorge l'ulteriore nodo interpretativo legato al rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo; per utilizzare le parole del Silvani : "Può la prescrizione contribuire a rendere ragionevole la durata del processo o costituire la sanzione per la violazione di questo principio costituzionale?"⁷⁴.

Proprio l'idea di una prescrizione che operi quale garanzia della ragionevole durata del processo è una delle cause dell'attuale situazione di estremo disagio giudiziario.

Le fonti del malfunzionamento sono molteplici, tanto di carattere sostanziale, quanto processuale.

Sul versante sostanziale il *punctum dolens* si rinviene nell'elefantiasi legislativa degli ultimi anni, la quale, sommata al principio di obbligatorietà dell'azione penale vigente nel nostro ordinamento, comporta un incremento delle ipotesi di criminalizzazione e conseguenzialmente l'aumento dei reati e dei procedimenti penali pendenti.

Un tale incremento è stato sicuramente mal gestito anche dalle risorse giudiziarie, da sempre, in cronica carenza⁷⁵; situazione che, non vedendo differenti vie d'uscita, porta a sperare nella "funzione darwiniana della prescrizione" che si esplica nella "selezione delle specie processuali", così da eliminarle strada facendo⁷⁶.

Sul versante processuale, invece, è stato molto significativo il passaggio dal sistema inquisitorio a quello accusatorio, il quale ha fatto sì che al vertiginoso aumento dei processi in corso si accompagnasse anche l'aumento della loro durata.

L'incremento temporale si riconduce al nuovo modello adottato, basato sul principio del contraddittorio e della formazione della prova in dibattimento nel rispetto del principio dell'oralità e immediatezza. Tale sistema, infatti, se da una parte assicura maggiori garanzie all'imputato, dall'altra amplia sicuramente le maglie del processo.

garanzie che nel processo debbono trovare realizzazione" le parole sono di SILVANI S., *Il giudizio*, cit., p. 156.

⁷³ Corte Cost. ord. 32 del 2001.

⁷⁴ SILVANI S., in *Il giudizio del tempo*, cit., p. 159.

⁷⁵ MICHELETTI D. – GIUNTA F., *Tempori cedere*, cit., p. 176.

⁷⁶ CORSO P., *Verso una disciplina processuale della prescrizione*, cit., p. 66 e ss.

Purtroppo però l'inefficienza dell'attuale sistema processuale non è solo il frutto di un sistema troppo garantista, ma costituisce il risultato di un sistema processuale ad "ibridazione spinta"⁷⁷ a causa della "scriteriata politica di stratificazione tra preesistenti garanzie inquisitorie⁷⁸ e nuove garanzie accusatorie"⁷⁹.

A questo, si deve aggiungere l'intervenuta revisione costituzionale dell'art. 79, che elevando a due terzi il quorum richiesto per deliberare leggi di amnistia, ha eliminato una significativa valvola di sfogo per il sistema giudiziario, facendo ricadere l'intera attività di deflazione processuale sulla prescrizione che, rispetto al passato, ha significativamente ampliato la sua area di operatività.

Sulla base di tali considerazioni è maturata, in parte della dottrina, l'idea che alla prescrizione spettasse un duplice compito ovvero, da una parte, quello di fungere da istituto di igiene processuale sulla base della considerazione che "quanto si è accumulato da tempo, da troppo tempo, va eliminato perché è stata acquisita la prova che nessuno può o vuole occuparsene"⁸⁰; ciò con il rischio evidente che sia proprio la speranza dell'"eliminazione" del reato a spingere la maggior parte degli imputati a non fruire di altri rimedi di deflazione processuale⁸¹; d'altra parte, di configurarla quale argine alla durata dei processi utilizzando il tempo dell'oblio anche quale garanzia di uno sviluppo processuale ristretto in tempi ragionevoli.

La critica operata ad un sistema così congegnato è aspra ed è corroborata dal parere di illustri esperti⁸².

La premessa argomentativa è data dalla presumibile sovrapposibilità della finalità sottese alla prescrizione ed al principio della ragionevole durata del processo⁸³. Entrambi, infatti, sono spinti dalla volontà di applicare la sanzione a breve distanza dalla commissione del reato: ma, mentre in sede processuale non

⁷⁷ GREVI V., *Prescrizione del reato ed effettività del processo*, cit., p. 200.

⁷⁸ Il riferimento è soprattutto alla necessità di prevedere un sistema di impugnazioni, data la non obbligatorietà per il giudice di pronunciarsi su prove acquisite in contraddittorio tra le parti.

⁷⁹ GREVI V., *Prescrizione del reato ed effettività del processo*, cit., p. 200.

⁸⁰ CORSO P., *Verso una disciplina processuale della prescrizione*, cit., p. 72.

⁸¹ Si pensi per esempio ai riti alternativi i quali, però, risultano così meno allettanti limitandosi alla semplice alla riduzione della pena.

⁸² BARGIS M., *La prescrizione del reato e i tempi della Giustizia penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 1402-1438; PULITANÒ D., *Prescrizione e ragionevole durata del processo*, cit., p. 525; PULITANÒ D., *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 25; GIOSTRA G., *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, cit., p. 2221-2224; UBERTIS G., *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale*, cit., p. 1021; GREVI V., *Prescrizione del reato ed effettività del processo*, cit., p. 190, 217; VIGANÒ F., *Riflessione de lege lata*, cit., p. 4; SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 159.

⁸³ SILVANI S., *Il giudizio*, cit., p. 160.

è detto che ciò si verifichi, essendo possibile il perseguimento di tale finalità solo tramite la celerità dell'accertamento e dipendendo questa dall'attività giurisdizionale e dalle parti processuali; relativamente alla prescrizione, invece, il raggiungimento del risultato è certo, operando questa a prescindere da fattori esterni e facendo calare la scure dell'estinzione del reato, automaticamente, una volta decorso il tempo dell'oblio.

Ma proprio tale operatività meccanica rischia di rendere l'istituto distonico rispetto alle finalità del processo, quale luogo di applicazione del principio della ragionevole durata, "nella misura in cui la sua maturazione nel corso del processo frustra per definizione quelle funzioni"⁸⁴ limitando quella pretesa statale che il giusto processo mira a realizzare in tempi ragionevoli ed "operando quale causa limitativa della sua effettività"⁸⁵.

Una risposta sanzionatoria costituzionalmente orientata, in un'ottica processuale, infatti, non potrebbe prescindere dall'effettuare un accertamento del fatto che realizzi le garanzie difensive nel minor tempo necessario per un loro corretto espletamento⁸⁶, accertamento che verrebbe interrotto dall'intervento del termine prescrizionale.

Tale alternatività è stata resa molto bene da Giostra il quale diceva che "la ferita sociale inferta dalla realizzazione del fatto di reato ha due possibili sanatorie: la cicatrizzazione del tempo o la "sutura" della risposta giudiziaria"⁸⁷.

Così facendo l'autore evidenziava un bivio per il legislatore poiché se effettivamente fosse giunto il tempo dell'oblio, allora non vi sarebbe stata necessità di procedere; se, invece vi fosse stata la necessità di procedere, allora non solo non si sarebbe potuto considerare operante il tempo dell'oblio, ma sarebbe dovuto giungere anche a termine il processo.

Questa aporia logica spesso viene dimenticata a fronte di quelle esigenze pratiche di contenimento processuale che spingono per la sovrapposizione degli istituti; a riguardo autorevole dottrina esordiva: "sapevo ciò a cui la prescrizione non è sicuramente deputata. Non si può seriamente asserire, infatti, né che sia sempre ragionevole la durata del processo che si iscriva nei termini prescrizionali, né che sia sempre irragionevole quella che li travalichi"⁸⁸.

Così ragionando, infatti, si rischia la paradossale conclusione per cui tutti i processi che si realizzino nell'arco prescrizionale determinato dal legislatore siano

⁸⁴ VIGANÒ F., *Riflessione*, cit., p. 4-5.

⁸⁵ Così GREVI V., *Prescrizione del reato ed effettività del processo*, cit., p. 190.

⁸⁶ Si parla di "rapporto di contenenza" in SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 160.

⁸⁷ GIOSTRA G., *Il problema della prescrizione penale*, cit., p. 61.

⁸⁸ Così GIOSTRA G., *Il problema della prescrizione penale*, cit., p. 61.

considerati rispettosi della ragionevole durata e che l'estinzione del processo, quale conseguenza di quella del reato, sia causata dallo sbiadimento di interesse dello Stato, nonostante si sia realizzato l'avvio del procedimento penale.

Nel tentativo di abbattere questo improprio parallelismo la dottrina ha enucleato una serie di argomenti, il primo tra questi si riferirebbe ai reati imprescrittibili.

Evidente, in questa ultima ipotesi, l'inefficacia del termine di prescrizione quale parametro di giustizia del processo: se giusto è un processo che si sviluppa entro il termine prescrizionale predeterminato dal legislatore ed il termine indicato per taluni reati è indeterminato, allora dovrebbe considerarsi giusto un processo che abbia una durata eterna, commisurata alla vita dell'imputato, situazione attualmente vietata da una serie di riferimenti positivi nazionali (*ex art. 111 Cost.*) e internazionali (*ex art. 6 Cedu*).

Ulteriore riferimento può essere dedicato al fenomeno dell'inazione da parte dei pubblici ministeri a causa della prossimità del termine prescrizionale; anche in tale frangente il termine prescrizionale non sembrerebbe efficace in termini di realizzazione del giusto processo dato che, essendo stata esercitata l'azione penale in un momento molto successivo alla realizzazione del fatto criminoso, non solo si avrebbe un arginamento della durata del processo, ma una vera e propria rinuncia all'accertamento del reato con l'aggravante di aver utilizzato inutilmente delle risorse giudiziarie per l'avvio delle indagini preliminari.

Criticabile è, però, anche il fenomeno dei processi avviatisi poco dopo la consumazione del reato che abbiano una durata incredibilmente lunga, non a causa dell'abuso di garanzie difensive o per una disfunzione nell'amministrazione della giustizia, ma per la complessità degli accertamenti oppure per il corretto utilizzo di tutte le opportunità difensive a disposizione dell'imputato; in tale frangente non potrebbe farsi a meno di definire la durata del processo giusta, in quanto congrua agli accertamenti necessari, pur dispiegandosi in un significativo arco temporale, ma nonostante ciò la prescrizione calerebbe come una scure, decorso il tempo dell'oblio ed indipendentemente dalla fase processuale che si sta sviluppando.

Altra obiezione si sviluppa poi sulla base di considerazioni di carattere pratico in riferimento ad ipotesi processuali sempre avviate tempestivamente, ma per le quali la durata della prescrizione fissata dal legislatore sia molto elevata; potrebbe dirsi in tali circostanze che una "durata corrispondente ad un arco prescrizionale di trenta o ventidue anni e mezzo" possa configurarsi come giusta perché ristretta nei termini di prescrizione?

Se proprio si decidesse di utilizzare quale argine i tempi prescrizionali questi non potrebbero essere commisurati, come oggi accade⁸⁹, sui massimi edittali di parte speciale ma sulle esigenze abituali dei processi penali⁹⁰, onde evitare che la durata del processo risulti "irragionevole prima che incivile"⁹¹.

Dalle obiezioni formulate risulta chiaro che, nonostante, tanto il contenimento dei tempi processuali, quanto la prescrizione, siano mosse dalla medesima logica di garantire il cittadino dalla spada di Damocle di un procedimento penale potenzialmente illimitato, si tratti di meccanismi che presentano caratteristiche molto differenti tra loro e difficilmente conciliabili.

Mentre, infatti, la prescrizione viene rigidamente predeterminata dalla legge, è calibrata sulla gravità oggettiva del reato ed è valutabile a priori; all'opposto la durata ragionevole del processo non può essere determinata per legge in parametri fissi, ma è indissolubilmente legata al concreto svolgersi del singolo processo ed alle esigenze del caso concreto.

Ciò comporta una diversa densità anche degli archi temporali necessari all'operare dei due meccanismi: l'uno, quello dell'oblio, è un tempo "vuoto", indifferente a ciò che si materializza durante il suo fluire"; l'altro, quello processuale, è "scandito dall'interazione dei protagonisti, dal susseguirsi di fatti interruttivi e sospensivi"⁹² che devono essere necessariamente oggetto di considerazione per determinarne la corretta durata.

Proprio questa divergenza ed il forzato utilizzo della prescrizione quale termine di contenimento delle tempistiche processuali costituisce la causa di molte odierne disfunzioni della giustizia.

Infatti, qualunque attività processuale che non sia prevista quale causa di sospensione o interruzione della prescrizione o che lo sia ma, comunque si protragga oltre il termine prescrizionale previsto dal legislatore ed oltre l'aumento di un quarto del tempo necessario a prescrivere, comporta, allo stato dei fatti, l'impunità dell'imputato, introducendo un premio molto ambito per gli imputati colpevoli.

È, infatti, questa incredibile capacità estintiva, quasi totalmente slegata da ogni contesto, a rafforzare l'interesse, quantomeno dell'imputato e del suo difensore,

⁸⁹ Legge ex-Cirielli impone un rigido *linkage* tra il massimo edittale e la durata dei tempi di prescrizione, escludendo il sistema di rappresentazione per fasce prima previsto e legando alle modifiche di parte speciale la durata dei tempi di prescrizione.

⁹⁰ PULITANÒ D., *Prescrizione e ragionevole durata del processo*, cit., p. 526 l'efficienza può e deve essere ragionevolmente richiesta avendo riguardo a situazioni processuali differenziate, meritevoli e bisognose di una differente considerazione.

⁹¹ GIOSTRA G., *Il problema*, cit.

⁹² GIOSTRA G., *Il problema*, cit.

ad una durata irragionevolmente lunga concretamente realizzabile tramite attività difensive che rispondano a finalità dilatorie.

In somma sintesi, l'impunità del reo, quale reazione alla violazione della ragionevole durata del processo, risulterebbe una sanzione eccessivamente lesiva delle finalità del procedimento ed obiettivo troppo ghiotto per il reo; i presupposti sarebbero, dunque, errati per una serie di ragioni.

In primo luogo, come accennavo, risulta improprio il ruolo della prescrizione quale sanzione.

Un sistema così strutturato finisce troppo facilmente per portare alla degenerazione dell'attività processuale: qualora, infatti, la pubblica accusa dovesse effettuare con attenzione le indagini necessarie, con la conseguenza di un aumento ragionevole della durata, verrebbe sanzionata con l'interruzione del processo e l'impossibilità di provare la colpevolezza; d'altra parte, invece, qualora operasse più celermente, spesso a discapito dell'attività di accertamento, verrebbe irragionevolmente premiata con la possibilità di proseguire il processo. Correlativamente a ciò, l'imputato, innocente, potrebbe essere vittima sia, dell'approssimazione dell'accertamento, motivato dal timore della prescrizione, sia, nell'ipotesi in cui si avvalsesse correttamente di tutte le possibili estrinsecazioni del suo diritto di difesa, di un provvedimento conclusivo dal contenuto non assolutorio.

Non sembra essere un caso a questo punto che, la Corte Europea dei diritti dell'uomo nel valutare l'eventuale violazione del diritto ad essere giudicati in tempi ragionevoli, quale corollario del giusto processo ex art. 6 Cedu, abbia ritenuto di doversi regolare alla stregua di tre criteri fondamentali⁹³, individuati: a) nella complessità della procedura; b) nel comportamento del ricorrente; c) nel comportamento delle autorità giurisdizionali precedenti; non includendo il decorso del termine di prescrizione.

L'avvenuta declaratoria di estinzione del reato, *ab initio*, infatti, veniva considerata totalmente irrilevante ai fini dell'avvenuta violazione della ragionevole durata del processo, limitandosi a registrare l'accadimento processuale. L'unica ipotesi nella quale veniva considerata l'estinzione del reato si realizzava nel caso in cui, in primo luogo, ciò avesse comportato l'impedimento ad esercitare l'azione civile ospitata nel processo e, qualora tale accadimento fosse attribuibile alle autorità, si sarebbe potuta configurare una violazione dell'art. 6 Cedu⁹⁴.

⁹³ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 164

⁹⁴ GAETA G., cit., p. 159.

Solo recentemente l'approccio risulta essere mutato, non manifestando più l'antecedente insensibilità all'avvenuta prescrizione. A riguardo, decisivo è stato il caso Gagliano Giorgi⁹⁵, il quale oltre ad aver introdotto un filtro alla ricevibilità del ricorso, dato dall'importanza del pregiudizio subito, ha contribuito a configurare la prescrizione, più che come una sanzione, come un beneficio in forma specifica da riconoscere all'imputato, tale da escludere un risarcimento in forma generica per la violazione della art. 6 Cedu; certamente sul punto la Corte si riserva, comunque, la possibilità di vagliare la situazione verificatasi caso per caso⁹⁶.

⁹⁵ Corte Edu, Sez. II, 6 marzo 2012, n. 23563, *Giorgi c. Italia*.

⁹⁶ GAETA G., cit., p. 166.

La risposta delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione alla possibilità per il P.M. di modificare l'imputazione nel giudizio abbreviato condizionato.

di Bernardo DIANA*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La questione controversa. 3. La decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 5788 del 13 febbraio 2020.

ABSTRACT: *The present juridical work, analyzes the recent sentence of the Court of Cassation n. 5788/2020, through which it was established that during the abbreviated trial procedure conditional on probative integration pursuant to art. 438, paragraph 5, c.p.p. or in which the integration has been arranged pursuant to art. 441, paragraph 5, of the same code, it is possible to modify the charge only for facts emerging from the preliminary results and within the limits set by art. 423 c.p.p.*

1. Premessa.

Recentemente le SS.UU., nell'occuparsi dell'annosa questione relativa alla modificabilità dell'imputazione nel corso del giudizio abbreviato condizionato, hanno affermato il seguente principio di diritto: *Nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria a norma dell'art. 438, comma 5, c.p.p. o nel quale l'integrazione sia stata disposta a norma dell'art. 441, comma 5, dello stesso codice è possibile la modifica dell'imputazione solo per i fatti emergenti dagli esiti istruttori ed entro i limiti previsti dall'art. 423 c.p.p..*

Tale pronuncia segna la fine di un contrasto giurisprudenziale che andava avanti da diverso tempo.

* *Avvocato del Foro di Santa Maria Capua Vetere.*

Infatti, la Suprema Corte, con la sentenza della IV Sezione, 26/09/2017, n. 48280 (rv. 271293), aveva affermato il seguente principio: *In sede di giudizio abbreviato, ove sia stata disposta l'integrazione istruttoria ai sensi dell'art. 441, comma 5, cod. proc. pen., è legittima la modifica dell'imputazione da parte del p.m., mediante contestazione suppletiva, anche quando i fatti oggetto della nuova contestazione erano già emersi nel corso delle indagini preliminari. (Rigetta, App. Salerno, 06/12/2016).*

Tale impostazione trovava il suo fondamento nelle precedenti pronunce sul tema. Tra le molte, merita rilievo la sentenza della I Sezione, 17/05/2012, n. 13349 (rv. 255049), che affermava *nell'udienza preliminare è legittima la modifica dell'imputazione da parte del P.M., mediante contestazione suppletiva, anche quando i fatti oggetto della nuova contestazione erano già emersi nel corso delle indagini preliminari. (In motivazione, la Corte ha evidenziato che l'art. 423, primo comma, cod. proc. pen., costituisce attuazione della direttiva contenuta nell'art. 2, punto 52, legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 la quale si limita ad indicare al legislatore delegato di prevedere per il pubblico ministero, nell'udienza preliminare, il potere di modificare l'imputazione e procedere a nuove contestazioni). (Rigetta, Ass.App. Perugia, 9/06/2010).*

La Sez. V della Cassazione penale – con ord. 14 dicembre 2018 (dep. 22 gennaio 2019), n. 2883 – ha ritenuto di non condividere questo orientamento ermeneutico.

In primo luogo perché, secondo quanto affermato dalla Corte *la previsione di salvezza in favore dell'applicazione dell'art. 423 c.p.p., contenuta nel comma 5 dell'art. 438 c.p.p. e nel comma 5 dell'art. 441 c.p.p., deve essere pertanto letta e interpretata, già sul piano testuale, in diretta dipendenza funzionale dalle proposizioni che immediatamente la precedono. Lo spazio applicativo naturale della previsione medesima è costituito dal pregresso espletamento di attività probatorie integrative, che non si rivelino neutre rispetto all'esatta formulazione dell'accusa ma risultino – in tal senso, e non solo rispetto al giudizio sulla fondatezza di essa – decisive.*

Inoltre, tale interpretazione risulta avvalorata anche da pronunce della Corte Costituzionale, quale la n. 140 del 2010, dove si è affermato, tra l'altro, che *le valutazioni dell'imputato in ordine alla convenienza dei riti alternativi al dibattimento dipendono anzitutto dalla concreta impostazione data al processo*

dal pubblico ministero. Con la conseguenza che quando, per evenienze patologiche, quali gli errori o le omissioni del pubblico ministero sulla individuazione del fatto o del titolo del reato, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, l'imputato deve essere rimesso in termini per compiere le suddette valutazioni, pena la violazione tanto del diritto di difesa che del principio di eguaglianza, stante la discriminazione che verrebbe altrimenti a determinarsi a seconda della maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione delle risultanze delle indagini preliminari operata dal pubblico ministero nell'esercitare l'azione penale (sentenze n. 333 del 2009 e n. 265 del 1994). Tale principio è stato affermato con riferimento alle nuove contestazioni dibattimentali e alla possibilità di passaggio dal rito ordinario a riti alternativi (giudizio abbreviato e applicazione della pena su richiesta): ma non potrebbe evidentemente non operare anche nella direzione inversa. Con la richiesta di giudizio abbreviato l'imputato accetta di essere giudicato con rito semplificato in rapporto ai reati già contestatigli dal pubblico ministero, rispetto ai quali solo egli esprime l'apprezzamento della convenienza del rito stesso: sicché non sarebbe costituzionalmente accettabile che egli venisse a trovarsi vincolato dalla sua scelta anche in relazione agli ulteriori reati concorrenti che – stando all'indirizzo interpretativo in discussione – potrebbero essergli contestati a fronte delle evenienze patologiche di cui si è detto.

Per questo, con l'ordinanza n. 2883 del 14.12.2018, veniva rimessa alle Sezioni Unite la soluzione del seguente quesito: *se, nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria, a norma dell'art. 438 c.p.p., comma 5, o nel quale l'integrazione sia stata disposta dal giudice, a norma dell'art. 441, comma 5, dello stesso codice, sia possibile la modifica dell'imputazione, allorché il fatto risulti diverso o emerga una circostanza aggravante o un reato connesso, anche nel caso in cui i fatti oggetto della contestazione suppletiva già si desumessero dagli atti delle indagini preliminari e non siano collegati ai predetti esiti istruttori.*

3. La decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 5788 del 13 febbraio 2020.

A distanza di quasi un anno dall'udienza (*ndr* 18.04.2019), il 13.02.2020 sono state depositate le motivazioni della sentenza n. 5788 del 2020.

Le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio: *Nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria a norma dell'art. 438, comma 5, c.p.p. o nel quale l'integrazione sia stata disposta a norma dell'art. 441, comma 5, dello stesso codice è possibile la modifica dell'imputazione solo per i fatti emergenti dagli esiti istruttori ed entro i limiti previsti dall'art. 423 c.p.p..*

Per la soluzione della questione la Corte, innanzitutto, afferma che ... *occorre partire dalla disciplina dell'art. 441 c.p.p., comma 1, ove, è previsto che nel rito abbreviato si osservano in quanto applicabili le disposizioni dettate per l'udienza preliminare, fatta eccezione per quelle di cui agli artt. 422 e 423 c.p.p.*

L'effetto derivante dalla suddetta regola è l'impossibilità per il pubblico ministero di modificare l'imputazione originariamente mossa e nota all'imputato nel momento in cui questi ha formulato la propria richiesta di ammissione al rito premiale. La regola anzidetta si applica anche nel caso in cui l'imputazione sia errata (c.d. imputazioni patologiche), per essere caratterizzata da errori od omissioni desumibili già dalla sola lettura degli atti del fascicolo processuale, come nel caso di omessa contestazione di reati connessi o di circostanze aggravanti. La regola segnata dall'art. 441 c.p.p., comma 1, unitamente alla rinuncia da parte dell'imputato alla formazione della prova in contraddittorio, a fronte del riconoscimento di una diminuzione sulla pena, costituisce il tratto distintivo proprio del c.d. rito abbreviato.

La lettera dell'art. 441 c.p.p., comma 1, rimasta invariata anche dopo le modificazioni introdotte dal legislatore nel 1999 è chiara, con la conseguenza che (anche alla luce della sentenza 378/1997 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato la piena legittimità dell'istituto) va confermata la consolidata linea giurisprudenziale (v., fra le altre: Sez. 4, n. 3758 del 03/06/2014, Costa, Rv. 263196; Sez. 6 n. 13117 del 19.1.2010, Sghizi Yassine e altro, Rv. 246680; Sez. 4, n. 12259 del 14/02/2007, Biasotto, Rv. 236199) per la quale la modificazione dell'imputazione in violazione della norma in esame, ex art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), è causa di nullità generale a regime intermedio della sentenza pronunciata all'esito del giudizio..

Conferma che la soluzione della questione passa necessariamente attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni che qui interessano, non essendo sufficiente il dato letterale dell'art. 423 c.p.p., è data dal fatto che: ... *se l'articolo in esame è chiaro nel delimitare l'oggetto della*

modificazione della contestazione (diversità del fatto; reato connesso ex art. 12 c.p.p., lett. b); circostanze aggravante) l'espressione nel corso del giudizio appare ancora vaga e non idonea a far univocamente ritenere se le contestazioni suppletive debbano riguardare esclusivamente fatti nuovi o possano ritenersi estensibili anche a fatti già noti, in atti e non regolarmente contestati. La ambiguità segnalata viene invece superata nel momento in cui l'art. 423 c.p.p. viene calato allo interno della disciplina del giudizio abbreviato e letta in relazione alle peculiarità del rito.

Questo si caratterizza per tre elementi distintivi: è un giudizio allo stato degli atti; è un giudizio nel quale l'imputato accetta di essere giudicato rinunciando al contraddittorio sulla formazione della prova; [...] Il fatto che il legislatore abbia previsto (art. 441 c.p.p., comma 5, e art. 438 c.p.p., comma 5) che la base cognitiva del giudizio possa essere ampliata da una richiesta di integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione, non muta la natura del giudizio che è e rimane comunque "allo stato degli atti".

Inoltre, "... Va altresì rilevato che la valutazione del giudicante in ordine all'ammissione delle prove richieste, ex art. 438 c.p.p., comma 5, a sua volta, si fonda necessariamente su tutti gli atti del processo compresa la relativa imputazione...", quindi "...ritenere che il pubblico ministero possa, nel rito abbreviato condizionato, modificare ad libitum l'imputazione originaria, perché ritenuta non adeguata rispetto a quanto già è agli atti del processo, vuol dire minare una garanzia dell'imputato e indirettamente la bontà delle decisioni del giudice nella fase di ammissione al rito."

Tra l'altro "... diversamente opinando si andrebbe incontro ad una illogica disarmonia di sistema. Infatti, mentre è assolutamente pacifico che in caso di rito abbreviato "secco" il pubblico ministero non può operare alcuna modificazione dell'imputazione neppure per recuperare una contestazione più adeguata allo stato degli atti, tale facoltà gli sarebbe inspiegabilmente riconosciuta nel caso in cui l'imputato abbia optato per un rito abbreviato condizionato attraverso una lettura asistemica dell'art. 423 c.p.p. che non tenga conto delle caratteristiche proprio del rito abbreviato. [...] Mutatis mutandis le considerazioni fin qui svolte valgono anche nel caso in cui sia il giudice a disporre l'acquisizione di nuovi elementi ex art. 441 c.p.p., comma 5. A tal proposito va osservato che la decisione del giudice di ampliare il quadro probatorio non può costituire l'"occasione" per il pubblico ministero di mutare e

adeguare il tenore dell'accusa rispetto a quanto già in atti, così pervenendosi ad una disparità di trattamento rispetto al caso in cui il giudice non senta alcuna necessità di allargare la piattaforma probatoria.

Osservano ancora le Sezioni Unite che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 140 del 2010, ha chiarito che *"introdotta, con la legge 16 dicembre 1999, n. 479, la possibilità di arricchimenti della piattaforma probatoria - tanto per iniziativa dell'imputato (richiesta di giudizio abbreviato "condizionato": art. 438, comma 5, cod. proc. pen.), che del giudice (nel caso di impossibilità di decidere allo stato degli atti: art. 441, comma 5, cod. proc. pen.) - è emersa l'esigenza di prevedere meccanismi di adeguamento dell'imputazione alle nuove acquisizioni. In via di eccezione rispetto alla regola enunciata dall'art. 441, comma 1, cod. proc. pen. - rimasta immutata - si è quindi consentito al pubblico ministero di procedere a nuove contestazioni. Ma ciò unicamente nei casi di modificazione della base cognitiva a seguito dell'attivazione dei meccanismi di integrazione probatoria, e riconoscendo, in pari tempo, all'imputato - quando si tratti delle contestazioni previste dall'art. 423, comma 1, cod. proc. pen. (fatto diverso, reato connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lettera b, o circostanza aggravante) - la facoltà di chiedere che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie, o, in alternativa, l'ammissione di nuove prove ...", infatti "con la richiesta di giudizio abbreviato l'imputato accetta di essere giudicato con il rito semplificato in rapporto ai reati già contestatigli dal pubblico ministero, rispetto ai quali solo egli esprime l'apprezzamento della convenienza del rito: sicché non sarebbe costituzionalmente accettabile che egli venisse a trovarsi vincolato dalla sua scelta anche in relazione ad ulteriori reati concorrenti che gli potrebbero essere contestati a fronte di evenienze patologiche".*

In conclusione, la Corte, giunge alla conclusione di cui al principio di diritto sopra enunciato.

Ulteriormente, precisa che *"... sfuggono ovviamente alla rigida applicazione delle regole indicate i casi in cui il pubblico ministero proceda, dopo l'ammissione del rito, a mere rettifiche di imprecisioni contenute nell'atto di accusa e che non incidano sugli elementi essenziali dell'addebito in considerazione dei quali l'imputato ha compiuto le sue scelte difensive. Va infine affermato che è legittima la formulazione di una contestazione suppletiva da parte del pubblico ministero anche successivamente alla richiesta dell'imputato di ammissione al rito speciale, quando questa non sia stata ancora disposta dal giudice con ordinanza; infatti,*

prima della formale instaurazione del rito speciale deve ritenersi che è ancora in corso l'udienza preliminare e l'imputato può pur sempre revocare la scelta processuale precedentemente compiuta."

Presupposti, limiti e rischi dei procedimenti cautelari. Note a margine di Trib. T. Annunziata, 4.5.19, est. Dr. Vernaglia.

di Gianluca CASCELLA*

SOMMARIO: **1.** Premessa: la tutela cautelare e la sua funzione. **2.** Le misure cautelari: aspetti generali. **3.** Il sequestro conservativo. **4.** La decisione in commento. **5.** Riflessioni conclusive.

ABSTRACT: *Precautionary protection is a fundamental tool to allow the effective exercise of the right to defense that art. 24 of the Constitution recognizes to all the subjects of the order, and its importance, in terms of real action, so often alternative to the ordinary process of cognition and, with respect to the same, often able to ensure a better and above all faster. and satisfactory protection, grows in parallel with the increase in the time needed to obtain a decision on the merits of full knowledge. However, precautionary proceedings remain procedural tools which, precisely because of their deformation, their summary in particular from the structural point of view, and their being delegated, for the concrete determination of their phases, to the judge's choice, require attention and prudence in their use, to an even greater extent than in the ordinary process of cognition.*

1. Premessa: la tutela cautelare e la sua funzione.

Prima di esaminare la decisione che ha fornito l'occasione per queste riflessioni¹, è indispensabile un breve accenno alla tutela cautelare ed alla sua funzione, tenendo prima di tutto presente che alla domanda di tutela deve essere riconosciuta natura di vera e propria azione, può ritenersi un dato ormai acquisito, come ormai concordemente ritengono giurisprudenza e dottrina. Innanzitutto, va detto che giudici di legittimità sono pervenuti a tale conclusione argomentandola in particolare sulla rilevanza che, in tale prospettiva, ha

*Professore incaricato di Diritto Processuale Civile, Università "PEGASO", Napoli; già Professore a contratto di Diritto Processuale civile c/o S.S.P.L. Università "Federico II", Napoli; Dottore di Ricerca in "Comparazione e Diritti della Persona", Università Salerno; Avvocato cassazionista.

¹ Trib. Torre Annunziata, 4 maggio 2019, est. dr. Vernaglia, in questa Rivista.

spiegato la nota riforma dei procedimenti cautelari aventi natura anticipatoria, intervenuta nel 2005, per cui, proprio in ragione della riconosciuta dignità di azione autonoma, l'esercizio dell'azione cautelare (nel caso di specie, ex art. 700 c.p.c.) è idoneo a produrre effetti impeditivi di eventuali decadenze²; ma non solo, in quanto al perimetro applicativo di tale azione è riconosciuta, dalla giurisprudenza, l'idoneità a produrre effetti prima considerati come assolutamente preclusi, quali, ad esempio quelli di accertamento³, dall'altro, peculiarmente in tema di tutela anticipatoria, la piena idoneità dell'azione cautelare a sfociare in provvedimenti assolutamente simmetrici e coincidenti con quelli conseguibili all'esito di un giudizio di merito a cognizione piena⁴, a dimostrazione della potenziale alternatività, dell'azione cautelare, rispetto a quella di merito, alternatività che incontra, comunque, il limite della carenza di definitività dei provvedimenti;⁵ evidente appare, allora, come tali decisioni siano state ispirate dalla Corte Costituzionale, allorquando aveva affermato che le misure cautelari costituiscono espressione del principio per il quale <la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione>,"⁶ aggiungendo poi che la tutela cautelare risulta strumentalmente necessaria ad

²Cass. civ., sez. lav., 25 maggio 2016, n. 10840, in *Giust. Civ.*, Mass., 2016, ha infatti affermato «il rimedio cautelare, alla luce della nuova struttura del procedimento ex art. 700 c.p.c., e degli altri provvedimenti cautelari anticipatori, delineata nell'art. 669-octies, comma 6, c.p.c., aggiunto dal d.l. n. 35 del 2005, conv. con modif. nella l. n. 80 del 2005, che ha introdotto una previsione di attenuata strumentalità rispetto al giudizio di merito, la cui instaurazione è facoltativa, ha assunto, ad ogni effetto, le caratteristiche di un'autonoma azione in quanto potenzialmente atto a soddisfare l'interesse della parte anche in via definitiva pur senza attitudine al giudicato, sicché la proposizione del ricorso è idonea ad impedire il maturare di termini di decadenza».

³Tribunale Barcellona Pozzo di Gotto, 17 luglio 2018, in *Foro it.*, 2018, 12, I, 4099, ha infatti affermato al riguardo «È ammissibile la tutela di cui all'art. 700 c.p.c. in funzione di mero accertamento nel caso in cui il provvedimento d'urgenza serva a eliminare una situazione giuridica d'incertezza foriera di un pregiudizio imminente e irreparabile».

⁴Infatti, secondo Trib. Torino, sez. I, 15 ottobre 2018, in banca dati *Juris Data*, ha affermato «In tema di provvedimenti d'urgenza, ancorché il provvedimento d'urgenza debba essere calibrato in funzione di assicurare provvisoriamente che la decisione di merito sia fruttuosa, ciò non impedisce che l'ordine provvisorio possa essere identico a quello che potrebbe pronunciare il giudice al termine del processo, potendo la misura cautelare anticipare tutti gli effetti materiali conseguibili con la sentenza».

⁵Per Trib. Torino, sez. I, 15 ottobre 2018, *cit.*, la citata idoneità, comunque, non fa venire meno l'inammissibilità della domanda di tutela cautelare <<nel caso in cui sia chiesto un provvedimento non solo completamente satisfattivo, ma anche definitivo sia sul piano della produzione degli effetti materiali sia sul piano dell'accertamento pieno sul diritto controverso. >>

⁶Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 659, che come è noto ha dichiarato l'incostituzionalità dell'allora vigente art. 669terdecies c.p.c., per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede la possibilità di proporre reclamo anche nei confronti dell'ordinanza di rigetto della domanda di provvedimento cautelare; principio già affermato in precedente decisione, la n. 190 del 25 giugno 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 1881.

assicurare la concreta attuazione delle garanzie fondamentali assicurate dall'art. 24 Cost., quali appunto quelle di azione e difesa.⁷

Una posizione, quella palesata dalla Corte Costituzionale, che denota la piena condivisione di quanto affermato, già prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice di rito civile, da un autorevolissimo studioso,⁸ e condivisa da altro studioso parimenti autorevole, secondo cui quanto maggiore risulta il distacco temporale tra la domanda di tutela giudiziale ed il momento in cui la stessa che modificabile, tanto più importante risulteranno il ruolo e la funzione della tutela cautelare,⁹ di guisa che solo ove un ordinamento riuscisse ad eliminare del tutto tale ritardo, non avrebbe alcuna necessità della tutela cautelare;¹⁰ ecco perché in dottrina si riconosce come sia possibile, in sede cautelare, pronunciare provvedimenti di natura anche accertativa, ogni volta che il provvedimento sia in grado, se non di evitare del tutto, quantomeno di ridurre al massimo possibile il pregiudizio scaturente dal ritardo nel conseguimento della tutela giurisdizionale mediante un procedimento ordinario di cognizione,¹¹ di guisa che la tutela cautelare assurge a rango di vera e propria garanzia, per l'esercizio del diritto riconosciuto dall'art. 24 Cost.¹²

In particolare, la rilevanza costituzionale della tutela cautelare si incentra, per un verso, nella riconosciuta indispensabilità dei provvedimenti cautelari quali strumenti che mirano a proteggere diritti ancora *sub iudice*¹³ e, per altro verso,

⁷Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253, *cit.*

⁸G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 147.

⁹P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 20 e ss.

¹⁰P. CALAMANDREI, *op. loc. cit.*

¹¹N. SOLDATI, *Tutela cautelare d'urgenza e nullità della clausola statutaria*, in *Le Società*, 2010, 10, 1260 e ss.

¹²S. RECCHIONI, *Diritto Processuale Cautelare*, Torino, 2015, p. 5 e ss., afferma infatti «E', tuttavia, ormai un dato certo che la possibilità di ottenere misure cautelari, conservative come a carattere anticipatorio, è considerata, anche a livello comunitario, elemento coesistente al diritto di azione, garantendo, appunto, il principio, di rango costituzionale, dell'effettività della tutela giurisdizionale».

¹³G. ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, vol. XI, in G. ARIETA, *Trattato di Diritto Processuale Civile*, II^a ed, Padova, 2011, p. 9, sostiene in proposito «La messa a disposizione, da parte dell'ordinamento, a quei soggetti che assumono di essere titolari di diritti soggettivi lesi o sottoposti a pericolo di lesione più o meno irreparabile, di misure cautelari a contenuto tipico od atipico, anche se non espressione di un potere di carattere "generale", assume rilievo costituzionale in quanto esse costituiscono strumento indispensabile, e talvolta unico, per la conservazione e, più in generale, per la salvaguardia di diritti non ancora accertati, ma la cui esistenza è dal giudice della cautela ritenuta probabile, dunque per consentire che la tutela in via ordinaria (che all'accertamento "pieno" di quei diritti è istituzionalmente diretta) non sia, in tutto o in parte, vanificata, anche "praticamente", in conseguenza di quelle lesioni o di quei pericoli di lesione».

sulla loro funzione di strumenti processuali volti a rimediare alla possibile inidoneità dei mezzi ordinari di tutela a soddisfare alle richieste di giustizia dei cittadini¹⁴; pertanto, la rilevanza costituzionale della tutela cautelare si incentra nella sua predisposizione a rendere realmente effettivo l'esercizio del diritto assicurato dall'art. 24 Cost., indipendentemente da quello che risulterà l'esito finale di ogni singola lite, agendo quindi su un piano oggettivo.¹⁵

All'attualità, allora, come si afferma in dottrina, le misure cautelari si rivelano finalizzate a soddisfare quelle che si definiscono come <<le crescenti esigenze di tutela efficace ed effettiva>>¹⁶, esigenze la cui logica conseguenza è quella di <<spostare l'ottica verso provvedimenti sommari, soddisfattivi ma instabili, destinati cioè a realizzare immediatamente i diritti fatti valere, senza l'autorità del giudicato, ma rivedibili nel processo ordinario di cognizione solo eventuale e non necessario>>¹⁷, per cui il loro perimetro applicativo si rivela, attualmente, molto ampio, conseguenza di un'evoluzione che, in particolare a seguito della riforma del 2005, ha fatto sì che le misure cautelari, parallelamente alla sempre maggiore durata dei processi ordinari, si siano guadagnate spazi di

¹⁴ Per G. ARIETA, *op. cit.*, p. 9-10, «Ciò che rileva, anche a livello costituzionale, è il riconoscimento della possibile insufficienza delle "normali" garanzie" che assistono il diritto di agire in via ordinaria in presenza di eventi che arrecano o possono arrecare un danno (grave o addirittura irreparabile) al diritto. La presenza di queste situazioni pregiudizievoli o potenzialmente pregiudizievoli rende necessaria la messa a disposizione di ulteriori e diverse forme di tutela, appunto quelle cautelari, che siano in grado, per quanto possibile, di neutralizzare il pericolo, così preservando il diritto, non già per far conseguire all'attore "che ha ragione" (istante in via cautelare) tutto quanto egli ha diritto di ottenere (l'attribuzione dei torti e delle ragioni è, per definizione, estranea all' "area" cautelare) bensì per consentire che la tutela giurisdizionale ordinaria, una volta attuata, non si riveli inutile per la parte che abbia visto accolta la propria domanda di merito».

¹⁵ G. ARIETA, *op. loc. cit.*, afferma conclusivamente che «Il "valore" della tutela cautelare trae, dunque, il suo fondamento costituzionale in ragioni e finalità diverse da quelle delle "normali" garanzie dell'azione: mentre, nelle seconde, l'effettività della tutela si caratterizza sotto il profilo preminentemente soggettivo, in quanto deve dirigersi e riguardare "l'attore che ha ragione", nella prima è assorbente il profilo oggettivo, dal momento che deve assicurarsi l'effettività della futura tutela giurisdizionale (i cui risultati "finali" potrebbero non coincidere con quelli della tutela cautelare), non già in favore o in danno di una parte o dell'altra».

¹⁶F. CARPI, *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2006, 3, 860 e ss.

¹⁷F. CARPI, *op. loc. cit.*

utilizzo prima impensabili;¹⁸ espansione che, per la medesima opinione, è da ritenersi tutt'altro che conclusa.¹⁹

2. Le misure cautelari: aspetti generali.

Prima di esaminare la specifica misura cautelare oggetto della decisione qui annotata, occorre un breve accenno alle tipologie di misure cautelari conosciute dal nostro ordinamento: le misure cautelari sono contenute nel codice di rito, in quello civile e nella legislazione speciale, e si distinguono in misure *tipiche*²⁰, misure *atipiche*²¹ ed, infine, le c.d. misure *extravaganti*,²² e che dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. sono assoggettate all'applicazione delle norme sul procedimento cautelare uniforme, previa verifica di loro compatibilità;²³ tutte quelle innanzi indicate sono misure che, pur avendo contenuto non omogeneo, si possono ricondurre a tre diverse tipologie, in base al rapporto che ciascuna di essa intrattiene con il giudizio di merito, per cui si avranno misure utilizzabili solo prima della introduzione di un giudizio di merito, nonché misure il cui utilizzo è possibile anche a giudizio avviato (oltre che prima della sua introduzione) ed, infine, misure il cui utilizzo è precluso in assenza della previa introduzione del giudizio di merito.²⁴

In relazione alla loro natura, i provvedimenti cautelari si suddividono in conservativi ed innovativi (o anticipatori), svolgendo i primi la funzione di assicurare la possibilità di esercitare un diritto di natura processuale, quale quello al raccoglimento della prova, nonché ad assicurare la possibilità di esperire

¹⁸A. SALETTI, *Il processo cautelare oggi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 3, 557-558, infatti, al riguardo afferma «L'indubbio successo del processo cautelare è testimoniato dalla sua, per certi versi tumultuosa, diffusione ben oltre i limiti della materia cautelare propriamente detta. In quest'ottica il quadro non potrebbe essere più profondamente diverso rispetto a quello esistente nel 1990, momento del varo della nuova disciplina. La prorompente espansione, parte in via legislativa, parte in via interpretativa, del procedimento cautelare uniforme ad altre materie e lo sforzo di renderlo applicabile in maniera sempre più indifferenziata ogni qual volta ci si trovi di fronte ad una decisione assunta sulla base di una cognizione sommaria, lascia intravedere come esso, con il suo equilibrato bilanciamento tra la necessità di celerità del giudizio e quella di salvaguardia dei diritti in contesa, risponda ad esigenze essenziali per la realizzazione di un sistema giusto».

¹⁹A. SALETTI, *op. loc. cit.*, conclude con l'affermare «Da questo punto di vista tutto fa pensare che il quadro sia lungi dall'essere definitivo: il cammino del procedimento cautelare uniforme appare ancora in divenire».

²⁰Sono quelle contenute nel c.p.c., e precisamente i sequestri, i procedimenti di istruzione preventiva, la denuncia di nuova opera e quella di danno temuto, ovvero i c.d. procedimenti nunciatori

²¹Nel codice di rito, il provvedimento di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.

²²Che sono quelle la cui disciplina è collocata nel codice civile e nella legislazione speciale.

²³G. ARIETA, *op. cit.*, p. 660.

²⁴G. ARIETA, *op. cit.*, p. 663.

utilmente una successiva azione esecutiva, da un lato, mentre si definiscono anticipatori quei provvedimenti miranti ad anticipare il contenuto di una successiva decisione di merito.²⁵

Con riguardo ai presupposti occorrenti per la loro concessione, tutti i provvedimenti cautelari richiedono gli indispensabili requisiti del *fumus* e del *periculum*, mentre una volta concessi, quindi nella fase attuativa del comando cautelare, si avvicinano all'esercizio dell'azione esecutiva;²⁶ quanto al primo profilo appena evidenziato, allora, può osservarsi come, al pari del giudice nel giudizio di cognizione ordinaria, anche quello del procedimento cautelare deve verificare la fondatezza o meno di una domanda, quella di tutela cautelare, che tuttavia si fonda su presupposti diversi, e, soprattutto, non ha funzione di risolvere contrasti con un giudizio a formularsi in termini di certezza (nei limiti, ovviamente, di quanto consentito dalla singola e specifica fattispecie processuale), dovendosi limitare a verificare la sussistenza o meno dei presupposti per la concessione della cautela;²⁷ in concreto, in tanto potrà dirsi sussistente tale requisito, in quanto il giudizio di verosimiglianza, che il giudice è chiamato a compiere sulla scorta delle sole risultanze di immediata evidenza, consenta di riscontrare la verosimile esistenza del diritto cautelando.²⁸

Elemento caratterizzante dei provvedimenti cautelari è costituito, come è noto, dalla c.d. strumentalità, che un Maestro ha definito come *<quella che secondo*

²⁵ G. TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il Processo Cautelare*, a cura di G. Tarzia, Padova, 2004, p. XXIII-XXIV.

²⁶ C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto Processuale Civile*, IV, Milano, 2015, p. 264, affermano che «a) nella fase assimilabile alla cognizione (autorizzazione della misura cautelare) l'azione cautelare è condizionata sia dalla sussistenza di un pericolo al quale il ritardo può esporre il diritto (*periculum in mora*) e sia da un'approssimativa verosimiglianza circa l'esistenza del diritto stesso (*fumus boni iuris*); b) nella fase assimilabile all'esecuzione (attuazione della misura cautelare) il provvedimento di autorizzazione assume un ruolo in qualche modo paragonabile al titolo esecutivo nell'esecuzione forzata».

²⁷ P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, IV[^] ed., Bologna, 2018, p. 707-708, afferma infatti, quanto al requisito del *fumus*, che «Il *fumus boni iuris* suppone un giudizio di ragionevole verosimiglianza circa la sussistenza del diritto fatto valere. Se la cautela è strumentale al merito, non si potrà immaginare che venga tutelato in anticipo un diritto che non esiste. Il giudice del cautelare non può emettere un verdetto al riguardo: può e deve, però, formulare una ragionevole prognosi. La misura d'urgenza potrà dunque assicurare solo un diritto ragionevolmente esistente...In ogni caso è certo che al giudice dell'urgenza è chiesta solo la verifica di una ragionevole probabilità» mentre, con riguardo all'ulteriore requisito, quello del *periculum*, sostiene «Il *periculum in mora* allude, invece, al fatto che la misura d'urgenza si giustifica solo sotto il profilo del concreto rischio che, con il decorso del tempo, la decisione di merito o l'attività esecutiva risultino, in pratica, vanificate...La valutazione del *periculum* e dell'urgenza dà luogo ad un apprezzamento non discrezionale, ma certamente ampiamente collegato all'equilibrio fra i contrapposti interessi che il giudice reputa opportuno realizzare».

²⁸ G. CASCELLA, *La tutela cautelare nel processo civile*, Roma, 2017, p.25.

me è la nota veramente tipica dei provvedimenti cautelari: i quali non sono mai fine a se stessi, ma sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica. Essi nascono, per così dire, al servizio di un provvedimento definitivo, coll'ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio atti alla sua riuscita>>²⁹: con essa, in sostanza, si individua il rapporto tra il provvedimento cautelare ed il giudizio di merito a cognizione piena in termini di indispensabilità della sua introduzione entro il termine stabilito dal legislatore o fissato dal giudice, per conservare gli effetti del provvedimento cautelare ottenuto; secondo ancora altro autore, in realtà la strumentalità rigida ed inderogabile caratterizzerebbe solo i sequestri, da ritenersi pertanto gli unici provvedimenti a carattere conservativo:³⁰ dovendosi, per converso, attribuire a tutti gli altri provvedimenti cautelari, natura anticipatoria, quale logico corollario di tale suddivisione si afferma che anche la strumentalità attenuata è da ritenersi carattere peculiare di tutti i provvedimenti cautelari diversi dai sequestri;³¹ è da tenere presente, poi, che, per altra opinione, in realtà la riforma del 2005 non avrebbe inciso sulla strumentalità del provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito, quanto piuttosto sul legame temporale che intercorre tra le due fasi,³² con la conseguenza che, essendo venuta meno la sola strumentalità strutturale, e rimanendo intatta, invece, quella funzionale, rispetto al giudizio di merito, resta parimenti immutata la provvisorietà del provvedimento cautelare,³³ altro carattere fondamentale di tutti i provvedimenti cautelari, come affermato a chiare lettere sia dalla Corte Costituzionale³⁴, sia dalla Corte di Cassazione,³⁵ con orientamento confermato anche dopo la entrata in vigore dei provvedimenti a strumentalità attenuata.³⁶

²⁹ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 21.

³⁰ R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, 1381 e ss.

³¹ R. CAPONI, *op. loc. cit.*

³² D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Atti dell'incontro sulla riforma del processo civile*, Bologna, 2007, p. 67 e ss.

³³ D. BORGHESI, *op. loc. cit.*

³⁴ Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 421, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 584, ha rimarcato come i caratteri peculiari della tutela cautelare siano da individuarsi nell'autonomia e nella strumentalità.

³⁵ Cass. civ., sez. I, 12 ottobre 2005, n. 19777, in *Giust. Civ.*, Mass., 2005, 10, ha affermato < ai provvedimenti emanati nell'ambito del procedimento cautelare, essendo destinati a rifluire nel provvedimento che definisce la controversia tra le parti, hanno carattere strumentale e provvisorio e non possono, pertanto, acquistare efficacia definitiva >.

³⁶ Sez. Un., 10 giugno 2013, n.14053, in *Giust. Civ.*, Mass., 2013, ha affermato che il provvedimento ex art. 700 c.p.c. è «strumentale e provvisorio, in quanto diretto ad evitare che la futura pronuncia

Un carattere, quello della provvisorietà, che estrinseca, per la dottrina, tutta la sua rilevanza nel legame con il successivo giudizio di merito, aspetto, questo, che differenzia la tutela (sommatoria) cautelare da quella (sommatoria) non cautelare,³⁷ e che, inoltre, non è venuto meno a seguito dell'introduzione della strumentalità attenuata e, quindi, del regime di ultrattività di alcuni provvedimenti cautelari³⁸, dovendosi questo ritenere un regime privo di carattere oggettivo (e quindi degli effetti da esso discendenti, come la definitività) e rimesso, per la sua instaurazione, ad una scelta autonoma delle parti,³⁹ sullo sfondo di una ratio della riforma di sostanziale autoresponsabilizzazione delle parti medesime.⁴⁰

Il procedimento che conduce alla pronuncia si caratterizza per alcuni elementi peculiari: infatti, come osservato da alcuni, gli elementi fondamentali sono da ravvisare nella garanzia della decisione emessa a contraddittorio pieno (tranne le ipotesi espressamente previste in cui inizialmente esso è obliterato) sulla delimitazione della decisione cautelare alla verifica della sussistenza dei presupposti richiesti dal legislatore ed, infine, al previsione di un rimedio a carattere molto ampio, con la possibilità anche di introdurre, a determinate condizioni, elementi nuovi, non considerati nella fase precedente.⁴¹

del giudice possa rimanere pregiudicata dal tempo necessario per ottenerla, è destinato a perdere efficacia a seguito della decisione resa nel giudizio di merito, nella quale rimane assorbito, così esaurendo la sua funzione».

³⁷ G. ARIETA, *op. cit.*, p. 25, afferma «A differenza dei provvedimenti sommari non cautelari, la cautela non è destinata a produrre effetti stabili, ma è diretta ad assicurare l'effettività della tutela di merito, che assorbirà, già con la sentenza di primo grado, la misura cautelare, o provocherà l'inefficacia ex lege della cautela stessa. Il naturale assorbimento della cautela nella decisione di merito (ovvero la sopravvenuta inefficacia della stessa) esaltano, in tal modo, gli effetti di provvisorietà del provvedimento cautelare, che vengono comunque a cessare al momento della decisione di merito».

³⁸ G. ARIETA, *op. cit.*, p. 26, sottolinea la necessità di «intendersi sul significato della ultrattività degli effetti della cautela, che non dà luogo al fenomeno di "stabilizzazione" della sua efficacia. La cautela non acquista, cioè, in conseguenza del mancato inizio del giudizio di merito, effetti diversi e, appunto, più stabili, rispetto a quelli prodotti al momento della sua emissione, ma continua a produrre i medesimi suoi effetti provvisori e cautelari, e ciò fino a quando sarà pronunciata la (eventuale) decisione di merito, idonea ad "assorbire" anche gli effetti della cautela ultrattiva».

³⁹ Per G. ARIETA, *op. cit.*, p. 27, non può equipararsi l'ultrattività alla stabilizzazione, e la conseguenza che discende da tale impossibilità consiste nel fatto che «il regolamento anticipato introdotto dalla cautela "ante causam" continuerà a produrre i suoi effetti fino a quando una delle parti non riterrà o di instaurare il giudizio di merito, ovvero di proporre istanze di modifica o di revoca della misura cautelare», per cui, prosegue tale opinione, tale ultrattività risulta essere, in sostanza, solo eventuale, siccome «in un certo senso, viene rimessa alla libera determinazione delle parti, nel senso che sono le parti, con il loro comportamento concludente, a determinare, in certo senso, il tempo della ulteriore produzione degli effetti della misura cautelare».

⁴⁰ In questi termini, G. ARIETA, *op. cit.*, p. 27-28.

⁴¹ P. BIAVATI, *op. cit.*, p. 709.

3. Il sequestro conservativo.

Il sequestro conservativo costituisce un tipico (se non il tipico) esempio di misura cautelare a carattere conservativo, essendo rivolto non a realizzare la soddisfazione immediata e diretta delle pretese del soggetto che si affermi titolare di un diritto di credito, bensì ad assicurare a tale soggetto la possibilità di soddisfarsi sui beni del debitore, anche in via esecutiva, impedendogli di disfarsene, ove il preteso creditore dovesse venire riconosciuto effettivamente come tale, all'esito del giudizio di merito a cognizione piena.⁴²

Duplici è il profilo di differenziazione con l'altro tipo di sequestro contemplato dal codice di rito, quello giudiziario, incentrandosi per un verso sulla struttura, per altro verso sulla funzione,⁴³ non risultando rilevante, ai fini di queste pagine, il c.d. sequestro liberatorio, previsto dall'art. 687 c.p.c.⁴⁴

Quanto al primo profilo, quello strutturale, sequestro conservativo e sequestro giudiziario divergono in punto modalità attuative, mentre per quanto riguarda il secondo, quello funzionale, il sequestro conservativo possiede una funzione unica, ed invece quello giudiziario, avendo oggetti potenzialmente diversi, parimenti esso è suscettibile, funzionalmente, di assolvere a funzioni differenti.⁴⁵ La funzione del sequestro conservativo è quella di mantenere effettiva (impedendo che, di fatto, venga svuotata) la garanzia prevista dall'art. 2740 c.c., e cioè la c.d. garanzia patrimoniale generica, collocandosi quindi tra i mezzi di conservazione di tale garanzia, con la precisazione che, a differenza del sequestro giudiziario, esso riguarda non un singolo bene, specificamente individuato, bensì l'intero patrimonio del debitore;⁴⁶ proprio in ragione della

⁴² P. BIAVATI, *op. cit.*, p. 705-706.

⁴³ C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 314.

⁴⁴ In relazione al quale la S.C., nel delinearne la funzione e le differenze con il sequestro giudiziario e con quello conservativo, ha affermato «Poiché la funzione del sequestro liberatorio è quella di consentire al debitore di evitare la "mora debendi", in attesa che la controversia nel merito venga risolta all'esito del giudizio, e non quella di garanzia tipica del sequestro conservativo, o quella, tipica del sequestro giudiziario, di determinare un temporaneo vincolo del bene oggetto di controversia, spetta al giudice che dispone il sequestro liberatorio stabilire le modalità concrete di attuazione del medesimo»; in tal senso, Cass. civ., sez. III, 14 maggio 2019, n. 12727, in *Giust. Civ.*, Mass., 2019.

⁴⁵ C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. loc. cit.*, affermano «Ed infatti, mentre dal punto di vista strutturale, il sequestro giudiziario si contrappone al sequestro conservativo nel senso che il primo si porta ad attuazione con forme assimilabili a quelle dell'esecuzione specifica e l'altro con forme assimilabili a quelle dell'espropriazione, dal punto di vista funzionale lo stesso sequestro giudiziario si presenta in due figure distinte (in relazione al suo diverso possibile oggetto) che assolvono a funzioni nettamente diverse».

⁴⁶ G. ARIETA, *op. cit.*, p. 286.

funzione assolta, esclusivamente conservativa, tale misura si pone in rapporto di strumentalità assolutamente necessaria con una successiva domanda di merito, il cui oggetto va individuato nell'accertamento circa l'esistenza o meno di quel diritto di credito che con il predetto sequestro si intende tutelare;⁴⁷ una strumentalità piena anche dal punto di vista che potrebbe dirsi temporale, non potendosi ipotizzare, tanto per fare un esempio, che il soggetto che abbia ottenuto un provvedimento positivo di sequestro assuma un atteggiamento di mera attesa, accontentandosi *sic et simpliciter* di avere ottenuto tale provvedimento,⁴⁸ a differenza di quanto, intuitivamente, accade per i provvedimenti a strumentalità attenuata *post* l. n. 80/2005, alla luce di quanto innanzi rilevato.

L'importanza della funzione di protezione di un diritto di credito che assolve la misura prevista dall'art. 671 c.p.c., secondo alcuni, emerge anche in considerazione del fatto che tale misura è presente sia nel codice di rito civile, sia in quello di diritto sostanziale;⁴⁹ essa, quanto agli effetti, è assimilabile al pignoramento, producendo una inefficacia relativa, che determina l'inopponibilità al solo creditore sequestrante di eventuali atti di disposizione compiuti da debitore sul bene colpito dal sequestro successivamente al provvedimento, ferma invece la validità di essi nei rapporti interni tra debitore e terzo,⁵⁰ per cui si afferma come esso, in pratica, consista in un pignoramento anticipato, rivelandosi infatti finalizzato a consentire che l'azione esecutiva sui beni del debitore permetta al creditore di soddisfare effettivamente il proprio credito, al fine di neutralizzare il c.d. pericolo da infruttuosità;⁵¹ infine, va osservato come una fondamentale differenza con il pignoramento viene evidenziata in relazione al regime di opponibilità degli atti di disposizione attuati dal debitore a seguito della notifica del sequestro, dal momento che, nel caso del sequestro ex art. 671 c.p.c., gli effetti dello stesso operano solo in favore del creditore sequestrante - si parla, infatti, di vincolo <a porta chiusa> - mentre

⁴⁷ G. ARIETA, *op.cit.*, p.288.

⁴⁸ P. BIAVATI, *op. cit.*, p. 714, a proposito di tale rigida strumentalità, rileva che «non esiste alcun autonomo interesse, del sequestrante, ad un indefinito protrarsi nel tempo con stabilizzazione degli effetti del sequestro ottenuto».

⁴⁹ Afferma infatti P. POTOTSCHNIG, *Il sequestro conservativo*, in *Il Processo Cautelare*, a cura di G. Tarzia, Padova, 2004, p. p. 4, che «Il significato di garanzia del credito, situazione che il sequestro de quo è destinato a prevenire, è individuabile ricordando innanzi che questa misura cautelare è considerata non solo dal codice di rito, ma anche dal codice civile, che agli artt. 2905 e 2906 c.c. ricomprende il sinistro conservativo fra i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, affiancandolo in tale previsione all'azione surrogatoria ed a quella revocatoria».

⁵⁰ P. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, p.6.

⁵¹ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2011, p. 237 e ss.

nel caso del pignoramento anche eventuali creditori successivamente intervenuti potranno giovare del vincolo prodottosi a seguito del pignoramento – ed in tal caso si parla di vincolo a porta aperta – con una situazione, quindi, antitetica rispetto alla prima, per cui quella prodotta dal sequestro in questione è una inefficacia relativa;⁵² anche la giurisprudenza di legittimità condivide l'opinione dottrinale maggioritaria circa la natura del vincolo prodotto dal sequestro conservativo,⁵³ aggiungendo che tale vincolo opera con modalità cronologiche differenziate e, pertanto, si rivela produttivo di effetti diversi a seconda che il sequestro sia stato solo attuato, ovvero vi sia stata anche la sua conversione in pignoramento;⁵⁴ ciò che risulta fondamentale, in ogni caso, ai fini dell'ammissibilità del sequestro, è che il credito cautelando sia assistito da una azione in senso sostanziale, il che difetta, ad esempio, in ipotesi di una obbligazione naturale.⁵⁵

Dal punto di vista strettamente procedimentale, il sequestro conservativo si caratterizza per una peculiarità che, rispetto alle regole del procedimento cautelare uniforme, è unica e riguarda le cause di revoca del provvedimento, prevedendosi infatti che solo tale tipologia di sequestro può essere revocato nel caso di prestazione di idonea cauzione da parte del debitore:⁵⁶ ne consegue che l'art. 684 c.p.c. si pone in rapporto di *species a genus* con la previsione contenuta nell'art. 669 *decies* c.p.c., che, come noto, detta le linee generali in tema di revoca dei provvedimenti cautelari.

Dal punto di vista del *fumus* e *periculum* occorrenti alla concessione del sequestro conservativo, detti requisiti sono stati dalla giurisprudenza di merito

⁵² *Ex multis*, C. CONSOLO, *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile*, I, Torino, 2017, p. 247; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. cit.*, p.326; F.P. LUISO, *op. loc. cit.*

⁵³ Cass. civ., sez. II, 1 marzo 1995, n. 2302, in *Giust. Civ.*, Mass., 1995, 472.

⁵⁴ Cass. civ., sez. III, 5 agosto 1997, n. 7218, in *Giust. Civ.*, Mass., 1997, 1335, sul punto ha statuito «Il vincolo di indisponibilità del bene derivante dall'esecuzione, su di esso, di un sequestro conservativo opera con diverse scansioni temporali nei confronti dei possibili interessati, nel senso che, al momento della attuazione del provvedimento cautelare, la operatività del vincolo è circoscritta in favore del solo creditore precedente, mentre, dal momento della conversione del sequestro in pignoramento, essa andrà ad estendersi anche agli altri creditori, intervenuti ed intervenienti, con la conseguenza che la disciplina degli effetti di una eventuale alienazione a terzi del bene de quo è, in relazione alle due ipotesi ora ricordate, da ritenersi, almeno in astratto, non omogenea, potendosi porre la questione della tutela dell'affidamento con riferimento alla posizione dell'acquirente del bene oggetto di sequestro (eventualmente autorizzato entro determinati limiti di somma), ma non anche di colui che tale acquisto abbia compiuto dopo la conversione in pignoramento della misura cautelare, poiché da quel momento il processo esecutivo proseguirà all'esclusivo scopo di soddisfare tutti i creditori, intervenuti o intervenienti».

⁵⁵ R. CONTE, *Il sequestro conservativo*, in *I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino, 2005, p. 1000.

⁵⁶ P. BIAVATI, *op. cit.*, p. 715.

ricostruiti con l'affermare che il primo di essi potrà dirsi integrato allorquando sussista la verosimile fondatezza, per il ricorrente, di perdere, per effetto di determinate condotte del debitore - di cui è onere del primo soggetto la relativa allegazione - la garanzia del credito, da valutare alla luce di riscontri oggettivi mentre, per quanto attiene al secondo requisito, lo stesso è integrato da una modifica nella composizione del patrimonio del debitore, sia dal punto di vista quantitativo, sia da quello qualitativo, che determini il sicuro, o anche solo probabile, venire meno della garanzia di cui all'art. 2740 c.c.⁵⁷

Con riguardo al *fumus*, il credito che la norma pone a base della possibilità di ricorrere a tale misura cautelare, ferma la necessità, per il ricorrente, di dimostrarne la probabile esistenza, senza alcuna preclusione della possibilità di rimetterne in discussione, nella fase a cognizione piena, l'eventuale positivo accertamento in fase cautelare, non deve necessariamente possedere i requisiti della certezza, liquidità ed esigibilità, e non di meno può essere gravato da condizione e/o termine;⁵⁸ ciò in quanto, ove fossero indispensabilmente richiesti i predetti requisiti, si avrebbe un ingiustificato vantaggio per il debitore, con correlato identico pregiudizio per il creditore, che si vedrebbe costretto ad attendere i tempi necessari a poter disporre di un titolo che presenti tali requisiti,⁵⁹ ritenendosi sufficiente, in sostanza, che se ne possa determinare il probabile, anche se non esatto, ammontare;⁶⁰ quanto al requisito del *periculum*, esso è stato tipizzato, a monte, dal legislatore, individuandosi in una situazione oggettiva di pericolo che, in relazione al tempo necessario affinché il creditore possa munirsi di valido titolo esecutivo, risulti suscettibile di compromettere la garanzia su cui il creditore fa affidamento per soddisfare la sua pretesa,

⁵⁷Trib. Milano, 27 marzo 2019, in banca dati *Juris Data*, ha infatti affermato «L'art. 671 c.p.c. facoltizza il creditore (o chi si dimostri verosimilmente tale) ad astringere con vincolo di indisponibilità - funzionale al successivo pignoramento - i beni del proprio debitore, laddove convinca il giudice della fondatezza del proprio timore di perdere la garanzia del credito: garanzia che, nel linguaggio tecnico-giuridico dei codici del 1940/1942, è quella patrimoniale generica offerta ai creditori da tutti i beni diritti e valori che, attualmente o in futuro, compongono il patrimonio di una persona fisica o giuridica (art. 2740 co. 1° cod. civ.). Proprio il riferimento normativo al fondato timore di perdere la garanzia generale offerta alla pretesa dalle componenti attive del patrimonio del debitore, impone di considerare quali condizioni cautelari del sequestro conservativo: a. che la garanzia, rispetto al momento in cui il credito è sorto, si sia assottigliata ovvero si stia o almeno rischi di assottigliarsi quantiquantitativamente, e questo per condotte dispositive del debitore o per l'aggressione che dei suoi beni abbiano fatto o stiano per fare altri creditori; b. che il timore sia fondato, ovvero si basi su elementi oggettivamente attinenti alla sfera giuridica del debitore stesso o all'indole fraudolenta desumibile dalle sue condotte».

⁵⁸ G. ARIETA, *op. cit.*, p. 294-295.

⁵⁹ R. CONTE, *op. cit.*, p. 1003.

⁶⁰ A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 2014, p. 618.

rappresentata dall'intero patrimonio del debitore, e risulta, tale requisito, integrato sia da elementi oggettivi, individuabili in un modifica nella composizione del patrimonio del debitore, verificatasi dopo la nascita del credito, sia da elementi soggettivi, consistenti in condotte del debitore che denotino la sua intenzione di rendersi impossidente e così frustrare la soddisfazione dell'altrui pretesa creditoria;⁶¹ si tratta, quindi, del pericolo di possibili atti dispositivi del proprio patrimonio, da parte del debitore, il cui effetto sia quello di renderlo inidoneo ad assolvere alla funzione che gli assegna l'art. 2740 c.c.⁶² Dal punto di vista dell'oggetto, nel sequestro conservativo è il patrimonio del debitore nella sua interezza che viene in rilievo, e viene preso in considerazione in relazione alla sua idoneità o meno ad assicurare il soddisfacimento della pretesa del creditore sequestrante, il che si riflette anche sulla valutazione che il giudice della cautela è chiamato a compiere,⁶³ senza trascurarsi di evidenziare come, da tale punto di vista, il provvedimento che concede il sequestro non contiene la individuazione di beni da sequestrare, in ragione della fungibilità di tutti quelli presenti nel patrimonio del debitore, essendo rimessa detta scelta al creditore in fase attuativa, con l'unico limite della cifra stabilita dal giudice,⁶⁴ limite a cui si aggiunge - in ragione del fatto che il sequestro si risolve in un pignoramento anticipato - quello della eventuale impignorabilità dei beni come disciplinata dal codice di rito civile innanzitutto, e da eventuali altre disposizioni di legge; a tanto va poi aggiunto che il sequestro conservativo può essere concesso anche con finalità preventiva, allorquando la garanzia del debitore risulti ancora intatta e proprio al fine di evitare che la stessa subisca diminuzioni a seguito di eventuali condotte depauperative del medesimo;⁶⁵ secondo la giurisprudenza, poi, per la dimostrazione dell'esistenza del *periculum in mora* si fa riferimento sia ad elementi di carattere oggettivo, sia ad elementi di carattere soggettivo, da valutarsi in relazione alla persona del debitore, avendo riguardo, per il primo aspetto, all'effettiva entità del suo patrimonio e, dall'altro, alla

⁶¹ G. ARIETA, *op. cit.*, p. 298-299.

⁶² A. PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 619.

⁶³ Trib. Lecce, sez. II, 29 marzo 2019, in banca dati *Juris Data*, ha affermato «Per quanto attiene all'oggetto del sequestro conservativo, deve considerarsi che i singoli beni immobili del debitore non vengono in rilievo per la loro individualità, ma in relazione al loro valore e alla loro attitudine ad essere trasformati in denaro. Il Giudice, infatti, nel concedere il provvedimento, non fa riferimento a specifici beni, ma si limita a determinare il valore fino a concorrenza del quale il sequestro può essere eseguito sui beni del debitore»

⁶⁴ F.P. LUISO, *op. cit.*, p. 240 e ss.

⁶⁵ Trib. Torre Annunziata, 27 marzo 2018, in banca dati *Juris Data*.

condotta tenuta dal medesimo;⁶⁶ con riguardo al *fumus boni iuris*, invece, il creditore è chiamato ad allegare e dimostrare la verosimile esistenza del credito per cui si agisce, essendo infatti sufficiente, in base ad un giudizio necessariamente sommario e prognostico, la probabile fondatezza della pretesa creditoria di cui si chiede protezione in via cautelare;⁶⁷ occorre infine tenere presente che la giurisprudenza è assolutamente consolidata nel ritenere indispensabile la sussistenza di entrambe i requisiti, ai fini della concessione della cautela, di guisa che la mancanza di uno di essi impedisce la concessione della misura e, nel contempo, rende superflua l'indagine sulla sussistenza dell'altro.⁶⁸ L'importanza del sequestro conservativo e l'indubbia ampiezza del suo perimetro applicativo sono testimoniate dal fatto che la giurisprudenza ne ammette l'utilizzabilità, ricorrendo determinate condizioni, sia a protezione di crediti non ancora attuali, sia nel caso in cui il richiedente disponga già di altro titolo; quanto al primo aspetto, i requisiti richiesti per la tutela tramite sequestro conservativo si individuano nella attuale esistenza del rapporto da cui il credito dovrebbe nascere, nell'essersi già concretizzata la situazione fattuale che dovrebbe farlo sorgere ed, infine, che di tale diritto sia probabile l'esistenza al momento della conclusione del giudizio di merito volto al suo accertamento;⁶⁹ a tale ultimo riguardo, può osservarsi come, secondo autorevole dottrina, occorre che i fatti posti a fondamento della richiesta appaiano sufficienti a far ritenere, già ad un sommario esame, come probabile l'esistenza del diritto cautelando,⁷⁰ fermo in ogni caso il fatto che si richiede comunque che la misura del credito cautelando con il sequestro deve potersi individuare, anche se attraverso una approssimazione, circa la sua entità, ergendosi a parametro per la individuazione dei beni che il sequestro andrà ad attingere⁷¹; quanto al secondo aspetto, per la concessione del sequestro occorre che il titolo esecutivo in questione non sia

⁶⁶Cass. civ., sez. I, 17 giugno 1998, n. 6042, in *Giust. Civ.*, Mass. 1998, 1341, ha affermato «In tema di sequestro conservativo, il requisito del "periculum in mora" può essere desunto sia da elementi obiettivi concernenti la capacità patrimoniale del debitore in rapporto all'entità del credito, sia da elementi soggettivi evincibili dal comportamento del debitore, tali da lasciare presumere che egli, al fine di sottrarsi all'adempimento, ponga in essere atti dispositivi idonei a provocare l'eventuale depauperamento del suo patrimonio, sottraendolo all'esecuzione forzata».

⁶⁷ Trib. Roma, sez. III, 10 agosto 2017, in banca dati *Juris Data*.

⁶⁸ Trib. Milano sez. lav., 11 aprile 2014; Trib. Roma, sez. III, 8 giugno 2015, n. 12452; Trib. Savona, 3 dicembre 2015; Trib. Bologna, 22 marzo 2017, tutte reperibili in banca dati *Juris Data*.

⁶⁹ Trib. Alessandria, sez. I, 7 gennaio 2019, in banca dati *Juris Data*.

⁷⁰ S. SATTÀ, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, IV, 1, Milano, 1968, p. 174.

⁷¹ A. PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 616.

definitivo, come nel caso del decreto ingiuntivo in pendenza dei termini per fare opposizione, o in pendenza del giudizio di opposizione, se proposta.⁷²

4.La decisione in commento.

Con la decisione qui commentata, il Tribunale di Torre Annunziata, nel decidere su una istanza di sequestro conservativo, dopo aver ampiamente esaminato – nei limiti, ovviamente, della cognizione sommaria consentita dal rito cautelare uniforme - gli elementi allegati dal ricorrente e dal resistente a sostegno delle contrapposte posizioni, ha rigettato la richiesta di sequestro conservativo, rilevando – con il sostegno di ampia e condivisibile motivazione - come la relativa domanda risultava carente degli indispensabili *requisiti del fumus boni iuris e del periculum in mora*.

Nel caso di specie, il sequestro era stato richiesto per assicurare la fruttuosità di una successiva azione di risarcimento danni, collegata ad una compravendita immobiliare già intervenuta tra le stesse parti del procedimento cautelare, in relazione alla quale i ricorrenti lamentavano vizi derivanti da irregolarità e/o falsità nei titoli abilitativi edilizi, che sarebbero state taciute, dalla resistente quale parte alienante, con conseguente richiesta di sequestro sul patrimonio della stessa.

Quanto al *fumus*, osserva il giudice che il preteso credito al risarcimento danni non poteva ritenersi esistente neanche sotto il profilo della sola verosimiglianza, alla luce della documentazione prodotta dai ricorrenti, anche proveniente da terzi, della condotta preprocessuale ed processuale di questi ultimi, e del tenore delle difese della parte resistente, evidenziando altresì la totale irrilevanza, ai fini della decisione, delle imputazioni, in sede penale, di cui era stata destinataria la resistente/alienante, rispetto alle quali il Tribunale osserva come, in realtà, gli stessi fatti oggetto dei capi di imputazioni escludevano che in essi potessero ravvisarsi i reati ipotizzati.

Quanto al *periculum*, poi, secondo il decidente, anche da questo punto di vista, la richiesta di tutela cautelare si rivela non supportata da allegazioni idonee a rendere verosimile il pericolo, già solo considerando l'impossibilità di quantificare il presunto danno addirittura nell'intero valore dell'immobile, quando gli stessi ricorrenti allegano che l'asserito vizio riguarderebbe solo una parte dello stesso (il soppalco), cui si aggiunge il fatto che l'immobile medesimo, sempre in base a quanto allegato dai ricorrenti, sarebbe stato oggetto di locazione (e quindi di utilizzazione economica, con conseguenti introiti) senza alcun problema, per un

⁷² Trib. Bologna, sez. II, 20 giugno 2018, n. 1918, in banca dati *Juris Data*.

lungo periodo; ancora, anche la presunta incapienza del patrimonio della resistente, secondo del giudice, costituiva circostanza – peraltro indimostrata – di cui i ricorrenti avrebbero potuto accorgersi sin da subito, e tuttavia nessuna contestazione risulta che gli stessi abbiano formulato; infine, il Tribunale mostra convinta adesione a quell'orientamento di legittimità secondo cui

Infine, in ossequio al disposto dell'art. 669^{septies}, secondo comma c.p.c., trattandosi di rigetto di misura cautelare richiesta *ante causam*, il giudice statuisce definitivamente sulle spese di lite, trattandosi di decisione che chiude il relativo procedimento; sul punto, può osservarsi come, a seguito della riforma di cui alla l. n. 69/2009, il legislatore, per adeguare la disciplina in tema di regime delle spese alla mutata situazione verificatasi a seguito dell'introduzione del regime di strumentalità attenuata per i provvedimenti individuati, nel novellato (ex l. n. 80/2005) art. 669^{octies}, sesto comma, c.p.c., come beneficiari di tale <nuovo> regime, adeguandosi alle statuizioni della Corte Costituzionale,⁷³ è intervenuto nuovamente sull'art. 669^{octies} c.p.c., inserendovi il nuovo settimo comma, il quale prevede che, in ipotesi di provvedimento cautelare di accoglimento, richiesto (e concesso) *ante causam*, il giudice deve statuire sulle spese del relativo procedimento, intendendo così realizzare una simmetria di disciplina con l'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 669^{septies} c.p.c.

5. Riflessioni conclusive.

Nel caso deciso dal provvedimento qui in commento (ed ovviamente nei limiti di quanto è dato evincere dalla sola decisione, unico dato a disposizione di chi scrive) emerge un rilievo formulato dal decidente, che merita considerazione per diverse ragioni, ed è quello per il quale, ad avviso del Tribunale, i ricorrenti avevano in pratica smentito sé stessi, in quanto proprio dalle loro allegazioni emergevano elementi che conducevano ed escludere la sussistenza degli indispensabili *fumus e periculum*.

Innanzitutto, tale passaggio motivazionale si rivela sintomatico, a mio avviso, di un esame della fattispecie condotto dal giudice con un livello di approfondimento superiore a quello sufficiente ad indagare e riscontrare la sussistenza (o meno)

⁷³ Infatti, in più occasioni la Corte Costituzionale ha predicato la sussistenza, nel sistema, di un principio a carattere generale per il quale il giudice ogni volta che emani un provvedimento che chiude un procedimento, e tale provvedimento sia in possesso dell'idoneità, anche solo astratta, a diventare definitivo, è tenuto a provvedere anche sulle spese del procedimento così definito; cfr., *ex multis*, Corte Cost., 14 novembre 2007, n. 379, in *Giust. Civ.*, 2008, 3, I, 575; Corte Cost., 25 marzo 2005, n. 130, in *Giur. Cost.*, 2005, 1097; Corte Cost., 23 luglio 2002, n. 384, in *Giur. Cost.*, 2002, 2849.

della sola <verosimiglianza> delle contrapposte allegazioni, che poi è quanto è richiesto al giudice della cautela per provvedere sull'istanza cautelare, come affermano i giudici di legittimità,⁷⁴ approfondimento, questo, che non avrebbe certo sfigurato in un giudizio di merito a cognizione piena, anche perché, se per un verso nella cognizione piena è il legislatore che, a monte, ha stabilito quali sono le forme e le modalità attraverso cui il giudice deve procedere ad accertare e valutare i fatti,⁷⁵ per altro verso, la sommarietà dell'accertamento espletato in sede cautelare non attiene al livello dell'indagine e dell'approfondimento posto in essere, bensì, sostanzialmente, al fatto che esso viene compiuto all'interno di un procedimento che non segue gli schemi fissati dal legislatore, le cui scansioni sono decise, invece, volta per volta dal giudice.⁷⁶

Tale ampiezza di indagine emerge ancora di più, a mio avviso, ove si tenga presente, da un lato, che la giurisprudenza è consolidata nel ritenere indispensabile la sussistenza di entrambe i requisiti, di guisa che ove il giudice rilevi come uno di essi sia da ritenersi, verosimilmente, non sussistente, non deve procedere a verificare comunque la sussistenza anche dell'altro, essendo sufficiente la mancanza di uno di essi per fondare una decisione di rigetto⁷⁷ e, dall'altro, il fatto che, come sostenuto da alcuni, dopo la riforma del 2005, il giudice dovrebbe concentrare la sua indagine, in prevalenza se non addirittura in via esclusiva, sul solo requisito del *fumus*, assumendo il *periculum* un rilievo solo marginale, essendo divenuta, l'introduzione della fase di merito a cognizione

⁷⁴ Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 1998, n. 2248, in, ha affermato «Qualora il giudizio di convalida di un sequestro sia separato da quello di merito, la cognizione del "fumus boni iuris" dev'essere circoscritta ad un accertamento deliberativo del diritto, fondato sulla ritenuta probabilità della sua esistenza, senza pregiudizio del successivo riesame, con giudizio di certezza e nella completezza delle acquisizioni istruttorie, delle stesse questioni ai fini sostanziali. è sufficiente, quindi, perché sia soddisfatto l'obbligo di motivazione del provvedimento di convalida, che il giudice dia sommaria ragione degli elementi essenziali su cui trovi fondamento la ritenuta probabilità dell'esistenza del diritto».

⁷⁵A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 e ss. c.p.c.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, 412 e ss.

⁷⁶ P. BIAVATI, *op. cit.*, p. 581 e ss.

⁷⁷ Trib. Bologna, Sez. Spec. Propr. Industriale e Intellettuale, 10 aprile 2009, in *Il civilista*, 2011, 9, 52, in proposito ha affermato «Sono decisivi ed assorbenti, In caso di dubbio sulla sussistenza del "fumus boni iuris", gli aspetti che attengono all'altrettanto necessario requisito del periculum in mora: tant'è che l'accertamento della insussistenza di un pregiudizio irreparabile esonera il giudice dalla disamina dell'altro requisito, ossia del fumus boni iuris. Il periculum in mora non può mai essere implicitamente riconosciuto: esso presuppone invece il positivo riscontro delle situazioni di fatto utili ad integrare il pregiudizio irreparabile imposto dalla norma; occorre quindi una concreta dimostrazione delle possibili conseguenze della mancata adozione del provvedimento cautelare, attraverso l'indicazione di validi indici dai quali poter desumere in termini di piena oggettività la consistenza dell'eventuale nocumento legato alla condotta di controparte»; negli stessi termini, Trib. Venezia, 15 giugno 2016, in banca dati *Juris Data*.

piena, nient'altro che eventuale;⁷⁸ ciò nonostante, invece, il giudice, pur se avrebbe potuto limitarsi, nella propria indagine, ad indagare il solo profilo del *fumus*, apprezzabilmente ha comunque esteso la verifica anche al profilo del *periculum*, pur non essendo tanto strettamente necessario, visto quanto appena rilevato.

Ancora, tale rilievo dimostra come il giudice abbia fatto evidente – anche se implicita – applicazione del noto principio di acquisizione probatoria, in forza del quale, come insegna la S.C., tutte le risultanze *probatorie*, una volta acquisite al processo, possono essere utilizzate dal giudice ai fini della decisione, non solo a favore ma anche, eventualmente, a sfavore della parte processuale ad iniziativa della quale le risultanze medesime sono state raccolte.⁷⁹

In questa prospettiva, due ulteriori previsioni legislative appaiono suscettibili di assumere non trascurabile rilievo, quali da un lato l'art. 115 c.p.c. e, dall'altro, l'art. 1227 c.c.

Quanto alla prima disposizione, a leggere la pronuncia in questione, si evince come tutta una serie di circostanze addotte dai ricorrenti, se lette alla luce della norma innanzi citata, abbiano assunto una significativa rilevanza nel percorso argomentativo sviluppato dal giudice per giungere alla statuizione di rigetto: basti pensare, a mero titolo di esempio, e limitando la considerazione al solo profilo del *fumus*, alla immediata conoscibilità, e contestuale piena accettazione, da parte dei ricorrenti, delle circostanze fattuali poste a fondamento della richiesta di tutela cautelare, a maggiore ragione perché emergenti da atti pubblici, per un verso e, per altro verso, perché esaminate anche da soggetti terzi, per determinati fini, soggetti che nessun rilievo negativo avevano formulato, ed il cui giudizio non era stato in alcun modo contestato dai ricorrenti. Quanto alla seconda norma, la condotta extraprocessuale e processuale dei ricorrenti, per come ricostruita e documentata dalla decisione qui in commento,

⁷⁸ E. DALMOTTO, *Il rito cautelare competitivo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2007, I, par.3, afferma infatti «Può prevedersi che, attenuandosi il carattere della strumentalità, vale a dire evolvendo la funzione del procedimento cautelare da un fine che non è più tanto quello di preservare diritti oggetto di un successivo processo, quanto piuttosto quello di assicurare subito una utilità sostanziale indipendentemente dal successivo aprirsi di una fase a cognizione piena volta ad ottenere un accertamento con efficacia di giudicato, i giudici tenderanno ad accentuare l'indagine sul requisito del *fumus boni iuris*, che probabilmente verrà valutato con maggiore severità rispetto al *periculum*, considerata la possibile assenza del giudizio di merito».

⁷⁹In proposito, Cass. civ., sez. II, 25 febbraio 2019, n. 5409, in *Giust. Civ.*, Mass., 2019, ha affermato «Nel sistema processualcivilistico vigente opera il principio cosiddetto dell'acquisizione della prova, in forza del quale ogni emergenza istruttoria, una volta raccolta, è legittimamente utilizzabile dal giudice indipendentemente dalla sua provenienza».

se esaminata *sub specie* del noto principio di autoresponsabilità,⁸⁰ codificato nel nostro ordinamento dell'art. 1227 c.c., rende inverosimile il *fumus*: aspetto che è stato valorizzato dal Tribunale con il richiamo ad una recentissima decisione di legittimità, avente valore e rilievo ancora maggiore, siccome resa nell'esercizio della fondamentale funzione nomofilattica che l'ordinamento assegna alla Suprema Corte; decisione sulla scorta della quale l'acquirente di un immobile, che il medesimo supponga essere abusivo, è da ritenersi senza dubbio gravato di svolgere, con la dovuta diligenza, ogni indagine volta a chiarire la reale situazione urbanistica del bene, onde evidenziare eventuali difformità tra quanto riscontrato e quanto dichiarato in atti, a maggiore ragione per acquisire ogni elemento al fine di valutare se l'acquisto dello stesso risponda o meno ai propri interessi.⁸¹

Infine, non appare superfluo osservare come la decisione qui esaminata rappresenti l'ennesima conferma del fatto che i provvedimenti cautelari, se per un verso sono degli strumenti di tutela assolutamente fondamentali ed irrinunciabili per assicurare l'effettività del diritto alla difesa, evitando che lo stesso rimanga confinato nella Carta costituzionale al rango di mero (per quanto bellissimo ed altissimo) principio, per altro verso sono indubbiamente da utilizzare *cum grano salis*, con la dovuta ponderazione nelle scelte difensive;⁸² tanto a maggiore ragione in considerazione del fatto che, essendo - come noto - la valutazione del giudice della cautela incentrata (ma anche circoscritta e limitata) sulla sola (per quanto irrinunciabile) verosimiglianza delle allegazioni in fatto e diritto, appare intuibile come sia indispensabile che gli elementi addotti siano idonei (già con valutazione *ex ante*) a superare tale livello minimo indispensabile, al fine di ottenere la concessione del provvedimento che si richiede: il che, verosimilmente, deve essere mancato, da parte dei ricorrenti,

⁸⁰Al riguardo, in una fattispecie che appare coincidente con quella esaminata dalla pronuncia qui annotata (sempre a quanto è dato evincere dalla stessa), Tr. Nuoro, 29 ottobre 2018, n. 568, in banca dati *Juris Data*, ha significativamente affermato «L'omessa lettura di quanto si sta sottoscrivendo non corrisponde ad un convincimento erroneo che il fatto dichiarato sia vero, ma è piuttosto una leggerezza che, per il principio di autoresponsabilità vigente nel nostro ordinamento, non può gravare sull'altra parte»

⁸¹ Sez. Un., 22 marzo 2019, n. 8230, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2019, 3, I, 613, in cui significativamente la Corte ha posto sulla circostanza che, ove nell'atto di alienazione vi sia la dichiarazione dell'alienante circa la sussistenza di un titolo urbanistico che sia reale e riferibile all'immobile che dell'atto costituisce l'oggetto, anche se la costruzione risulti eventualmente difforme rispetto al titolo indicato nell'atto, ciò non incide sul contratto, che resta comunque pienamente valido.

⁸²Senza dubbio maggiore che negli altri procedimenti giudiziari, in considerazione delle peculiarità del procedimento cautelare uniforme.

nel caso in questione, almeno a quanto è dato evincere dalla pronuncia del giudice oplontino; invero, nonostante quella che dovrebbe essere una prescrizione fondamentale ed irrinunciabile, per chi si appresta a chiedere al giudice la concessione di un provvedimento cautelare, è tutt'altro che infrequente riscontrare situazioni in cui si verifica un fatale difetto della necessaria ponderazione, come accade nel caso in cui, a seguito di un primo rigetto della richiesta di provvedimento cautelare, in sede di pur legittima riproposizione ai sensi dell'art.669*septies*, primo comma, 2° cpv., c.p.c., in occasione della riproposizione della domanda, si pongano circostanze già note in precedenza, ma non dedotte in quella sede, pur se ivi deducibili,⁸³ con i prevedibili esiti negativi anche per il secondo ricorso, come del resto mostra di condividere anche da parte della dottrina⁸⁴.

⁸³ Trib. Nola, 29 agosto 2019, in www.judicium.it

⁸⁴ C. PETRILLO, *Art. 669-terdecies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, I, Padova, 2007, p. 247.

Cass. civ., Sez. III, 17.10.2019, n. 26286

Pres. Vivaldi, Est. D'Arrigo

OBBLIGAZIONI PECUNIARIE – INTERESSI – RAPPORTI BANCARI – INTERESSI CONVENZIONALI DI MORA – INTERESSI CORRISPETTIVI – NORMATIVA ANTIUSURA – TASSO SOGLIA – ART. 2 DELLA L. N. 108 DEL 1996 – USURA OGGETTIVA – NULLITÀ DELLA CLAUSOLA – ISTRUZIONI BANCA D'ITALIA – MANCATA PREVISIONE DEGLI INTERESSI DI MORA NELLA RILEVAZIONE DEL T.E.G.M. – CRITERI – VALUTAZIONE UNITARIA DEL SAGGIO D'INTERESSI – USURA OGGETTIVA – SOMMATORIA DEL TASSO SOGLIA DI MORA CON IL TASSO SOGLIA ORDINARIO – ESCLUSIONE - FONDAMENTO.

Nei rapporti bancari, gli interessi convenzionali di mora, al pari di quelli corrispettivi, sono soggetti all'applicazione della normativa antiusura, con la conseguenza che, laddove la loro misura oltrepassi il c.d. "tasso soglia" previsto dall'art. 2 della l. n. 108 del 1996, si configura la cosiddetta usura "oggettiva" che determina la nullità della clausola ai sensi dell'art. 1815, comma 2 c.c. Non è a ciò di ostacolo la circostanza che le istruzioni della Banca d'Italia non prevedano l'inclusione degli interessi di mora nella rilevazione del T.E.G.M. (tasso effettivo globale medio) che costituisce la base sulla quale determinare il "tasso soglia". Poiché la Banca d'Italia provvede comunque alla rilevazione della media dei tassi convenzionali di mora (solitamente costituiti da alcuni punti percentuali da aggiungere al tasso corrispettivo), è infatti possibile individuare il "tasso soglia di mora" del semestre di riferimento, applicando a tale valore la maggiorazione prevista dall'art. 2, comma 4, della l. n. 108 del 1996.

Precedenti conformi:

Cass. civ. Sez. Un., sent. del 20/06/2018 n. 16303, laddove detta il criterio di calcolo del "tasso soglia" per elementi estranei alla rilevazione del T.E.G.M. (nel caso di specie della commissione di massimo scoperto)

Precedenti difformi:

Cass. civ. Sez. III, ord. del 30/10/2018 n. 27442, nella parte in cui esclude che il tasso soglia di riferimento per la valutazione dell'usurarietà degli interessi moratori possa essere oggetto di maggiorazioni o incrementi parametrati sulle rilevazioni effettuate da Banca d'Italia.

ABSTRACT: in the judgement under review, the Supreme Court examined several issues of moratorium interests and recognized the calculation system of the threshold rate for usury.

IL COMMENTO

di Flavia Bonelli*

La fattispecie esaminata dalla Suprema Corte con la sentenza in commento ha avuto origine dall'opposizione all'esecuzione proposta da parte del debitore esecutato nell'ambito della procedura di espropriazione immobiliare pendente in suo danno: il debitore, in particolare, si doleva dell'usurarietà dei tassi di interesse convenuti nel contratto di mutuo fondiario stipulato con la Banca creditrice procedente. Il Tribunale rigettava la domanda, rilevando l'assenza di prova dell'usurarietà sia del tasso di interesse corrispettivo sia di quello moratorio, escludendo che i due valori potessero cumularsi ai fini della verifica del superamento del tasso soglia. Il giudice, inoltre, riteneva dirimente la circostanza che nel contratto di mutuo fosse inserita la c.d. clausola di salvaguardia, tramite la quale la Banca si impegnava a mantenere i tassi di interesse entro il limite previsto dall'art. 2 della L.108/1996. L'opponente impugnava la predetta sentenza e la Corte d'Appello riteneva inammissibile l'impugnazione con ordinanza *ex art. 348 bis c.p.c.*; il debitore presentava, pertanto, ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 348 *ter c.p.c.*

Ebbene, i nodi interpretativi posti all'attenzione della Corte di Cassazione nel caso di specie hanno ad oggetto molteplici questioni in materia di usura, rispetto alle quali la Terza Sezione della Suprema Corte ha fatto luce, assumendo posizioni decise e, in parte, innovative.

Le censure mosse dal ricorrente hanno richiesto, in primo luogo, di dare risposta alla *vexata quaestio* riguardante la possibilità o meno di procedere alla sommatoria tra il tasso di interesse corrispettivo e il tasso di interesse moratorio, previsti dal contratto di mutuo, al fine di verificare il superamento del tasso soglia usura. Al riguardo, nella sentenza in commento la Corte di Cassazione ha confermato la tesi già consolidata nella giurisprudenza (specie di merito) e dunque ha ribadito che gli interessi corrispettivi e quelli moratori sono caratterizzati anzitutto dalla diversità di funzioni e soprattutto dalla alternatività

*Magistrato ordinario in tirocinio.

della loro applicazione nel corso del rapporto tra il cliente e la banca, con la conseguenza che se essi non vengono mai a cumularsi nell'esecuzione del contratto e quindi non possono sommarsi ai fini della valutazione di usurarietà.

Tuttavia, come già ritenuto dalla giurisprudenza in più occasioni e ribadito in questa sede, la differenza ontologica e funzionale degli interessi moratori rispetto agli interessi corrispettivi non rende la pattuizione degli interessi di mora esente dal vaglio di usurarietà, anche in ragione del disposto dell'art. 1, D.L. n. 394/2000, conv. in L. n. 24/2001, ai sensi del quale possono essere considerati usurari gli interessi convenuti " *a qualunque titolo*".

Oltre al dato normativo, la Suprema Corte nella sentenza in commento ha richiamato quanto espresso nella precedente sentenza delle Sezioni Unite n. 16303 del 2018, ove in termini analoghi si poneva la questione della inclusione della "commissione di massimo scoperto" (C.M.S.) nel calcolo degli oneri rilevanti ai fini della valutazione di usurarietà. La C.M.S., infatti, sino al 2010 (si veda D.L. 29/11/2008, n. 185, art. 2bis, conv. nella L. 28/01/2009, n. 2), al pari del tasso di mora, non risultava computata nel calcolo del T.E.G.M. ma era oggetto di rilevazione separata da parte della Banca d'Italia. In quel caso, la Corte aveva dato atto di tale circostanza, ritenendola un dato meramente formale che non determina l'impossibilità di comparare precise quantità ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura.

Nello stesso senso si è espressa la Corte di Cassazione nella sentenza in commento con riguardo al tasso di mora: considerato che la Banca d'Italia, pur non includendo la media degli interessi di mora nel calcolo del T.E.G.M., ne dispone una rilevazione separata, individuando una maggiorazione media di 2,1 punti percentuali, si pone la necessità di ricostruire in via interpretativa un tasso soglia degli interessi moratori, che dovrà essere necessariamente superiore al tasso soglia degli interessi corrispettivi. In quest'ottica, la Suprema Corte ha ritenuto che al fine dell'individuazione del tasso soglia per la mora "sarà sufficiente sommare al "tasso soglia" degli interessi corrispettivi il valore medio degli interessi di mora, rilevato dalla Banca d'Italia (2,1%), maggiorato nella misura prevista dalla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4".

Con riferimento alle conseguenze dell'eventuale sconfinamento del tasso di mora rispetto alla soglia, la Corte di Cassazione, nella pronuncia in esame, ha chiarito che il rimedio della nullità parziale di cui all'art. 1815 comma secondo c.c. è sicuramente applicabile, ma che accanto a questo si pone quello della *reductio*

ad aequitatem previsto dall'art. 1384 c.c., valorizzando la funzione di clausola penale assunta dagli interessi convenzionali di mora. Si verifica, pertanto, una "*duplicazione di strumenti di tutela dell'obbligato*", i quali tuttavia presentano differenze rilevanti: da un lato, la nullità parziale presuppone la violazione formale del "tasso soglia", dall'altro lato invece l'art. 1384 c.c. consente al giudice di intervenire tutte le volte in cui ritiene l'eccessività del saggio di mora convenuto fra le parti, a prescindere dalla circostanza che oltrepassi o sia attestato al di sotto del "tasso soglia". La differenza tra i due rimedi, poi, attiene anche agli effetti prodotti, poiché l'art. 1815 c.c., comma 2, prevede la totale caducazione della pattuizione degli interessi oltre soglia, mentre, nel caso di *reductio ad aequitatem*, l'obbligazione di corrispondere gli interessi permane, anche se ridotta dal giudice nella misura ritenuta equa.

Da ultimo, la Corte di Cassazione ha concentrato il suo esame sul tema della legittimità e dell'efficacia delle clausole c.d. di salvaguardia pattuite nell'ambito di molti contratti bancari, attraverso le quali gli istituti di credito si impegnano a ricondurre il tasso usurario – corrispettivo o moratorio – nei limiti della soglia di legge. Con riferimento a tale aspetto, nella sentenza in commento, la Suprema Corte ha censurato la valutazione del giudice di primo grado, il quale aveva attribuito rilevanza dirimente alla presenza di tale clausola: i giudici di legittimità hanno statuito infatti che, in astratto, la clausola in esame non presenta profili di contrarietà a norme imperative, anzi è volta ad assicurare l'effettiva applicazione del precetto d'ordine pubblico, tuttavia, tale pattuizione determina l'assunzione di un obbligo contrattuale da parte della banca consistente nell'assicurare che, per tutta la durata del rapporto, non vengano mai applicati interessi che oltrepassino il "tasso soglia". Ciò comporta, secondo la Corte, una "*contrattualizzazione*" del divieto di legge, la quale determina specifiche conseguenze sul piano del riparto dell'onere della prova: in virtù della logica che appartiene alle obbligazioni contrattuali, infatti, il creditore – che in tale specifica obbligazione è il cliente – può limitarsi ad allegare l'inadempimento del debitore – la banca -, sul quale graverà l'onere di dimostrare di aver adempiuto. In quest'ottica, alla clausola di salvaguardia non può essere attribuita valenza dirimente, ma occorre verificare in concreto che l'applicazione dei tassi di interesse si sia mantenuta nei limiti consentiti dalla legge, con onere della prova della circostanza gravante sulla banca.

Postilla:

Successivamente alla pronuncia in commento si segnala che la I Sezione della Corte di Cassazione (22.10.2019, n. 26946) ha investito le S.U. delle seguenti questioni.

a) se alla stregua del tenore letterale degli artt. 644 c.p. e 2 l. n. 108/1996, nonché dalle indicazioni emergenti dai lavori preparatori di quest'ultima legge, sia consentito escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del TEGM;

b) in caso contrario, se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del TEGM di cui all'art. 2, comma 1, l. n. 108/1996, oppure se la mera rilevazione del relativo tasso medio imponga di verificarne l'avvenuto superamento nel caso concreto e con quali modalità.

Cass. civ., Sez. III, 8.10.2019, n. 25042

Pres. Vivaldi – Est. Porreca

ESECUZIONE FORZATA – ESPROPRIAZIONE MOBILIARE PRESSO TERZI – RITENUTO CARATTERE POSITIVO DELLA DICHIARAZIONE – PIGNORAMENTO DI STANZIAMENTI DI BILANCIO DELLA P.A. – PIGNORAMENTO DI STANZIAMENTI PERENTI – CREDITI INESIGIBILI, FUTURI, CONDIZIONATI, EVENTUALI – AMMISSIBILITA'.

L'espropriazione presso terzi può riguardare anche crediti non ancora esigibili, futuri, condizionati o anche eventuali, inclusi gli stanziamenti del bilancio della pubblica amministrazione per il finanziamento di un'opera pubblica andati in perenzione amministrativa per decorso del termine di efficacia (nella specie, per mancanza di richiesta del creditore con titolo di spesa idoneamente rendicontato), in quanto la perenzione a fini amministrativi consiste nell'eliminazione dalla contabilità finanziaria dei residui passivi non smaltiti, ma non produce alcun effetto sul diritto di credito fino alla decorrenza dei termini per la prescrizione.

Non si rinvencono precedenti in tema di pignorabilità dei crediti costituiti da stanziamenti di bilancio della P.A. per il finanziamento di opere pubbliche.

Nel senso della generale assoggettabilità a pignoramento di crediti non esigibili, futuri, condizionati e finanche eventuali, si vedano *ex multis*: Cass. civ., sez. VI, n. 16266/2018; Cass. civ., sez. VI, n. 15607/2017 (pignorabilità di crediti accertati in sede giudiziale, con sentenza non definitiva); Cass. civ., sez. III, n. 13015/2016; Cass. civ., sez. lav., n. 19501/2009; Cass. civ., sez. III, n. 19967/2005 (pignorabilità delle quote di accantonamento del TFR); Cass. civ., sez. III, n. 5235/2004 (pignorabilità del credito indennitario sorto al momento del sinistro); Cass. civ., sez. I, n. 6206/1994 (pignorabilità del credito "certo", illiquido e ancora non esigibile).

ABSTRACT: in case of forced execution with third parties, the creditor can attach the appropriations of the public administration budget for the financing of public works, because these are credits eliminated from the budget for financial accounting purposes only, but are still existing within the framework of civil law.

IL COMMENTO**di Alessandra Migliorino***

Con la pronuncia in rassegna la Suprema Corte ha ribadito il proprio consolidato orientamento secondo cui sono pignorabili ed assegnabili crediti non ancora esigibili o futuri, ovvero condizionati e finanche eventuali (con il solo limite della riconducibilità ad un rapporto giuridico identificato e già esistente), confermandone la validità anche in relazione al pignoramento di crediti costituiti da stanziamenti del bilancio della P.A. per il finanziamento di opere pubbliche, oggetto di perenzione amministrativa.

In particolare, i Giudici di legittimità hanno distinto *quoad effectum* tra perenzione amministrativa e prescrizione estintiva del diritto di credito pignorato, chiarendo che solo quest'ultima incide sull'esistenza dell'obbligazione, mentre la perenzione – per espressa previsione di legge - produce effetti limitatamente al procedimento contabile. Ne deriva che l'eliminazione della voce perenta dalla contabilità statale in alcun modo pregiudica il creditore, non elidendo l'originario stanziamento né potendo incidere sul rapporto civilistico.

Nel caso di specie, l'impresa creditrice, dopo aver realizzato opere pubbliche in favore del Consorzio committente, notificava pignoramento mobiliare presso la P.A., a sua volta *debitor debitoris*, in forza di lodo arbitrale esecutivo. All'esito del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, il G.E. pronunciava ordinanza di assegnazione; nondimeno, avverso tale provvedimento proponeva opposizione il terzo pignorato, il quale deduceva l'insussistenza di crediti certi, liquidi ed esigibili, trattandosi di somme stanziare in bilancio ma successivamente andate in perenzione amministrativa. Il Tribunale rigettava i motivi di doglianza, e per tale ragione la P.A. introduceva ricorso per cassazione.

La decisione in esame si occupa di chiarire se, nell'ambito di un pignoramento presso terzi, possano essere assegnate somme che nella dichiarazione del terzo costituiscono "residui passivi in conto capitale" di finanziamenti pubblici, oggetto di perenzione amministrativa perché non richieste dal creditore con titolo di spesa idoneamente rendicontato.

La Corte, dopo aver rilevato che spetta al G.E. il potere-dovere di interpretare la dichiarazione di terzo al fine di individuare il corretto regime giuridico ed esaminare l'istanza di assegnazione, risponde positivamente al quesito, valorizzando la distinzione tra perenzione amministrativa e prescrizione estintiva del diritto di credito sia sul piano degli effetti, sia su quello della *ratio legis*.

*Magistrato ordinario in tirocinio

Con riguardo al primo profilo, come noto, il bilancio pubblico al termine di ciascun esercizio può prevedere spese impegnate, ancora non pagate, che costituiscono "residui passivi". Tali voci rappresentano debiti dello Stato (o dell'ente locale) nei confronti di terzi e comprendono anche i "residui di stanziamento", vale a dire spese previste ancora non impegnate.

Nel caso posto all'attenzione della Cassazione, a prescindere dalla corretta qualificazione dei "residui" oggetto della dichiarazione del terzo (astrattamente riconducibili a "residui di stanziamento" per somme non ancora impegnate ovvero a spese previste ed altresì impegnate), ciò che rileva è che le relative somme non erano state liquidate per assenza di idonea rendicontazione da parte del creditore.

In proposito, la legislazione nazionale e regionale di riferimento (R.D. n. 2440/1923, art. 36, e, per ciò che qui rileva, L.R. Sicilia n. 47/1977, artt. 12 e 12-bis) statuisce che i residui passivi possono essere mantenuti in bilancio per un periodo determinato, trascorso infruttuosamente il quale vengono eliminati dalla contabilità finanziaria, iscritti nel Conto del Patrimonio tra le passività e sottoposti a gestione separata. Sul piano degli effetti, la perenzione non determina quindi l'impossibilità per il creditore di essere soddisfatto, dal momento che questi, anche qualora sia avvenuta la cancellazione dal bilancio dell'importo dovutogli, conserva il diritto ad avanzare la richiesta di pagamento (cui seguirà, eventualmente, la reiscrizione in bilancio del suo credito).

E' evidente quindi che l'istituto, proprio della contabilità pubblica, opera solo all'interno del procedimento amministrativo, differenziandosi dalla prescrizione di diritto civile, che determina invece l'estinzione del diritto per mancato esercizio da parte del titolare ai sensi dell'art. 2946 c.c.

Con riferimento, poi, alla ragione giustificativa degli istituti, la differenza si apprezza considerando che mentre la perenzione ha lo scopo di semplificare la gestione di cassa, evitando che le amministrazioni pubbliche abbiano in bilancio stanziamenti lontani nel tempo dall'esercizio in cui è stata autorizzata la relativa spesa, la prescrizione risponde all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e produce l'estinzione del diritto soggettivo.

Ne deriva che solo la prescrizione può determinare l'impossibilità di assoggettare a pignoramento il credito estinto, non essendo la perenzione in grado di elidere l'originario stanziamento e, quindi, di pregiudicare la posizione del creditore.

In conclusione, nella motivazione esposta, i Giudici di legittimità hanno ampliato il novero dei diritti di credito oggetto di pignoramento presso terzi, includendo tra quelli non ancora esigibili, futuri, condizionati o eventuali, i diritti di credito

affidenti a stanziamenti del bilancio della pubblica amministrazione per il finanziamento di opere pubbliche andati in perenzione amministrativa, purché: 1) riconducibili ad un rapporto giuridico identificato e già esistente (in linea di continuità con la giurisprudenza consolidata); 2) non sia ancora infruttuosamente decorso il termine di prescrizione di detto diritto.

Cass. civ., Sez. III, 17.10.2019, n. 26285

Pres. Vivaldi; Rel. D'Arrigo.

Opposizione all'esecuzione pre-esecutiva ed opposizione esecutiva – rapporto di litispendenza tra i due giudizi – rapporto tra i poteri sospensivi del giudice dell'opposizione a precetto e del giudice dell'esecuzione – sospensione "esterna" e sospensione "interna".

Sussiste litispendenza tra opposizione a precetto e opposizione all'esecuzione c.d. successiva, laddove le due azioni siano fondate su fatti costitutivi identici, concernenti l'inesistenza del diritto di procedere all'esecuzione forzata e sempreché le cause pendano innanzi a Uffici diversi.

Nel caso invece in cui le due opposizioni, riassunta la seconda nel merito, risultino pendenti innanzi al medesimo Ufficio giudiziario, dovrà esserne disposta la riunione ai sensi dell'art. 273 c.p.c.

Tale situazione processuale si riflette sul rapporto tra i poteri in senso lato cautelari che competono al giudice dell'opposizione a precetto ed al G.E., nel senso che: a) l'inizio dell'esecuzione non determina la "consumazione" del potere del giudice dell'opposizione a precetto di pronunciarsi sulla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo e resta inteso che laddove nel frattempo l'esecuzione sia iniziata restano fermi gli effetti del pignoramento ma il G.E. dovrà prendere atto del provvedimento sospensivo, pronunciandosi ex art. 623 c.p.c.; b) il G.E., all'inverso, ove l'opposizione all'esecuzione verta sugli stessi motivi dell'opposizione a precetto, non può provvedere sull'istanza di sospensione, essendo "consumato" il suo potere.

Precedenti conformi: Cass. civ. Sez. 3, Sentenza n. 2275 del 10/08/1963, Rv. 263498; Cass. civ. Sez. 3, Sentenza n. 1157 del 22/04/1970, Rv. 346749; Cass. civ. Sez. 1, Sentenza n. 1034 del 07/04/1972, Rv. 357391; Cass. civ. Sez. 3, Sentenza n. 335 del 18/01/1988, Rv. 456903; Sentenza n. 1302 del 26/01/2004; Cass. civ. a Sezioni Unite Sentenza n. 19889 del 23/07/2019.

ABSTRACT: the Supreme Court, confirming a traditional orientation, with the judgment in comment, addresses two important issues: the relationship between the pre-executive opposition and the executive opposition, proposed for the same reasons; the relationship between the suspension powers of the respective judges.

IL COMMENTO

di Angela Fucci*

*Avvocato del Foro di Santa Maria Capua Vetere

La Corte di Cassazione, con la sentenza in epigrafe torna ad affrontare due rilevanti questioni di diritto processuale che vengono risolte enunciando principi di diritto nell'interesse della legge ex art.363 c.p.c.:

Tali questioni attengono: 1) al rapporto fra l'opposizione a precetto (ex art. 615, comma 1, c.p.c.) e l'opposizione all'esecuzione (ex art. 615, comma 2, c.p.c.); 2) al rapporto tra il potere sospensivo riconosciuto al giudice dell'opposizione pre-esecutiva e quello riconosciuto al giudice dell'opposizione post-esecutiva.

Per quanto attiene alla prima tematica, la Suprema Corte, con accurata motivazione, ha cercato di definire in termini di litispendenza il rapporto giuridico tra l'opposizione preventiva, proposta con atto di citazione, e l'opposizione all'esecuzione, proposta successivamente al pignoramento con ricorso al giudice dell'esecuzione.

Prima di esporre la soluzione fornita dalla III Sezione con la pronuncia in rassegna, appare opportuno riepilogare brevemente l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità sulla questione *de qua*.

La giurisprudenza, invero, non ha mai seguito un orientamento univoco sul punto. Talvolta, gli Ermellini, contestando la litispendenza tra i due giudizi citati, hanno qualificato il rapporto - tra gli stessi intercorrente - in termini di continenza, sulla considerazione che il *petitum* della causa di opposizione alla esecuzione successiva è più ampio di quello dell'opposizione alla esecuzione preventiva (v. ad esempio Cass. 4 marzo 1999, n. 1831; la Cass. 18 giugno 2001, n. 8222). Altro arresto giurisprudenziale, invece, pur aderendo alla tesi favorevole della configurabilità di una litispendenza tra le cause innanzi indicate, ha affermato che essa non potrebbe, però, produrre gli effetti previsti dall'art. 39 c.p.c. quando i giudizi pendano in gradi diversi, con conseguente applicazione dell'art. 295 c.p.c. (sospensione dell'opposizione successivamente introdotta, in attesa della definizione con sentenza della prima causa) [v. Cass. 16 giugno 2000, n. 8214].

Con la sentenza in rassegna, invece, la Corte di Cassazione - allineandosi all'orientamento maggioritario (che resta, quindi, fermo anche a seguito dell'assetto processuale significativamente mutato con gli interventi legislativi del 2005 e del 2016) - scandisce bene il principio secondo cui *"sussiste litispendenza, e non continenza, né connessione, tra l'opposizione a precetto e l'opposizione all'esecuzione successivamente proposta avverso il medesimo titolo esecutivo, quando le due azioni - pendenti innanzi a uffici giudiziari diversi - sono fondate su fatti costitutivi identici, concernenti l'inesistenza del diritto di procedere all'esecuzione forzata"*. *"Se le cause identiche o connesse pendono dinanzi al medesimo ufficio giudiziario, trovano applicazione – piuttosto – gli artt. 273 e 274 cod. proc. civ., che consentono e prescrivono la riunione; ovvero, quando ragioni di ordine processuale impediscano la riunione ed una causa sia pregiudiziale rispetto all'altra o sia già giunta a sentenza, gli istituti della sospensione, di cui agli artt. 295 e 337 cod. proc. civ."* (v. Cass. 4 febbraio 2016,

n. 2180, Foro it., 2016, I, 2876; 5 dicembre 2014, n. 25828, id., Rep. 2014, voce cit., n. 187; 23 settembre 2013, n. 21761, id., Rep. 2013, voce cit., n. 164 e Nuova giur. civ., 2014, 2, 156; v. anche Cass. 21 aprile 2010, n. 9510, Foro it., Rep. 2010, voce cit., n. 249; voce cit., n. 226 e 19 luglio 2004, n. 13348, id., Rep. 2004, voce cit., n. 225).

Vi è innanzitutto identità del *petitum*.

Va rilevato, a tal uopo, che i due rimedi oppositori, apparentemente diversi, presentano in realtà un "minimo comune denominatore": in entrambi i casi, infatti, la domanda principale è parimenti finalizzata all'accertamento dell'insussistenza, in tutto o in parte, del diritto del creditore a procedere *in executivis*.

Sulla base di tali presupposti motivazionali, si perviene all'affermazione dell'identità di *petitum* delle due azioni, con la sola differenza che l'azione esecutiva nel caso di opposizione a precetto è stata solo preannunciata; di converso, nel caso di opposizione all'esecuzione è stato concretamente posta in essere.

Quanto, invece, all'identità della *causa petendi*, la Corte ritiene che debba essere accertata di volta in volta, alla luce delle ragioni dedotte dall'opponente.

Per completezza, non si può non segnalare che i casi di opposizione pre-esecutiva pendenti dinanzi a Ufficio giudiziario diverso da quello presso cui si svolge l'esecuzione (e quindi ove è incardinata l'opposizione all'esecuzione) sono piuttosto circoscritti e possono essere così sintetizzati: 1) il creditore dichiara la propria residenza o elegge il domicilio in un circondario dove si trovano beni del debitore diversi da quelli che saranno poi effettivamente pignorati; 2) l'atto di precetto non contiene la dichiarazione di residenza, né l'elezione di domicilio ed è notificato al debitore in un luogo diverso da quello in cui sarà intrapresa l'azione esecutiva; 3) il creditore effettua una elezione di domicilio 'anomala' e il debitore, nel proporre opposizione, aderisce a tale indicazione e neppure il giudice, d'ufficio, rileva l'incompetenza territoriale. In tali ipotesi l'opposizione pre-esecutiva dovrà instaurarsi dinanzi ad un giudice diverso da quello territorialmente competente per l'opposizione all'esecuzione e il giudice dell'esecuzione, nella misura in cui le ragioni delle opposizioni siano identiche, dovrà dichiarare la litispendenza tra le due cause. Da ultimo, altra ipotesi, si verifica quando l'opposizione a precetto appartiene alla competenza per valore del giudice di pace.

Qualora invece le due cause pendano innanzi allo stesso ufficio, ne andrà disposta la riunione, con l'importante precisazione che tale provvedimento riguarda da un lato il giudizio di opposizione a precetto dall'altro lato la fase di merito del giudizio di opposizione all'esecuzione c.d. successiva.

Peraltro, la S.C. evidenzia che "tanto che vi sia litispendenza, tanto che vi sia la riunione, l'introduzione del giudizio di opposizione all'esecuzione nel merito per le medesime ragioni poste a fondamento dell'opposizione a precetto si risolve in un'attività processuale del tutto improduttiva di effetti pratici".

Più precisamente, nel primo caso, l'opposizione all'esecuzione dovrà essere definita in rito, mediante la declaratoria di litispendenza e la cancellazione dal ruolo; nell'altro caso, il giudice dovrà trattare solo la prima delle due opposizioni (quella a precetto), a meno che questa non risulti improcedibile e venga, quindi, meno l'ostacolo alla trattazione della seconda.

Superato il primo "scoglio" interpretativo, la pronuncia in esame è importante, altresì, perché induce a riflettere sul problema di come si ripartisce - tra il giudice dell'opposizione al precetto e quello dell'opposizione all'esecuzione - il potere di adottare provvedimenti interinali di carattere sospensivo.

Con riferimento alla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, disposta ai sensi dell'art. 615, primo comma, c.p.c., viene privato di efficacia esecutiva il titolo indicato nell'atto di precetto, inibendo ogni ulteriore iniziativa in via esecutiva; con la sospensione interna disposta dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 624 c.p.c., non si incide sull'efficacia esecutiva del titolo, ma sul singolo processo espropriativo nel cui ambito essa è pronunciata.

Sul punto, in aggiunta ai principi già enunciati, la Suprema Corte ha, dunque, elaborato altri sei corollari di diritto, sinteticamente di seguito riportati: 1) il giudice dell'opposizione a precetto cui sia stato chiesto di disporre la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo ai sensi dell'art. 615, primo comma, c.p.c. non perde il potere di provvedere sull'istanza per effetto dell'attuazione del pignoramento o, comunque, dell'avvio dell'azione esecutiva, sicché l'ordinanza sospensiva da questi successivamente pronunciata determinerà *ab externo* la sospensione ex artt. 623 e 626 cod. c.p.c. di tutte le procedure esecutive nel frattempo instaurate; 2) il pignoramento eseguito dopo che il giudice dell'opposizione a precetto ha disposto la sospensione dell'esecutività del titolo è radicalmente nullo e tale invalidità deve essere rilevata, anche d'ufficio, dal giudice dell'esecuzione; al contrario quando il pignoramento è stato eseguito prima che il giudice dell'opposizione a precetto sospendesse l'efficacia esecutiva del titolo tale atto resta fermo, ma il processo esecutivo, come detto prima, non può avere ulteriore corso; 3) qualora siano contemporaneamente pendenti l'opposizione a precetto e l'opposizione all'esecuzione già iniziata, sulla base di quello stesso precetto, i due giudici hanno una competenza mutuamente esclusiva quanto all'adozione dei provvedimenti sospensivi di rispettiva competenza, nel senso che, sebbene l'opponente possa in astratto rivolgersi all'uno o all'altro giudice, una volta presentata l'istanza innanzi a quello con il potere "maggiore" (il giudice dell'opposizione a precetto), egli consuma interamente il suo potere processuale e, pertanto, non potrà più adire al medesimo fine il giudice dell'esecuzione, neppure se l'altro non sia ancora pronunciato; 4) qualora sussista litispendenza fra la causa di opposizione a precetto e la causa di opposizione all'esecuzione già iniziata, il giudice dell'esecuzione, all'esito della fase sommaria, non deve assegnare alle parti, ai sensi dell'art. 616 c.p.c., un termine per introdurre il giudizio nel merito, giacché un simile giudizio sarebbe immediatamente cancellato dal ruolo ai sensi dell'art.

39, primo comma c.p.c.; il giudizio che le parti hanno l'onere di proseguire si identifica, infatti, con la causa iscritta a ruolo per prima, ossia l'opposizione a precetto; 5) qualora, pendendo una causa di opposizione a precetto, il giudice dell'esecuzione - o il collegio adito in sede di reclamo ex artt. 624, secondo comma, e 669-terdecies c.p.c.- sospenda l'esecuzione per i medesimi motivi prospettati nell'opposizione pre-esecutiva, le parti non sono tenute ad introdurre il giudizio di merito nel termine di cui all'art. 616 c.p.c. che sia stato loro eventualmente assegnato, senza che tale omissione determini il prodursi degli effetti estintivi del processo esecutivo; 6) infatti, l'unico giudizio che le parti sono tenute a coltivare è quello, già introdotto, di opposizione a precetto, rispetto al quale una nuova causa si porrebbe in relazione di litispendenza; 7) qualora il giudice dell'esecuzione, ravvisando identità di *petitum* e la *causa petendi* fra l'opposizione c.p.c.. per l'introduzione nel merito della seconda causa, la parte interessata a sostenere che le domande svolte nelle due opposizioni non siano del tutto coincidenti, dovrà introdurre egualmente il giudizio di merito, nel termine di cui art. 289 c.p.c., chiedendo che in quella sede sia accertata l'insussistenza della litispendenza o, comunque, un rapporto di mera continenza.

Cass. civ., Sez. III, 13.11.2019, n. 29325

Pres. Vivaldi; est. D'Arrigo

OPPOSIZIONE DI TERZO ALL'ESECUZIONE – OPPONIBILITA' DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DELL'USUCAPIONE TRASCRIPTA SUCCESSIVAMENTE ALLA ISCRIZIONE IPOTECARIA – LIMITI – RAGIONI.

Il creditore garantito da ipoteca iscritta nei registri immobiliari anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale di usucapione del medesimo immobile è litisconsorte necessario nel giudizio di usucapione, con la conseguenza che la sentenza pronunciata all'esito di un giudizio al quale non sia stato posto nelle condizioni di partecipare è a lui inopponibile e potrà, semmai, essere prudentemente apprezzata quale mero elemento di prova dal giudice dell'opposizione di terzo ex art. 619 cod. proc. civ. promossa dall'usucapiente avverso l'espropriazione immobiliare del bene usucapito.

Precedenti conformi: non si rinvencono

Precedenti difformi: Cass. Civ. Sez. III 28/09/2012 n°15698

ABSTRACT: the mortgage lender is a necessary procedural part in an usucapion judgment, so the coming sentence in the judicial process celebrated without his participation could not be used against him.

IL COMMENTO

di Fabio Iappelli*

In tema di opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. promossa dall'usucapiente avverso l'espropriazione immobiliare del bene usucapito, la Suprema Corte ha affrontato la questione dell'efficacia della sentenza di accertamento dell'usucapione rispetto ai creditori ipotecari che non abbiano potuto partecipare al relativo giudizio.

Nel caso di specie, a fronte di una sentenza che riconosceva i presupposti dell'usucapione ventennale, i creditori ipotecari del bene usucapito, sul presupposto dell'antioriorità dell'iscrizione ipotecaria rispetto alla trascrizione

*Dirigente amministrativo del Tribunale di Napoli Nord.

della domanda giudiziale, reclamavano l'inefficacia della sentenza nei loro confronti. Il giudice di prime cure, in virtù dell'omessa integrazione del contraddittorio nei confronti dei creditori ipotecari qualificati come litisconsorti necessari, accoglieva la domanda e la relativa sentenza veniva confermata in Corte d'Appello. Avverso la pronuncia della Corte di Appello di Firenze ricorrevano per cassazione i coniugi in favore dei quali era stata dichiarata l'intervenuta usucapione e la loro impugnazione veniva decisa con la sentenza oggetto del presente commento.

Nella decisione della Corte, pare opportuno rilevare preliminarmente la scissione tra il rigetto del relativo ricorso fondato su valutazioni di tipo strettamente processuale (vedasi la formazione del giudicato interno rispetto alla pronuncia di primo grado in relazione alla qualificazione dei creditori ipotecari quali litisconsorti necessari del giudizio di usucapione) e la consapevolezza, non di meno, della rilevanza della questione sostanziale sfociata nella scelta, ai sensi dell'art. 363 comma 3 c.p.c., di pronunciarsi d'ufficio nell'interesse della legge in una prospettiva nomofilattica.

Nell'esame di tale problematica, gli Ermellini ricostruiscono preliminarmente l'istituto dell'usucapione, ricollegando la natura originaria del relativo acquisto del diritto di proprietà all'efficacia retroattiva della stessa, efficacia che determina l'estinzione delle iscrizioni pregiudizievoli nei confronti del proprietario formale e giungono alla conclusione di ritenere i creditori ipotecari litisconsorti necessari del giudizio di usucapione.

Il rapporto tra l'efficacia liberatoria dell'acquisto per usucapione ed i principi generali in tema di pubblicità immobiliare viene risolto ritendendo che l'estinzione della garanzia non si esaurisce nell'ambito dei rapporti tra proprietario usucapito e creditore garantito e che, pertanto, la latitudine delle conseguenze derivanti dall'intervenuta usucapione, *sub specie* di estinzione diretta e contestuale di ogni diritto reale formalmente insistente sul bene, "impone" di qualificare i titolari di tali diritti che abbiano proceduto ad iscrizioni nei registri immobiliari anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale di usucapione quali litisconsorti necessari.

La Corte affronta poi il tema delle ricadute dell'omissione della partecipazione al giudizio originario dei creditori ipotecari litisconsorti necessari e, dopo aver escluso l'utilizzabilità del rimedio impugnatorio rappresentato dall'art. 404 comma 1 c.p.c. per ragioni che spaziano dalla ragionevole durata del processo

alla necessità di evitare la formazione di giudicati contrastanti, esclude qualsiasi efficacia diretta della pronuncia di usucapione nei loro confronti, ad eccezione della possibilità di un prudente apprezzamento, quale mero elemento di prova, da parte del giudice dell'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. promossa dall'usucapiente avverso l'espropriazione immobiliare del bene usucapito.

La pronuncia in commento, pur apprezzabile per la linearità delle argomentazioni e per i propositi nomofilattici, non si sottrae ad alcune osservazioni concernenti non tanto il ridimensionamento dell'efficacia dell'usucapione quanto soprattutto la pretesa finalità nomofilattica.

Se sul primo punto, infatti, le conclusioni della Corte, quand'anche non ritenute condivisibili, appaiono comunque coerenti sotto il profilo giuridico, sul secondo è legittimo nutrire qualche perplessità in più.

Ed invero, la Suprema Corte con la sentenza in oggetto, si pone in netta discontinuità con gli orientamenti precedenti (tra cui Cass. civ. Sez. III n. 15698/2012) ed è proprio il confronto tra gli impianti motivazionali delle due sentenze ad alimentare qualche dubbio circa la reale efficacia nomofilattica della pronuncia più recente.

A fronte, infatti, della medesima problematica giuridica ossia quella dell'efficacia della sentenza di usucapione nei confronti dei creditori ipotecari, la sentenza del 2012 individua il punto di contemperamento tra il titolo originario dell'acquisto e le regole in tema di pubblicità immobiliare non sul piano sostanziale limitando l'efficacia estintiva dell'usucapione, bensì su quello processuale riconoscendo la legittimazione del creditore ipotecario che sia rimasto estraneo al giudizio di usucapione all'opposizione di terzo ex art. 404 comma 2 c.p.c. , ed in qualche misura, onerandolo al relativo esercizio.

La Suprema Corte, sulla base di una interpretazione sistematica delle diverse norme in tema di ipoteca a partire dall'articolo 2880 c.c., ha ritenuto che l'effetto estintivo dell'acquisto a titolo originario non potesse essere automaticamente mitigato dall'esclusione dell'efficacia diretta della pronuncia nei confronti dei creditori ipotecari, fatta salva la possibilità costoro di agire ex art. 404 comma 2 c.p.c.

Proprio in riferimento a tale possibilità, la Corte sottolinea, peraltro, come una interpretazione ampia della predetta norma consenta di escludere qualsivoglia

vulnus del diritto di difesa del terzo creditore sia sotto il profilo del termine per impugnare, non vincolato alla conoscenza della sentenza, sia sotto il profilo dell'onere probatorio per effetto della facoltà di addurre, a sostegno dell'impugnazione, la condotta dolosamente omissiva da parte del dante causa nel giudizio originario sfavorevole e nella sua mancata impugnazione.

Rispetto ad un iter motivazionale così strutturato, l'intenzione nomofilattica della sentenza n. 29325 del 2019 sarebbe dovuta tradursi in una puntuale rilettura critica della sentenza del 2012, laddove, invece, il mero principio di diritto fissato dalla pronuncia più recente, pur valorizzando le esigenze sostanzialistiche di tutela dei traffici giuridici, non sembra in grado di porre la parola fine alla problematica dell'efficacia della pronuncia di accertamento dell'usucapione nei confronti del creditorio ipotecario rimasto estraneo al relativo giudizio.

Cass. civ., Sez. I, sentenza 24 febbraio 2020, n. 4795**Pres. Federico - Est. Fidanzia****La cessazione del mandato difensionale in seguito al fallimento del mandante****FALLIMENTO – SCIOGLIMENTO CONTRATTO DI MANDATO - PROCURA ALLE LITI – INTERRUZIONE GIUDIZIO - INSINUAZIONE AL PASSIVO - TEMPESTIVITA' - NON IMPUTABILITA' DEL RITARDO**

«In caso di fallimento del mandante, il mandato difensionale prestato nelle controversie non aventi natura personale per il fallito non entra nè in una fase di sospensione, in attesa che il curatore eserciti la facoltà di cui alla L. Fall., art. 72, nè è caratterizzato dall'ultrattività, bensì si scioglie immediatamente.

A seguito della dichiarazione di fallimento intervenuta nel giudizio di legittimità, il legale cui era stato precedentemente conferito mandato ad litem, proprio perché (nelle controversie non aventi natura personale del fallito) è definitivamente venuto meno il rapporto professionale che lo legava alla parte assistita, non ha più alcun titolo per proseguire la propria attività difensiva.

Non è tardiva l'insinuazione al passivo dell'avvocato che continui il patrocinio nel giudizio di legittimità a seguito della dichiarazione di fallimento del mandante nella erronea convinzione - in una materia che non era stata ancora esplorata - che il suo mandato difensivo fosse cessato solo in coincidenza della conclusione del giudizio.».

Precedenti conformi:

Non si rinvergono precedenti

IL COMMENTO**di Giulio AMODIO***

La fattispecie concreta che ha interessato la pronuncia in commento ha ad oggetto l'istanza di un legale per ottenere l'insinuazione allo stato passivo del proprio compenso professionale per l'attività di difesa giudiziale prestata in un

* Avvocato e curatore fallimentare iscritto al Foro di Torre Annunziata e specializzato in professioni legali.

giudizio di legittimità in cui era originariamente parte la società "*in bonis*", con il fallimento intervenuto quando era già pendente il giudizio innanzi alla Corte di Cassazione.

Il Tribunale rigettava l'opposizione ex art. 98 L. Fall. proposta dal legale avverso il decreto con cui il G.D. aveva dichiarato inammissibile per tardività l'istanza.

A sostegno di tale decisione il Tribunale assumeva che il credito del difensore era maturato al momento della cessazione dell'incarico, coincidente con la dichiarazione di fallimento, onde la tardività dell'insinuazione presentata solo all'esito del giudizio pendente.

Più in particolare, il Tribunale sosteneva che, nel testo riformato dell'art. 78 L. Fall., il mandato difensivo non si sciogliesse più automaticamente per effetto del fallimento del mandante; piuttosto, al mandato difensivo andrebbe applicata la disciplina generale dei contratti pendenti di cui all'art. 72 L. Fall. e, dunque, lo stesso sarebbe sospeso in attesa che il curatore eserciti la facoltà concessagli dal comma 3 di optare per la prosecuzione o lo scioglimento.

Secondo il Giudice di merito, nel caso di specie, il curatore - dopo essere stato informato dal legale del deposito del ricorso per cassazione e della fissazione dell'udienza - era rimasto inerte, con ciò dimostrando di non voler subentrare nel rapporto in luogo del fallito ed estinguendo il rapporto ex art. 1722 c.c.; con ciò anticipando il momento in cui era maturato il credito del professionista.

Avverso la predetta pronuncia, il professionista proponeva impugnazione innanzi alla Suprema Corte di Cassazione.

Il quesito giuridico sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione si sostanzia nella individuazione della disciplina applicabile al mandato difensivo in caso di fallimento del mandante intervenuto in pendenza del giudizio di legittimità, al fine di verificare quando l'attività professionale possa intendersi terminata, facendo così maturare il credito di cui il legale chiede l'ammissione al passivo fallimentare.

Nella prospettazione fornita dal ricorrente, la decisione sarebbe viziata nella parte in cui aveva applicato al mandato professionale la disciplina di cui all'art. 72 L. Fall., omettendo di considerare che il professionista aveva continuato a svolgere la sua attività sino al momento della conclusione del procedimento di legittimità in forza del principio di ultrattività del mandato; e ciò anche in ragione del fatto che nel giudizio di cassazione non potrebbe dichiararsi il difetto di capacità processuale della parte dichiarata fallita, a meno che tale difetto non sia eccepito dal curatore (circostanza non verificatasi nel caso di specie).

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte ha ritenuto in parte fondato il ricorso, chiarendo, tuttavia, come al mandato difensivo non si applichi né la disciplina di cui all'art. 72 L. Fall. (come sostenuto dal Giudice di prime cure), né il principio di ultrattività (come sostenuto dal ricorrente), o la disciplina generale sul mandato di cui all'art. 78 L. Fall., date le peculiarità del mandato in questione; la Corte ha riconosciuto, difatti, che per effetto della dichiarazione di fallimento del mandante il mandato difensivo si scioglie immediatamente.

Tale principio si evince dall'art. 43 L. Fall., secondo cui l'apertura del fallimento comporta, da un lato, la perdita della legittimazione passiva del fallito in tutte le controversie non aventi natura personale (comma 1) e, dall'altra, la automatica interruzione dei processi di merito in corso (comma 3).

Nello stesso senso, inoltre, depone la disciplina del mandato al procuratore legale del fallimento prevista dagli artt. 25 e 31 L. Fall.. Tali norme, difatti, individuano una fattispecie complessa di procura alle liti che si perfeziona con il concorso di tre distinti atti: la autorizzazione a stare in giudizio (demandato, a seguito della riforma del diritto fallimentare del 2006, alla competenza del giudice delegato), la nomina e il rilascio della procura al difensore (entrambi di competenza del curatore).

In siffatto contesto normativo, non può essere condivisa la tesi secondo cui un certo comportamento omissivo del curatore (comunque non dotato di capacità processuale autonoma) sarebbe idoneo a conferire - o comunque confermare - l'incarico al legale che aveva assunto la difesa della società prima della dichiarazione di fallimento.

Né in senso contrario può essere invocata la ultrattività del mandato, consistente nella possibilità del difensore di continuare a compiere gli atti processuali in nome e per conto del cliente, atteso che l'interruzione del giudizio (quantomeno per quello di merito) è automatica e sottratta al regime dettato dall'art. 300 c.p.c..

Del pari irrilevante risulta il richiamo all'art. 43 L. Fall. nella parte in cui (come modificato per effetto dell'art. 41 d.lgs. n. 5/2006) stabilisce che l'apertura del fallimento non comporta l'interruzione del giudizio di legittimità. Tale norma, difatti, non si fonda sulla ultrattività del mandato difensivo (come sostenuto dal ricorrente) ma sulla circostanza che il giudizio di cassazione, una volta instauratosi con la notificazione e con il deposito del ricorso, è dominato dall'impulso d'ufficio, restando a carico dell'interessato l'onere di attivarsi qualora in corso di giudizio si rendano necessari atti od iniziative per ovviare alle conseguenze derivanti da eventi che essa avrebbe potuto e dovuto conoscere. Seguendo tale percorso argomentativo, la Corte di Cassazione riconosce che il mandato difensivo deve intendersi automaticamente sciolto in conseguenza della dichiarazione di fallimento intervenuta nel corso del giudizio di legittimità; in tale momento, difatti, viene definitivamente meno il rapporto professionale che legava la parte assistita al proprio legale, non avendo quest'ultimo alcun titolo per proseguire l'attività difensiva né per chiedere il compenso per l'ulteriore attività eventualmente prestata.

Da tanto ne discende che l'attività professionale deve intendersi conclusa con l'apertura del fallimento, onde, in astratto, la tardività della domanda di insinuazione al passivo presentata dal professionista solo nel momento della definizione del giudizio di legittimità.

Nonostante l'affermazione di tale principio, tuttavia, nel caso di specie la Suprema Corte ha riconosciuto che non constano precedenti specifici sulla

questione oggetto della sentenza in commento, con la conseguenza che il ricorrente aveva confidato nella non interruzione del proprio mandato difensivo ed aveva presentato la istanza di insinuazione al passivo solo all'esito del giudizio di legittimità, con ciò incorrendo in un ritardo a lui non imputabile. Per tale motivo, la Suprema Corte, nel cassare la sentenza, ha rinviato la decisione al Tribunale affinché, in diversa composizione, effettui una nuova valutazione in ordine alla tempestività della istanza, ritenendo che il compenso del professionista fosse dovuto quantomeno per l'attività difensiva svolta prima della dichiarazione di fallimento.

Cassazione civile , 28 febbraio 2020, n.5618, sez. I**Pres. Dott.ssa DI VIRGILIO Rosa Maria – Est. Dott. DOLMETTA Aldo Angelo****Fallimento ante 2006 ed assegnazione delle somme dei creditori "irreperibili".****FALLIMENTO – RIPARTIZIONE DELL'ATTIVO – CONDIZIONI – CREDITORI IRREPERIBILI**

«Nel regime poi sostituito dalla riforma del 2006, perciò, le somme rimaste non riscosse non fanno più parte della massa attiva del fallimento, nè sono più nella disponibilità degli organi della procedura. Perché non sono più, prima di ogni altra cosa, di proprietà del debitore ex-fallito (così la disposizione di base dettata dall'art. 2010 c.c., comma 2: "eseguito il deposito... il debitore non può più ritirarlo ed è liberato dalla sua obbligazione")».

Precedenti conformi:

IL COMMENTOdi **Giuliana Santa Trotta***

Aperto nel 1983, il fallimento della Alfa srl veniva chiuso nell'ottobre del 2005 con un riparto finale che ha visto i creditori chirografari soddisfatti nella misura del 21,10% delle somme ammesse al passivo. Tra questi creditori rientrava la Beta soc. coop. a r.l quale cessionaria di una parte di un credito ammesso allo stato passivo.

Nel 2014 Beta chiedeva al giudice delegato di *disporre «accertata la perdurante giacenza delle somme accantonate a favore dei creditori risultati irreperibili»*- lo svincolo delle stesse a proprio favore, "fino alla concorrenza del credito rimasto insoddisfatto nel riparto finale".

Il giudice delegato respingeva l'istanza, *«sul presupposto dell'impossibilità di riassegnare al fallito somme della liquidazione fallimentare destinate ai creditori»*.

Beta proponeva pertanto reclamo proposto al Collegio che veniva respinto dando atto che la "domanda è stata presentata da un creditore, e non già dal fallito",

* Giudice delegato ai fallimenti presso il Tribunale di Lagonero.

per cui "nel caso di specie è applicabile la L. Fall., art. 117, nella formulazione antecedente alla modifica del 2006" che "nulla dispone circa la destinazione delle somme giacenti su libretti e conti correnti intestati a creditori irreperibili". Il Tribunale in particolare osserva come la disciplina dettata dalla L. n. 181 del 2008, art. 2, comma 2, intitolata Fondo unico di giustizia, *«ha comportato il venir meno del diritto dei creditori irreperibili alla corresponsione delle somme loro destinate e la conseguente automatica apprensione delle stesse al bilancio dello Stato, configurandosi un regime decadenziale dal diritto degli stessi (creditori irreperibili) a ottenere il pagamento del tutto speciale rispetto all'ordinario termine decennale di prescrizione del diritto»* e che ciò di conseguenza comporta l'*"automatica apprensione" delle somme rimaste "al Fondo Unico Giustizia"*.»

Avverso suddetto decreto Beta proponeva ricorso per Cassazione deducendo: da un lato, che la formulazione dell'art. 117 al comma 3 nella formulazione ante riforma 2006, non è ritenuta incompatibile con l'assegnazione ad altri creditori delle somme originariamente spettanti agli irreperibili, atteso che la stessa semplicemente 'nulla dispone' in merito a simile possibilità; dall'altro che la l. n. 181/2008 avrebbe potuto trovare applicazione solo per le nuove procedure fallimentari, quelle appunto post 2006, nel caso in cui nessun creditore avesse richiesto le somme degli 'irreperibili' come dispone oggi il comma 4 dell'art. 117 l. fall. ('le somme non riscosse dagli aventi diritto ..., se non richieste da altri creditori, rimasti insoddisfatti, sono versati ... all'entrata del bilancio dello Stato ...»); infine che la facoltà di assegnazione ai creditori insoddisfatti, o non interamente soddisfatti, delle somme degli irreperibili sarebbe attuazione del principio generale di responsabilità patrimoniale del debitore previsto dall'art. 2740 c.c..

La Suprema Corte respinge le doglianze del ricorrente e conferma il provvedimento impugnato.

In primo luogo la Cassazione rileva l'erroneità dell'affermazione di parte ricorrente per cui l'art. 117, comma 3, l. fall. vecchio testo "nulla dispone" sulle somme non riscosse dagli irreperibili. Al contrario, infatti, specifica chiaramente che le somme a loro dovute vengono depositate presso un istituto di credito e il certificato relativo vale quietanza. In tal senso, il deposito presso l'istituto di credito equivale ad una distribuzione delle somme al creditore quand'anche questi non si presenti o sia irreperibile, ciò è confermato dalla quietanza che attesta il "pagamento" posto in essere dalla procedura fallimentare a mezzo di deposito liberatorio.

Gli effetti del deposito, e del rilascio della relativa quietanza, in sostanza, sono assimilabili all'istituto previsto dall'art. 1210 c.c. in base al quale il debitore eseguito il deposito accettato dal creditore o dichiarato valido con sentenza passata in giudicato è liberato dalla propria obbligazione.

Le somme non riscosse pertanto non rientrano più nella "massa attiva" del fallimento, né sono nella disponibilità degli organi della procedura o di proprietà del debitore.

Da ciò discende che nella vecchia impostazione normativa non fosse possibile attribuire ad altri creditori delle somme non riscosse da parte degli "irreperibili" proprio perché non più intestate alla procedura.

Tale possibilità sarebbe stata introdotta solo nel 2006 con il "nuovo" art. 117 l. fall. Nella parte in cui stabilisce che le somme rimaste depositate e non riscosse divengono, trascorso un dato periodo di tempo, disponibili per un'ulteriore distribuzione a vantaggio dei creditori ancora interessati, laddove il vecchio testo provvede alle stesse secondo una prospettiva diversa atteso che, come precisato, il deposito e la quietanza significano distribuzione delle somme.

Se il regime attuale, infatti, centra la sua ottica sulla concorsualità tra i creditori del fallito, quello originario si concentrava invece sul rapporto sussistente tra fallito e singolo creditore per cui un problema di (eventuale) rapporto tra diritto del creditore insoddisfatto e somme destinate ad altro creditore del comune debitore - come mediato, cioè, dalla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c., di quest'ultimo - non aveva proprio alcuno spazio per risultare proponibile. Il creditore in conclusione non poteva aspirare all'assegnazione degli importi depositati per i creditori irreperibili e non riscossi trattandosi di procedura fallimentare risalente al 1983 c.c. e per cui si applica l'art. 117 l. fall. nella versione ante 2006.

Cass. Civ., Sez. I, 20 febbraio 2020 n. 4343

**CONCORDATO PREVENTIVO – PROCEDIMENTO PREFALLIMENTARE –
273 C.P.C. – PENDENZA INNANZI ALLO STESSO UFFICIO – PENDENZA
INNANZI AD UFFICI GIUDIZIARI DIVERSI**

«La domanda di concordato preventivo ed il procedimento prefallimentare debbono essere coordinati in modo da garantire che la soluzione negoziale della crisi, ove percorribile, sia preferita al fallimento. Pertanto, ove siano contemporaneamente pendenti dinanzi ad uno stesso ufficio giudiziario, gli stessi possono essere riuniti ex art. 273 c.p.c., anche di ufficio, consentendo una siffatta riunione di raggiungere l'obiettivo della gestione coordinata.

Ove la domanda di concordato preventivo ed il procedimento prefallimentare siano pendenti davanti ad uffici giudiziari diversi, ferma la regola della continenza ex art. 39, comma 2 c.p.c., è onere del debitore che conosce della pendenza dell'istruttoria prefallimentare, anteriormente introdotta, proporre la domanda di concordato preventivo dinanzi al Tribunale investito dell'istanza di fallimento, anche quando lo ritenga incompetente, affinché i due procedimenti confluiscono dinanzi al medesimo tribunale e senza che una siffatta condotta determini acquiescenza ad una eventuale violazione dell'art. 9 l.fall.

Allorquando l'istanza di fallimento sia stata depositata dinanzi ad un ufficio giudiziario diverso da quello innanzi al quale sia già pendente una domanda di concordato preventivo, l'obiettivo della gestione coordinata dei due procedimenti può essere conseguito sollecitando il tribunale successivamente adito all'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 39 c.p.c. comma 2 che in ogni caso, in ossequio ai principi generali debbono essere adottati anche d'ufficio.

Ove la domanda di concordato preventivo ed il procedimento prefallimentare siano pendenti dinanzi ad uffici giudiziari diversi, è onere del debitore impugnare, nei limiti in cui ciò sia consentito, tutti i provvedimenti adottati, anche in rito, che possano ostacolare il preliminare esame della domanda di concordato da lui proposta, atteso che l'eventuale accoglimento del reclamo ex art. 18 L.F. contro la sentenza di fallimento, di cui si pretenda l'illegittimità a causa del mancato preventivo esame della domanda concordataria, presuppone che quest'ultima sia ancora sub iudice».

Abstract: The present work examines, from a substantial law point of view, the possibility of coordinating the request for a prior arrangement with the pre-bankruptcy procedure must be coordinated in order to ensure that the negotiated solution to the crisis, where feasible, is preferred to bankruptcy. Consequently, if they are simultaneously pending procedures before the same judge, they may be reunited ex art. 273 c.p.c., including ex officio, in order to achieve the coordinated management of the issue.

Precedenti conformi:

IL COMMENTO

di **Claudia AGOVINO***

SOMMARIO: **1.** I fatti di causa. **2.** Le questioni giuridiche e le soluzioni della giurisprudenza precedente. **3.** La decisione della Corte. **4.** Il principio di prevenzione alle soglie della riforma del diritto fallimentare.

1. I fatti di causa

Nel novembre del 2008 il Tribunale di Teramo dichiarava il fallimento di una s.r.l. su istanza di ENI s.p.a. La sentenza veniva impugnata dinanzi alla Corte d'Appello di L'Aquila la quale, nell'ottobre del 2012, decretava l'estinzione del reclamo proposto dalla società appellante per mancata riassunzione nei termini di legge ad opera del curatore.

La decisione in oggetto veniva poi cassata dalla Suprema Corte che, con sentenza n. 2491 del 2017, riteneva sufficiente il deposito della comparsa di costituzione del fallimento ad impedire l'estinzione predetta di tal guisa accogliendo il ricorso della ricorrente s.r.l. e rinviando alla Corte d' Appello aquilana per il nuovo esame.

Una volta riassunto il processo innanzi al menzionato giudice di rinvio, questi respingeva nuovamente il reclamo della società interessata, confermando *in primis* la competenza territoriale del Tribunale di Teramo a pronunciarne il fallimento ed escludendo poi, categoricamente, l'asserita illegittimità della corrispondente dichiarazione di fallimento in pendenza di concordato preventivo;

* Avvocato del Foro di Napoli, cultrice della materia in diritto privato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

infine ribadendo la "pacifica" esistenza dei requisiti, soggettivi ed oggettivi, di cui alla L. Fall., artt. 1 e 5.

Avverso questa pronuncia veniva ricorso per Cassazione dalla predetta s.r.l., articolato in due motivi: l'asserita incompetenza territoriale del Tribunale che aveva dichiarato il fallimento in violazione all'art. 9 della L. Fall., nonché la violazione delle norme in tema di "coordinamento" fra il concordato preventivo ed il fallimento per il mancato previo esame della domanda di concordato, nel contempo depositata innanzi al Tribunale di Roma (dichiaratosi tuttavia incompetente con provvedimento non impugnato).

2. Le questioni giuridiche e le soluzioni della giurisprudenza precedente

Quest'ultimo motivo di gravame introduce la delicata questione involgente il rapporto tra il procedimento per la dichiarazione di fallimento e quello per l'ammissione alla procedura concordataria di soluzione della crisi; una volta chiarita siffatta relazione, diviene possibile stabilire quando si possa parlare di "pregiudizialità" della procedura concordataria e quando (come nel caso di specie) deve invece ritenersi decaduta tale possibilità e, per l'effetto, riscontrare il quesito sottoposto alla Suprema Corte.

Fino al 2005, sul tema, la normativa di diritto fallimentare¹ prevedeva espressamente che il debitore potesse presentare la domanda di concordato sino a che non fosse stato dichiarato il fallimento. Da tale regola si faceva discendere l'esistenza di un nesso di pregiudizialità tra l'esame della domanda di concordato e quello del ricorso per fallimento, nel senso che quest'ultimo non avrebbe potuto esser preso in esame fintanto che non fosse stata adottata una decisione sulla domanda di concordato²; la prevalenza del concordato preventivo sul procedimento prefallimentare veniva compendiata nel c.d. principio di prevenzione.

A seguito della riforma della legge fallimentare³ è tuttavia mutata tale impostazione legislativa, tanto che, secondo una pronuncia delle Sezioni Unite⁴ da siffatto mutamento discenderebbe «*necessariamente l'avvenuto*

¹ V. art. 160, co. 1, Legge Fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267).

² in tal senso cfr. M. FABIANI, *Un chiarimento sui rapporti fra procedimento per la dichiarazione di fallimento e per l'ammissione al concordato*, in *Fall.*, 2014, 648 ss..

³ D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80).

⁴ Cass. Civ., Sez. Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521 in *Foro it.*, 2013, parte I, col. 1534 con nota di G. COSTANTINO, *Sui rapporti tra dichiarazione di fallimento e concordato con riserva*.

*superamento di quel principio (di prevenzione) che sul precedente dettato normativo trovava fondamento»*e, in ogni caso, *«il principio in questione (non potrebbe) essere altrimenti desunto in via interpretativa, in ragione dei generali principi vigenti in materia»*.

In dottrina⁵ si è, inoltre, rilevato che – rispetto al previgente contesto normativo – l'abrogazione del fallimento d'ufficio e la previsione dello stato di crisi (non più l'insolvenza) quale presupposto oggettivo del concordato preventivo, renderebbero poco plausibile la coincidenza dei presupposti tra quest'ultima procedura e quella fallimentare, tanto da rendere meno agevole sostenere che l'una precluda l'avvio (o la prosecuzione) dell'altra.

Dal punto di vista sostanziale diviene, allora, necessario interrogarsi su un punto: attesa l'impossibilità di ordine logico prima ancora che giuridico di far proseguire, parallelamente, due procedure aventi finalità opposte (l'una, quella fallimentare, di disgregazione dell'organismo produttivo, l'altra, quella concordataria, di conservazione dello stesso), è indispensabile realizzare un coordinamento tra le stesse ed individuare lo strumento processuale più idoneo a questo fine.

Tale questione induce, in buona sostanza, a verificare se possa ancora predicarsi la permanenza in vita – o, comunque, l'operatività – del richiamato principio di prevenzione, superato recentemente dalle Sezioni Unite⁶. A ben vedere, la perdurante vigenza del principio in discorso si trova, prima ancora, affermata nell'ordinanza interlocutoria⁷ con la quale la prima sezione della Corte di Cassazione, non ritenendo di condividere l'orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite nel 2013, ha rimesso, per l'appunto, la divergenza interpretativa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

E ciò, essenzialmente, sulla scorta dell'assunto secondo cui il principio di prevenzione sarebbe *«ricavabile dal sistema, il quale attribuisce al concordato preventivo la funzione di prevenire – appunto – il fallimento attraverso una soluzione alternativa basata sull'accordo del debitore con la maggioranza dei creditori. Tale funzione preventiva comporta sia che, prima di dichiarare il fallimento, debba necessariamente essere esaminata l'eventuale domanda di concordato presentata dal debitore, per far luogo, poi, alla dichiarazione del*

⁵ V. D. TURRONI, *Il concorso a «progressione asimmetrica» tra concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 264 ss..

⁶ v. *ex multis*, Cass.civ., Sez. Unite, 15 maggio 2015, n. 9935 in *Giur. comm.*, 2017, pp. 21 ss. con nota di A.F. DI GIROLAMO, *Le Sezioni unite e il principio di prevalenza del concordato preventivo rispetto al fallimento*; di analogo contenuto è Cass.civ., Sez. Unite, 15 maggio 2015, n. 9936.

⁷ v. Cass. civ., n. 9476 del 30 aprile 2014, in *Foro it.*, 2014, parte I, col. 1746 con commento di G. CARMELLINO e in *Dir. fall.*, 2015, pp. 1 ss. con nota di A. PENTA, *I rapporti tra il concordato ammesso e l'istruttoria prefallimentare: molto rumore per nulla*.

fallimento solo in caso di mancata apertura della procedura minore; sia che, una volta aperta quest'ultima ai sensi della L. Fall., art. 163, il fallimento non possa più essere dichiarato sino alla conclusione di essa in senso negativo, ossia con la mancata approvazione ai sensi dell'art. 179, il rigetto ai sensi dell'art. 180, u.c., ovvero la revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 173».

Nell'opinione della Suprema Corte, esisterebbero, dunque, svariati contrassegni normativi (tra i quali, non solo le norme citate, ma anche gli artt. 161, comma 10, e 69-*bis*, comma 2, introdotti dal d.l. n. 83 del 2012) che dovrebbero indurre l'interprete a ritenere possibile la dichiarazione di fallimento solo dopo che la procedura di concordato si sia chiusa con esito negativo.

Tale conclusione verrebbe, inoltre, confermata dalla svalutazione, operata da questo secondo orientamento, dell'argomento – prima menzionato – secondo cui con la riforma del diritto fallimentare il principio di prevenzione si porrebbe in contrasto con l'intervenuta modifica del presupposto oggettivo del concordato preventivo (oggi ravvisato nello stato di crisi) nonché con l'abrogazione del fallimento d'ufficio; simili modifiche non sarebbero, difatti, incompatibili con la regola della prevalenza del concordato preventivo sulla procedura di fallimento. Una volta dimostrata sul fronte sostanziale la perdurante operatività del principio di prevenzione nell'attuale sistema concorsuale, è necessario individuare, nel silenzio della normativa, lo strumento processuale che consenta di dare attuazione a tale principio.

Diverse sono state le opzioni ricostruttive elaborate sul punto. Non ha riscosso particolare successo il ricorso, a fronte della contemporanea pendenza di una procedura prefallimentare e di una domanda di concordato, alla sospensione necessaria di cui all'art. 295 c.p.c. In particolare, ad una simile soluzione è d'ostacolo, da un lato, il dato letterale dell'art. 161, comma 10 della legge fallimentare nel quale viene, comunque, preclusa «*la possibilità di rigettare l'istanza o la richiesta di fallimento*»; dall'altro, l'impossibilità di individuare fra le due procedure quel «*rapporto di pregiudizialità tecnico-giuridica*» richiesto dall'art. 295 c.p.c. Più nel dettaglio, non sarebbe ravvisabile quel rapporto di «*pregiudizialità necessaria*», non potendosi sovrapporre «*le situazioni esaminate nelle due distinte procedure di fallimento e concordato*»; pertanto, essendo la sospensione un «*istituto eccezionale*» e, come tale, insuscettibile di applicazione estensiva⁸, sarebbe impedita l'applicazione dell'istituto considerato.

⁸ Così Cass.civ., Sez. Unite, 15 maggio 2015, n. 9935 cit. che rinvia, in punto, a Cass. civ., Sez. Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521 cit..

È stata ritenuta improcedibile anche la strada della declaratoria di improcedibilità del procedimento prefallimentare⁹, dal momento che quest'ultimo «*può proseguire con l'istruttoria e concludersi con il rigetto dell'istanza o della richiesta di fallimento*»: al riguardo le Sezioni Unite del 2015 hanno valorizzato, ancora una volta, l'art. 161, comma 10 L. Fall., dal quale è possibile ricavare la conclusione per cui il principio di prevenzione opera per impedire la dichiarazione di fallimento, ma non per impedire che le istanze e le richieste di fallimento vengano rigettate.

Attesa, quindi, l'inidoneità degli strumenti processuali appena esaminati (sospensione *ex art.* 295 c.p.c. e declaratoria di improcedibilità dell'istanza di fallimento), non sono mancate proposte ricostruttive che affidano alla sensibilità del giudice fallimentare il bilanciamento tra le opposte iniziative, coordinando quella del debitore con gli interessi sottostanti la procedura fallimentare. In quest'ottica, sarebbe compito dell'organo giudicante «*verificare in concreto, in relazione alle peculiarità del caso concreto, il rapporto di priorità tra le procedure, previo indefettibile apprezzamento circa l'intento sottostante la soluzione pattizia che deve essere esclusa laddove, esprimendo un proposito meramente dilatorio, manifesti un abuso di diritto del debitore, anche alla luce dell'affrancamento di quest'ultimo dal requisito della meritevolezza*»¹⁰.

Anche tale soluzione, tuttavia, non ha trovato seguito. In particolare, non può trascurarsi che se così fosse, si verrebbe a creare un eccessivo legame con il caso concreto, rimettendo ogni scelta alla discrezionalità del tribunale, a tutto detrimento del principio di certezza del diritto¹¹.

L'evoluzione giurisprudenziale successiva ha portato oggi a ritenere che, per addivenire al coordinamento tra le due procedure, sono necessari alcuni elementi: «*1) la parziale coincidenza dei soggetti, quando l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento è assunta dal creditore, che in quanto tale rientra anche tra i soggetti che sono parti sostanziali della procedura di concordato; 2) la coincidenza della causa petendi, rappresentata dallo stato di insolvenza (invero, come la stessa Corte non ha mancato di rilevare in un altro passo delle*

⁹ Soluzione comunemente accolta prima delle riforme del biennio 2005/2007 in quanto coerente con la possibilità di dichiarare d'ufficio il fallimento: in questi termini A.F. DI GIROLAMO, *Le Sezioni unite e il principio di prevalenza del concordato preventivo rispetto al fallimento*, cit., p. 55.

¹⁰ Così Cass.civ., sez. I, 24 ottobre 2012, n. 18190 in *Fall.*, 2013, 699 ss., con nota di F. CASA, *Del rapporto tra istruttoria fallimentare e concordato preventivo: le "vecchie" categorie della «sospensione» e della «improcedibilità», i "nuovi" idoli dell'«abuso del diritto» e del «processo»*.

¹¹ In tal senso Cass.civ., Sez. Unite, 15 maggio 2015, n. 9935 cit., che espressamente sottrae, alla "discrezionalità del tribunale" «la possibilità di provvedere ad un bilanciamento degli interessi coinvolti dalla scelta tra concordato preventivo e fallimento».

menzionate pronunce, la riforma del 2005 ha differenziato i presupposti delle due procedure, individuando il presupposto per l'ammissione al concordato preventivo nello stato di crisi, che è nozione più ampia dello stato di insolvenza. Nondimeno, una – parziale – comunanza di causa petendi tra le due domande è pur sempre ravvisabile, ove si consideri che ogni ipotesi di insolvenza integra a fortiori la fattispecie dello stato di crisi rilevante ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato: sicché può affermarsi che la causa petendi di quest'ultima domanda "contiene" quella della domanda di fallimento¹²); 3) la parziale coincidenza del petitum, rappresentato in entrambi i casi dalla regolazione della crisi (sub specie dello stato di insolvenza), ma secondo le diverse regole delle due procedure, con conseguente incompatibilità tra le istanze»¹³.

Sulla scorta delle peculiarità e delle convergenze tra i due procedimenti così delineate, e aderendo all'ampia accezione di continenza adottata dalla giurisprudenza di legittimità, la questione processuale in esame è stata efficacemente risolta dalle Sezioni Unite, che hanno proposto di procedere con il meccanismo della riunione dei procedimenti, ai sensi dell'art. 273 c.p.c., qualora questi pendano innanzi allo stesso giudice; mentre nei casi di contemporanea pendenza dei procedimenti in esame dinanzi a giudici diversi si dovrebbe ricorrere all'art. 39, comma 2 c.p.c.¹⁴. In questo secondo caso sarebbe onere del debitore, che conosce la pendenza dell'istruttoria prefallimentare precedentemente introdotta, proporre la domanda di concordato preventivo avanti lo stesso Tribunale, pure se ritenuto non competente (senza che ciò comporti acquiescenza e rinuncia a contestare la competenza per territorio cui all'art.9 L. Fall.).

Soluzione opportuna, secondo la Corte, poiché, consentendo al tribunale – in caso di esito negativo della domanda di concordato – di decidere immediatamente sulle istanze di fallimento ormai riunite, riesce a ridimensionare il rischio di un abuso dell'istituto del concordato preventivo realizzato mediante l'artificiosa reiterazione della relativa domanda al solo scopo di evitare (o ritardare) la dichiarazione di fallimento¹⁵.

¹² V. Cass. civ., Sez. I, 20 febbraio 2020 n. 4343.

¹³ V. Cass. civ., Sez. Unite, 15 maggio 2015, n. 9935.

¹⁴ Per un approccio critico a tale conclusione v. N. SOTGIU, *Sull'accertamento dello stato d'insolvenza in pendenza della procedura di concordato preventivo*, in Riv. dir. proc., 2015, pp. 1228 ss..

¹⁵ V. Cass. civ., Sez. I, 20 febbraio 2020 n. 4343.

3. La decisione della Corte

Con riguardo al caso in esame, tra gli argomenti sollevati nel gravame, si è ritenuto insuscettibile di accoglimento il secondo motivo¹⁶ – centrale nella nostra analisi – con il quale la ricorrente lamentava esserle stata preclusa la possibilità di accedere alla procedura di concordato preventivo. Nello specifico, la società criticava la decisione impugnata per non aver rivelato il grave vizio presente nella dichiarazione di fallimento pronunciata dal Tribunale di Teramo che, pur nella piena consapevolezza della presenza di una domanda di concordato proposta innanzi al Tribunale di Roma, aveva tuttavia precluso alla s.r.l. la possibilità di accesso alla procedura concordataria con una motivazione sostanzialmente inesistente.

A tali censure la Corte risponde spiegando come la questione della riunione di cui all'art. 273 c.p.c., non poteva concretamente porsi nel caso di specie. Ed infatti, la contemporanea pendenza di una procedura concordataria e di una prefallimentare era venuta meno dato che il Tribunale di Roma, avanti al quale la società aveva presentato domanda di concordato, si era dichiarato incompetente e il provvedimento non era stato mai impugnato.

Orbene, difettando il requisito della contemporanea pendenza dei due procedimenti, non era possibile applicare le disposizioni in tema di continenza, né invocare le ragioni di coordinamento sopra descritte per la gestione delle due procedure.

Sarebbe stato quindi onere della società ricorrente impugnare la declaratoria di incompetenza del Tribunale di Roma sulla domanda di concordato, poiché il positivo accoglimento del reclamo *ex art. 18 L. Fall.* avverso la sentenza dichiarativa di fallimento da parte del Tribunale di Teramo (fondato proprio sull'asserito mancato preventivo esame della domanda concordataria) presupponeva che quest'ultima fosse ancora a tutti gli effetti pendente.

4. Il principio di prevenzione alle soglie della riforma del diritto fallimentare

La sentenza in oggetto offre l'occasione per una riflessione conclusiva sugli argomenti analizzati: il riconoscimento del principio di prevenzione sviluppato

¹⁶ Il primo motivo di gravame riguardava la presunta incompetenza del Tribunale di Teramo, il quale aveva dichiarato il fallimento della ricorrente s.r.l. in luogo del Tribunale di Roma. Sul punto la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità del motivo, riafferma il principio secondo il quale competente territorialmente per la dichiarazione di fallimento è il Tribunale del luogo in cui la società ha il centro direttivo ed amministrativo degli affari dell'impresa dove sorge cioè il "cuore pulsante" dell'azienda e dove vengono individuate e decise le scelte strategiche cui dare seguito.

dalla giurisprudenza nel corso degli anni – e mitigato dalle pronunce più recenti – si inserisce nel solco di una generale tendenza in atto nel diritto concorsuale, volta a privilegiare le soluzioni di composizione della crisi in luogo di quelle prettamente liquidatorie.

Come è stato già evidenziato, non si possono sottovalutare i rischi insiti in un'applicazione asettica del principio suindicato. Occorre, pertanto, ottemperare alla necessità di fornire tutela all'imprenditore insolvente attraverso un efficace meccanismo di superamento dello stato di crisi, avendo riguardo, al tempo stesso, alla non trascurabile esigenza di evitare che vengano proposte domande di risoluzione pattizia della crisi finalizzate esclusivamente a ritardare la dichiarazione di fallimento¹⁷. Il ricorso abusivo al concordato preventivo verrebbe, pertanto, a configurarsi come limite al principio di prevenzione in ragione del quale il tribunale potrebbe dichiarare il fallimento del debitore quando la domanda di concordato si appalesi strumentale al mero scopo di differire la dichiarazione di fallimento, piuttosto che diretta a conseguire le finalità della procedura negoziale di regolazione della crisi d'impresa¹⁸.

In questa direzione prudenziale si inserisce l'attuale riforma del diritto fallimentare, introdotta dalla legge delega n. 155/2017, che retrocede ulteriormente il momento entro il quale l'ordinamento è chiamato a fornire strumenti di sostegno dell'imprenditore in difficoltà. Con il decreto "Crisi d'impresa", l'istituzione della procedura di allerta con l'OCRI (Organismo di Composizione della Crisi) e la conseguente creazione del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, l'Italia si adegua alle norme di altri Paesi europei, che cercano di mettere a punto strumenti per anticipare l'emersione della crisi e limitare l'aggravarsi di crisi aziendali.

Uno tra gli scopi della riforma è, infatti, quello di evitare che il ritardo nel percepire i segnali di crisi di un'impresa possa poi portare ad uno stato di crisi irreversibile.

L'obiettivo è dunque quello di riformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali, con due principali finalità: consentire una diagnosi precoce dello stato di difficoltà delle imprese e salvaguardare quanto più

¹⁷ Un esame delle diverse ipotesi che si possono prospettare nella prassi applicativa si trova in R. AMATORE, *Abuso del diritto nel concordato*, in *ilfallimentarista.it*.

¹⁸ Sul punto, emblematica, App. Venezia, sez. I, 17 luglio 2014, n. 1641: «*rappresenta un vero e proprio limite della possibilità di applicare la tesi della prioritaria trattazione della domanda di concordato preventivo che il debitore non abusi del suo diritto, in quanto soltanto a chi eserciti le facoltà riservategli dall'ordinamento secondo la funzione loro propria possono venir riconosciute le conseguenze favorevoli connesse a quei diritti*».

possibile la capacità imprenditoriale di coloro che vanno incontro a un fallimento di impresa¹⁹.

In data 10 gennaio 2019 il Consiglio dei Ministri ha approvato, con esame definitivo, il decreto legislativo che, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, introduce il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Le novità più innovative definite dal Decreto Legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019 dovrebbero entrare in vigore il 15 agosto 2020, mentre alcune modifiche al codice civile sono già entrate in vigore passati 30 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale²⁰.

La legge delega opera, dunque, su due aspetti fondamentali: quello normativo e quello professionale. Sul fronte normativo, sarà fondamentale per le imprese agire in maniera trasparente e avere la capacità di districarsi nella gestione e nel controllo delle procedure concorsuali. L'aspetto professionale (dal quale si evince la vera innovatività di questa riforma), prevede invece che, una volta attivata la procedura di allerta, si dovrà cercare di perseguire l'obiettivo della continuità aziendale operando, ovviamente, in un ambito di ristrettezza di risorse umane,

¹⁹ Le principali modifiche dell'attuale riforma alla legge fallimentare riguardano:

- a) la sostituzione del termine fallimento con l'espressione "liquidazione giudiziale" analogamente a quanto avviene in altri Paesi europei, come la Francia o la Spagna, al fine di evitare l'onta sociale e personale che si accompagna alla parola "fallito";
- b) l'introduzione di un sistema di allerta allo scopo di consentire la pronta emersione della crisi, nella prospettiva del risanamento dell'impresa dando priorità alla continuità aziendale e favorendo proposte che comportino il superamento della crisi;
- c) si privilegeranno, tra gli strumenti di gestione delle crisi e dell'insolvenza, procedure alternative a quelle dell'esecuzione giudiziale;
- d) si semplificheranno le disposizioni in materia concorsuale;
- e) si prevede la riduzione dei tempi e dei costi delle procedure concorsuali;
- f) si istituirà presso il Ministero della Giustizia un albo dei soggetti destinati a svolgere su incarico del tribunale funzioni di gestione o di controllo nell'ambito di procedure concorsuali, con l'indicazione dei requisiti di professionalità esperienza e indipendenza necessari all'iscrizione;
- g) si armonizzeranno le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con forme di tutela dei dipendenti.

²⁰ Tuttavia, solo pochi giorni fa, sono stati rinviati di sei mesi, per tutte le imprese italiane di qualunque dimensione, gli effetti dei nuovi sistemi di allerta perché le segnalazioni agli Organismi di composizione della crisi d'impresa (Ocri), che dovevano essere istituiti entro il 15 agosto 2020 presso ciascuna camera di commercio, si dovranno creare a decorrere dal 15 febbraio 2021. Non è ancora entrato in vigore il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che già l'emergenza coronavirus rimanda una delle disposizioni più discusse. La novità è prevista dall'art. 22 del decreto legge recante misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori, imprese e turismo a causa dell'emergenza epidemiologica, va a introdurre un ulteriore periodo al secondo comma dell'art. 389 del Ccii, in base al quale «*le disposizioni di cui agli articoli 14 e 15, relative all'obbligo di segnalazione, si applicano a decorrere dal 15 febbraio 2021*».

finanziarie e di tempi. I soggetti deputati ad intervenire nella fase di crisi dell'azienda assumeranno così un ruolo centrale: professionalità ed esperienza saranno fondamentali per supportare l'azienda nel percorso del risanamento. In definitiva, la riforma del 2019 si pone l'obiettivo di far emergere con un certo anticipo lo stato di crisi, in modo che la stessa possa essere gestita nel miglior modo possibile, anche tramite misure premiali per l'imprenditore, evitando, nel contempo, di attivare le stesse quando ormai non si intravedono concrete strade da percorrere per preservare l'azienda. Tuttavia è sempre previsto il concordato liquidatorio tra l'impresa e i propri creditori, ma questo strumento sarà attivabile solo quando sia presente un apporto di risorse tali da soddisfare gli stessi creditori.