



# Calamus iuris

*La penna del diritto*

*La RIVISTA*

**RIVISTA MENSILE - ANNO 1 - NUMERO 5 - APRILE 2020**

## **SPECIALE IL DIRITTO ALLA PROVA DEL CORONAVIRUS**

Lo ius (mal)positum non ricomponne le fratture fra Stato e Regioni

*di Arcangelo Monaciliuni*

Poteri statali, regionali e comunali nella gestione dell'emergenza da COVID19

*di Luca Cestaro*

La parabola dei ciechi

*di Arcangelo Monaciliuni*

## **APPROFONDIMENTI**

**Amministrativo:** Organismi di diritto pubblico, enti fieristici e Aeroporti di Roma

*di Maria Porcelli*

**Civile:** Forma del negozio fideiussorio nel caso di contratti bancari e finanziari

*di Alessandra Fabrocini*

**Penale:** Quando l'extraneus non è un intruso: il dolo nella bancarotta fraudolenta di Federica Scariato

## **SCHEDE DI GIURISPRUDENZA**

**Amministrativo:** Per il principio di precauzione è necessario un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa

*di Gaia Barone*

**Civile:** La cessione del credito risarcitorio nel sistema dell'assicurazione per la R.C.A.

*di Maura Alessia Valentina Ciociano*

**Penale:** L'istituto della recidiva qualificata e la sua controversia inclusione nell'ambito della categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale e art. 649 bis c.p.

*di Fabio Russo*

**Temi Svolti:** Premessi brevi cenni ai rapporti tra diritto interno e comunitario analizzi il candidato la punibilità di tutela offerta ai cittadini nei confronti della legge contraria al diritto comunitario e dei provvedimenti anticomunitari.

*di Jessica Tornincasa*

**Pillole di Diritto** a cura di Luca Cestaro



## Sommario

|   |    |
|---|----|
| SOMMARIO.....   | 2  |
| Speciale COVID19 .....  | 6  |
| Lo ius (mal)positum non ricompono le fratture fra Stato e Regioni .....   | 7  |
| Poteri statali, regionali e comunali nella gestione dell'emergenza da COVID19 .....                             | 14 |
| Consiglio di Stato, sez. I, parere n. 735 del 7 aprile 2020.....  | 14 |
| a. Il potere di annullamento straordinario del Governo .....  | 14 |
| b. I profili di illegittimità costituzionale dell'ordinanza del Comune di Messina .....                         | 14 |
| c. La ricostruzione dei poteri emergenziali.....  | 15 |
| d. Il Consiglio di Stato sull'ordinanza messinese .....   | 16 |
| La parabola dei ciechi.....   | 18 |
| APPROFONDIMENTI .....   | 23 |
| Amministrativo .....  | 24 |
| Organismi di diritto pubblico, enti fieristici e Aeroporti di Roma .....  | 24 |
| 1. Ambito di applicazione soggettivo del Codice dei contratti pubblici: gli organismi di diritto pubblico ..... | 24 |
| 2. La personalità .....   | 25 |
| 3. L'influenza dominante .....  | 26 |
| 4. Il requisito teleologico: enti fieristici e Aeroporti di Roma s.p.a.....                                     | 27 |
| Civile .....  | 32 |
| Forma del negozio fideiussorio nel caso di contratti bancari e finanziari.....                                  | 32 |
| 1. Premessa: excursus sui fatti di causa .....  | 32 |
| 2. Le questioni individuate .....   | 33 |
| 3. La fideiussione .....  | 34 |
| 4. Il rapporto banca-cliente e il contratto bancario .....  | 36 |
| 5. Conclusioni della Corte di Cassazione .....  | 40 |
| 6. Considerazioni conclusive.....   | 42 |
| Penale .....  | 45 |
| Quando l'extraneus non è un intruso: il dolo nella bancarotta fraudolenta .....                                 | 45 |
| 1. Il passaggio dalla stigmatizzazione all'accettazione: il fallimento nel corso dei secoli.....                | 45 |
| 2. La bancarotta nel Codice della crisi di impresa .....  | 46 |
| 2.1 Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale.....  | 47 |
| 3. Il bene giuridico tutelato .....   | 49 |
| 4. I soggetti attivi.....   | 50 |
| 5. Il concorso nel reato di bancarotta da parte del soggetto non qualificato .....                              | 51 |



|   |    |
|---|----|
| SCHEDE DI GIURISPRUDENZA .....  | 55 |
| Amministrativo .....  | 56 |
| Per il principio di precauzione è necessario un rischio specifico all’esito di una valutazione quanto più possibile completa.....   | 56 |
| Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 6655/2019 del 03 ottobre 2019 .....   | 56 |
| Fatto.....  | 56 |
| Normativa .....   | 59 |
| Inquadramento.....  | 62 |
| Soluzione .....   | 64 |
| Civile .....  | 65 |
| La cessione del credito risarcitorio nel sistema dell’assicurazione per la R.C.A. ....  | 65 |
| Cassazione civile, sezione III, sentenza n. 22726 del 12 settembre 2019 .....   | 65 |
| Fatto.....  | 65 |
| Normativa .....   | 65 |
| Inquadramento.....  | 67 |
| Soluzione .....   | 69 |
| Penale .....  | 70 |
| L’istituto della recidiva qualificata e la sua controversia inclusione nell’ambito della categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale e art. 649 bis c.p. ....  | 70 |
| Cassazione penale, sezione II, ordinanza n. 5555 del 12 febbraio 2020.....  | 70 |
| Fatto.....  | 70 |
| Normativa .....   | 70 |
| Inquadramento.....  | 71 |
| Soluzione .....   | 73 |
| TEMI SVOLTI .....   | 74 |
| Amministrativo .....  | 75 |
| Premessi brevi cenni ai rapporti tra diritto interno e comunitario analizzi il candidato la punibilità di tutela offerta ai cittadini nei confronti della legge contraria al diritto comunitario e dei provvedimenti anticomunitari. .... | 75 |
| PILLOLE DI DIRITTO .....  | 82 |
| Civile .....  | 83 |
| La pillola di diritto del 15 aprile 2020 .....  | 83 |
| Impossibile la rettifica dell’atto di nascita formato in Italia al fine di indicare una doppia maternità.....   | 83 |
| Corte di Cassazione, sez. I civile, Sentenza n. 7668 del 3 aprile 2020.....   | 83 |
| Penale .....  | 85 |



|  |           |
|--|-----------|
| <b>La pillola di diritto del 3 aprile 2020</b> .....   | <b>85</b> |
| Falso in atto pubblico per la falsa certificazione nella gara d'appalto .....  | 85        |
| Corte di Cassazione, sez. V, Sentenza n. 9115 del 6 marzo 2020 .....   | 85        |
| <b>Amministrativo</b> .....  | <b>87</b> |
| <b>La pillola di diritto del 4 aprile 2020</b> .....   | <b>87</b> |
| L'accesso civico trova applicazione nella fase esecutiva degli appalti (Ad. Plen. n. 10 del 2 aprile 2020).....                          | 87        |
| Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sentenza n. 10 del 2 aprile 2020.....   | 87        |
| <b>1 - Introduzione</b> .....  | <b>87</b> |
| <b>2 - La centralità del principio di trasparenza</b> .....  | <b>87</b> |
| <b>3 - L'istanza una e bina (con limitazioni)</b> .....  | <b>88</b> |
| <b>4 - Il giudizio in materia di accesso</b> .....   | <b>89</b> |
| <b>5 - L'interesse legittimo negli appalti quale interesse (anche) strumentale e l'accesso documentale di cui alla L. 241/1990</b> ..... | <b>90</b> |
| 5.1 - L'interesse strumentale e il polimorfismo del bene della vita.....   | 90        |
| 5.2. - La configurabilità dell'accesso strumentale .....   | 91        |
| <b>6 - L'accesso civico nella fase esecutiva</b> .....   | <b>92</b> |
| 6.1 - Le eccezioni assolute.....   | 92        |
| 6.2 - Le eccezioni relative nella fase esecutiva: caratteri del bilanciamento.....   | 93        |
| 6.3 - La conferma del divieto di abuso di accesso.....   | 94        |
| <b>7 - Conclusioni</b> .....   | <b>95</b> |

**Anno 1, n. 5, aprile 2020**

**Calamus Iuris La Rivista** è la rivista dell'Associazione Culturale Calamus iuris, La penna del diritto: una rivista di divulgazione e informazione giuridica, con approfondimenti mirati di diritto, di giurisprudenza e di tecniche di scrittura.

**Redazione**

Luisa Sarro  
Anna Vecchione  
Michele Vitiello

**Comitato scientifico**

Luca Cestaro – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania* – Presidente del Comitato  
Flavio Pagano – *scrittore e giornalista*  
Gaetano Carlizzi – *Magistrato militare, Giudice del Tribunale Militare di Napoli, abilitato (ASN) quale professore di prima fascia in filosofia del diritto*  
Giuseppe Della Pietra – *Professore Ordinario di procedura civile, Università degli studi di Napoli Paethenope*  
Gianluca Di Vita – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania*  
Adolfo Scalfati – *Professore di prima fascia di procedura penale, Università degli studi di Roma Tor Vergata*  
Gianluca Gentile – *Professore di seconda fascia in diritto penale, Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli*  
Linda Catagna – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*  
Giuliana Trotta – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Lagonegro*  
Danilo Carrozzo – *Magistrato in tirocinio*  
Pio Cerase – *Magistrato in tirocinio*  
Carlo Gabutti – *Magistrato in tirocinio*  
Chiara Martello – *Magistrato in tirocinio*

**indirizzo redazione**

**Via Santa Lucia 15, Napoli**  
T. +39 – 3479966161  
[pennadeldiritto@gmail.com](mailto:pennadeldiritto@gmail.com)



Speciale Covid



## ***Lo ius (mal)positum non ricompone le fratture fra Stato e Regioni***

di Arcangelo Monaciliuni

Un mio recentissimo scritto “***Il potere di ordinanza nell’era del coronavirus***” (nel precedente numero di questa rivista) ha tentato una ricostruzione sistematica delle fonti del potere emergenziale/eccezionale per trarne la sussistenza, già de iure condito, a Costituzione invariata, di una preminenza delle potestà statali: beninteso, in presenza di una dichiarazione dello stato di emergenza “*ai sensi e per gli effetti dell’art. 7, comma 1, lettera c, e dell’art. 24, comma 1, del d. lvo 2 gennaio 2018, n. 1*”, ovvero di uno stato di emergenza “***di rilievo nazionale***” che non conosce confini, barriere interne, comunali o regionali, oltre a non conoscere nemmeno confini esterni.

Ad incipit dello scritto vi è il richiamo al “***Videant consules ne quid detrimenti res publica capiat***” (Vigilino i consoli affinché alcun danno subisca la repubblica), ovvero alla formula sacrale mediante la quale il Senato di Roma, attraverso un “***senatus consultum ultimum***”, a fronte di situazioni di emergenza e/o di gravi pericoli per lo Stato conferiva ad un

“***dictator***” poteri pressochè assoluti.

A sua conclusione vi è l’avvertenza: “Bene, se la guerra in atto deve farci concludere che “***a la guerre comme a la guerre***” e che quindi non si può parlare, come taluni costituzionalisti han fatto, di eclissi delle libertà costituzionali e se, a guerra dichiarata, può anche farsi luogo ad una “militarizzazione” del Paese, per difenderne la vita stessa per il periodo necessario per conseguire il risultato, occorre, io credo, far tesoro della saggezza degli antichi Padri (“***Videant consules ..***”) e ammettere che, per vincere la guerra, il “***dictator***” ha da essere uno. Il che a dire che poteri diffusi -il cui esercizio peraltro disorienta e contribuisce ad alimentare quel panico, fino ad oggi non del tutto considerato nella sua deleteria gravidanza- non sono compatibili con la realtà data: in fatto ed in diritto. Io credo, in definitiva, che uno stato di emergenza, di eccezione, di guerra, lungi dal liberarci dalla corazza del diritto, vieppiù ci astringa a restare ben avviluppati in essa, sì da poter fronteggiare al meglio le spinte centrifughe, gli istinti che inevitabilmente han vita in tali periodi, ovvero sì da dare ad esse/i risposta, di dar risposta all’*homo homini lupus* o al *bellum omnium contra omnes*. Il che

ancora a dire che non sono d'accordo con quanti ritengono che allorquando sia minacciata la vita, che sostanzia la premessa di ogni libertà, "l'età dei diritti" (N. Bobbio) e "il diritto di avere diritti" (S. Rodotà) debbano cessare di aver vita.

Prendo le mosse da qui per reintervenire e soffermarmi sulle previsioni dell'ultimo decreto-legge, n. 19 del 25 marzo 2020, avente fra i suoi fini dichiarati anche quello di conferire un assetto meglio definito, se non anche organico, al riparto di attribuzioni Stato/Regioni nell'era del coronavirus.

Fini che non appaiono esser stati raggiunti.

Già nel precedente scritto ho avuto modo di stigmatizzare il dato che, come da insegnamento dei Patres, il *senatus consultum* avrebbe dovuto essere la sede, propria e previa, delle attribuzioni/riparto delle potestà in presenza dell'evento emergenziale.

Meglio cioè se fosse stato il Parlamento, *all'esito del confronto nella sede istituzionale della dialettica democratica*, a dettare le norme del caso in via preventiva e non nella successiva sede di conversione del primo decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6. E ciò vieppiù considerando:

- che le misure disposte venivano (vengono) ad esaurire i propri effetti in un breve volger di tempo, così restando riservata alle Camere una mera funzione di ratifica, nelle condizioni emergenziali date difficile da negare. E tanto, senza che sia dato comprendere le ragioni dell'abdicare da parte del Parlamento alle funzioni precipue sue proprie, a monte: in verità forse chiare, ma di natura estranea ai profili di mero diritto di cui intendo qui occuparmi.

- che, per la medesima ragione (esaurimento degli effetti delle misure in un breve volger di tempo, fissato entro un termine massimo di 30 giorni dal d.l. n. 19 del 2020, di cui più diffusamente in avanti), non può essere enfatizzato il dato che l'aver affidato la potestà dispositiva a provvedimenti del Presidente del Consiglio dei ministri e, nei limiti previsti, del Ministro della Salute e delle Regioni ne assicura il controllo giurisdizionale diffuso.

Ed invero, in disparte i profili in ordine agli spazi di esercizio delle potestà che possono esser lasciati privi di puntuale copertura normativa primaria, il controllo giurisdizionale appare destinato ad esaurirsi con la tutela cautelare provvisoria assicurata da decreti presidenziali monocratici dei Presidenti dei Tribunali Amministrativi



Regionali, nel mentre la fase del merito, se non anche quella della tutela cautelare collegiale, sarà *-naturaliter, stante lo spirare degli effetti delle misure-* destinata ad esser definita con pronunce in rito di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, fatti salvi, ex art. 34, comma 3, c.p.a., improbabili casi in cui avesse a potersi ravvisare il perdurare dell'interesse ai fini risarcitori.

Ma tant'è, così non è stato.

Tuttavia, se l'urgenza e la necessità potevano giustificare il ricorso alla primigenia decretazione di urgenza, si stenta a riconoscere la sussistenza dei presupposti (art. 77 Cost.) per la successiva decretazione, di cui al sopravvenuto d.l. n. 19 del 2020 in commento: per quanto qui ora più riguarda, ovvero nella parte in cui, *ex (sola) auctoritate sua*, ha normato i rapporti Stato/Regioni per tentare di por fine alle divergenze non solo rese pubbliche, ma di portata tale -per effetto di contrastanti previsioni emanate le une (regionali) a ridosso dall'altra (statale) e viceversa- da recare una sorta di turbativa alla quiete pubblica, creando forte sconcerto nei cittadini.

Ma, anche qui, tant'è, così è stato.

Beninteso, i "*dubia*" in ordine alla

sussistenza dei presupposti per la decretazione di urgenza in parte qua non intendono minimamente porre in discussione, o solo soffermarsi a valutare l'operato del Capo dello Stato che il decreto-legge ha emanato. Me ne guarderei bene in assoluto; me ne guardo vieppiù bene in queste ore drammatiche, ben consapevole che il vaglio presidenziale ha da tener conto di molteplici fattori, non tutti emergenti e tutti oggi acuiti dal momento emergenziale. *Sicchè, profondo rispetto per il Presidente e per le scelte che, nella sua saggezza, compie.*

È ora di dar conto delle ragioni del mio reintervenire, ovvero del mio dissentire dai contenuti concreti dello ius in via di urgenza (ri)positum. Dissenso che non trova linfa dal desiderio di dar luogo a meri esercizi dottrinari, ma dalla preoccupazione che le sopravvenute previsioni non contribuiscono ad una chiarificazione del quadro.

Sinteticamente:

1- Nulla quaestio sul dettato dell'art. 2, comma 1, che impone al Presidente del Consiglio dei ministri di "sentire" previamente anche i Presidenti delle singole regioni interessate dalle misure emanande, ovvero il Presidente delle Conferenze delle regioni, in presenza di misure emanande a



valere per l'intero territorio nazionale.

1a- ed invero, come più diffusamente può trarsi dal mio precedente scritto, io credo che in questa fase emergenziale **nazionale** il (solo) “**sentire**”, in un quadro costituzionale che tutti i soggetti astringe alla **leale collaborazione**, soddisfatti i principi e le previsioni costituzionali, nonché sia aderente ai precetti posti dalla legislazione ordinaria.

2- Non trova invece il mio favore il disposto dell'art. 3, comma 1, a mente del quale “*Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'art. 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*”.

2a- In primo luogo, il presupposto che legittima le Regioni ad intervenire è letteralmente circoscritto alla emersione di “**specifiche sopravvenute situazioni**” di aggravamenti del rischio sanitario, il che apparrebbe escludere la potestà di interventi

di deterrenza/contenimento in assenza dell'aggravamento, terreno questo sul quale in prevalenza finora le Regioni si sono esercitate.

2b- In secondo luogo, in quanto resta indefinita la ripetuta nozione di “**specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento**”, avuto presente “il ruolo essenziale dei tecnici, quali necessitati ispiratori delle decisioni via via adottate, posto che i dati scientifici rilevano sotto il profilo della possibilità di valutare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate rispetto agli scopi perseguiti”. Così nel mio precedente scritto, a sostegno del prosieguo secondo cui: “Il che, e direi proprio in ragione della non univocità dei pareri, non può che essere accentrato ad evitarsi il caos; si pensi solo all'accavallarsi di contrarie prescrizioni da parte dello Stato e della regione Campania in tema di “passeggio” o di accesso alle tabaccherie, ovvero da parte dello Stato e della regione Lombardia in diversi dei 27 divieti disposti nella sola sede regionale con le refluenze concrete già avutesi: denunce ed impugnative. E, a tal riguardo, si mediti sulla discrezionalità affidata agli operatori di polizia nel dover ricondurre, a fronte di generiche prescrizioni (i “motivi di

necessità” che possono giustificare l’abbandono delle abitazioni e/o dei Comuni), determinate condotte a fattispecie incriminatrici”.

2c- In terzo luogo, il potere di normazione regionale vien conferito “**Nelle more dell’adozione...**”, a preconizzare, a mò di Tiresia, la sicura sopravvenienza di norme a livello centrale.

2d- In quarto luogo, poiché non risulta agevole individuare “**l’ambito delle attività di competenza**” delle Regioni, entro il quale “**esclusivamente**” la potestà può essere esercitata. E non risulta agevole soprattutto in quanto l’apodittica espressione non si fa carico delle divergenze esistenti sul punto fra Governo e Regioni, delle diverse letture del combinato disposto fra art. 117 e art. 120 Cost., quali pubblicamente ostese, da ultimo nello scontro avutosi solo poche ore fa fra Stato e Regioni, di certo Campania e Lombardia, ancora platealmente divergenti sempre in tema di “passeggio”. Ed invero, l’assessore regionale lombardo al Welfare ed il Presidente della Giunta regionale campana hanno contestato vibratamente la circolare del Ministero dell’Interno n. 15350 del 31 marzo u.s. che apre spazi per alcuni tipi di “passeggio”. In particolare, il Presidente De

Luca ha redatta una nota scritta che, per quanto riportato dai media, così suona: “Considero gravissimo il messaggio proveniente dal Ministero dell’Interno, relativo alla possibilità di fare jogging e di passeggiare sotto casa (... omissis...). Ribadisco che in Campania rimane in vigore l’ordinanza regionale derivata da motivi di tutela sanitaria, la cui competenza è esclusivamente regionale. Si ribadisce che è assolutamente vietato uscire a passeggio o andare a fare jogging”.

Il che, indipendentemente dal merito, che non sta a chi scrive vagliare:

- disorienta i cittadini, che non sanno a chi devono prestare obbedienza;
- come già innanzi ho rilevato, alimenta a dismisura paure e panico;
- pone in difficoltà le forze dell’ordine, richiamate dall’ultimo capoverso della circolare a farne rispettare la “**corretta osservanza**”;
- da ultimo, ma non per ultimo, **non aiuta i Sindaci**, che sono in prima linea per assicurare l’attuazione delle misure prese ai livelli superiori.

2e- Per completezza di discorso, corre infine l’obbligo di rilevare come il decreto-legge si sia invece fatto carico di meglio specificare il quadro sanzionatorio,

sottraendolo all'inverso inammissibile esercizio di potestà regionali ed ha riscoperto, quanto a fonte esistente e legittimità delle sanzioni, l'art. 260 del T.U. delle leggi sanitarie: profili questi anch'essi sui quali avevo avuto modo di soffermarmi nel precedente scritto.

3- Nulla da commentare in ordine all'art. 3, comma 2, che si è limitato a chiudere ogni spazio di interventi *ulteriori* ai Sindaci, qui dando una lettura, tout court, restrittiva del coacervo dispositivo di cui all'art. 118 Cost. ed alle molteplici previsioni della legislazione ordinaria che, tutte, in applicazione del principio della sussidiarietà, partono dal livello comunale e, via via, salgono per i rami.

3a- Nulla da commentare perché troppo vi sarebbe da dire e perché, in via di principio, il mio avviso è nel senso che, hic et nunc, il "*dictator*" ha da essere uno, anche se può/deve giovare dell'ausilio di "*procuratores*" locali.

Nel chiudere, mi vien fatto di ricordare che in sede di assemblea costituente non si dubitò mai del fatto che "la potestà legislativa attribuita alla Regione non intacca né diminuisce in alcun modo la potestà superiore e l'interesse generale dello Stato, non solo per la ristrettezza delle materie e

per la loro importanza meramente locale, ma anche per i limiti di portata più generale che si pongono all'esercizio di siffatta potestà legislativa e per i correttivi previsti per infrenare l'eventuale azione del Consiglio regionale che straripasse dai limiti della sua competenza o che in altro modo apportasse una lesione all'interesse delle altre Regioni o dello Stato". Così l'on. Ambrosini, nella sua relazione scritta alla 2<sup>a</sup> Sottocommissione, nell'illustrare e difendere il testo dell'art. 117 e, negli stessi sensi, il dibattito in Assemblea in occasione del varo dell'art. 5 "La Repubblica, una ed indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali...", dell'art. 16 "Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale..." e dell'art. 23 "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

E se tale era la *visione* dei Padri costituenti, la Grundnorm che precorre e percorre l'intera Carta, preoccupata di difendere la nascente Repubblica dai germi del fascismo/autoritarismo, e se tale essa era in relazione all'ordinaria condizione dei rapporti Stato/Regioni, potrebbe anche

serenamente concludersi che per affermare, *nelle condizioni emergenziali oggi date*, il necessitato accentramento dei poteri in capo allo Stato non vi è bisogno di rimpiangere che il popolo sovrano, nel dire “*no*” al referendum costituzionale del dicembre del 2016, ebbe così anche a precludere l’ingresso in Costituzione della clausola (c. detta di supremazia): “Su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell’unità giuridica o economica della Repubblica”; clausola questa che il disegno di legge di riforma costituzionale che, fra l’altro, modificava il Titolo V della Costituzione, intendeva introdurre, sopprimendo nel contempo il comma dell’art. 117 Cost. che affida alle regioni la potestà legislativa residuale.

Certo, l’esperienza che stiamo vivendo in questi giorni impone decisamente che ad una riforma del Titolo V si torni a porre mano. In un quadro semplificato e chiaro il virus del dissenso non avrebbe avuto spazi per aggredire i gangli vitali delle potestà, minandone l’efficienza/efficacia. Il che,

beninteso, per quanto afferisce alle polemiche Stato/Regioni in commento, non sta a significare che io plauda alle decisioni in concreto assunte dallo Stato e dissenta da quelle delle Regioni, in particolare della mia Campania. Ho le mie idee al riguardo, ma sono quelle di un comune cittadino che non ha a supporto un bagaglio di conoscenze tecniche utili alla bisogna, nonché il composito quadro generale che deve ispirare l’azione dei reggitori.

Quel che ho inteso fin qui affermare è solo la necessitata centralizzazione delle decisioni in un quadro di leale collaborazione, auspicando che quelle assunte sian quelle giuste, consapevole comunque che la frammentazione non può che esser deleteria.

E tanto, in cospetto della ripetuta drammatica situazione emergenziale, legata ad una epidemia a livello non solo nazionale, ma, di più, ad una pandemia a livello mondiale, in presenza della quale, a gran voce, si invocano decisioni unitarie, comuni, a livello europeo, pena lo sfaldamento della già precaria costruzione, del sogno irrealizzato di Spinelli.

## ***Poteri statali, regionali e comunali nella gestione dell'emergenza da COVID19***

di Luca Cestaro

*Consiglio di Stato, sez. I, parere n. 735 del 7 aprile 2020*

### ***a. Il potere di annullamento straordinario del Governo***

Il presente approfondimento si riferisce al parere richiesto dal Governo circa l'annullamento straordinario dell'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 con cui il Comune di Messina imponeva a tutti coloro che intendessero andare in Sicilia attraverso il Porto di Messina di registrarsi sul sito del Comune e di attendere il nulla osta da rilasciarsi da parte dello stesso ente locale.

Il 9 aprile 2020, l'ordinanza è stata annullata con decreto del Presidente della Repubblica che ha recepito il parere in commento.

La Sezione ricostruisce il regime giuridico dell'annullamento straordinario da parte del Governo ai sensi dell'art. 138 del d.lgs. 267/2000 (e dell'articolo 2, comma 3, lettera p, della legge 23 agosto 1988, n. 400) ribadendone la natura di atto di alta amministrazione e la funzione di strumento (appunto) straordinario per eliminare atti

che, non semplicemente illegittimi, concretizzano una “*lesione concreta e attuale all'unitarietà dell'ordinamento nazionale*”.

Quindi, il Consiglio di Stato passa a stigmatizzare i plurimi profili di illegittimità dell'atto dell'Ente locale.

### ***b. I profili di illegittimità costituzionale dell'ordinanza del Comune di Messina***

In primo luogo, l'atto è ritenuto illegittimo nella misura in cui ha un'efficacia che trascende il territorio comunale: il mero attraversamento dell'agro comunale poiché compreso nelle “*reti di comunicazione*” non legittima l'ente locale a emanare disposizioni che, applicandosi a tutti coloro che attraversano lo stretto di Messina, trascendano la competenza territoriale dell'ente.

In secondo luogo, sono imposti degli obblighi che non trovano una base legislativa; il fondamento legislativo è, infatti, richiesto dall'art. 23 della Costituzione, con riferimento a ogni tipo di prestazione “imposta”, e dagli artt. 13 e 16 con riferimento alle limitazioni della libertà personale e (soprattutto) della libertà di circolazione (nel decreto di annullamento viene menzionata espressamente la sola lesione dell'art. 16 Cost. che,

indubbiamente, è quella più evidente).

Ancora, l'ordinanza contrasta con la disciplina, di derivazione comunitaria, in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003) che rientra tra le materie riservate alla potestà legislativa statale e che richiede una base di legge statale per l'introduzione di un sistema di raccolta generalizzata dei dati di chiunque attraverso lo stretto nell'esercizio del diritto costituzionale alla libera circolazione. Va aggiunto che la disciplina della protezione dei dati ha senz'altro rilievo costituzionale costituendo la principale manifestazione della tutela del diritto alla riservatezza, incluso tra i diritti fondamentali (art. 2 Cost.).

Infine, continua il parere, risultano violate le attribuzioni statali esclusive in materia di ordine e sicurezza pubblici nonché di profilassi internazionale (art. 117 Cost. lett. q).

### *c. La ricostruzione dei poteri emergenziali*

Di grande interesse è la ricostruzione fornita in merito all'articolazione dei poteri emergenziali sul territorio. Si tratta, infatti, della prima pronuncia che affronta nel merito e, quindi, più approfonditamente il riparto dei poteri tra Stato, Regioni ed Enti locali in questa fase emergenziale.

Il dibattito dottrinario sul punto è tracinato in qualche presa di posizione richiamata anche dai media generalisti, ma, ad oggi, il giudice amministrativo è stato investito della questione solo in sede cautelare, dove ha assunto un peso preponderante l'aspetto del "periculum in mora" senza che ci sia spinti a esaminare *funditus* la portata dei poteri emergenziali regionali e degli Enti locali. Segnaliamo, per un approfondimento del tema, i contributi pubblicati su questa stessa rivista, entrambi del Consigliere Arcangelo Monaciluni).

Il punto di partenza per ricostruire l'attuale assetto dei poteri è il D.L. n. 19 del 25 marzo 2020 che, agli articoli 2 e 3:

- a) demanda al Consiglio dei ministri l'adozione delle misure idonee a gestire l'emergenza (su proposta o sentiti i Presidenti delle regioni interessate, allorché le misure riguardino esclusivamente alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle Province autonome nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale);
- b) prevede che le Regioni possano adottare disposizioni più restrittive di quelle misure nazionali solo:



- i. nelle more dell'adozione degli atti del Governo;
  - ii. in relazione a specifiche condizioni che determinino l'aggravamento del rischio sanitario nel territorio regionale o in parte di esso;
  - iii. nell'ambito delle attività di competenza regionale;
  - iv. senza incidere sulle attività produttive né su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale;
- c) vieta ai Sindaci di adottare ordinanze contigibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali o eccedendo i limiti già posti per le Regioni;
- d) prevede che i limiti appena enunciati si applichino con riferimento a tutti gli atti posti in essere *“per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente”*.

Va segnalata quest'ultima precisazione; essa si discosta significativamente dall'abrogato art. 3 co. 2 del D.L. n. 6/2020 che - pur sempre nelle more dell'adozione dei decreti del PdCM - faceva salvo, nei casi di estrema necessità e urgenza, il potere di ordinanza sanitaria regionale di cui all'art. 32 della L.

833/1978. La salvezza espressa è scomparsa e, anzi, è chiarito che i limiti introdotti con il decreto di più recente conio (19/2020) si riferiscono ai poteri attribuiti da *“ogni disposizione di legge previgente”*, formulazione che esprime la chiara volontà del Governo di contenere l'*“esuberanza provvedimentale”* degli amministratori regionali e locali.

Significativamente, l'ultimo d.P.C.M. del 10 aprile 2010 (adottato ai sensi dell'art. 1 del D.L. 19/2020) fa salve le disposizioni più restrittive adottate dalle Regioni ma solo *“relativamente a specifiche aree del territorio regionale”*. Le ordinanze riferibili all'intero territorio regionale e che si pongano in contrasto con le misure di cui ai decreti del Governo (ora, del decreto del 10 aprile 2020) dovrebbero, quindi, essere considerate prive di efficacia a partire, quanto meno, dall'entrata in vigore dell'ultimo d.P.C.M. (quindi, dal 14 aprile).

#### *d. Il Consiglio di Stato sull'ordinanza messinese*

Declinando i limiti del potere poc'anzi descritti, la Sezione consultiva rileva che l'ordinanza messinese è illegittima poiché:

I) incide sulle attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale (transito e trasporto merci nello stretto di Messina);



II) non adduce «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso» che sole avrebbero potuto legittimare l'adozione, «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento»», di «misure ulteriormente restrittive».

Inoltre, si afferma che **“vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali”**.

Ulteriore affermazione degna di nota è che le circostanze relative all'aggravamento del rischio sanitario sul territorio regionale, **“in applicazione delle ordinarie regole sulla motivazione del provvedimento amministrativo, non devono solo essere enunciate ma anche dimostrate”**.

Il Consiglio di Stato, in sostanza, si è fatto carico non solo di ricostruire il farraginoso regime emergenziale che ha creato incertezze applicative al limite del paradossale (le epopee delle autocertificazioni e dei chiarimenti

nazionali, regionali e comunali potrà essere oggetto di maggiore approfondimento al termine dell'emergenza), ma anche di ribadire l'esigenza che l'ordinamento resti unitario, pur nel rispetto **“delle autonomie costituzionalmente tutelate”**.

Per quanto sia di inedita complessità la gestione dell'emergenza sanitaria in atto, i poteri pubblici dovranno, quindi, coordinarsi e la polemica, anche politica, tra centro, regioni ed autonomie non dovrebbe più determinare l'emanazione di disposizioni di contenimento regionali che introducano per l'intero territorio regionale delle disposizioni più restrittive di quelle nazionali. Il condizionale è d'obbligo alla luce dell'andamento del dibattito sull'apertura delle librerie in alcune regioni.

**A noi, oltre che sperare nella rapida conclusione di questa tragica emergenza sanitaria, non resta che seguire l'appassionante susseguirsi di decreti e ordinanze con la speranza che chi si trova nella difficile posizione di governare rammenti che le disposizioni devono essere effettive e che, per esserlo, esse dovrebbero prima di tutto essere comprensibili da parte dei cittadini.**



## ***La parabola dei ciechi***

*di Arcangelo Monaciliuni*

L'evolversi fattuale del "diritto dell'emergenza", che appare galoppare di gran passo verso un precipizio istituzionale senza precedenti, riporta alla mia mente l'immagine della parabola dei ciechi di Brueghel il Vecchio.

Ancora nelle ultime ore diverse Regioni, ma non basta, anche singoli Comuni, per contrastare l'epidemia nei propri rispettivi territori han dettato norme non solo in ordine sparso, ma, per quel che più vale, in aperto e ostentato "contrasto" con lo *ius*, quale *positum* dallo Stato nell'esercizio di quel potere straordinario unitario che risiede solo in capo a quest'ultimo.

Orbene, che "già oggi, *de iure condito*, a Costituzione invariata, non è dato dubitare della preminenza delle potestà statali, ove si sia in presenza di una dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, comma 1, lettera c, e dell'art. 24, comma 1, del d.l.vo 2 gennaio 2018, n. 1, ovvero di uno stato di emergenza di rilievo nazionale che non conosce confini, barriere interne, comunali o regionali, oltre a non conoscere nemmeno confini esterni?" (così nei miei precedenti scritti [Il potere di ordinanza nell'era del coronavirus](#); su questa stessa rivista

sul numero di marzo) è assunto oggi suffragato dalle conclusioni del supremo consesso della giustizia amministrativa a mente delle quali "... *in presenza di emergenze di carattere nazionale, dunque, pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza...*" (così in seno a Cons. Stato, sezione prima, parere n. 735/2020 del 7 aprile 2020, recepito integralmente dal d.P.R. del 9 aprile 2020, in G.U. n. 96 del 10 aprile 2020, recante l'annullamento straordinario dell'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 del sindaco del comune di Messina che "*chiudeva*" lo stretto di Messina).

Ed è assunto che appare suffragato dalle conclusioni cui il Consiglio di Stato è pervenuto anche in sede giurisdizionale, posto che la tutela cautelare invocata, ancora in sede di appello, dal ricorrente/appellante, è stata respinta sotto il profilo della mancanza del danno grave ed irreparabile, fermo, quanto al *fumus*, che "... *i provvedimenti del Sindaco e del Presidente della regione Calabria, qui impugnati, sono stati adottati in ottemperanza di criteri e disposizioni, anche legislative, nazionali, e negli ambiti di possibile margine per integrazioni territoriali su scala*

regionale...” (decreto n. 1553 del 30 marzo 2020).

Ma di più. La preminenza delle potestà statali è stata ribadita, questa volta a chiare lettere, dall’art. 3 del D.L. n. 19 del 25 marzo 2020 che, nel dettare le ultime misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da Covid-19, ha confinato il potere delle Regioni e dei Sindaci negli stretti ambiti ivi fissati, nella finale statuizione secondo la quale: *“Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente”*.

Ma ancora, ove mai necessario. Lo stesso Capo dello Stato ha avuto non secondaria parte nel porre il coacervo normativo/dispositivo di cui si è detto, ove sol si consideri che Egli:

- ha emanato il decreto-legge, evidentemente non ritenendolo affetto da illegittimità costituzionale, per lo meno di portata tale da precluderne l’emanazione. È noto infatti che il controllo presidenziale sui decreti-legge va *“ritenuto di intensità almeno pari a quello spettante allo stesso Presidente sulle leggi ai sensi dell’art. 87, terzo comma, della Costituzione”* (C.C. sentenza n. 406 del 1989);
- ha emanato il decreto presidenziale recante

l’annullamento straordinario del provvedimento del Sindaco di Messina ai sensi e per gli effetti dell’art. 138 del Testo unico per gli enti locali, che così recita: *“In applicazione dell’articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell’unità dell’ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d’ufficio o su denunzia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità”*. Emanazione, anche questa, evidentemente avutasi per avere la *viva vox Constitutionis* ritenuto immune il provvedimento da evidenti vizi preclusivi della firma. Ed invero, come lo stesso Presidente Mattarella ha avuto modo di dichiarare pubblicamente (nell’ottobre scorso in un incontro al Quirinale con degli studenti): *“C’è un solo caso in cui posso, anzi devo, non firmare: quando arrivano leggi o atti amministrativi che contrastano palesemente, in maniera chiara, con la Costituzione...”*. Orbene, in dette condizioni -in cui costituirebbe veramente un fuor d’opera opporre che le conclusioni del Consiglio di Stato e la firma apposta dal Capo dello Stato in calce al suo decreto non spiegano efficacia *ultra vires* in quanto nel nostro ordinamento non vige la

regola di common law dello *stare decisis*- in uno Stato che ancora volesse proclamarsi di diritto, credo che alle Regioni dissenzienti rispetto ai contenuti dei precetti recati dalla normativa statale non rimanesse (non rimanga) altra corretta via che quella di sollevare un conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte Costituzionale, ivi rivendicando la propria *potestas*.

Né è a dirsi che di fronte a stati di necessità che rompono gli argini, che vedono un'urgenza immediata non vi sia spazio per tale ordinaria procedura. Così non è; lo strumentario giuridico e telematico di cui ben può farsi uso è perfettamente in grado di consentire risposte che la sensibilità del Giudice delle leggi non farebbe mancare "a vista". È invece accaduto che le Regioni - ancora dopo che il legislatore (il Governo nella su cennata sede della decretazione di urgenza) ha parlato, che il Giudice ha parlato, che il Capo dello Stato (nell'apporre le sue firme) ha parlato- hanno continuato a muoversi in ordine sparso, andando in aperto e ostentato "contrasto" con le misure disposte dal Presidente del Consiglio dei Ministri, in forza di legge unico titolare del potere di dettarle per l'intero territorio nazionale. E son quindi sopravvenute le ordinanze dei Presidenti delle Giunte

Regionali della Lombardia (n. 528 dell'11 aprile 2020), della Campania (n. 32 del 12 aprile 2020), del Veneto (n. 40 del 13 aprile 2020), del Piemonte (n. 43 del 13 aprile 2020), e credo potrei continuare, che, tutte, si pongono in varia misura in "contrasto" con l'ultimo d.P.C.M emanato il 10 aprile 2020. Né, per dare copertura alle sopravvenute e discordi misure regionali, appare poter essere invocato l'art. 8, u.c. del decreto presidenziale, secondo cui: "*Si continuano ad applicare le misure di contenimento più restrittive adottate dalle Regioni, anche d'intesa con il Ministro della salute, relativamente a specifiche aree del territorio regionale*". Ed invero, siffatta previsione fa salve "*le disposizioni più restrittive adottate dalle Regioni, ma solo relativamente a specifiche aree del territorio regionale. Le ordinanze riferibili all'intero territorio regionale e che si pongano in contrasto con le misure di cui ai decreti del Governo (ora, del decreto del 10 aprile 2020) dovrebbero, quindi, essere considerate prive di efficacia a partire, quanto meno, dall'entrata in vigore dell'ultimo d.P.C.M. (quindi, dal 14 aprile)*" (così, del tutto condivisibilmente Luca Cestaro, [\*Poteri statali, regionali e comunali nella gestione dell'emergenza da COVID19\*](#) sempre su questa rivista). E dunque, siffatta (peraltro ambigua) copertura mai potrebbe esser ritenuta una



sorta di autorizzazione al buio all'emanazione di ulteriori, nuove, misure. Nessuna delega in bianco è stata quindi conferita dal Premier, che, a sua volta, non avrebbe potuto concederla. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, del D.L. n. 19 del 2020, misure più restrittive le Regioni possono emanare solo in presenza del presupposto del verificarsi di *“specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario”*, il che *“apparrebbe escludere la potestà di interventi di deterrenza/contenimento in assenza dell'aggravamento, terreno questo sul quale in prevalenza finora le Regioni si sono esercitate. E tanto, avuto anche presente il ruolo essenziale dei tecnici, quali necessitati ispiratori delle decisioni via via adottate, posto che i dati scientifici rilevano sotto il profilo della possibilità di valutare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate rispetto agli scopi perseguiti”* (così, e di più, nel mio ultimo scritto, di cui sopra).

E ciò ancora, giova ribadirlo, in quanto il ripetuto ultimo decreto legge, fatta significativamente scomparire la salvezza del potere di ordinanza regionale di cui all'art. 32 della l. n. 833 del 1978, invece prevista dall'abrogato primigenio D.L. n. 6 del 2020, dispone che i nuovi limiti introdotti si riferiscono a tutti gli atti posti in essere *“per ragioni di sanità in forza di poteri*

*attribuiti da ogni disposizione di legge previgente”*, formulazione questa *“che esprime la chiara volontà del Governo di contenere l'esuberanza provvedimentale degli amministratori regionali e locali”* (così ancora Cestaro, cit.).

Ma tant'è; come innanzi già osservato le Regioni han ritenuto di poter reintervenire ancora *“in contrasto”* con le misure statali (librerie chiuse per lo Stato, librerie aperte per le Regioni e così via di seguito senza star qui a farne il lungo elenco). Non era difficile prevedere che ciò sarebbe accaduto.

E dunque, ancora tocca ricordare che siffatte situazioni:

- disorientano i cittadini, che non sanno a chi devono prestare obbedienza, non potendo ragionevolmente da loro esigersi di districarsi nei tortuosi meandri del diritto emergenziale;
- alimentano paure e panico: esco, non esco, sarà multato, non lo sarò? Potrò raggiungere la mia libreria che non è quella più vicina a casa mia?;
- pongono in obiettiva difficoltà le forze dell'ordine;
- da ultimo, ma non per ultimo, non aiutano i Sindaci, che sono in prima linea per assicurare l'attuazione delle misure prese ai livelli superiori.

Ciò detto, atteso che qui sto cercando di

parlare di diritto, non posso esimermi dal precisare che, per quanto abbia a ritenere che siano illegittime le ordinanze regionali che si pongano in palese “*contrastò*” con le misure disposte al livello statale in assenza del presupposto normativo richiesto dalla legge (dalla decretazione di urgenza), nel contempo non nutro dubbi sul fatto che siano esse a dover essere rispettate. Difatti – in mancanza di un loro annullamento in sede giurisdizionale- simili ordinanze sono ex lege da presumersi legittime, ovvero da presumersi assunte nel rispetto delle norme poste dallo Stato, cui la Costituzione e la legge affidano, per fronteggiare l'emergenza “*nazionale*”, i poteri del “*dictator*” romano, sospendendo temporaneamente l'efficacia di quei principi su cui tutti conveniamo, senza dubbio da preservare, ma che non appaiono poter essere utilmente invocati a “*guerra*” ancora in atto.

E dunque sì, che dubbio vi è, ad affermazioni qual quella che “*unità ed autonomia son facce della stessa medaglia, profili inseparabili di uno stesso valore che è quello della unità, ma con (cioè attraverso) la promozione dell'autonomia*” (così il Prof. Antonio Ruggeri sulla Gazzetta del Sud del 10 aprile 2020).

E dunque sì al dato, da diversi Autori sottolineato, che l'apporto delle regioni è

essenziale, quale apporto democratico in un confronto fra poteri diffusi immaginati dallo stesso Costituente.

Ma, nel contempo, un no deciso al caos, al cadere nel precipizio di Brueghel.

E dunque, da qui, l'auspicio che il Parlamento esca dal suo silenzio, sieda in permanenza, ostenti la sua presenza, schierato su quel ciglio ad impedire il precipizio.

Come? Ad esempio, iniziando, in sede di conversione in legge del decreto, a dettare norme chiare, limiti inequivoci ai poteri diffusi.

Sarebbe troppo immaginare, nella situazione che si è venuta a creare, di fatto saltati tutti i vincoli costituzionali della “*leale collaborazione*”, una sorta di controllo preventivo, di antica memoria, capace, in era coronavirus, di coniugare autonomia ed unità, subordinandosi l'efficacia dei provvedimenti regionali, e di quelli comunali a scendere pe li rami, al previo assenso dello Stato (nel caso *per silentium* entro un termine ristrettissimo)? Sarebbe troppo? Devo dare per scontato di star già per udire librarsi nell'aere alti lai?

Mah, se così fosse, che aggiungere se non parafrasando il Poeta: “*Italia mia, nave con troppi nocchieri in gran tempesta....*”.



## Approfondimenti

## Amministrativo

### Organismi di diritto pubblico, enti fieristici e Aeroporti di Roma

di Maria Porcelli

#### ***1. Ambito di applicazione soggettivo del Codice dei contratti pubblici: gli organismi di diritto pubblico***

Il settore dei contratti pubblici rappresenta uno dei principali scenari del processo di **ibridazione delle forme** della Pubblica amministrazione.

Si tratta di un fenomeno che si traduce nell'affermazione di una nozione sostanzialistica e cangiante di Pubblica Amministrazione nella definizione della quale si tiene conto non già di criteri "statici e formali" bensì di criteri "dinamici e funzionali" che riflettano la complessità degli interessi generali da soddisfare, gli istituti e il regime normativo propri di ciascuno specifico contesto.

Le disposizioni del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, adottato in attuazione della Direttiva 2014/24/UE, in linea di continuità con le precedenti Direttive del 1989, del 1993 e 2004, individuano l'ambito di applicazione soggettivo del Codice in un novero di soggetti non limitato alla PA intesa in senso tradizionale, sia sotto il profilo quantitativo che sotto quello qualitativo.

Quanto al primo, si segnala che l'art. 3 del Codice individua quali destinatari della normativa un triplice ordine di soggetti:

- a) le amministrazioni aggiudicatrici
- b) gli enti aggiudicatori
- c) gli altri soggetti aggiudicatori

Le "amministrazioni aggiudicatrici" sono rappresentata da "*le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti*".

Questi, in quanto riconducibili all'organizzazione pubblicistica, sono sempre tenute a ricorrere alle procedure di evidenza pubblica, sia nei settori cosiddetti ordinari che in quelli cosiddetti speciali.

Con l'espressione "**enti aggiudicatori**", invece, si fa riferimento, in senso più ampio, non solo alle amministrazioni aggiudicatrici di cui sopra ma anche alle imprese pubbliche e ai titolari di diritti speciali ed esclusivi che sono tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica limitatamente ai settori speciali.

Infine, per "**altri soggetti aggiudicatori**" si intendono gli operatori privati rispetto ai quali è eccezionalmente avvertita la necessità di imporre le procedure di evidenza pubblica, come nel caso di soggetti

privati che beneficino di finanziamenti pubblici.

Sotto l'aspetto qualitativo, invece, nel settore dei contratti pubblici, la particolarità consiste nel fatto che si assiste all'elaborazione e alla disciplina di una nuova forma di ente che è quella dell'organismo di diritto pubblico.

La lettera d) dell'art. 3 del Codice, in particolare, sulla scorta delle indicazioni comunitarie ne individua i connotati.

È richiesto, a tal fine, in primo luogo, che l'ente sia stato **istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale.**

In secondo luogo, che esso sia dotato di **personalità giuridica.**

Infine, occorre che esso sia soggetto alla cd. **influenza dominante** dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico.

Già sotto la vigenza delle precedenti Direttive e del vecchio Codice degli appalti, la giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria, aveva suggerito un'interpretazione dei suddetti requisiti che fosse coerente con la nozione sostanziale di PA e che contribuisse al perseguimento degli obiettivi di non discriminazione e

tutela della concorrenza propri del settore.

## **2. La personalità**

Da questa esigenza è scaturita, ad esempio, un'interpretazione estensiva del requisito della personalità giuridica.

Quest'ultima, infatti, è oggi intesa nel senso che è indifferente che si tratti di personalità di diritto pubblico o di diritto privato.

Un primo orientamento, cd. gestionale (oggi minoritario), un tempo sosteneva che la veste societaria fosse di per sé intimamente connessa a una finalità di tipo imprenditoriale-commerciale e che, in quanto tale, fosse incompatibile con l'altro requisito richiesto cioè quello della finalizzazione alla soddisfazione di interessi della collettività.

Al contrario l'opposta tesi, cd. funzionale, sosteneva che, fermo restando che il perno attorno al quale doveva ruotare la nozione di organismo di diritto pubblico fosse la finalizzazione al soddisfacimento di bisogni di carattere generale, tale elemento non risultava astrattamente incompatibile con una veste giuridica di tipo societario, ciò a maggior ragione se si considera, come vedremo, che non è necessario che il perseguimento di finalità generali assurga a scopo esclusivo dell'ente.

Tale seconda tesi ha incontrato l'avallo dapprima della giurisprudenza e poi dello stesso Legislatore che, proseguendo lungo la scia dell'attenuazione dei confini tra diritto pubblico e diritto privato e della fungibilità delle forme giuridiche, all'art. 3 lettera d) include nella categoria "*qualsiasi organismo, anche in forma societaria...*".

### **3. L'influenza dominante**

Anche il requisito dell'influenza pubblica dominante è stato interessato da una lettura in chiave funzionalistica che ne ha definito un più specifico ambito applicativo.

Occorre premettere che esso può essere integrato, indifferentemente, da una delle tre seguenti fattispecie:

- il finanziamento pubblico maggioritario;
- il controllo pubblico sulla gestione;
- l'attribuzione al soggetto pubblico della nomina di più di metà dei componenti degli organi di direzione, amministrazione o vigilanza.

Tra esse, quella più controversa è quella del "finanziamento pubblico maggioritario".

Il requisito è, infatti, preso in considerazione dal Legislatore in quanto rivelatore, al pari delle altre due, di una

stretta dipendenza tra l'ente finanziato e un'altra amministrazione aggiudicatrice.

È innegabile, tuttavia, che non tutti i finanziamenti erogati da un'amministrazione aggiudicatrice abbiano per effetto quello di creare o rafforzare un tale legame.

In tal senso, la Corte di Giustizia europea ha precisato che occorre effettuare una distinzione all'interno della macrocategoria dei finanziamenti pubblici e prendere in considerazione, al fine di ritenere integrata l'influenza dominante, "soltanto le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanzino o sostengano le attività dell'ente interessato" (CGUE, 3 ottobre 2000, in C-380/98, University of Cambridge).

La Corte, per l'effetto, ha ricondotto al concetto di finanziamento pubblico le sovvenzioni concesse al fine di promuovere lavori di ricerca, i contributi per borse di studio istituiti a vantaggio di studenti che non fossero in grado di sostenere le spese di istruzione ma non anche le somme corrisposte a titolo di corrispettivo di prestazioni contrattuali fornite dall'ente come la realizzazione di determinate ricerche o l'organizzazione di seminari e

conferenze.

In quell'occasione, tra l'altro, la Corte ha affermato anche che il termine "maggioritario" deve essere inteso quale sinonimo di "più della metà" del capitale sociale.

Più intuitive, invece, le altre due ipotesi di influenza dominante per integrare le quali è necessario o il possesso da parte di soggetti pubblici della maggioranza delle quote azionarie dell'organismo societario (controllo di gestione) o la composizione integrale (o maggioritaria) degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza da parte di membri designati dagli enti pubblici.

#### ***4. Il requisito teleologico: enti fieristici e Aeroporti di Roma s.p.a.***

Terzo requisito richiesto dal Legislatore, infine, è che l'ente sia stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale (cd. **requisito teleologico**).

Anche di questo requisito, in maniera più problematica rispetto ai precedenti, si è registrato un tentativo di interpretazione in chiave funzionalistica.

Innanzitutto ciò si è verificato in occasione

dell'inquadramento dell'avverbio "specificatamente".

Ancora una volta, è stato dirimente l'intervento della Corte di Giustizia sul punto (CGUE, 15 gennaio 1998, in C-44/96, Mannesmann; CGUE, 27 febbraio 2003, in C-373/00, Truley; e CGUE, 5 ottobre 2017, in C- 567/15, LitSpecMet).

Essa ha ravvisato, nell'impiego del termine, la volontà legislativa di vincolare all'applicazione delle norme sugli appalti pubblici solo quei soggetti istituiti **allo scopo specifico** di soddisfare interessi di portata collettiva mediante attività che non avessero né carattere imprenditoriale né industriale.

La specificità non implica, però, l'esclusività, ben potendo il medesimo organismo svolgere al contempo anche altre attività, addirittura con carattere prevalente, in ossequio ad esigenze di certezza del diritto e di estensione delle regole dell'evidenza pubblica anche a quelle figure organizzative che, per quanto aventi natura ibrida, siano comunque riconducibili all'ambito pubblicistico.

La qualità di organismo di diritto pubblico, infatti, non dipende dall'intensità della rilevanza data al soddisfacimento di bisogni di interesse generale ma dal fatto che tale

tipologia di bisogno rientri fra i compiti istituzionali dell'ente (CGUE, 10 novembre 1998, in C-360/96, BFI Holding).

Più problematico, invece, l'inquadramento dell'espressione "*esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*".

Se da un lato, infatti, è indubbio che l'espressione debba essere intesa nel senso che il soggetto non debba agire a scopo di lucro e non debba sopportare il rischio di perdite commerciali, dall'altro lato non è scontato che sia altresì necessario che il soggetto non svolga l'attività in un regime concorrenziale.

Sul punto si sono registrate oscillazioni all'interno della stessa giurisprudenza europea.

Un primo filone giurisprudenziale (CGUE "Mannesman" e "BFI Holding") ritiene che l'agire in concorrenza rappresenti un **mero indizio** di un'attività di carattere imprenditoriale.

In quanto tale, esso è superabile con la prova che, ciò nonostante, non sia pregiudicata la realizzazione dell'interesse generale da parte dell'ente.

Un altro filone giurisprudenziale (CGUE, 10 maggio 2001, in C-223/99, "Agorà"), invece, è orientato nel senso di ritenere tale fattore una **prova univoca** del carattere

commerciale dell'attività, escludendo la qualifica di organismo di diritto pubblico ogni volta in cui un ente agisca in concorrenza e con metodo economico.

Tale dibattito si è riproposto anche all'interno della giurisprudenza nazionale.

Eloquente è, in tal senso la *querelle* giurisprudenziale relativa alla qualificazione dei cd. **enti fieristici** i quali, com'è noto si occupano della gestione di spazi pubblici realizzati con risorse erariali a scopo promozionale mediante l'organizzazione di eventi ed esposizioni.

Sulla scorta del primo dei due orientamenti esposti è stata riconosciuta la qualificazione di organismo di diritto pubblico all'Ente Autonomo Fiera del Levante di Bari (TAR Puglia, 11 novembre 2008 n. 2558) ed alla società Fiere Internazionali di Bologna (Cons. Stato, 27 dicembre 2011 n. 6835).

In tali pronunce la giurisprudenza ha valorizzato il carattere generale dell'interesse perseguito dagli enti fieristici mediante la propria attività, ritenendolo un interesse trascendente quello propriamente commerciale degli imprenditori invitati.

Al contrario, sulla base dell'orientamento più restrittivo, le Sezioni Unite della Cassazione n.97 del 4 aprile 2000 hanno escluso la veste di organismo di diritto

pubblico in capo all'Ente Fiera Milano considerando decisiva la circostanza che l'ente in questione operasse in regime concorrenziale e secondo criteri di rendimento, efficacia e redditività.

Di recente, sulla questione, sono tornate nuovamente le Sezioni Unite (n. 17567 del 28 giugno 2019) chiamate a risolvere una questione di giurisdizione relativa ad una controversia che aveva coinvolto l'ente Fiera di Roma.

In questa occasione la Suprema Corte, a differenza del precedente del 2000, ha ritenuto di condividere l'orientamento che non considera determinante il mero fatto che la società operi in un mercato concorrenziale ai fini dell'esclusione della sua qualifica di organismo di diritto pubblico, di fatto aprendosi all'interpretazione estensiva e funzionalizzata di organismo di diritto pubblico.

La circostanza che l'operatività in regime concorrenziale sia intesa quale mero indizio superabile sposta tutta via l'indagine dal piano astratto a quello concreto nel senso che si dovrà verificare che il tipo di attività e le modalità con cui essa viene svolta dalla società non pregiudichino la realizzazione dell'interesse generale.

A tal fine, la Corte ha focalizzato l'attenzione sullo statuto societario e, in particolare, sul fatto che vi fosse una norma che sancisce la regola della ripartizione degli utili tra i soci e, invece, mancasse una previsione sull'eventuale ripianamento delle perdite mediante afflusso di capitali provenienti da enti pubblici.

Quindi, pur aprendosi ad un'interpretazione più elastica del concetto di organismo di diritto pubblico, la Corte ha escluso che l'Ente Fiera di Roma s.p.a. vi potesse rientrare in quanto soggetto operante in un contesto concorrenziale secondo le regole e i rischi propri di un ordinario operatore economico.

Al medesimo esito è giunto recentemente il Consiglio di Stato in merito alla natura di **Aeroporti di Roma s.p.a.** (Cons. Stato, sentenza 12 dicembre 2018 n. 7031).

Aeroporti di Roma s.p.a. (in seguito AdR) è concessionaria ex lege (l. 10 novembre 1973, n. 755) della gestione del sistema aeroportuale della Capitale presso gli aeroporti "Leonardo da Vinci" di Fiumicino e "G.B. Pastine" di Ciampino.

Il problema della sua natura giuridica è venuto in rilievo in occasione dell'impugnazione dell'affidamento in subconcessione di due lotti per la

realizzazione di attività di “cambiavalute” presso i suddetti aeroporti.

Secondo una prima tesi, avallata dal Tar Lazio con sentenza n. 11841 del 30 novembre 2017 che ha accolto, in primo grado, il ricorso della società non aggiudicataria, AdR deve ritenersi, a tutti gli effetti, un organismo di diritto pubblico.

A tal fine, la tesi valorizza esclusivamente la preponderanza del carattere pubblicistico dell’attività ad essa demandata in quanto preordinata ad assicurare la mobilità dei cittadini sul territorio quale diritto costituzionalmente garantito nonché pilastro della normativa comunitaria.

Questa funzione intrinsecamente pubblicistica, secondo la tesi in parola, è tale da non poter essere intaccata né dalla natura privatistica del gestore né dal perseguimento da parte del medesimo di utilità economiche frutto di efficienza imprenditoriale.

Al contrario, secondo la tesi accolta dal Consiglio di Stato in appello, in capo ad AdR sarebbe al più configurabile la veste di “ente aggiudicatore” (impresa pubblica o titolare di diritto esclusivo), tenuto all’utilizzo delle regole di evidenza pubblica solo qualora venga in rilievo un’attività che rientri in un settore cd. speciale.

Il Consiglio di Stato, infatti, dà seguito

all’orientamento giurisprudenziale secondo cui perché si configuri un organismo di diritto pubblico è dirimente il contesto di mercato nel quale la società si trovi ad operare.

In tal senso, si dice, quand’anche parte della sua attività sia svolta sul mercato è necessario che il legame con le autorità amministrative partecipanti acquisisca rilievo nel confronto competitivo con questi ultimi, nel senso di preservare l’ente partecipato dai tipici rischi di impresa.

Nonostante la premessa, AdR, nel caso specifico, risulterebbe priva del requisito teleologico non essendo costituita “per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale”.

Ciò non tanto per la tipologia di interesse perseguito che è quello di carattere generale alla mobilità quanto per le modalità con cui detto bisogno viene perseguito.

La società, infatti, nel gestire tale tipologia di infrastruttura si trova a competere in un mercato concorrenziale con gestori di aeroporti limitrofi e in tale contesto essa è gestita secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell’imprenditore privato e con assunzione del rischio di impresa.

Nel caso di specie, dunque, il Consiglio di

Stato conclude per la natura di mero “ente aggiudicatore” di Aeroporti di Roma s.p.a., nozione che pretende la ricorrenza dei medesimi requisiti previsti per l’organismo di diritto pubblico, ad eccezione di quello teleologico.

Tra l’altro, pur operando nel settore speciale di cui all’art. 119 del codice dei contratti pubblici in quanto “attività relative allo sfruttamento di un’area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali”, secondo il Consiglio di Stato, nel caso di specie, AdR non era tenuta all’esperimento di procedure ad evidenza pubblica per l’affidamento in subconcessione del servizio di cambiavalute. Gli enti aggiudicatori sono tenuti ad applicare le norme del codice dei contratti pubblici per la parte relativa ai settori speciali nei limiti in cui l’affidamento concerne attività che siano strumentali al settore e, nel caso di specie, tutte quelle attività necessarie a soddisfare le esigenze del traffico aereo, quale non è quello di cui alla vicenda (servizio di cambiavalute) che è privo di una funzione diretta e immediata rispetto alle specifiche attività di cd. aviation.

## Civile

### Forma del negozio fideiussorio nel caso di contratti bancari e finanziari

di *Alessandra Fabrocini*

Con la sentenza n. 5833 del 2019, la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi circa l'ambito di applicabilità della disciplina speciale bancaria sulla forma del contratto e, in particolare, sulla compatibilità della stessa normativa con il negozio fideiussorio.

#### ***1. Premessa: excursus sui fatti di causa***

Al fine di una più viva percezione delle problematiche affrontate e definite dalla decisione in analisi, in via preliminare, si ritiene utile delineare, seppure in modo sommario, la questione di fatto che ha interessato la Corte.

La vicenda ha quale esordio l'opposizione a decreto ingiuntivo da parte del fideiussore personale garante di un'impresa, cliente e debitrice principale della doBank S.p.a. (già Unicredit Credit Management Bank S.p.a.).

Le doglianze fatte valere in giudizio da parte

del garante l'obbligazione principale - tutte respinte sia dal giudice di prime cure sia dal giudice d'Appello - possono essere suddivise in due sottoinsiemi di censure.

Il primo concerne le querele di falso per abusivo riempimento di fogli sottoscritti in bianco da parte dell'istituto bancario (ex artt. 221 e ss c.p.c.). Il secondo sottoinsieme, invece, è integrato dai vari eccepiti motivi di nullità della fideiussione, tra i quali vizi formali attinenti al mancato rispetto delle norme speciali in tema di forma dei contratti bancari (artt. 117 e 119 T.u.b.) in relazione alla mancata consegna di copia del contratto di fideiussione al soggetto garante, nonché la presunta violazione degli artt. 1956 c.c. e 1175 e 1375 c.c., per avere la banca dato affidamenti alla società nonostante il peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore garantito.

Approfondendo il contenuto sostanziale della vicenda processuale, la Corte d'Appello aveva ritenuto l'inammissibilità della querela di falso in quanto, anche all'esito dell'attività istruttoria operata in giudizio, permaneva non dimostrato

l'abusivo riempimento di fogli sottoscritti in bianco da parte dell'istituto di credito. Inammissibile era stata ritenuta anche l'eccezione fondata sulla violazione dell'art. 1956 c.c., poiché il fatto che la banca, *a posteriori* rispetto alla prestazione delle fideiussioni per obbligazioni future, avesse concesso credito al debitore - pur a conoscenza della *variatio in peius* delle sue condizioni patrimoniali - non risultava adeguatamente comprovato.

In occasione del ricorso per Cassazione, il fideiussore, soccombente nel primo e nel secondo grado di giudizio, deduceva censure volte a far valere l'erronea dichiarazione di inammissibilità della *querela nullitatis* ribadiva la presunta violazione dell'art. 1956 c.c.

Per quanto attiene al secondo corpo di censure, la Corte di merito aveva reputato infondati i motivi di impugnazione atti a far valere la nullità della fideiussione. In particolare, con riguardo alla mancata consegna di copia del negozio di fideiussione, l'infondatezza di tale eccezione era fatta discendere dalla constatazione che l'art. 117 T.u.b., in quanto posto a fondamento del rapporto della banca con il cliente (al quale deve essere consegnato il contratto), non opera con riguardo alla

diversa figura del garante, estraneo rispetto al rapporto principale. Inoltre, relativamente all'eccezione di nullità della fideiussione ex art. 119 T.u.b., la sua infondatezza trovava giustificazione nel fatto che l'articolo in parola prevede che l'inadempimento da parte della banca del dovere di fornire, *una tantum* nell'anno, una esaustiva comunicazione sull'andamento del rapporto del rapporto, non rappresenta causa di inefficacia o nullità del contratto, ma piuttosto una violazione dell'obbligo di correttezza e di buona fede nella fase esecutiva del contratto.

La Corte di Cassazione rigettava quindi il ricorso e, per quanto di interesse, offriva precisazioni sull'istituto della fideiussione e sul contratto bancario, sul rapporto intercorrente tra due figure contrattuali da osservare alla luce della diversa *ratio* che le anima.

## ***2. Le questioni individuate***

Stante l'accessorietà del rapporto fideiussorio rispetto al contratto bancario (o finanziario) e l'esigenza di trasparenza che permea il rapporto tra banca e cliente, sono varie le questioni ricavabili dalla ricostruzione processuale operata dalla Corte di Cassazione.

Volendo riassumere schematicamente i vari problemi giuridici affrontati, il primo si rinviene nell'individuazione delle circostanze attinenti o meno all'ambito di validità del negozio di garanzia; il secondo attiene alla possibilità di estendere l'ambito di operatività della normativa disciplinante i rapporti bancari (o finanziari) anche alle garanzie personali; il terzo, riguarda l'individuazione dei risvolti della asserita accessorietà della fideiussione sulla validità della stessa.

Tali questioni meritano una lineare ed approfondita ricostruzione partendo dall'inquadramento delle due figure in analisi, il negozio fideiussorio e quello bancario, andando poi ad approdare alle conclusioni della Corte di legittimità.

### ***3. La fideiussione***

Il negozio fideiussorio tipico è ricompreso tra le cd. garanzie personali, che realizzano un rafforzamento della posizione del beneficiario sul piano economico. L'istituto implica la garanzia generica del credito da parte del terzo il quale, obbligandosi personalmente verso il creditore (art. 1936 c.c.), risponderà dell'adempimento delle obbligazioni altrui illimitatamente, con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.).

L'intervento di garanzie fornite da terzi, estranei rispetto al rapporto strettamente inteso tra debitore e creditore, mira a rendere maggiormente effettiva la realizzazione del credito e l'adempimento dell'obbligazione, elemento che presenta una forte connessione con il concetto di affidabilità ed efficienza del mercato del credito.

L'obbligazione fideiussoria è caratterizzata dall'elemento dell'individualità, dell'accessorietà e della responsabilità solidale.

In particolare, stante il collegamento dell'obbligazione fideiussoria con quella principale, le due mantengono salda una propria individualità sia soggettiva che oggettiva: in primo luogo il fideiussore è soggetto estraneo al rapporto principale a cui rinvia la garanzia; in secondo luogo, l'obbligazione principale ha quale causa il determinato scopo che di volta in volta si vuole conseguire mediante il negozio giuridico, invece quella fideiussoria ha una causa fissa propria, meramente connessa alla prima.

Inoltre rileva la natura accessoria dell'obbligazione fideiussoria rispetto al garantito obbligo primario di prestazione: l'obbligazione del fideiussore è

qualitativamente uguale all'obbligazione garantita; è necessariamente sovrapponibile ad essa e rivolta all'adempimento del debito principale. Infatti l'invalidità dell'obbligazione principale, in genere, determina la conseguente invalidità anche della fideiussione (art. 1939 c.c.); quest'ultima non può eccedere quanto dovuto dal debitore e in caso diverso è valida nei limiti dell'obbligazione principale (art. 1941 c.c.); l'estinzione dell'obbligazione principale comporta la conseguente liberazione del fideiussore (art. 1955 c.c.).

Per di più, posta l'accessorietà della fideiussione e la sua subordinazione all'adempimento del debitore principale, l'obbligazione fideiussoria ha carattere solidale rispetto a quella del debitore garantito (art. 1944 c.c.), salvo il caso in cui creditore e debitore principale non abbiano convenuto espressamente la preventiva escussione di quest'ultimo (in tal caso si parlerà di responsabilità sussidiaria del fideiussore).

In forza del rapporto di accessorietà, il negozio fideiussorio e quello principale restano collegati anche nella fase di esecuzione del contratto obbligatorio principale. Infatti, nel caso di fideiussione per obbligazione futura (art. 1956 c.c.),

qualora sussista un peggioramento delle condizioni patrimoniali del terzo, il creditore non può continuare a concedere credito al cliente debitore senza l'autorizzazione scritta del fideiussore. Un tale comportamento da parte del creditore è sanzionato con la liberazione del fideiussore dal vincolo di garanzia.

Allo stesso modo, nel caso di fideiussione *omnibus* (tipologia particolare di fideiussione per obbligazione futura), qualora la banca conceda finanziamenti al debitore principale, pur conoscendo le sue difficoltà economiche e confidando sulla solvibilità del fideiussore (ma senza la sua autorizzazione), secondo un indirizzo pretorio, violerebbe le disposizioni di cui all'art. 2 Cost. e agli artt. 1175, 1375 c.c. (Cass. Civ., n. 16827/2016), con la conseguenza che la garanzia fideiussoria non opererebbe.

La *ratio* della norma va ravvisata nell'esigenza di evitare l'aumento del rischio assunto dal fideiussore che non sia a conoscenza del peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore garantito. Per l'effetto, a fronte della richiesta di escussione, incombe sul garante l'onere di provare che il creditore fosse a conoscenza dell'eventuale sopravvenuto

stato di decozione economica del debitore garantito (Cass. Civ., 17.11.2016 n. 23422; Cass. Civ., 7.2.2006 n. 2524).

In un contesto sociale dove il recupero del credito concesso al cliente da parte di istituti finanziari ha vissuto momenti critici, si è sviluppata nella prassi delle relazioni economiche la c.d. “fideiussione *omnibus*”, generalmente rilasciata ad un istituto di credito al fine di garantire l’adempimento di obbligazioni, anche future, dipendenti da operazioni bancarie.

Tale tipo di fideiussione si è ancora al dispetto normativo di cui all’art. 1938 c.c. come modificato dall’art. 10 della L. n.154/1992 dalla cui interpretazione deriva l’ammissibilità della garanzia per l’adempimento di obbligazioni future a condizione che sia previsto espressamente, all’interno del negozio di garanzia, l’importo massimo garantito (o anche gli indici di determinabilità dell’impegno rispetto al contratto principale), a pena di nullità (Cass. Civ. 31 gennaio 2017, n. 2492; Cass. Civ. 12.02.2009, n. 3525).

#### **4. Il rapporto banca-cliente e il contratto bancario**

Il rapporto banca-cliente è caratterizzato da una indubbia disparità di “forza” tra la

banca (contraente forte) e il cliente (contraente debole) e tende ad una costante tensione che il legislatore ha cercato di gestire e compensare mediante la previsione di una disciplina attenta alle peculiarità e agli equilibri precari del rapporto medesimo, tra l’altro, mediante utilizzo di rimedi preventivi (obblighi di forma, contenuto, di informazione). Basti pensare, appunto, alle regole di condotta previste in ambito bancario e finanziario a tutela della posizione di debolezza in cui versa il cliente, tutte orientate, sostanzialmente, al raggiungimento di un equilibrio tra operatività (in senso lato) e trasparenza.

Il Titolo VI del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.u.b.) è proprio dedicato alla trasparenza, prevedendo all’art. 127 del T.u.b. (modificato dal d.lgs. n. 141/2010 di attuazione della dir. 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori) che le Autorità creditizie esercitano i loro poteri avendo riguardo “*alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela*”.

La *ratio* di questa impostazione, in considerazione anche dell’art. 47 Cost., è evidentemente quella di creare un alone protettivo intorno alla figura del cliente e,

contestualmente, promuovere l'efficienza e la concorrenzialità del mercato.

Il principio di correttezza degli operatori e quello di buon funzionamento del mercato, infatti, costituiscono il presupposto per il radicamento dell'affermazione della fiducia dei risparmiatori nei meccanismi di mercato. Sulla base del principio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c., clausola generale che ha valenza per le parti del contratto, la banca è tenuta ad osservare un grado di diligenza commisurato alla natura dell'attività esercitata. Infatti, svolgendo la banca attività professionale, deve adempiere tutte le obbligazioni con la diligenza particolarmente qualificata dell' "accorto banchiere", con riguardo alla fase precontrattuale, della formazione del contratto, di svolgimento ed esecuzione dello stesso, fino alla conclusione del rapporto.

Manifestazione della particolare rilevanza della diligenza richiesta alla banca si rinviene anche, con riferimento al d.lgs. n. 11/2010 (di attuazione della dir. 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno), nella fase di esecuzione dell'ordine di pagamento.

Tornando in modo più stringente agli obblighi di comportamento atti a garantire

l'adeguata trasparenza dei contratti bancari (o finanziari), è opportuno individuare le diverse direzioni che questa percorre, con particolare riguardo a quelle analizzate dalla sentenza in analisi.

In termini generali, la trasparenza è richiesta sia nella fase precontrattuale, con il diritto del cliente di consultare i fogli informativi dei prodotti e dei servizi che le banche offrono, sia, come si vedrà di seguito, nella fase di formazione del contratto, in quella di esecuzione e in quella di chiusura del rapporto.

Per quello che interessa il nostro *excursus*, ed in particolare il concetto di trasparenza nella forma contrattuale, l'art. 117, co.1, T.u.b. prevede per i contratti bancari la necessità della forma scritta *ad substantiam* e ne dispone la consegna di un esemplare al cliente al fine di garantirgli la conoscenza delle condizioni che regolano il contratto.

Qualora l'obbligo di forma scritta venga disatteso, il cliente potrà far valere la nullità del contratto (art.117, co.3, T.u.b.). Si tratta di una nullità che opera soltanto "*a vantaggio del cliente*" e che può essere rilevata "*d'ufficio dal giudice*" (art. 127, co. 2, T.u.b.). La *ratio* di tale previsione è, evidentemente, proteggere l'equilibrio sostanziale del contratto, attraverso la predisposizione -sia nel caso di

contratti bancari sia di investimento - di uno strumento di tutela (la nullità di protezione) per la parte debole del negozio. Ad esempio, nel caso di contratti di investimento, accertata la nullità del contratto-quadro per difetto di forma scritta, è legittimo selezionare, secondo buona fede, gli ordini di investimento da annullare in quanto svantaggiosi (Cass., SS.UU., 4.11.2019, n. 28314).

Per completezza di analisi giova precisare che l'art. 117 T.u.b. pone delle regole anche circa il contenuto minimo obbligatorio del contratto (co. 6), prevedendo l'indicazione chiara e specifica "*del tasso e di ogni altro prezzo e condizione praticati*", il divieto di rinvio agli usi e la nullità delle clausole più sfavorevoli al cliente rispetto ai tassi, prezzi e condizioni pubblicizzati con la conseguente applicazione di quelli imposti per legge (co. 7).

Inoltre, nei contratti a tempo indeterminato, i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto possono essere modificati unilateralmente a specifiche condizioni e, cioè, che sia prevista una specifica clausola approvata dal cliente e che la variazione sia sorretta da un giustificato motivo. In ogni caso, l'eventuale proposta di modifica unilaterale del contratto deve essere

espressamente comunicata al cliente -in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato -con un preavviso di due mesi e con la possibilità per lo stesso di recedere. In caso di mancata osservanza delle prescrizioni previste, le variazioni sfavorevoli al cliente si ritengono inefficaci (art. 118, co. 1, 2, 3, T.u.b.).

Per quanto riguarda l'art. 119 T.u.b. e, dunque, la trasparenza mediante le comunicazioni periodiche alla clientela, è previsto, per i contratti bancari di durata, l'obbligo della banca di fornire prima della conclusione del contratto e almeno una volta l'anno una comunicazione completa e chiara - avente forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato - sullo svolgimento del rapporto (co. 1). Nel caso di rapporti regolati in conto corrente, invece, il cliente può preferire che la comunicazione dell'estratto conto avvenga con una periodicità differente rispetto a quella annuale (co. 2). Infine, qualora nei sessanta giorni seguenti alla ricezione della comunicazione non sia pervenuta l'opposizione scritta da parte del cliente, si formerà una sorta di silenzio - assenso, con la conseguenza che la comunicazione si considererà approvata (co. 3).

Il dovere informativo da parte della banca si ritiene ancorato agli artt. 1374, 1375 e 119 T.u.b. che riconoscono in favore del cliente un diritto soggettivo alla consegna della documentazione periodica e di informazioni chiare e complete. Gli obblighi di correttezza o buona fede sono intesi come espressione del principio generale di solidarietà sociale, applicabile in ambito sia contrattuale sia extracontrattuale, configurando in tale ultimo caso una regola di comportamento in base alla quale il soggetto (banca) è tenuto ad adottare un comportamento leale volto alla salvaguardia dell'altrui utilità che non deve dar luogo ad uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale.

Sempre con riguardo all'art. 119 T.u.b., numerose sono le riflessioni giurisprudenziali che nel tempo si sono susseguite soprattutto relativamente al comma 4 e, in particolare, nella parte in cui dispone che *“il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere [...] copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni”*.

Le questioni che si sono poste riguardano le indicazioni che la norma fornisce sul piano

soggettivo di legittimazione attiva e sul piano oggettivo della documentazione della quale si può richiedere copia.

Tra la documentazione di cui all'art. 119, co. 4, T.u.b., sulla base di un'interpretazione estensiva della norma alla luce del principio di buona fede e correttezza del comportamento, sono ricomprese anche eventuali garanzie prestate da terzi. Dunque, è attribuito a colui che, ad esempio, subentra nell'amministrazione dei beni del cliente (es. curatore fallimentare) il diritto di chiedere ed ottenere la documentazione sulle eventuali fideiussioni che assistono il credito (Cass. Civ., 13.7.2007, n. 15669).

Tra i soggetti legittimati a richiedere copia della documentazione relativa ai rapporti bancari, la giurisprudenza vi ricomprende anche il garante. Tuttavia, il discorso va approfondito al fine di comprendere di quale tipo di documentazione trattasi.

Il garante è qualificato come cliente della banca in riferimento al solo rapporto di garanzia, attribuendogli la legittimazione a esercitare il diritto di cui all'art. 119, co. 4, T.u.b. limitatamente a tale rapporto mentre resta comunque terzo rispetto alla relazione contrattuale che intercorre tra la banca e il debitore principale.

Al prestatore di garanzia, dunque, non è

riconosciuto un diritto di informazione sul debito principale di cui all'art. 119, co. 1 e 2, T.u.b., se non strettamente e funzionalmente connesso alla sua esigenza di venire a conoscenza dell'ammontare del proprio debito di garanzia (si tratta del rapporto intercorrente fra il garante e la banca), essendo altrimenti necessario il consenso del debitore garantito.

Il fideiussore è quindi terzo rispetto al rapporto tra banca e cliente; di conseguenza la banca non è tenuta a produrre al fideiussore documentazione relativa all'obbligazione principale; il garante dovrebbe, piuttosto, poter ottenere queste informazioni direttamente dal debitore principale (Cass. Civ., 9.11.2007 n. 23391).

Pertanto, il fideiussore ha il diritto ad ottenere copia della documentazione bancaria, per esaminare la fondatezza delle ragioni del credito che la banca intende proporre nei suoi confronti. Inoltre, qualora la banca abbia adempiuto agli obblighi di trasparenza ai quali è tenuta nei confronti del debitore principale (sua controparte nel rapporto bancario) e abbia opportunamente indicato nel contratto di fideiussione - magari su moduli prestampati - l'importo massimo garantito per la cui mancanza è prevista la nullità della fideiussione *omnibus*.

## **5. Conclusioni della Corte di Cassazione**

Le questioni che la Suprema Corte nella sentenza 28 febbraio 2019, n. 5833 affronta scaturiscono dagli eccepiti motivi di nullità della fideiussione, tra i quali vizi formali attinenti al mancato rispetto delle norme speciali in tema di forma dei contratti bancari e di trasparenza comunicativa (artt. 117 e 119 T.u.b.).

In primo luogo, la Corte ritiene che l'omessa consegna di copia del contratto, al pari della mancata comunicazione periodica sullo sviluppo del rapporto garantito di cui all'art. 119, co.1, T.u.b., attengono non alla fase di formazione del contratto, ma piuttosto, eventualmente, alla sua fase di esecuzione. Dunque, la validità del negozio fideiussorio non sarebbe inficiata dall'omissione di comunicazione da parte della banca.

Di conseguenza, è ritenuto ingiustificato l'utilizzo da parte del fideiussore dell'azione di nullità del negozio, prevedendosi quale rimedio per la violazione delle norme speciali in tema di trasparenza bancaria l'azione di esatto adempimento o quella di risarcimento del danno.

In secondo luogo, con riguardo alla possibilità di estendere l'ambito di

operatività della normativa disciplinante i rapporti bancari (o finanziari) anche alle garanzie personali, la Corte ritiene che la normativa sulla forma del contratto bancario (o finanziario), garantendo la tutela dei clienti (soggetti deboli del rapporto banca-cliente) *“non può estendersi automaticamente e per osmosi alle garanzie personali rilasciate unilateralmente da soggetti, terzi rispetto al rapporto bancario (o finanziario)”*.

La Corte di Cassazione giunge a tale conclusione con un rinvio espresso all’orientamento della Cass., SS.UU., 16.1.2018 n. 898 in ambito di contratti-quadro relativi agli strumenti finanziari, contesto nel quale rileva l’applicazione dell’art. 23 T.u.f., che, in analogia all’art. 117 T.u.b., prescrive la forma scritta per i contratti di investimento ai fini della loro validità. In tale caso, appunto, se la banca assume una condotta contraria agli obblighi di correttezza e buona fede e, dunque, contraria alle regole di validità e di trasparenza, risulta del tutto inadempiente nello svolgimento del rapporto contrattuale relativo al contratto di conto corrente.

La normativa della forma e della trasparenza del contratto bancario (o finanziario), dunque, *“non si estende direttamente e automaticamente”* al rapporto di garanzia

unilaterale e personale concessa alla banca (o all’intermediario finanziario) in quanto è sufficiente la previsione di norme che preservino e tutelino il rapporto obbligatorio principale a cui è il negozio fideiussorio è collegato.

La Corte pone in risalto la specificità della disciplina sulla trasparenza bancaria in considerazione della *ratio* della stessa: proteggere il cliente (o l’investitore) dagli eventuali abusi del soggetto “forte” del rapporto (la banca), e non certamente regolamentare il negozio fideiussorio che al primo è ricollegato.

A tutto quanto sin qui detto si ricollega l’ultima questione analizzata dalla Suprema Corte, quella sull’individuazione dei risvolti della accessorietà della fideiussione sulla validità della stessa.

Alla luce della caratteristica dell’accessorietà dell’obbligazione fideiussoria rispetto al garantito obbligo primario di prestazione (art. 1936 c.c.), l’invalidità dell’obbligazione principale, in genere, determina la conseguente invalidità anche della fideiussione (art. 1939 c.c.).

La validità della garanzia, dunque, si pone in un rapporto di subordinazione rispetto alla validità del rapporto principale cui, appunto, si ricollega funzionalmente.



Proprio per l'asserito carattere accessorio e per la specificità della *ratio* della disciplina sulla trasparenza bancaria, non si ritiene possibile considerare il fideiussore, *“per osmosi, alla stregua di un cliente della banca”*, proprio per il carattere accessorio di tale obbligazione rispetto a quella del debitore garantito, *ex art. 1936 c.c. (Cass. Civ., 9.11.2007 n. 23391)*. Tale differenziazione soggettiva tra cliente (debitore principale) e fideiussore (soggetto garante) non si ritiene essere lesiva dell'art. 3 Cost., in quanto la disparità di trattamento trova giustificazione proprio nella diversità dei rapporti e nell'accessorietà della fideiussione *“che risulta sensibile alle vicende del rapporto principale”*, e di conseguenza *“già sufficientemente protetta dalle disposizioni relative ai requisiti di validità previsti dalle norme speciali che riguardano i contratti bancari o finanziari”*.

Per di più, proprio in considerazione della subordinazione della validità della garanzia rispetto rapporto principale, *“il giudice non può rilevare d'ufficio la nullità del contratto principale, trasmissibile al negozio accessorio, se non è espressamente dedotta dalla parte fideiubente”* (Cass. Civ., 16.12.2010 n. 25516).

In definitiva, pur escludendo l'applicabilità per osmosi della disciplina del rapporto principale bancario (o finanziario) alla

fideiussione, l'accessorietà di quest'ultima determina quale effetto che *“anche le nullità parziali del rapporto obbligatorio garantito si riflettano, in senso utile per il fideiubente, sui rapporti fra garante e creditore”*.

Da ciò deriva che, poiché il fideiussore non ha dedotto in giudizio vizi relativi alla violazione della disciplina della forma prevista per la validità del contratto bancario (vizio che comporterebbe la consequenziale invalidità della fideiussione collegata), la nullità “genetica” dei negozi di fideiussione per mancata osservanza delle forme previste per i contratti bancari è da ritenersi infondata.

## **6. Considerazioni conclusive**

La *ratio* della disciplina speciale sulla forma, sulla validità e sulla trasparenza del contratto bancario si concretizza nella tutela garantita al cliente che nel rapporto con la banca assume una posizione di debolezza, al fine di creare un contesto di equilibrio tra i contraenti (tra i quali non rientra il fideiussore).

L'elemento dell'accessorietà e subordinazione della fideiussione rispetto al rapporto principale banca-cliente viene utilizzato dalla Corte di Cassazione per affermare la limitazione dell'ambito di



applicazione delle norme speciali disciplinanti i contratti bancari (o finanziari) nei confronti del fideiussore al quale non si estenderà per osmosi la normativa a protezione del cliente (o investitore).

Tali asserzioni sollecitano alcune riflessioni riguardanti il concetto di collegamento negoziale e quello di autonomia del contratto.

Si è detto che la fideiussione costituisce un negozio giuridico collegato necessariamente al contratto obbligatorio principale e che la validità della garanzia, dunque, si pone in un rapporto di subordinazione rispetto alla validità del rapporto principale cui, appunto, si ricollega funzionalmente.

Il collegamento negoziale si sostanzia allorché due contratti causalmente e strutturalmente autonomi tra di loro sono strettamente connessi in quanto finalizzati al raggiungimento di un unico comune interesse. Si tratta di una connessione funzionale tra contratti volti insieme al perseguimento di un unico scopo finale. La pluralità di cause - seppur orientate ad un comune interesse - determina l'applicabilità della disciplina prevista per ciascun contratto.

La fideiussione, oltre che collegata, è subordinata al contratto principale: il

negozio subordinato è sensibile, dunque, alle vicende che interessano il rapporto al quale è collegato, in particolare per quel che attiene all'invalidità, la quale non può che riverberarsi sul rapporto fideiussorio.

Quando la fideiussione è rilasciata in favore di una banca e, dunque, risulta finalizzata a garantire l'adempimento di obbligazioni derivanti da operazioni bancarie, occorre domandarsi in che senso intendere l'autonomia strutturale e causale della fideiussione, soprattutto in contrapposizione al contratto autonomo di garanzia (ove la causa rimane sempre autonoma) e in considerazione della sussistenza in un'altra fattispecie di garanzia derivante dall'apposizione della clausola di pagamento a prima richiesta.

Desti perplessità l'autonomia caratterizzante la fideiussione rilasciata alla banca in quanto la vera e propria autonomia causale è riscontrabile con riguardo alla diversa figura del contratto autonomo di garanzia. Infatti, quest'ultima è una fattispecie contrattuale atipica elaborata dalla prassi proprio per garantire l'impermeabilità della garanzia rispetto al rapporto fondamentale, mediante il congegno della autonomia delle cause da cui consegue l'autonomia dei rapporti.

In altri termini il contratto autonomo di garanzia, a differenza della fideiussione, si caratterizza per la sua incompatibilità con il carattere di accessorietà, tanto che l'invalidità dell'obbligazione principale, in genere, non determina la conseguente invalidità anche del contratto autonomo.

L'obbligazione del garante autonomo, a differenza di quella del fideiussore, è qualitativamente diversa dall'obbligazione garantita; i due istituti non sono necessariamente sovrapponibili in quanto la funzione della fideiussione con clausola di pagamento a prima richiesta è prettamente indennitaria a favore del creditore per il mancato adempimento del debitore principale.

La possibilità di trasformare un contratto di fideiussione in contratto autonomo di garanzia mediante la clausola di pagamento a prima richiesta deriva evidentemente dalla necessità di creare una reale autonomia tra negozio di garanzia e contratto obbligatorio principale che comporti l'esecuzione della prestazione del debitore a prescindere dalla validità del rapporto.

In realtà, il negozio fideiussorio seppure accessorio e subordinato rispetto al rapporto principale, è caratterizzato dall'uguaglianza qualitativa dell'obbligazione

del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita e dalla conseguente sovrapponibilità della prima alla seconda, in quanto rivolta all'adempimento del debito principale.

Posto ciò, la fideiussione quale garanzia personale rilasciata in favore di una banca pare inserita a tutti gli effetti nel mondo particolare della disciplina speciale sulla forma e trasparenza del contratto bancario (o finanziario) e, dunque, l'applicabilità di tale normativa anche all'obbligazione di garanzia non risulterebbe né eccessiva né inopportuna.

A tale conseguenza è possibile giungere anche in considerazione del fatto che, seppure indiscussa la specificità della disciplina sulla trasparenza bancaria volta a proteggere il cliente (o l'investitore) dagli eventuali abusi del soggetto "forte" del rapporto (la banca), proprio la stessa peculiarità della disciplina potrebbe porre il fideiussore in una posizione di debolezza non tanto differente, in realtà, da quella del cliente.



## Penale

### Quando l'extraneus non è un intruso: il dolo nella bancarotta fraudolenta

di Federica Scariato

#### ***1. Il passaggio dalla stigmatizzazione all'accettazione: il fallimento nel corso dei secoli***

Il concetto di “fallimento” ha sempre portato con sé uno stigma negativo, presupponendo una condizione riprovevole o, quantomeno, censurabile da parte dei consociati. Già nel diritto romano, ad esempio, i debitori inadempienti erano puniti molto severamente: essi, infatti, o perdevano la libertà, diventando schiavi del proprio creditore, o addirittura potevano essere condannati a morte. Solo in un secondo momento, reputandosi ingiusto questo approccio metodologico, il diritto romano ha iniziato a distinguere tra insolvenze colpevoli e insolvenze accidentali, reputando in contrasto con l'ordinamento civile soltanto le prime.

Quando, tra il XII e il XIII secolo, il commercio è diventato il motore trainante dell'economia, ci si è resi conto che la materia fallimentare necessitava di una regolamentazione specifica. È proprio in questo momento storico che nasce il

termine “*fallimentum*”, volto ad indicare l'incapacità del commerciante di adempiere alle proprie obbligazioni.

Anche il termine “bancarotta” può essere fatto risalire a questo periodo storico: distruggere il banco di lavoro del commerciante, infatti, impediva al mercante fallito di continuare a gestire la propria attività commerciale, accumulando insolvenze<sup>1</sup>.

Bisogna, però, aspettare l'approvazione del Codice del Commercio, nel 1807, per avere una legislazione puntuale sulla materia. Esso ha avuto il pregio, infatti, di distinguere tra l'insolvenza di un credito commerciale e quella derivante da una obbligazione civile, prevedendo per la prima un diverso regime di esecuzione.

La normativa fallimentare in parola, pur subendo diverse modifiche, è rimasta pressoché immutata fino al 1942, quando viene promulgato il Regio Decreto n. 267 (la cd. legge fallimentare), con il quale il legislatore nazionale ha rivolto la propria attenzione, più che sull'imprenditore fallito, sul creditore e sul terzo.

---

<sup>1</sup>GHIA L., *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano, 2009, pp. 32 ss.

La *ratio* di fondo della nuova normativa è impedire che il dissesto finanziario dell'impresa, già dannoso per l'economia, possa arrecare ulteriore nocimento agli altri soggetti coinvolti nella crisi.

Con il passare degli anni questa esigenza è andata sempre più rafforzandosi: si pensi all'introduzione, nell'ordinamento, di istituti come l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi o il concordato preventivo, tesi entrambi a tutelare in maniera sempre più pregnante sia i creditori dell'impresa che i suoi lavoratori.

Nel 2006 il legislatore, con il d. lgs n. 5 recante disposizioni relative alle discipline concorsuali, ha apportato ulteriori modifiche alla materia fallimentare nel tentativo di semplificare e razionalizzare la crisi d'impresa. Le direttrici di fondo dell'intervento normativo sono state essenzialmente due: da un lato, tentare di tutelare e riabilitare il fallito, non stigmatizzandolo più per i suoi dissesti finanziari e, dall'altro, proteggere la collettività dalle conseguenze negative derivanti dalle grandi crisi di impresa.

Questo *trend* normativo è stato confermato, da ultimo, dal Codice della crisi di impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che ha innovato e regolamentato con maggiore

precisione la disciplina fallimentare. Va rilevato che, proprio per indicare il superamento dello stigma legato al concetto di "fallimento", la novella ha sostituito il termine "fallito" con "soggetto dichiarato in liquidazione giudiziale", lasciando, però, intatte le descrizioni delle condotte penalmente rilevanti e le relative cornici edittali.

## ***2. La bancarotta nel Codice della crisi di impresa***

Come si è avuto modo di anticipare, la disciplina dei reati di bancarotta, contenuta all'interno della Legge fallimentare, ha subito recenti modifiche attraverso il d. lgs 12 gennaio 2019 n. 14. Tale intervento ha collocato i reati fallimentari all'interno del Titolo IX del nuovo Codice.

Ad oggi, quindi, il delitto di bancarotta fraudolenta, prima inserito all'interno dell'art. 216 legge fallim., è disciplinato dall'art. 322 Cod. crisi d'impresa, che sanziona chiunque abbia "*distrutto, occultato, dissimulato o dissipato in tutto o in parte i suoi beni, ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, abbia esposto o riconosciuto passività inesistenti* -comma 1, lett. a- , *oppure abbia sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le*

*altre scritture contabili o li abbia tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari - comma 1, lett. b-”.*

È possibile rilevare come, sotto il profilo della tipicità, nulla sia cambiato, potendosi, quindi, ancora fare ricorso alle tradizionali distinzioni operate dalla dottrina in tema di bancarotta. Persiste, allora, la distinzione tra bancarotta pre e post-fallimentare, a seconda del momento in cui essa viene posta in essere; la prima venendo in rilievo quando la condotta penalmente rilevante è realizzata prima della sentenza dichiarativa di fallimento, la seconda quando, al contrario, la dichiarazione di fallimento precede la condotta.

La bancarotta può, poi, essere semplice o fraudolenta: la prima, disciplinata dall'art. 323, si configura quando il soggetto dichiarato fallito non si comporta in modo da arrecare un pregiudizio ai propri creditori; la seconda, invece, positivizzata dall'art. 322, può essere a sua volta per distrazione, documentale o preferenziale e si concretizza ogniqualvolta l'imprenditore tenta di aggravare il proprio stato di insolvenza per avvantaggiarsi a danno dei soggetti che vantano nei suoi confronti pretese creditorie.

Sebbene possa sembrare semplice, in

astratto, distinguere tra le due tipologie in esame, nella prassi, i confini dell'una e dell'altra sono meno marcati, ritenendosi che la prima venga ad esistenza solo nei casi in cui la condotta dell'imprenditore sia connotata da colpa, mentre, la seconda, evoca un dolo intenzionale.

Imputare una forma o l'altra del reato non è rilevante solo per profili esegetici, portando con sé numerose conseguenze pratiche. Ad esempio, la sanzione penale prevista dal Codice della crisi di impresa è sensibilmente diversa per tali due tipologie di bancarotta: da sei mesi a due anni per quella semplice, da tre a dieci anni per quella fraudolenta. Allo stesso modo, le sanzioni accessorie sono molto più severe per quest'ultima, cui è attribuito un maggiore disvalore da parte dell'ordinamento.

### ***2.1 Bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale***

Se quella semplice non ha mai destato particolari perplessità, senza dubbio una maggiore attenzione l'ha richiesta la bancarotta fraudolenta, a causa delle diverse tipologie che sono state distinte in seno a tale categoria.

La bancarotta fraudolenta (art.322 Codice) si pone, infatti, come una norma a più fattispecie, descrivendosi, all'interno di

un'unica disposizione, una pluralità di condotte criminose. In tale previsione troviamo, quindi, disciplinata la figura della bancarotta patrimoniale (art 322, 1°co.), quella della bancarotta documentale (art.322, 2°co.) e infine, quella meno grave, della bancarotta preferenziale (art 322 comma 3).

Per ciò che concerne la bancarotta per distrazione, essa si configura quando l'imprenditore o l'amministratore della società sottrae, distrae, nasconde o distrugge beni e risorse finanziarie dal proprio patrimonio o da quello collettivo, recando un danno ai suoi creditori (art. 322 comma 1 lett a).

La bancarotta è, invece, documentale, quando il soggetto sottoposto a liquidazione giudiziale sottrae, distrugge o falsifica, con il solo scopo di arrecare un profitto a sé e un pregiudizio ad altri, i libri e le altre scritture contabili che la legge gli impone di tenere.

La bancarotta è, infine, preferenziale, quando l'imprenditore in liquidazione adempia solo ad una parte dei suoi debiti, scegliendo arbitrariamente i creditori da soddisfare e violando, in questo modo, la *par condicio creditorum*.

Rispetto alle condotte penalmente rilevanti descritte all'interno dell'art. 322, particolari

problemi dommatici sono sorti rispetto alla distrazione. Una prima ricostruzione<sup>2</sup>, infatti, ha qualificato tale condotta come quella di chi estromette un bene dal proprio patrimonio senza una corrispettiva entrata. Altro orientamento, invece, ritiene che la distrazione si concretizzi nella semplice destinazione del bene ad un uso diverso da quello originario.

Aderire all'una o all'altra tesi produce notevoli conseguenze in punto di tipicità: se distrarre significa solo alienare senza corrispettivo, ad esempio, l'acquisto di opere d'arte da parte dell'imprenditore non determinerebbe una condotta tipica *ex art.* 322. Viceversa, se per integrare il reato di bancarotta basta destinare una parte della liquidità ad un uso non strettamente correlato all'esercizio di impresa, allora acquistare beni non funzionali costituisce una distrazione, per cui, in caso di insolvenza, si verrebbe a configurare il delitto di cui all'art. 322 Codice crisi imp.

In questo senso sembra che la giurisprudenza più garantista abbia aderito ad una lettura restrittiva del concetto di distrazione, in particolare rispetto alle condotte economicamente rischiose. Si ritiene, infatti, che il sindacato del giudice

<sup>2</sup>NUVOLONE P., *Voce Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, p. 478.

non possa spingersi fino al punto di giudicare le scelte commerciali dell'imprenditore, anche se queste possono risultare estremamente azzardate. Vengono in rilievo, in questo modo, solo i comportamenti sorretti da una volontà dolosa del soggetto, in quanto finalizzati a diminuire la garanzia patrimoniale dei creditori.

Relativamente alle altre condotte tipizzate, al contrario, la dottrina è pressoché unanime. L'occultamento, ad esempio, si configura pacificamente quando l'imprenditore nasconde materialmente dei beni. Va precisato che un conto è tale comportamento, altro è la dissimulazione, che, invece, si sostanzia nel compimento di atti e di negozi giuridici volti a simulare transazioni economiche<sup>3</sup>.

Quanto alla distruzione, poi, essa deve intendersi come perdita o diminuzione del valore economico del bene, con una condotta che può realizzarsi sia in modo attivo che in modo omissivo.

La dissipazione, invece, può assumere una duplice forma: sia quella di esborso insostenibile di denaro per fini diversi da quelli imprenditoriali, sia come sperpero di

risorse economiche anche per fini eticamente apprezzabili, come, ad esempio, donazioni sostanziose ad enti benefici.

### ***3. Il bene giuridico tutelato***

La maggioranza degli interpreti ritiene che il bene giuridico tutelato dalla norma relativa alla bancarotta sia il patrimonio. Più precisamente, per alcuni, è il diritto di garanzia che i creditori vantano sul patrimonio del debitore; mentre, per altri, è il diritto ad una distribuzione uguale dei beni dell'imprenditore fallito.

Va dato atto del fatto che, in realtà, non è mancato in dottrina<sup>4</sup> anche chi ha qualificato il delitto in parola come un reato contro l'amministrazione della giustizia, rilevando che i creditori intanto vantano un diritto alla conservazione patrimoniale, in quanto l'imprenditore sia stato dichiarato insolvente da una sentenza dell'Autorità giudiziaria. D'altra parte, si è rilevato, i comportamenti sanzionati dai reati di bancarotta assumono rilevanza sul piano penalistico solo laddove siano commessi prima o durante le procedure concorsuali.

Dubbio è anche il rapporto che intercorre

<sup>3</sup>AMBROSETTI E. M., RONCO M., MEZZETTI E., *Diritto penale dell'impresa. I reati fallimentari*, Bologna, 2014.

<sup>4</sup>NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, Milano, 1999.

tra le disposizioni penali e quelle civilistiche: per una primo orientamento esse sono complementari, proteggendo lo stesso bene giuridico; per altra ricostruzione<sup>5</sup>, invece, è impensabile che norme civilistiche e penalistiche proteggano lo stesso bene giuridico, anche se in forme diverse. Secondo questo secondo filone interpretativo, quindi, è necessario tentare un'interpretazione differente ed individuare, come bene protetto dall'art. 322 il corretto andamento delle relazioni economiche.

Tale orientamento, però, non convince: il concetto di "relazioni economiche" e di "pubblica economia", infatti, è troppo vago, rischiando di aprire la via a interpretazioni molto ampie al punto da diventare analogiche. Per questo motivo sembra più ragionevole la tesi per la quale il delitto di bancarotta è un reato contro il patrimonio, non potendosi negare che le condotte tenute dall'imprenditore insolvente ledano le ragioni dei suoi creditori. L'ordinamento, quindi, sembra riconoscere strumenti diversi per impedire che l'insolvenza del debitore possa danneggiare la garanzia patrimoniale dei terzi.

#### 4. I soggetti attivi

L'art. 329 del Codice della crisi di impresa identifica le figure soggettive che possono porre in essere il reato di bancarotta, che si caratterizza per essere, quindi, un reato proprio<sup>6</sup>.

A seconda di chi pone in essere la condotta penalmente rilevante si è soliti distinguere tra bancarotta propria e bancarotta impropria. La prima si considera realizzata quando, a realizzare il fatto tipico, è il soggetto dichiarato in liquidazione giudiziale (art. 329 Codice della crisi di impresa); al contrario, la seconda, viene ad esistenza quando la condotta è perpetrata da persone diverse rispetto all'imprenditore liquidato, ad esempio dagli amministratori, dai direttori generali, dai sindaci, ovvero dai liquidatori di società dichiarate fallite.

Ci si è chiesti<sup>7</sup>, poi, se sia possibile estendere la responsabilità penale tipica dei soggetti preposti alla direzione e al controllo della società anche a coloro che, pur senza avere ricevuto formale investitura da parte dell'organo competente, in concreto

<sup>6</sup>BRICCHETTI R., *sub art. 219 R.d. 16 marzo 1942 n. 267*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, p. 1884; CONTI L., *I reati fallimentari*, Torino, 1955, p. 31.

<sup>7</sup>SCIOLTI R., *I reati degli amministratori*, in AA. VV. (coordinati da) E. Carletti, *Diritto penale commerciale I. I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Torino, 1990, p. 181.

<sup>5</sup>CANDIAN A., *Della bancarotta*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1935, I, p. 218.

esercitano le stesse funzioni. Sul punto è possibile distinguere due grandi orientamenti: quello riconducibile alla teoria c.d. formale e quello di matrice sostanziale (o funzionalistica). In forza del primo, è possibile considerare penalmente responsabili soltanto coloro che hanno ricevuto un'investitura formale relativa alla carica che ricoprono all'interno dell'impresa. La seconda delle due interpretazioni, cui hanno aderito dottrina e giurisprudenza<sup>8</sup> maggioritari, al contrario, non dà rilievo esclusivamente alla nomina formale, bastando, ai fini penali, anche la mera situazione di fatto che permette al soggetto agente di esercitare poteri tali da esporre a pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma.

Soggetto attivo, quindi, può essere anche colui che non abbia mai ricoperto formalmente la carica di amministratore o di sindaco, ad esempio, o anche chi sia stato nominato tale in forza di un titolo nullo o revocato.

La disciplina contenuta all'interno del Codice della crisi di impresa si rivolge soprattutto all'imprenditore commerciale, la cui definizione si ricava dagli artt. 2082 e 2195 c.c. Essenziali sono, allora, due

requisiti: la commercialità e la fallibilità.

Quanto alla prima nozione, essa si ricava dal combinato disposto dell'art 2082 c.c. con l'art 2195 c.c, la prima qualificando come imprenditore chiunque eserciti professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e lo scambio di beni o servizi, e la seconda elencando le attività per le quali l'imprenditore è obbligato ad iscriversi nel registro dell'impresa.

Quanto al concetto di fallibilità, invece, esso si ricava dall'art. 1 legge fallim., che pone dei criteri quantitativi nell'individuazione dei soggetti che possono fallire.

Ciò non toglie, però, che al reato possano partecipare più soggetti in concorso *ex art.* 110 c.p.

### ***5. Il concorso nel reato di bancarotta da parte del soggetto non qualificato***

Il concorso di persone nel reato di bancarotta fraudolenta soggiace alle regole dettate dagli artt. 110 ss. c.p. Si tratta, peraltro, di una manifestazione molto frequente nella prassi, in quanto l'imprenditore, soprattutto per riuscire a distrarre o ad occultare, può aver bisogno

<sup>8</sup>*Ex pluris* Cass. pen., Sez. V, 1° marzo 2019 n. 34112; in *Guida al diritto*, 2019, 40, p. 85.

dell'ausilio di collaboratori<sup>9</sup>.

Essendo la bancarotta fraudolenta un reato proprio, i problemi che si pongono rispetto al concorso di persone in tale fattispecie sono tre: se possano concorrere solo soggetti aventi la qualifica richiesta dalla norma o anche soggetti privi di qualifica; se il reato debba essere materialmente realizzato solo dall'*intranseus*, e, infine, se si ritiene che possa partecipare al reato anche un soggetto privo della qualifica richiesta dall'art. 322, quale sia l'elemento soggettivo che deve animarlo.

Circa la prima questione, dottrina<sup>10</sup> e giurisprudenza sono concordi nell'ammettere il concorso dell'*extraneus*. Tale possibilità sarebbe configurabile sia per ragioni ontologiche, in quanto, se è vero che il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice può essere offeso solo da chi riveste una determinata posizione, è vero anche che è possibile immaginare che un *extraneus* determini o agevoli il compimento del reato. Peraltro, sotto il profilo giuridico, ciò sarebbe confermato dall'art. 117 c.p., che, nell'ammettere il mutamento del titolo

di reato per taluno dei concorrenti, sembra dare per scontato che un soggetto privo di qualifica possa collaborare con uno che, invece, la detiene.

Ci si è chiesti, poi, se il reato debba essere materialmente compiuto dall'*intranseus* o se, ai fini della punibilità, sia indifferente chi lo ponga in essere. Sul punto bisogna ricordare la distinzione tra reati esclusivi, semi-esclusivi e non esclusivi. Quanto ai primi, essi sono, per definizione, di mano propria, in quanto lo stesso fatto, realizzato da un soggetto privo della qualifica necessaria, non sarebbe idoneo ad offendere il bene giuridico protetto dalla norma di parte speciale. In caso di reati propri semi-esclusivi, invece, la presenza o meno della qualifica muta il titolo di reato (è quello che accade, ad esempio, in caso di appropriazione indebita e peculato). Nei reati propri non esclusivi, infine, rientrano tutti quei fatti tipici che, se posti in essere da un soggetto senza qualifica, configurano illeciti extrapenalici.

La bancarotta fraudolenta, in quanto reato a soggettività ristretta, ha posto dei dubbi sulla sua natura giuridica<sup>11</sup>. Ci si è chiesti, infatti, se essa debba essere considerata un

<sup>9</sup>SERENI A., *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia – C. Piccininni – F. Severini, Torino, 2012, pp. 24 ss.

<sup>10</sup>MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Firenze, 1979, p. 532.

<sup>11</sup>PEDRAZZI C., *sub art. 216, Legge fallimentare*, (a cura di) F. Galgano, *Commentario*, V. Scialoja – G. Branca, Bologna, 1995, p. 82.



reato esclusivo di mano propria, e quindi realizzabile materialmente solo dal soggetto qualificato, oppure un reato non esclusivo, ben potendo l'imprenditore (o gli amministratori) far sì che la condotta materiale sia realizzata da terzi.

Pare opportuno, a questo punto, operare una distinzione: mentre per il reato di bancarotta propria sembra pacifico il dato per il quale si tratterebbe di un reato non di mano propria; relativamente alla bancarotta impropria il dibattito è ancora acceso tra gli interpreti, potendosi distinguere tra quanti<sup>12</sup> ritengono che la condotta posta in essere da soggetti diversi dagli amministratori e dai sindaci sia solo un illecito civile, e quanti, al contrario, ammettono che l'*extraneus* possa realizzare materialmente la condotta.

La giurisprudenza<sup>13</sup>, ad ogni modo, sembra aver aderito alla tesi per cui il reato di bancarotta avrebbe, in realtà, natura semi-esclusiva, ragion per cui la medesima condotta, posta in essere da un soggetto privo di qualifica, andrebbe a configurare il reato di appropriazione indebita.

Ammesso, quindi, che il soggetto privo di qualifica possa concorrere nel reato proprio di bancarotta fraudolenta, ci si è chiesti che

<sup>12</sup>In questo senso MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 109.

<sup>13</sup>Cass. pen., Sez. V, 15 febbraio 2018, n. 25651, P.I., in *www.dejure.it*.

tipo di apporto egli debba fornire nella realizzazione del reato. Naturalmente, perché possa essere riconosciuta la responsabilità dei concorrenti, è necessario, anzitutto, che vi sia un accordo tra loro. In secondo luogo è essenziale che il soggetto apporti un concreto contributo materiale alla causazione dell'evento<sup>14</sup>.

Sul tema, in realtà, la giurisprudenza è stata oscillante. In un primo momento, infatti, era ritenuto ammissibile il concorso colposo nel reato doloso altrui. In questo senso, quindi, la partecipazione al fatto tipico era considerata configurabile anche in presenza di una mera leggerezza da parte dell'*extraneus*<sup>15</sup>.

Tale ricostruzione, però, è recessiva, dovendosi preferire, piuttosto, l'interpretazione pretoria<sup>16</sup> più garantista, per la quale, per aversi concorso nel reato, è necessario che i partecipi siano animati entrambi dallo stesso elemento soggettivo, nella fattispecie il dolo.

Tanto premesso, allora, si è posto un

<sup>14</sup>Cass. pen., Sez. V, 17 maggio 2017, n. 54291, B.P., in *www.dejure.it*; Sez. V, 26 aprile 2011, n. 27367, *ivi*; Sez. V, 27 ottobre 2006, n. 41333, T., *ivi*; Sez. V, 19 novembre 1990, n. 15850, B., in *Cass. pen.*, 1991, pp. 828 ss.

<sup>15</sup>BORGHI M., *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p. In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso*, in *Dir. pen. Cont.*, 14 marzo 2016.

<sup>16</sup>Cass. pen., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032, in *Dir. pen. cont.*, 1° marzo 2019.

ulteriore problema relativo alla comprensione degli elementi che, nella bancarotta fraudolenta, devono cadere nel fuoco del dolo. Se è pacifico, infatti, che entrambi i concorrenti devono avere contezza del fatto che stanno sottraendo dei beni al patrimonio sociale, dubbi sono sorti rispetto alla consapevolezza del dissesto economico dell'impresa.

Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi, di recente, la Corte di Cassazione, la quale ha precisato che, perché sia ritenuto responsabile, è sufficiente che l'*extraneus* agisca con la sola consapevolezza di determinare un depauperamento del patrimonio sociale ai danni del creditore, non essendo necessario che egli sia a conoscenza del dissesto della società<sup>17</sup>. La conoscenza del dissesto, d'altra parte, non è richiesta nemmeno all'amministratore, per cui costituirebbe un controsenso farla ricadere nel fuoco del dolo dell'*extraneus* e non in quello dell'*intraeus*. Il dissesto, infatti, non rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie, come lo è, invece, il depauperamento del patrimonio dell'imprenditore, rispetto al quale, sì, è richiesto il dolo.

---

<sup>17</sup>*Ex plurimis* Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2019, n.4710, in *www.dejure.it*; Sez. V, n. 38731 del 2017, *ivi*; Sez. V, 26 gennaio 2016, n.12414 ancora in *ivi*.



## Schede di Giurisprudenza



## Amministrativo

### Per il principio di precauzione è necessario un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa

*Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 6655/2019 del 03 ottobre 2019*

*di Gaia Barone*

### **Il principio di proporzionalità come temperamento necessario ad evitare una applicazione distorsiva del principio di precauzione**

*Fatto*

Con il ricorso di primo grado la Pfizer s.r.l. ha impugnato e chiesto l'annullamento del bando di gara, pubblicato dalla S.C.R. Società di Committenza Regione Piemonte s.p.a., relativo alla fornitura di vaccini destinati alle Aziende sanitarie della Regione Piemonte e Valle d'Aosta.

In particolare, la ricorrente contestava all'Amministrazione la messa in competizione al prezzo più basso di due differenti vaccini anti-pneumococcici: il vaccino tredici-valente Prevenar 13 PCV 13, commercializzato dall'odierna appellante Pfizer s.r.l.; e il vaccino deca-valente Synflorix PCV 10, commercializzato dalla controinteressata GlaxoSmithKline, risultata

poi aggiudicataria.

Secondo la ricorrente, la più ampia copertura vaccinale assicurata da Prevenar 13 (che contrasta 13 sierotipi anziché 10) impedirebbe all'Amministrazione di mettere in concorrenza in un unico lotto le tue specialità mediche, stante la differente efficacia terapeutica e classificazione ATC dei due vaccini.

A seguito della fase cautelare, risoltasi in senso sfavorevole alla ricorrente (per effetto dell'ordinanza del Tar Piemonte n. 495/2017, confermata dalla III sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 246/2018), la causa è stata definita con pronuncia reiettiva del ricorso n. 1257/2018.

Con l'atto di appello sono riproposti alcuni dei motivi già presentati davanti al TAR.

- Con il primo motivo, la Pfizer censura ancora una volta l'operato della stazione appaltante, per aver posto in concorrenza in un medesimo lotto i due vaccini e per aver motivato la decisione di ritenerli equivalenti in modo superficiale, trascurando le indicazioni scientifiche formulate del Ministero della Salute e dall'Agenzia Italiana

del Farmaco.

- Con il secondo motivo, l'appellante richiama il Piano nazionale di prevenzione vaccinale (PNPV) 2017-2019, che –afferma– conterrebbe una preferenza per il vaccino Prevenar, nella parte in cui raccomanda "il raggiungimento della massima protezione possibile in relazione al profilo epidemiologico prevalente e alla diffusione dei ceppi". Inoltre, il piano fissa come obiettivo "quello di garantire che i livelli di copertura raggiunti vengano mantenuti nel futuro in tutto il territorio del Paese senza alcuna discriminazione".

Proprio tale ultima indicazione, ad avviso della Pfizer, escluderebbe la possibilità di diversificazione dell'offerta vaccinale su base regionale, la quale disattenderebbe gli obiettivi del PNPV determinando spostamenti dei soggetti verso l'offerta vaccinale di maggior gradimento, così potenzialmente compromettendo i livelli omogenei di immunizzazione di gregge raggiunti sul territorio nazionale.

La III Sezione, con ordinanza istruttoria n. 2548 del 19 aprile 2019, dispone quindi

l'acquisizione di chiarimenti da parte dell'Istituto Superiore di Sanità e del Ministero della Salute. Dal compendio dei dati istruttori si ricavano alcune utili indicazioni:

- i) Quanto alla diversificazione di efficacia dei due vaccini, viene dato risalto al Position Paper dell'Organizzazione Mondiale della Sanità ove si afferma che "entrambi i prodotti sono efficaci nel ridurre complessivamente la malattia invasiva da pneumococco ... [e che] sebbene il PCV13 contenga 3 sierotipi aggiuntivi, attualmente non vi sono evidenze sufficienti per determinare la differenza tra i due vaccini nel modificare l'impatto sul carico complessivo sulla malattia a livello globale".
- ii) Circa la miglior strategia di profilassi, i due pareri tecnici convergono nel ritenere che l'uso del PCV10 può giustificarsi, secondo un canone di prudente azione sanitaria, a fronte di una condizione epidemiologica locale di assente e/o ridotta circolazione dei sierotipi 3 e 19A

(contenuti nel solo Prevenar 13) ovvero al ricorrere di un rilevante risparmio di risorse da investire in altri interventi di sanità pubblica.

Una preferenza per il PCV10 dovrebbe in ogni caso accompagnarsi ad un'opera di costante monitoraggio nell'ambito regionale di riferimento, tale da consentire eventuali correttivi in corso della strategia vaccinale adottata.

Si rimarca poi che la relazione dell'ISS non segnala alcun rischio di alterazione del quadro epidemiologico locale potenzialmente derivante da campagne vaccinali disomogenee, smentendo l'argomento secondo cui scelte differenziate tra singole regioni potrebbero compromettere l'efficacia dell'immunità di gregge conseguita e quindi il buon esito della profilassi su scala nazionale.

iii) Dall'analisi dell'ultimo profilo dell'attività istruttoria emerge la conformità della scelta del vaccino PCV10 alle prescrizioni

del PNPV 2017-2019, essendo altresì condivisibile il rilievo del giudice di primo grado, secondo cui "il Piano, nel paragrafo in cui raccomanda "il raggiungimento della massima protezione possibile", riporta la precisazione: "in relazione al profilo epidemiologico prevalente e alla diffusione dei ceppi". Ciò significa che il Piano non esige sempre e comunque l'utilizzo del vaccino a più alto contenuto sierotipico, ma raccomanda invece alle Regioni ed alle stazioni appaltanti di modulare la propria azione, valutando adeguatamente il contesto epidemiologico prevalente, al fine di pervenire alla massima protezione vaccinale possibile".

Si tratta di verificare se nella Regione Piemonte sussistano le condizioni idonee a giustificare la profilassi mediante impiego del vaccino a minore copertura. Ed in tal senso i riscontri offerti dai dati empirici sono positivi: la regione presenta una condizione epidemiologica favorevole –



caratterizzata dalla sostanziale assenza dei sierotipi aggiuntivi di PCV13 in età pediatrica-; inoltre la scelta di PCV10 produce un ingente risparmio di risorse economiche in favore del circuito sanitario regionale (6.250.000,00 €).

In conclusione, le risultanze istruttorie - esprimendosi in favore dell'attuale possibilità di impiego del vaccino decavalente-affermano la legittimità delle scelte discrezionali in tal senso operate dalla Regione, che, seppur pervase da componenti tecniche, si situano nel perimetro di un esercizio non irragionevole del potere.

Le argomentazioni di parte appellante evocano il principio di precauzione e ribadiscono la necessità di una scelta maggiormente cautelativa in grado di "garantire alla popolazione la massima protezione immunitaria nei confronti delle malattie pneumococciche".

Come è noto, il principio de qua (dettato in primis dall'art. 191 TFUE) opera in situazioni connotate da incertezza scientifica in ordine ai rischi connessi ad una data attività ed a fonte di un obbligo per l'amministrazione di "adottare provvedimenti

*appropriati al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, ponendo una tutela anticipata rispetto alla fase dell'applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione".<sup>1</sup>*

Rinviano al prosieguo dell'analisi per gli approfondimenti sul principio in questione e sul rapporto intercorrente tra lo stesso e i principi di prevenzione e proporzionalità, giova sottolineare che un'applicazione del principio di precauzione tout court, slegata da bilanciamenti con gli altri principi, si presterebbe ad avere esiti distorsivi, potendosi rivelare potenzialmente lesiva ed inopportuna dispendiosa.

In conclusione, il Consiglio di Stato, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in esame -ribadendo che l'azione amministrativa della Regione costituisce corretta esplicazione del principio di precauzione- respinge l'atto di appello e conferma la sentenza impugnata.

### *Normativa*

***Regolamento del 28/01/2002 - N. 178.***

***Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i principi e i***

---

<sup>1</sup>TAR Lombardia, n. 419/2018; TAR Lombardia n. 625/2018; TAR Piemonte n. 99/2018; Consiglio di Stato, n. 2495/2015.



*requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare*

**Art. 7 - Principio di precauzione**

- 1. Qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio.*
- 2. Le misure adottate sulla base del paragrafo 1 sono proporzionate e prevedono le sole restrizioni al commercio che siano necessarie per raggiungere il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità, tenendo conto della realizzabilità tecnica ed economica e di altri aspetti, se pertinenti. Tali misure sono riesaminate entro un periodo di tempo ragionevole a seconda della natura del*

*rischio per la vita o per la salute individuato e del tipo di informazioni scientifiche necessarie per risolvere la situazione di incertezza scientifica e per realizzare una valutazione del rischio più esauriente.*

**Articolo 191 TFUE (ex articolo 174 del TCE)**

- 1. La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: — salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, — protezione della salute umana, — utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, — promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici.*
- 2. La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga». In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione*



dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione.

3. Nel predisporre la sua politica in materia 3. Nel predisporre la sua politica in materia ambientale l'Unione tiene conto: — dei dati scientifici e tecnici disponibili, — delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione, — dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione, — dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni. 4. Nell'ambito delle rispettive competenze, l'Unione e gli Stati membri collaborano con i paesi terzi e con le competenti organizzazioni internazionali. Le modalità della cooperazione dell'Unione possono formare oggetto di accordi tra questa ed i terzi interessati. Il comma precedente non pregiudica la competenza degli Stati membri a negoziare nelle sedi internazionali e a concludere accordi internazionali.

#### **D.Lgs. 152/2006, Codice dell'Ambiente.**

**Art. 3-ter** laddove si legge che la tutela ambientale ed ecosistemica va assicurata

mediante “una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio «chi inquina paga» ...”

**art 144:** si impronta, tra gli altri, al principio di precauzione l'attività di tutela e uso delle risorse idriche.

**art 178:** sui principi in materia di gestione dei rifiuti.

**art 301:** recante “Attuazione del principio di precauzione”, laddove rinveniamo un espresso richiamo all'articolo 174, par. 2, del Trattato CE e la disposizione per cui “in applicazione del principio di precauzione...in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione” ogni qual volta sia stato individuato un rischio - seppur virtuale - a valle di una “preliminare valutazione scientifica obiettiva”.

#### **Dichiarazione conclusiva dei lavori della Conferenza di Rio De Janeiro su Ambiente e Sviluppo del 1992, Principio**

**15:** “al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in

*rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale”*

### *Inquadramento*

Rintracciare una definizione unitaria del principio di precauzione è un’operazione di non facile risoluzione, attesa la liquidità del concetto e la presenza di circa venti differenti declinazioni del principio.

Attenta dottrina<sup>2</sup> ha evidenziato la derivazione del principio di precauzione dal più generico concetto di cautela, la sua portata trascendendo il campo prettamente giuridico, per attenersi più propriamente a quello epistemologico. Da ciò la conseguente difficoltà di circoscriverne la portata in una definizione chiara ed univoca. Ciò posto, tuttavia, è *sine dubio* che il principio afferisca ai principi generali del diritto comunitario il quale, come sottolineato in giurisprudenza, troverebbe attuazione tramite la prevalenza di esigenze di tutela di valori fondamentali quali l’incolumità e la salute pubblica, l’ambiente e la sicurezza su interessi diversi, essenzialmente di natura economica *“indipendentemente dall’accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano”*<sup>3</sup>.

Posta la differenza concettuale che intercorre tra precauzione (limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi) e

prevenzione (limitazione di rischi oggettivi e provati) - il principio di precauzione, dettato in primis dall’art. 191 TFUE e a seguire recepito da ulteriori fonti comunitarie e dai singoli ordinamenti nazionali, fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l’ambiente, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l’effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto. L’attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un’attività potenzialmente pericolosa, l’azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche<sup>4</sup>.

Sul piano applicativo, la comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 fornisce indicazioni di indirizzo in merito alle condizioni di applicazione del principio di precauzione: (i) la sussistenza di indicazioni ricavate da una valutazione scientifica oggettiva che consentano di dedurre ragionevolmente l’esistenza di un rischio per l’ambiente o per la salute umana; (ii) l’afferenza di tale incertezza scientifica oggettiva all’entità o alla gestione del rischio, tale per cui non si possa determinare con esattezza la portata e gli effetti.

*Aliis verbis*, nella prospettiva della

<sup>2</sup>S. Di Benedetto, La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale, in *Dir. Comm. Internaz. Riv. Fasc.* 2, 2006

<sup>3</sup>TAR Campania, 1504/2015

<sup>4</sup>cf. ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525 e sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495



Commissione Europea l'azione precauzionale è pertanto giustificata solo quando vi sia stata l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi (rischio) sulla base di dati scientifici, seri, oggettivi e disponibili, nonché di un "ragionamento rigorosamente logico" e, tuttavia, permanga un'ampia incertezza scientifica sulla "portata" del suddetto rischio.

### **Principio di precauzione e il c.d. rischio zero.**

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato ha affermato come l'applicazione del principio di precauzione non implichi necessariamente il perseguimento del c.d. rischio zero. La scelta di applicare pedissequamente il principio di precauzione, nella sua declinazione più forte, può infatti giustificarsi solo quale *extrema ratio*, nei casi in cui ogni altra misura si rivelerebbe inefficace a contrastare il rischio potenziale.

In altre parole, il principio in questione, i cui tratti giuridici si individuano sul binomio analisi dei rischi - carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura.

Giova ripetere, così come sottolineato dalla Comunicazione della Commissione CE del 2 febbraio 2000, che idoneo a fondare l'intervento cautelativo delle Amministrazioni è non già ogni incertezza

scientifica, ma solo quelle promananti da contrasti scientifici fondati su studi accurati e dati oggettivi.

Nel caso di specie, ad esempio, non è stato riscontrato alcun rischio scientificamente accertabile in ordine all'incidenza sul piano epidemiologico –locale e nazionale- dei sierotipi coperti solo dal vaccino tredicivalente, né alcuna evidenza scientifica ha sorretto ipotetici rischi in ordine alla vanificazione della immunizzazione di gregge, così come al contrario asserito dalla appellante Pfizer.

In ultima analisi il Consiglio di Stato, in linea con quanto precedentemente affermato dalla Commissione Europea, specifica i criteri di riferimento per una corretta applicazione del principio di precauzione: i) la proporzionalità rispetto al livello di protezione ricercato, posta la rarità delle ipotesi che postulano il raggiungimento del c.d. rischio zero; ii) la non discriminazione, aliis verbis il divieto di disparità di trattamento; iii) la coerenza tra misure adottate e precedenti misure attinenti a situazioni analoghe; iv) la necessità di esame dei risultati evolutivi degli studi scientifici, onde consentire un continuo adeguamento delle misure precauzionali al livello di rischio registrato, a fronte del progresso delle conoscenze tecniche.

### **La tensione del principio di precauzione con il principio di proporzionalità**

L'impianto motivazionale della sentenza in commento –ricognitiva del principio di



precauzione e dei suoi presupposti applicativi- si innesta in particolare sul primo dei criteri enunciati dalla Commissione: quello di proporzionalità.

*I giudici della III Sezione affermano che il raggiungimento del c.d. rischio zero “entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure congrue rispetto al livello prescelto di protezione ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti”.*

*In altre parole, vi sarebbero talune situazioni nelle quali la strategia cautelativa può rivelarsi “inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva”.*

In tal senso si inquadra la decisione de qua che, nel delicato *balancing test*, ritiene prevalente il principio di precauzione a fronte di quello di proporzionalità solo dinanzi a misure cautelative di stretta necessità, sul presupposto di un continuo monitoraggio delle scelte dell'Amministrazione.

### *Soluzione*

La sentenza n. 6655/2019 del Consiglio di Stato ha sconfessato l'orientamento, pur seguito da parte della giurisprudenza amministrativa, secondo cui *“ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione precoce, anticipatoria rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche...in tutti i casi in cui l'ordinamento non preveda già parametri atti a*

*proteggere l'ambiente dai danni poco conosciuti, anche solo potenziali”*<sup>5</sup>.

Il principio di proporzionalità deve costituire il necessario contrappeso all'applicazione acritica del principio di precauzione, al fine di evitare che si generino situazioni distorsive e contrarie ai principi –in primis al principio di certezza del diritto- che rappresentano la struttura portante dell'ordinamento democratico, nonché *funditus* dello stesso stato di diritto.

---

<sup>5</sup>TAR Piemonte, n. 2294/2010. In questo senso, cfr. TAR Veneto ord. nn. 311 e 312 del 2011, TAR Lazio n. 1268/2011, TAR Toscana n.1350/2013.

## Civile

### La cessione del credito risarcitorio nel sistema dell'assicurazione per la R.C.A.

*Cassazione civile, sezione III, sentenza n. 22726 del 12 settembre 2019*

*di Maura Alessia Valentina Ciociano*

**È suscettibile di cessione il credito che il danneggiato vanta ex art. 149 cod. assicurazioni nei confronti dell'assicuratore del danneggiato? Detta cessione è, altresì, in grado di determinare l'estinzione del debito cui è tenuta la compagnia assicurativa, nel caso in cui la stessa sia effettuata in favore del responsabile civile, vincolato a sua volta in base a titolo autonomo e diverso, alla «medesima prestazione?»**

*Fatto*

All'interno della Carrozzeria A., la vettura di proprietà di B.D., assicurata dalla L. S.p.A., subiva un danno a seguito di urto provocato da un furgoncino di proprietà della carrozzeria e condotto da un suo dipendente. Successivamente B.D. commissionava alla Carrozzeria A. le riparazioni provocate al veicolo e cedeva alla stessa il credito, che vantava, nei

confronti dell'assicurazione, ai sensi dell'art. 149 codice assicurazioni.

Di pò, la summenzionata Carrozzeria A. citava in giudizio la compagnia assicurativa per far valere il credito, quest'ultima eccepiva, in via preliminare, il difetto di legittimazione passiva e, in via subordinata, la carenza di legittimazione attiva in capo alla parte attorea per incompatibilità delle posizioni di creditrice e debitrice.

Il giudice di pace rigettava la domanda di parte attrice e accoglieva ambedue le eccezioni del convenuto.

Il Tribunale, in grado di appello, rigettava le doglianze della compagnia assicurativa, sostenendo che il credito azionato doveva ritenersi estinto per confusione, poiché la carrozzeria rivestiva contemporaneamente le posizioni di creditore e debitore in solido.

*Normativa*

#### **Articolo 1243 Codice Civile – Effetti della confusione**

*“Quando le qualità di debitore e creditore si riuniscono nella stessa persona, l'obbligazione si estingue, e i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore sono liberati.”*

#### **Articolo 1917 Codice Civile -**



### **Assicurazione della responsabilità civile**

*“Nell’assicurazione della responsabilità civile l’assicuratore è obbligato a tenere indenne l’assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell’assicurazione, deve pagare ad un terzo in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi.*

*L’assicuratore ha facoltà, previa comunicazione dell’assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l’indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se il terzo lo richiede.*

*Le spese sostenute per resistere all’azione del danneggiato contro l’assicurato sono a carico dell’assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata. Tuttavia, nel caso che sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato, le spese giudiziali si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione del rispettivo interesse.*

*L’assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l’assicuratore.”*

### **Articolo 1303 Codice Civile – Confusione**

*“Se nella medesima persona si riuniscono le qualità di creditore e di debitore in solido, l’obbligazione degli altri debitori si estingue per la parte di quel condebitore.*

*Se nella medesima persona si riuniscono le qualità di debitore e di creditore in solido, l’obbligazione si*

*estingue per la parte di questo.”*

### **Articolo 1260 Codice Civile – Cedibilità dei crediti**

*“Il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge.*

*Le parti possono escludere la cedibilità del credito, ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosca al tempo della cessione.”*

### **Articolo 149 Codice delle Assicurazioni Private (Decreto Legge 7 settembre 2005 n. 209)**

*“In caso di sinistro tra due veicoli a motore identificati ed assicurati per la responsabilità civile obbligatoria, dal quale siano derivati danni ai veicoli coinvolti o ai loro conducenti, i danneggiati devono rivolgere la richiesta di risarcimento all’impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativamente al veicolo utilizzato.*

*La procedura di risarcimento diretto riguarda i danni al veicolo nonché i danni alle cose trasportate di proprietà dell’assicurato o del conducente. Essa si applica anche al danno alla persona subito dal conducente non responsabile se risulta contenuto anche nel limite previsto dall’articolo 139. La procedura non si applica ai sinistri che coinvolgono*

*veicoli immatricolati all'estero e al risarcimento del danno subito dal terzo trasportato come disciplinato dall'articolo 141."*

### *Inquadramento*

Le problematiche affrontate, nella sentenza in commento, dalla Suprema Corte di Cassazione sono due: in primo luogo, i giudici di legittimità, si sono chiesti se sia suscettibile di cessione il credito che il danneggiato vanta ex articolo 149 del Codice Assicurazioni nei confronti dell'impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato. In secondo luogo, si è affrontata la questione relativa all'estinzione del debito nel caso in cui la cessione in parola sia effettuata in favore del responsabile civile, il quale è obbligato per la medesima prestazione.

Al fine di analizzare con approfondimento la prima questione, i giudici di legittimità scandagliano l'istituto della cessione del credito. In linea generale, la cessione del credito è il contratto traslativo attraverso cui il cedente trasferisce il credito ad un'altra persona, detta cessionario e, per effetto dello stesso, il debitore ceduto è obbligato nei confronti del cessionario. Si tratta, a ben vedere, di una cessione a titolo particolare nel credito in cui, pur essendo modificato il soggetto attivo dello stesso, l'obbligazione resta la medesima. Da ciò discende che, ai sensi dell'articolo 1263 del Codice civile, per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie

personali e reali e con gli altri accessori. Per queste ragioni, il cessionario potrà esperire, altresì, tutte le azioni a tutela del suo diritto e ai fini del perfezionamento della cessione del credito, è sufficiente l'accordo tra cedente e cessionario. Inoltre, la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando costui l'ha accettata o quando gli è stata notificata.

Tutto ciò deve essere letto, a giudizio della Corte, in combinato disposto con l'articolo 1260 del Codice civile, il quale sancisce il principio della libera cessione del credito. Il principio in parola non trova alcuna limitazione o eccezione nelle norme che disciplinano il risarcimento dei danni conseguenti a sinistro stradale contenuti nella legge 24 dicembre 1969 n. 990 e, in parte, inserite, nel decreto-legge 7 settembre 2005 n. 209. Su questo punto la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, in numerose pronunce ha sostenuto che anche questa tipologia di credito può costituire oggetto di cessione, non essendo di natura personale e non essendoci alcun limite normativo.

Per quanto, invece, attiene al secondo quesito secondo i giudici di legittimità: bisogna rispondere negativamente. È pacifico, in giurisprudenza, che il vincolo che lega l'assicuratore al responsabile civile e al danneggiante sia di natura solidale. Egualmente, la Corte, con giurisprudenza costante, ha sostenuto che la cessione del credito può aver luogo anche in favore dei condebitori in solido e che, per effetto della stessa, può determinarsi la riunione in capo

allo stesso soggetto della qualità di debitore e creditore in solido. Ed ha precisato che al creditore in solido divenuto cessionario del credito non si applica la disposizione di cui al I comma dell'art. 1299 c.c. a mente della quale il debitore in solido che ha pagato l'intero debito può ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi, ma resta nei suoi confronti il vincolo solidale degli altri condebitori e, quindi, può agire contro di essi per l'intero debito, diminuito della sua quota. Ciò è, altresì, affermato dal I comma dell'articolo 1303 del codice civile secondo il quale se nella stessa persona si riuniscono le qualità di debitore e creditore in solido, l'obbligazione degli altri debitori si estingue per la parte di quel condebitore. A parere degli esegeti, la norma appena citata implica che nei rapporti interni siano individuabili quote di partecipazione; questa cosa, però, non è condizione necessaria per aversi solidarietà. Invero, autorevole dottrina ha sostenuto che il concetto di solidarietà è una nozione giuridica polivalente in grado di permeare sia le obbligazioni solidali ad interesse comune, sia le obbligazioni solidali a interesse prevalente. Ciò posto, l'articolo 1303 del Codice civile non si applica a tutte le obbligazioni solidali, ma solo a quelle caratterizzate dalla divisibilità dell'obbligazione e da un eadem causam obligandi. Secondo la Corte non appartiene a questa tipologia di solidarietà quella che si determina tra l'obbligazione posta a carico dell'assicuratore per la r.c.a. e quella che grava sul responsabile civile ex art. 2054 c.c.

A giudizio degli interpreti, esistono una serie di fattori che portano a questa conclusione; essi vanno ricercati nella disciplina del sistema delle assicurazioni private, a partire dalla legge n. 990 del 1969, da considerarsi speciale ed atipica rispetto al contratto di assicurazione di diritto comune: la ratio risiede nel fatto che lo scopo di questa materia è quello di assicurare sempre alle vittime di incidenti stradali la possibilità di ottenere il risarcimento del danno. A fini squisitamente esemplificativi, si menziona: la previsione di un'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore, il limite dell'azione diretta nel massimale concretamente previsto dalla polizza, l'impossibilità per l'assicuratore di opporre al danneggiato le eccezioni derivanti dal contratto di assicurazione etc. etc.

Gli indirizzi giurisprudenziali della Corte di Cassazione, in codesta materia, sono univoci nel considerare questa solidarietà atipica ad interesse uni soggettivo finalizzata al rafforzamento del debito principale, caratterizzata dal fatto che l'assicurazione dell'assicurato si estende fino al massimale e che nei rapporti interni non si applicano le statuizioni contenute nel II e III comma dell'articolo 2505 c.c.

Altra caratteristica fondamentale è la natura meramente accessoria dell'obbligazione del danneggiante/responsabile civile. Nel sistema delle assicurazioni, il legislatore ha costruito un congegno normativo volto a tutelare sempre il danneggiato. Dunque, l'unico legame esistente, in termini solidaristici, tra due obbligazioni è la

funzione di garanzia svolta dal debito del responsabile civile rispetto all'obbligazione dell'assicuratore.

Sulla scorta di tutte queste motivazioni, la Corte di Cassazione ha sancito l'inapplicabilità, nel caso di specie, dell'articolo 1303 c.c. Per i giudici, neppure il diritto di rivalsa dell'assicuratore nei confronti del proprio assicurato potrebbe giustificare l'applicazione di quest'articolo. La rivalsa trovando la scaturigine nel rapporto assicurativo interno tra assicuratore e assicurato, integra un controcredito da far valere in compensazione a parziale estinzione del credito ceduto.

Nel caso oggetto di trattazione, il credito ceduto è fatto valere attraverso un'azione diretta ex art. 149 del Codice Assicurazioni nei confronti dell'assicurato del danneggiato, il quale è mandatario senza rappresentanza dell'assicuratore del responsabile. A norma dell'articolo in parola, l'impresa assicuratrice del veicolo danneggiato potrà agire in regresso nei confronti dell'assicuratore del responsabile; quest'ultimo, infine, potrà far valere il

proprio diritto di rivalsa nei confronti del responsabile civile.

### *Soluzione*

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, ha pronunciato il seguente principio di diritto: *“In tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile da circolazione di veicoli, qualora il danneggiato dal sinistro ceda al responsabile civile il creditorio risarcitorio azionabile ex art 149 decreto legge n. 209 del 2005 nei confronti della propria compagnia assicuratrice, la riunione in capo al cessionario delle qualità di creditore e debitore in solido non determina l'estinzione per confusione dell'autonoma obbligazione gravante sull'assicuratore, non trovando in tal caso applicazione l'articolo 1303, I comma c.c., attesa la peculiare forma di solidarietà passiva atipica e ad interesse uni soggettivo, esistente, nel sistema dell'assicurazione obbligatoria, tra impresa assicuratrice e responsabile civile”*.



## Penale

### L'istituto della recidiva qualificata e la sua controversia inclusione nell'ambito della categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale e art. 649 bis c.p.

#### *Cassazione penale, sezione II, ordinanza n. 5555 del 12 febbraio 2020*

*di Fabio Russo*

#### *Fatto*

Il Tribunale di Cosenza, con sentenza del 12/3/2019, dichiarava di non doversi procedere nei confronti di A.T., imputato del delitto di appropriazione indebita continuata, aggravata ex art. 61, primo comma n. 11 c.p. e della recidiva reiterata, specifica ed infraquinquennale, commesso nel febbraio e marzo dell'anno 2013, per essere il reato estinto per remissione della querela.

Successivamente, avverso la già menzionata sentenza ha proposto ricorso il Procuratore generale presso la Corte di appello di Catanzaro, chiedendone l'annullamento per violazione della legge penale. Ciò perché se, da una parte, è vero che l'art. 10 d.lgs. n. 36/2018 ha esteso a tutte le fattispecie di appropriazione indebita il regime di procedibilità a querela, dall'altra, l'art. 11 dello stesso decreto ha introdotto l'art. 649 bis c.p., norma che prevede la procedibilità d'ufficio del reato ex art. 646 c.p., aggravato

(come nel caso di specie) da una delle circostanze previste dall'art. 61, primo comma n. 11 c.p., "qualora ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale", quale va ritenuta la recidiva così come contestata.

#### *Normativa*

#### *Art. 99 C.p. Recidiva*

*Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo.*

*La pena può essere aumentata fino alla metà:*

- 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole;*
- 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;*
- 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.*

*Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà.*

*Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi.*

*Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva [è obbligatorio e], nei casi indicati al secondo comma,*

*non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto<sup>(4)</sup>.*

*In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo.*

### **Art. 649 bis c.p. Casi di procedibilità d'ufficio**

*Per i fatti perseguibili a querela preveduti dagli articoli 640, terzo comma, 640 ter, quarto comma, e per i fatti di cui all'art. 646, secondo comma, o aggravati dalle circostanze di cui all'art. 61, primo comma, numero 11, si procede d'ufficio qualora ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale.*

### **Inquadramento**

La disamina del quesito che la seconda sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle sezioni unite, deve prendere necessariamente le mosse da un'attenta analisi delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 36/2018, emanato in attuazione della delega contenuta nella l. 23/06/2017 n. 103.

Più nel dettaglio, il summenzionato d.lgs. ha introdotto nel corpo del c.p. l'art. 649 bis secondo cui, nei casi in cui i delitti di truffa e di frode sarebbero procedibili a querela di parte, e l'appropriazione indebita sia aggravata dalla circostanza del fatto commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario o da una di quelle indicate nell'art. 61, comma 1 n. 11, c.p., si procede d'ufficio "qualora ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale".

A parere del giudice rimettente, dunque, in ordine a tale ultimo inciso, rilevante nel caso

di specie, non vi sarebbero dubbi che, se ci si fermasse al dato letterale, in presenza della contestazione al reo della recidiva qualificata (ex art. 99 commi 2, 3 e 4 c.p.), scatterebbe la procedibilità d'ufficio.

Ciò perché la recidiva qualificata, come confermato anche dalle Sezioni Unite Indelicato (s. n. 20798/2011), qualora determini un aumento di pena superiore ad un terzo, rientra nel novero delle circostanze aggravanti ad effetto speciale. Essa, allo stesso tempo, costituisce anche una circostanza soggettiva inerente alla persona del colpevole (art. 70 comma 1 n. 2 e comma 2).

Proprio tale ultima specificazione ha portato le Sezioni Unite, nella risalente sentenza n. 3152/1987, ad affermare che la recidiva non rientra tra le circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio.

Ciò perché il reato di truffa si connota come fenomeno di valore meramente intersoggettivo, lesivo di un prevalente interesse privato, che mal si concilierebbe con una sua rilevabilità d'ufficio conseguente alla presenza dell'aggravante della recidiva che, inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato.

A parere delle Sezioni Unite, inoltre, la ratio del particolare regime di procedibilità prescelto dal legislatore per il delitto di truffa, deve essere ricercata nella rilevanza degli aspetti civilistici sottesi al reato de quo. Stessa ragione giustificatrice, inoltre, connota anche i delitti di frode informatica

e di appropriazione indebita.

Ciò posto, i giudici remittenti si chiedono se il principio espresso dalle Sezioni unite nella citata sentenza del 1987 sia tuttora valido, anche a seguito della entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2018.

In particolare, si interrogano sul se il riferimento alle aggravanti ad effetto speciale contenuto nell'art. 649 bis c.p., ai fini della procedibilità di ufficio per taluni reati contro il patrimonio (tra cui l'appropriazione indebita, rilevante nel caso di specie), vada inteso come riguardante anche la recidiva qualificata ex art. 99 commi 2, 3 e 4.

E, a parere della seconda sezione penale, sembrerebbe di sì, dato che l'omesso richiamo alla recidiva da parte del legislatore non è sintomatico della volontà di volerla espungere dal campo di operatività dell'art. 649 bis c.p.

Norma quest'ultima che, tra le tante circostanze aggravanti ad effetto speciale ne indica solo tre, evidentemente a titolo esemplificativo.

Inoltre, aggiungono i giudici remittenti, se il legislatore non ha espressamente previsto l'irrilevanza della recidiva qualificata ai fini della procedibilità dell'azione penale, significa che ha deciso di dare rilievo a quest'ultima ritenendo meritevole di sanzione penale il soggetto recidivo, indipendentemente dalla volontà della persona offesa dal reato.

In questa prospettiva, un medesimo fatto-reato sarebbe procedibile d'ufficio se commesso da un soggetto recidivo reiterato,

e a querela in tutti gli altri casi.

Allo stesso tempo, l'ordinanza de qua opera, sulla scorta di giurisprudenza consolidata, una netta distinzione in punto di fasi che connotano la recidiva

Quanto alla prima essa, identificandosi nella contestazione della recidiva, è obbligatoria per il P.M., tenuto ad indicare quale ipotesi ricorra fra quelle dei primi quattro commi dell'art. 99 c.p.

Conseguentemente, è necessario un controllo del giudice sulla correttezza della contestazione. Ad esempio, l'estinzione del reato e degli effetti penali (art. 106 c.p.) incide anche sulla recidiva, spesso erroneamente contestata sulla base di condanne che non possono rilevare ai fini di cui si tratta.

Infine, l'ultima fase corrisponde all'eventuale applicazione, in concreto, della recidiva. Più nel dettaglio, alla luce del principio indicato dalla sentenza delle Sezioni Unite Calibè(s. n. 247838/2010), ai fini del riconoscimento della recidiva, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali, occorre valutare se il nuovo delitto sia stato o meno espressione di "più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo", sulla scorta di una serie di criteri predeterminati.

Proprio alla luce di questi principi, ne consegue che in presenza di una recidiva reiterata qualificata per uno dei reati divenuti procedibili a querela, indicati nell'art. 649 bis c.p.(ma lo stesso problema si pone nei casi ex art. 623 ter c.p.), il

pubblico ministero dovrebbe esercitare l'azione penale anche in assenza di querela e, comunque, la eventuale remissione, avvenuta nella fase delle indagini o nel corso del giudizio, non determinerebbe l'estinzione del reato, in quanto procedibile d'ufficio.

È pur vero però che, qualora la recidiva sia esclusa in concreto dal giudice, pur se correttamente contestata, non solo non ha luogo l'aggravamento di pena, ma non operano neppure tutti gli ulteriori effetti ad essa legati.

Conseguentemente, ex post, tale decisione rileva ai fini dell'improcedibilità dell'azione penale per difetto di querela, ovvero, per remissione della stessa.

A fronte di questi elementi di valutazione, aggiunge, inoltre, il Collegio che nella giurisprudenza di legittimità, formatasi successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2018, la questione proposta non risulta mai essere stata risolta con una motivazione espressa.

Solo una pronuncia della stessa sezione seconda (la n. 17281 resa il 08/01/2019) l'aveva affrontata, ancorché incidentalmente, statuendo che "in presenza della contestazione della recidiva, i reati previsti dall'art. 649 bis c.p. sarebbero comunque procedibili d'ufficio". Ciò perché la recidiva qualificata, contestata ed applicata nel caso di specie, integra una circostanza aggravante ad effetto speciale rilevante ai fini della procedibilità d'ufficio della truffa.

Infine, aggiunge il Collegio che la

rimessione della questione alle Sezioni Unite risulta necessaria anche per prevenire possibili contrasti giurisprudenziali e consentire di affermare un principio autorevole che possa guidare, in primo luogo, i pubblici ministeri nella scelta relativa all'esercizio dell'azione penale, in presenza di reati divenuti procedibili a querela (assente o rimessa), commessi però da soggetti con una recidiva qualificata.

La risoluzione della summenzionata questione è decisiva per la valutazione del ricorso in esame, poiché il tribunale si è limitato a prendere atto della remissione della querela da parte della persona offesa, dichiarando estinto il reato ex artt. 81, 646 e 61, primo comma n. 11 c.p. per effetto del nuovo regime di procedibilità a querela introdotto dal d.lgs. n. 36/2018, trascurando il disposto dell'art. 649 bis c.p. e, nel contempo, senza alcuna valutazione sull'applicazione in concreto della recidiva.

### *Soluzione*

Sulla base di tutti i motivi già menzionati, la seconda sezione della Corte di Cassazione rimette alle Sezioni Unite la seguente questione: *"se il riferimento alle aggravanti ad effetto speciale contenuto nell'art. 649 bis c.p., ai fini della procedibilità di ufficio per taluni reati contro il patrimonio, vada inteso come riguardante anche la recidiva qualificata di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 dello stesso codice"*.



## Temi Svolti

*I temi svolti sono reali esercitazioni, giudicate brillanti. Si tratta, quindi, di un efficace strumento di confronto a disposizione di chi affronta il concorso che, tuttavia, non è comparabile, quanto a precisione e riferimenti giurisprudenziali, agli ordinari articoli di dottrina e agli altri articoli della rivista.*

## Amministrativo

### *Premessi brevi cenni ai rapporti tra diritto interno e comunitario analizzati il candidato la punibilità di tutela offerta ai cittadini nei confronti della legge contraria al diritto comunitario e dei provvedimenti anticomunitari.*

*di Jessica Tornincasa*

Nell'ordinamento interno il sistema delle fonti è retto dal principio gerarchico, come può desumersi dall'art. 1 disp. prel. al cod.civ. che qualifica come fonti del diritto le leggi, i regolamenti, e gli usi; per ragioni storiche non è menzionata la Costituzione, che pacificamente è posta al vertice del sistema piramidale.

Tra le fonti che interessano il diritto amministrativo ampio spazio assumono altresì, le fonti sovranazionali e in seno a queste è opportuno operare una distinzione tra le consuetudini internazionali, cioè le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, ex art. 10 Cost.; gli accordi internazionali, che rappresentano un ampio *genus* in cui si include la CEDU; le norme UE al cui interno vi sono fonti direttamente applicabili, come i regolamenti e le direttive self executing.

Queste tre tipologie di fonti si differenziano fra di loro per fondamento costituzionale;

rispetto al meccanismo di adeguamento; diversa è la collocazione che hanno nella gerarchia delle fonti e il limite che incontrano quando penetrano nell'ordinamento nazionale, la cd. diversa ampiezza della portata dei controlli.

Tralasciando l'analisi del rapporto tra diritto interno e CEDU di cui si esclude la comunitarizzazione, bisogna canalizzare l'attenzione sui rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea, in particolare analizzare l'impatto che il diritto UE sortisce nel sistema interno e gli effetti che ne derivano.

Ordinamento interno e comunitario trovano un punto di contatto nell'art. 11 Cost. ove si legge che l'Italia acconsente a limitazioni della sua sovranità necessaria per garantire pace e giustizia tra le Nazioni.

Quella che oggi appare una conclusione pacifica è, a ben vedere, figlia di una fase storica evolutiva che ha visto fronteggiare Corte Costituzionale da un lato, e Corte di Giustizia dall'altro.

Per esigenze di sintesi può racchiudersi il contrasto in una scansione temporale suddivisa in quattro fasi.

Tradizionalmente, in assenza di base normativa le norme unionali entravano nel sistema interno assumendo lo stesso valore

giuridico della norma deputata a recepirle, sovente si trattava di una legge ordinaria e questo comportava che un eventuale conflitto tra norma interna e norma dell'UE potesse risolversi attraverso il ricorso al criterio cronologico.

La seconda fase offre all'ordinamento comunitario una base normativa, l'art.11 Cost., finendo per essere recepite le norme Ue nell'ordinamento interno a livello costituzionale, al massimo rango incontrando come unico limite il nocciolo duro dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona.

Impostazione superata con il passaggio alla terza fase evolutiva, segnata dalla sentenza Granital, con cui la Corte Costituzionale rifiuta la impostazione monista e spinge per la teoria dualista, in forza della quale diritto interno e diritto UE sono autonomi e separati, ancorchè coordinati.

Per la Corte Costituzionale non può immaginarsi un vero e proprio conflitto tra norme, risolvendosi l'eventuale contrasto con la non applicazione della norma interna. Assunto che conduce, ove portato alle estreme conseguenze, a soluzioni aberranti, escludendo che la norma comunitaria possa assurgere a parametro di validità dell'attività amministrativa.

E proprio le obiezioni mosse a questa teoria hanno consentito il passaggio alla quarta ed ultima fase che vede la Corte Costituzionale avvicinarsi alla teoria monista propugnata dalla Corte di Giustizia, che vuole gli ordinamenti integrati.

Certo non sono mancati orientamenti giurisprudenziali che poi hanno finito nella pratica con il fare applicazione della impostazione dualista, se si pensa alla problematica afferente la configurabilità o meno della responsabilità dello Stato Legislatore nel caso di mancato o incerto recepimento di direttive.

Ebbene qui, forse per salvaguardare la identità degli Stati, invocando la impostazione dualista al più si configura una responsabilità da atto lecito con obbligo indennitario.

Soluzione che oggi, alla luce della impostazione monista lascia il passo ad una responsabilità statale, della cui valenza giuridica ancora si discute, che da vita però ad un obbligo risarcitorio da far valere nel termine prescrizione quinquennale ex art. 2947 codice civile.

Gli ordinamenti sono integrati, rappresentano un unicum e sono retti da un unico sistema di fonti al cui vertice, in ragione del principio di primazia vi è il

diritto dell'Ue, che attribuisce diritti e prevede oneri in capo ai singoli.

Precipitato della primazia del diritto dell'UE è l'obbligo di conformazione dello Stato nelle sue tre espressioni, legislatore, esecutore e giudice; diretta conseguenza è l'obbligo di interpretazione conforme al diritto UE da parte dei giudici interni, cui segue un obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ove il conflitto si ponga innanzi al Giudice di ultima istanza.

Ove, nonostante la ricerca di una interpretazione uniforme e conforme, nonostante il rinvio pregiudiziale, il conflitto permanga è riconosciuto ai giudici interni il cd. controllo diffuso, cui segue la disapplicazione della norma interna, sempre che la norma UE sia direttamente applicabile.

Nel caso in cui la norma UE non goda di efficacia diretta permane il sindacato accentrato di costituzionalità per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.

La disapplicazione della legge interna in conflitto con il diritto UE è una regola che conosce delle eccezioni.

Non potrà procedersi alla disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto dell'UE allorquando la normativa unionale viola i diritti inviolabili della

persona e i principi fondamentali della Costituzione interna, in questo caso il rapporto si inverte; è la norma interna a prevalere su quella comunitaria, la cd. teoria dei contro limiti.

A ben vedere la teoria dei contro limiti oggi ha innescato un forte dibattito giurisprudenziale circa la loro portata, sembrano minare quella armonizzazione che l'Ue ricerca; se ogni Stato si riserva la possibilità di apporre all'Ue i propri contro limiti ne segue una geometria variabile da Stato a Stato che mina la uniformità che si persegue con il rinvio pregiudiziale.

Ne è seguita la proposta di unionalizzazione dei contro limiti, di considerarli non come parametri esterni ma interni attraverso l'art 4 TUE comma II che vede l'Unione rispettare l'uguaglianza degli Stati e la loro identità.

È la CGUE che effettua il controllo dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona per il tramite del TUE.

Il comma III dell'art. 6 TUE recita infatti, che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni comuni agli Stati membri fanno parte del diritto UE in quanto principi generali.

Questa teoria della unionalizzazione si scontra con la realtà, in quanto la Corte

Costituzionale rivendica il controllo sui contro limiti, ammette un dialogo con la CGUE ma si riserva il primato del controllo.

Da questo quadro composito ne segue quindi che, allorchè il contrasto riguardi una legge interna che violi una norma UE segue un obbligo di conformazione, la cd. interpretazione conforme.

Se ciononostante il conflitto permane ne segue un sindacato diffuso del giudice interno che provvederà a disapplicare la norma interna e ad applicare la norma Ue, ove direttamente applicabile, salvo il limite dei principi fondamentali e diritti inalienabili, su cui la Corte Costituzionale, nonostante le aperture ad un processo di unionalizzazione, ammette un dialogo ma rivendica il controllo.

Se il conflitto invece, investe una norma dell'Ue non direttamente applicabile, il caso delle direttive non self executing, il giudice interno dovrà sollevare il giudizio di costituzionalità della norma interna per contrasto con gli articoli 11 e 117 Cost.

Medesimo contrasto investe i rapporti tra diritto Ue e atto amministrativo.

Posto che oggi si accetta la impostazione monista, e pertanto gli ordinamenti rappresentano un unicum, il diritto UE può

fungere da parametro di validità degli atti amministrativi.

Se quindi oggi pacificamente il diritto Ue è assunto a parametro di validità dell'attività amministrativa, la conseguenza logica è indagare il regime di invalidità dell'atto anticomunitario; se si debba applicare il regime ordinario di annullabilità, proprio dei provvedimenti illegittimi, o se possa configurarsi un regime speciale.

E a voler ammettere che si delinei un regime speciale indagare altresì, se si possa ricorrere a rimedi caducatori diversi dall'annullabilità, o si possa spingere ad ammettere una forma di tutela equivalente a quella riconosciuta ove il conflitto investa le norme, ovvero la disapplicazione.

Nonostante l'assonanza, il rimedio della disapplicazione è da scartare; a ben vedere il potere di disapplicazione è proprio del G.O. ex art. 5 LAC, riconosciuto per ridimensionare il vulnus di tutela del cittadino che, in virtù della propria situazione giuridica di diritto soggettivo si trovasse ad adire la giurisdizione ordinaria, priva di poteri caducatori rispetto ad atti amministrativi.

A voler forzare il dato letterale, ammettendo il potere di disapplicazione del G.A. si finirebbe per ingenerare un vulnus

ai principi di stabilità e certezza del diritto su cui si regge il diritto amministrativo, con lesione e pregiudizio del pubblico interesse. Al fine di salvaguardare il potere di disapplicazione non è mancato chi ha evidenziato che una posizione ostativa determinerebbe una frizione alla uguaglianza del sistema, decretando inoltre, il paradosso che l'atto amministrativo sia dotato di resistenza maggiore rispetto alla legge, che è destinata a cedere il passo al diritto UE in caso di contrasto, in forza del principio di primazia, salvo il rispetto del nocciolo duro dei principi fondamentali e diritti inalienabili.

Questa obiezione non sembra persuadere poiché, a ben vedere, sono sbagliate le premesse.

Il conflitto tra norma UE e atto anticomunitario non può risolversi con la disapplicazione in quanto non è un conflitto di norme.

Scartato il rimedio della disapplicazione si è ritornati al rimedio caducatorio, ma anche qui non sono mancati contrasti giurisprudenziali sul rimedio da comminare, se, vista la unitarietà dei sistemi possa applicarsi il rimedio annullatorio, o se, data la preminenza del diritto Ue sia forse il difetto sanabile con il ricorso alla nullità ex

art 21 septies L 241/90.

La teoria della nullità, al pari della teoria della disapplicazione non convince perché in diritto amministrativo le ipotesi di nullità sono tassative.

L'ordinamento interno e comunitario proprio perché unitari godono di un sistema di fonti composito e la norma Ue può fungere da parametro di validità degli atti amministrativi, al pari della legge.

Resta pertanto accertato che l'atto anticomunitario è annullabile perché non si configura una ipotesi di nullità ex art 21 septies legge 241/90.

Ne segue che il provvedimento anticomunitario deve essere impugnato nel termine decadenziale di 60 giorni, 30 nei casi speciali, e questo al fine di garantire certezza e stabilità del diritto.

Ciò nonostante può immaginarsi uno spazio residuo per la nullità, allorché la legge fraposta tra norma Ue e atto sia anticomunitaria e pertanto viene disapplicata, in questo caso l'atto è nullo perché adottato in difetto assoluto di attribuzione, che è uno dei casi per cui l'art 21 septies contempla la nullità.

Al di fuori di questo caso limite opera il regime ordinario di invalidità ex art 21 octies, per cui si segue il regime processuale

ex art 29 e 41 c.p.a., in forza del quale l'azione di annullamento deve essere esperita nel termine decadenziale di 60 giorni, pena la cristallizzazione del provvedimento, anche se anticomunitario.

Il regime processuale ha animato il dibattito sulla possibilità di aggirare il termine decadenziale interno procedendo, in virtù della primazia del diritto Ue a disapplicare la norma interna che lo prescrive.

La materia processuale gode, a ben vedere, di un regime di autonomia i cui limiti sono rinvenibili nella equivalenza ed effettività della tutela.

In virtù della equivalenza il diritto interno deve offrire ai diritti UE la medesima tutela contemplata per situazioni interne e in forza della effettività si vuole impedire di rendere difficoltosa la tutela delle situazioni europee. Ed è proprio sulla scorta dei limiti di effettività ed equivalenza che si è esclusa la possibilità di ricorrere alla disapplicazione della legge interna processuale che prevede un termine decadenziale ristretto, ex art 263 TFUE ultimo comma, fatta poi eccezione per la casistica giurisprudenziale che talvolta è giunta a soluzioni differenti, caso Santex.

Un problema di disapplicazione finisce per porsi altresì, nel caso di giudicato anticomunitario, se possa procedersi alla

disapplicazione dell'articolo 2909c.c

Anche in tal caso, la Corte di Giustizia di base ha affermato il principio secondo cui lo Stato non ha l'obbligo di rimuovere il giudicato una volta che si è formato, a meno che un rimedio analogo non ci sia per il diritto interno.

Ciò perché in materia di tutela processuale dei diritti di derivazione comunitaria i principi che valgono sono sempre il principio di equivalenza e quello di effettività della tutela.

Quindi, in applicazione del principio di equivalenza, si tratta di stabilire se non c'è discriminazione; in altri termini, se lo Stato prevede nel proprio diritto interno uno strumento che consente di porre rimedio ad un vizio analogo per contrarietà al diritto nazionale, allora lo Stato deve certamente estendere quel rimedio anche alle ipotesi di contrarietà al diritto comunitario.

Ma se lo Stato non ha uno strumento per ottenere la revocazione per errore di diritto, non c'è motivo di introdurla per il diritto comunitario.

Del resto, la stabilità del giudicato è un valore che anche il diritto comunitario conosce.

Quindi la Corte di Giustizia ha affermato che il giudicato anticomunitario di regola



resta tale.

La famosa sentenza sul caso Lucchini, in cui la Corte di giustizia disse, in un caso italiano, che il giudice aveva l'obbligo di disapplicare l'art. 2909 c.c. è stata successivamente "mitigata" dalla stessa CGUE, che ne ha specificato l'ambito applicativo.

La CGUE ha evidenziato come si trattasse di un'ipotesi peculiare dal momento che in materia di aiuti di stato la Commissione europea ha una competenza esclusiva.

Quindi, in tal caso il superamento del giudicato è giustificato dalla peculiarità della materia, caratterizzata dal fatto che lo Stato non ha competenza ad intervenire neanche col giudicato.

Ciò posto non è revocabile in dubbio che l'ordinamento nazionale abbia l'obbligo di far tutto il possibile per prevenire la formazione di un giudicato anticomunitario, la riprova è data dal peculiare ruolo assunto dal giudizio di ottemperanza, che ha spazi esecutivi, ma anche cognitivi.

Il giudicato amministrativo è infatti, un giudicato *in progress*, in corso di formazione, che può riempirsi con l'ottemperanza.

Può, alla luce di quanto esposto concludersi che la regola generale vede gli atti nazionali, sia giurisdizionali, sia amministrativi non

travolti dal diritto sovranazionale, istituiti come la inoppugnabilità, il giudicato convivono con questi principi di primato del diritto sovranazionale che non ne determinano il superamento.



## **Pillole di Diritto**

*a cura di Luca Cestaro*

(è solo una selezione: per le altre vai sul nostro sito [www.calamusiuris.org](http://www.calamusiuris.org) o sulla nostra pagina facebook)

## Civile

### La pillola di diritto del 15 aprile 2020

#### *Impossibile la rettifica dell'atto di nascita formato in Italia al fine di indicare una doppia maternità*

#procreazioneassistita #PMA #attodinascita  
#doppiamaternità

#### Corte di Cassazione, sez. I civile, Sentenza n. 7668 del 3 aprile 2020

Le ricorrenti chiedono di integrare l'atto di nascita di un minore inserendovi l'indicazione della doppia maternità. Il neonato è stato partorito da una delle donne che ha fatto ricorso a una pratica di procreazione medicalmente assistita (PMA) all'estero, mentre l'altra, legata sentimentalmente alla prima, ha espresso il proprio consenso preventivamente.

La Corte rammenta che l'azione per la rettifica dell'atto di nascita mira a eliminare le difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quella risultante dall'atto dello stato civile, per un vizio comunque o da chiunque originato nel procedimento di formazione di esso.

La Sezione nega che vi sia un diritto a ottenere una siffatta rettifica.

Il ragionamento della Corte origina dalla Sentenza della Corte costituzionale n. 221/2019 che ha chiarito che la *ratio* della legge sulla procreazione assistita risiede:

-) nell'aver individuato la funzione delle

tecniche considerate quale rimedio alla sterilità o infertilità umana patologica e non altrimenti rimovibile e non quale strumento per la realizzazione del desiderio di genitorialità in generale;

-) nell'aver limitato l'accesso alla procreazione assistita in modo da *“garantire la nascita di un nucleo familiare in cui vi siano un padre e una madre di sesso diverso”*.

L'indirizzo del legislatore è stato ritenuto costituzionalmente legittimo in quanto *“frutto del bilanciamento dei diversi interessi operata dal legislatore, avuto riguardo al particolare contesto storico e culturale in cui si è innestata la norma, nel rispetto della dignità della persona umana, senza ledere nessuno dei parametri costituzionali invocati dai giudici rimettenti”*. Si è, altresì chiarito che non sono state operate discriminazioni delle coppie omosessuali, in quanto *“l'infertilità fisiologica di queste non può essere paragonata con l'infertilità delle coppie eterosessuali che presentino delle vere e proprie patologie riproduttive, si tratta di fenomeni ontologicamente distinti”*.

La Corte di Cassazione passa, quindi, a chiarire le differenze tra la fattispecie in esame e due casi parimenti controversi risolti, però, in senso diverso: la possibilità di riconoscere la validità in Italia di un atto formato all'estero e che abbia riconosciuto la genitorialità in capo a due genitori dello stesso genere; la cd. *stepchild adoption*.

Quanto alla prima fattispecie, la Corte di Cassazione rileva che, allorché si intenda attribuire efficacia in Italia a un atto di



nascita formato validamente all'estero, prevale la necessità di tutelare il diritto alla continuità (e conservazione) dello «*status filiationis*» acquisito all'estero, *“unitamente al valore della circolazione degli atti giuridici, quale manifestazione dell'apertura dell'ordinamento istanze internazionalistiche, delle quali può dirsi espressione anche il sistema del diritto internazionale privato, alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.”* In merito, la Corte precisa, tuttavia, che un simile risultato non è conseguibile dalle coppie omosessuali maschili; per esse, infatti, la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso la pratica distinta della maternità surrogata (o gestazione per altri) che è vietata da una disposizione (l'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004) che si è ritenuta espressiva di *“un principio di ordine pubblico, a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti dal legislatore prevalenti sull'interesse del minore, salva la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione (Cass., sez. un., n. 12193 del 2019)”*.

Quanto alla cd. *stepchild adoption*, si precisa che l'adozione da parte del partner non genitore nell'ambito di coppie omosessuali (cd. *stepchild adoption*) è consentita ai sensi dell'art. 44 co. 1 lett. d) l. n. 184 del 1983 al fine di salvaguardare la *“continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatasi con altri soggetti che se ne prendono cura”* (v. Cass. civ., sez. I, n. 12962 del 2016).

Nel caso di specie, invece, non v'è la necessità di preservare la continuità affettiva a un minore già nato, ma quella di garantire al minore la migliore condizione di *“partenza”* secondo la valutazione ragionevolmente operata dal legislatore.

In presenza, quindi, del divieto di ricorrere a PMA per le coppie omosessuali, la circostanza che il divieto possa essere evitato recandosi all'estero, non ne fa venir meno la illegittimità interna con la conseguenza che non è possibile formare validamente in Italia, con riferimento a una nascita avvenuta nel nostro Paese, un atto di nascita che preveda l'indicazione di due genitori dello stesso genere.



## Penale

### La pillola di diritto del 3 aprile 2020

#### *Falso in atto pubblico per la falsa certificazione nella gara d'appalto*

*#autocertificazione (ma in un) #gara d' #appalto  
#falsoinatto pubblico*

#### Corte di Cassazione, sez. V, Sentenza n. 9115 del 6 marzo 2020

Risponde del reato di falso in atto pubblico l'imprenditore che dichiara (falsamente) la propria incensuratezza nella dichiarazione resa a corredo della partecipazione a una gara di appalto?

Un primo dubbio riguarda la configurabilità del reato in presenza di un'autocertificazione irrituale per essere, ad un tempo, priva di sottoscrizione autenticata e non accompagnata dalla copia del documento d'identità come prescritto dagli artt. 38 e 47 d.P.R. 445/2000.

La Corte conclude nel senso della sussistenza del reato: l'elemento oggettivo del reato di falsità ideologica commessa da privato in atto pubblico si realizza in presenza di una falsa attestazione del legale rappresentante di una società circa il possesso di un requisito indispensabile per la partecipazione alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. In tal senso, non rileva l'eventuale difetto delle formalità con cui l'autocertificazione è resa - perché, ad esempio, inviata per via telematica -, ma assume rilievo dirimente la circostanza che **“una specifica norma**

**giuridica attribuisca all'atto la funzione di provare i fatti attestati al pubblico ufficiale, così collegando l'efficacia probatoria dell'atto medesimo al dovere del dichiarante di affermare il vero** (Sez. U, n. 28 del 15/12/1999, Gabriel", Rv. 215413; V. Sez. 5, n.32859 del 24/04/2019, Carosso, Rv. 276902)”.  
L'art. 76 co. 3 prevede che **“le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli [articoli 46 e 47](#) ... sono considerate come fatte a pubblico ufficiale”** e, quindi, idonee ad essere trasfuse in un atto pubblico. Inoltre, gli artt. 46 e 47 del d.P.R. 445/2000 sono individuate come le norme che impongono che l'autocertificazione (o, più correttamente, la dichiarazione sostitutiva) sia naturalmente **destinata a provare la verità dei fatti in essa affermati come si può evincere dalla funzione di comprovare stati, qualità personali e fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato.**

Nel caso di specie, si è anche ritenuto sussistente l'elemento psicologico necessario per configurare il reato ossia (ordinariamente) il dolo nelle sue varie forme.

È bene, ricordare, peraltro, che, in casi limite, è stata ritenuta colposa e non dolosa la condotta di chi avesse presentato una dichiarazione non veritiera in presenza di un modulo di autocertificazione tanto confuso da non essere di **“immediata comprensione”**; in tali casi, si è esclusa, quindi, la configurabilità del reato per mancanza



dell'elemento soggettivo (Cassazione penale sez. V, Sent. n.12710 del 27 novembre 2014).

## Amministrativo

### La pillola di diritto del 4 aprile 2020

#### *L'accesso civico trova applicazione nella fase esecutiva degli appalti (Ad. Plen. n. 10 del 2 aprile 2020).*

#accessocivico #appalti #AdunanzaPlenaria

#### Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sentenza n. 10 del 2 aprile 2020

##### *1 - Introduzione*

La Plenaria interviene su alcune delle questioni più dibattute degli ultimi tempi in tema di accesso.

La lettura dell'ampia motivazione costituisce una sorta di breviario sullo stato dell'arte in tema di diritto di accesso nel settore degli appalti e non solo.

##### *2 - La centralità del principio di trasparenza*

Il presupposto delle soluzioni adottate sui tre diversi quesiti posti dall'ordinanza di rimessione è la centralità del principio di trasparenza alla luce della Costituzione, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del diritto comunitario.

Si ribadisce che l'introduzione - nel corpo del d.lgs. 33-2013 ad opera del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 - del cd. accesso civico generalizzato ha segnato irreversibilmente il passaggio dalla tutela del bisogno di conoscere (nella terminologia dei FOIA anglosassoni: *need to know*, tutelato dall'accesso documentale di cui alla L.

241/1990) a quella del diritto di conoscere (*right to know*, tutelato dall'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 d.lgs. 33/2013). Il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, diviene il "*fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto*". Esso opera, quale principio democratico (art. 1 Cost.), con riferimento a tutti gli aspetti rilevanti dalla vita pubblica e istituzionale e garantisce, ai sensi dell'art. 97 Cost., il buon funzionamento della pubblica amministrazione come affermato dalla Corte costituzionale nelle Sentenze n. 212 del 2017, n. 69 e n. 177 del 2018.

L'accesso civico generalizzato assume il valore di diritto fondamentale in sé e in quanto consente la piena fruizione di altri diritti fondamentali parimenti riconosciuti dall'ordinamento.

In questa ottica, sono richiamati gli artt. 1, 2, 97 della Costituzione, l'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, e, soprattutto, l'art. 10 della CEDU che include nel diritto alla libertà di espressione quello di "*ricevere (o di comunicare) informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*".

La Plenaria rammenta come sia stato acclarato che la disponibilità del patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni sia indispensabile per assicurare **un esercizio effettivo del diritto individuale di esprimersi** e per alimentare il dibattito pubblico su materie di interesse generale (sent. della Corte EDU, Grande Camera, 8



novembre 2016 in ric. n. 18030/11). La norma convenzionale opera quale norma interposta dell'art. 117 della Costituzione imponendo la riserva di legge per la disciplina delle eccezioni al diritto di accesso (v. art. 10 co. 2 CEDU: *“l'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario”*).

### 3 - L'istanza una e bina (con limitazioni)

Il primo quesito a cui la Plenaria risponde riguarda la possibilità di accogliere, come istanza di accesso civico, un'istanza proposta sub specie di accesso documentale ai sensi della L.241/1990.

Il rapporto tra le due tipologie di accesso è di **integrazione e di complementarietà** nel senso che l'accesso documentale consente un accesso più “profondo”, ma con un campo di applicazione più ristretto in quanto circoscritto dalla necessaria presenza di un interesse diretto, concreto e attuale (art. 22 L. 241/1990).

Per un verso, in presenza di un simile interesse qualificato, c'è la possibilità di

accedere a documenti che non sarebbero ostensibili se richiesti azionando l'accesso civico generalizzato (art. 5 co. 2 d.lgs. 33/2013); quest'ultimo, infatti, soggiace a maggiori limitazioni: tendenzialmente l'accesso civico cede il passo, ad esempio, alla riservatezza, mentre l'accesso documentale, specie se “difensivo” può prevalere su di essa (v. l'art. 24 co. 7 L. 241/1990).

Per altro verso, l'accesso civico non richiede la sussistenza di un interesse qualificato (perciò l'istanza non deve essere motivata) e, quindi, esiste la possibilità che l'istanza del cittadino debba essere respinta nella parte in cui aziona il diritto di accesso documentale ex L. 241/1990 per la mancanza di un interesse qualificato e che, tuttavia, essa possa essere accolta, anche in parte, come esercizio dell'accesso civico generalizzato ai sensi dell'art. 5 co. 2 d.lgs. 33/2013.

La congiunta e integrata operatività delle due forme di accesso determina che la P.A. debba pronunciarsi motivatamente su entrambe nel caso in cui l'istanza le comprenda anche implicitamente.

Va rammentato in proposito come **l'accesso sia assunto a principio fondamentale e che le limitazioni dello stesso, anche sul piano procedurale, debbano essere interpretate restrittivamente**: *“la pubblica amministrazione ... deve esaminare l'istanza nel suo complesso, nel suo **“anelito ostensivo”**, evitando **inutili formalismi e appesantimenti procedurali** tali da condurre ad una defatigante duplicazione del*



suo esame”.

Sul punto, il Supremo Consesso opera, tuttavia, la precisazione che, qualora l'istanza sia limitata “*inequivocabilmente*” a una forma di accesso, la Pubblica amministrazione non potrà pronunciarsi in “*prevenzione*” rispetto alla forma di accesso non azionata. Parimenti, il giudice non potrà pronunciarsi su una forma di accesso che non sia stata azionata, prima, nella fase procedimentale, e, poi, in quella processuale.

Tale ultima conclusione è convincente per quanto riguarda la mutazione della domanda nell'ambito del processo innanzi al giudice amministrativo; **il processo** è retto dal principio della **corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato** di talché, anche per garantire il corretto sviluppo del contraddittorio processuale con l'amministrazione e gli eventuali controinteressati, deve ritenersi **inammissibile la “mutatio libelli”** da una forma di accesso all'altro.

La conclusione è, invece, **meno convincente per quanto riguarda la fase procedimentale**. In concreto, infatti, è impossibile che la P.A. si possa pronunciare sull'accesso documentale in presenza di una (per definizione) immotivata istanza di accesso civico: non è sostenibile che l'amministrazione risponda su un'istanza rispetto a un interesse qualificato semplicemente supposto.

Non si vede, invece, la necessità di limitare l'opposta possibilità di pronunciarsi sull'accesso civico in presenza di una

(motivata) istanza di accesso documentale che debba essere rigettata per la mancanza dell'interesse qualificato (e, quindi, del bisogno di conoscere); in tal caso, nel rispetto del principio dell'economia dei mezzi giuridici, l'amministrazione avrebbe tutti gli elementi per deliberare un'istanza - che non deve essere motivata - fondata sul mero diritto di conoscere.

In primo luogo, si consentirebbe il soddisfacimento del medesimo interesse alla trasparenza rispetto a determinati atti: chi vuole conoscere degli atti ai sensi della L. 241/1990, li vuole senz'altro conoscere anche ai sensi dell'art. 5 co. 2 d.lgs. 33/2013. Non v'è, quindi, alcuna controindicazione rispetto all'interesse dell'istante che pur avesse azionato il solo accesso documentale.

In secondo luogo, si realizzerebbe un fine di economia dei mezzi giuridici evitando la duplicazione delle istanze e, magari, dei processi. L'eventuale istanza di reiezione rispetto a entrambe le forme di accesso consentirebbe anche al giudice di prendere pienamente cognizione del “rapporto” e non solo dell'atto reiettivo limitato al solo accesso documentale.

#### *4 - Il giudizio in materia di accesso*

Degna di nota è la precisazione secondo cui il giudizio in materia di accesso, pur seguendo lo schema impugnatorio, si atteggia a **giudizio sul rapporto** in quanto volto “*all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo*”.



Come si è detto, peraltro, la Plenaria esclude che ciò consenta una “*mutatio libelli*” da una forma di accesso all’altro in quanto è il procedimento svolto dall’amministrazione che è la “*sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, **senza alcuna inversione tra procedimento e processo***”.

Qualora si consentisse, come auspicato poc’anzi, alla P.A. di pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti dell’accesso civico anche in presenza di un’istanza volta a ottenere l’accesso documentale (L. 241/1990), il giudice potrebbe, quindi, esaminare l’“anelito conoscitivo” nella sua interezza. La decisione dalla Plenaria sul punto, come si è detto, non consente un simile approdo.

*5 – L’interesse legittimo negli appalti quale interesse (anche) strumentale e l’accesso documentale di cui alla L. 241/1990*

Il dubbio circa la possibilità del soggetto che abbia partecipato alla gara di accedere agli atti relativi all’esecuzione dell’appalto è risolto in senso affermativo.

### 5.1 - L’interesse strumentale e il polimorfismo del bene della vita

Di estremo interesse è l’aver posto a base ragionamento la considerazione che “**l’interesse legittimo degli operatori economici nel settore dei rapporti contrattuali e concessori pubblici ha**

**assunto ormai una configurazione di ordine anche solo strumentale”**.

La Plenaria, in merito, cita la giurisprudenza della C.G.U.E. in tema di ricorso incidentale (da ultimo, C.G.U.E. n. 333 del 2019) e la Sentenza della Corte costituzionale che ha risolto affermativamente il dubbio circa la compatibilità costituzionale del rito super accelerato in tema di esclusioni e di ammissioni alle gare ai sensi dell’art. 120 co. 2 bis e 6 bis c.p.a. (rito, poi, abrogato; C. Cost n. 271/2019). La Consulta ha, in merito, affermato «*se è vero che gli artt. **24, 103 e 113 Cost.**, in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l’interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad **interessi strumentali** può comportare un **ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione** e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, **sempre che sussista un solido collegamento con l’interesse finale** e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell’azione amministrativa, anche al costo di alterare l’equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo*».

Tanto conduce la Plenaria ad affermare che il bene della vita è “**polimorfico**” in quanto l’interesse legittimo vi può tendere per “**passaggi gradual**” tutelando così non solo l’interesse all’aggiudicazione, ma anche interessi strumentali, **intermedi rispetto al bene della vita “finale”**: l’interesse alla riedizione della gara; l’interesse alla corretta formazione della platea dei concorrenti

(rispetto all'abrogato rito di cui all'art. 120 co. 2 bis e 6 bis c.p.a.).

## 5.2. - La configurabilità dell'accesso strumentale

Sussiste, quindi, un interesse di chi abbia partecipato alla gara di appalto a effettuare **la verifica degli atti afferenti alla fase di esecuzione** onde sollecitare l'adozione dei poteri spettanti alla stazione appaltante e che potrebbero determinare una **riedizione della gara**. La Plenaria enumera, in proposito, gli istituti che consentono alla stazione appaltante di rendere il contratto inefficace con correlativa possibilità di scorrere la graduatoria: il recesso facoltativo (all'art. 108, comma 1, e all'art. 176, commi 1 e 2, del codice appalti), qualificato come forma di autotutela; la risoluzione per inadempimento (art. 108 co. 3 e co. 4 del codice appalti); il recesso obbligatorio (art. 110 co. 2 del codice appalti), qualificato come forma di autotutela doverosa.

La circostanza che la fase esecutiva sia retta, in grande prevalenza, da norme di diritto privato non inficia l'approdo cui giunge la Sentenza in commento: l'accesso documentale riguarda gli atti detenuti dall'amministrazione a prescindere dalla loro natura pubblicistica o privatistica purché siano ricompresi nell'attività amministrativa intesa quale attività volta alla cura concreta dell'interesse pubblico. **L'attività privatistica, del resto, deve pur sempre essere funzionale al pubblico interesse** (art. 1 co. 1 bis L. 241/1990; v., da ultimo, C.d.S., Ad. Plen., n. 5 del 2020) e

lo stesso art. 22 lett. d della L. 241/1990 include tra i documenti amministrativi gli *“atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, ...concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”*.

L'affermazione generale nel senso dell'ammissibilità dell'accesso documentale è limitata nel senso che l'interesse, tuttavia, non debba essere esplorativo; l'istanza deve, quindi, riguardare elementi concreti e non può essere finalizzata a un controllo che equivalga a quel “controllo generalizzato” dell'azione amministrativa che è alla base dell'accesso civico, ma che è testualmente escluso dal perimetro dell'accesso documentale. **L'interesse diretto, concreto e attuale deve precedere l'istanza e non può, invece, seguirla;** dovranno, quindi, sussistere degli elementi tali da radicare l'interesse qualificato in modo che l'istanza di accesso documentale non assuma una finalità meramente esplorativa.

Il confine al di là del quale sarà enucleabile l'interesse qualificato prima di aver avuto accesso agli atti della fase esecutiva non è facile da individuare. Tanto potrà essere foriero di incertezze applicative allorché ci si troverà a dare corpo alla distinzione tra istanze meramente esplorative (e perciò inammissibili) e istanze fondate su un concreto interesse strumentale alla riedizione della gara.

## 6 - L'accesso civico nella fase esecutiva

Un'ultima questione, la più dibattuta, riguarda l'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato rispetto agli atti della fase esecutiva dell'appalto.

La tesi negativa si fonda su alcune considerazioni: il sistema di accesso negli appalti sarebbe un sistema "chiuso" e speciale che non tollererebbe la concorrenza di altre forme di accesso; sussiste il controllo dell'ANAC che renderebbe superfluo il controllo generalizzato; il riferimento di cui all'art. 53 co. 1 all'art. 241/1990 sarebbe fisso tanto da non ricomprendere anche l'accesso di cui al d.lgs. 33/2013; infine, l'art. 5 bis co. 3 del d.lgs. 33/2013 escluderebbe l'accesso civico in presenza di qualsivoglia disciplina speciale ("il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990").

La Plenaria opta per la **tesi positiva** conferendo rilievo assorbente alla portata "fondamentale" del principio di trasparenza come descritta al superiore par. 2. In tal senso, è centrale la considerazione secondo cui la trasparenza è da intendersi come "fisiologica conseguenza" dell'evidenza pubblica in quanto "**ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile, salvi,**

**ovviamente, i limiti di legge e solo di legge**" in ragione della richiamata riserva di legge "desumibile in modo chiaro dall'art. 10 CEDU, quale norma interposta ai sensi dell'art. 117 Cost."

Il controllo diffuso è funzionale a garantire procedure leali nonché a combattere efficacemente la corruzione e le frodi come richiesto dal considerando 126 della Direttiva n. 2014/24/UE; il correlativo diritto dei cittadini al corretto svolgimento delle procedure di appalto (considerando n. 122 della medesima direttiva) deve esplicitarsi anche mediante la possibilità di accedere agli atti esecutivi delle procedure di gara.

Le previsioni che fondano un controllo dell'ANAC specifico per la fase esecutiva non valgono a escludere il controllo diffuso, ma anzi sono manifestazione di quel medesimo interesse pubblico che deve poter essere perseguito tanto mediante il controllo dell'Autorità indipendente a ciò preposta quanto mediante il controllo diffuso esercitabile direttamente dai cittadini.

### 6.1 - Le eccezioni assolute

L'art. 5 bis co. 3 del d.lgs. 33/2013 deve, quindi, essere inteso come un richiamo non a tutti i casi in cui vi siano delle discipline del diritto di accesso "condizionate" o speciali, ma alle sole eccezioni assolute al diritto di accesso (es. segreto di Stato, segreto militare, segreto bancario, contratti secretati). Tale è, infatti, il risultato di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle **eccezioni al diritto di**



**accesso generalizzato** che rientrano nell'ambito della riserva di legge di derivazione convenzionale e che devono essere **interpretate restrittivamente**, in modo *"tassativizzante"*.

Ebbene, tra le esclusioni assolute figura l'art. 53 del codice appalti nella parte in cui regola l'accesso agli atti nel corso di svolgimento della gara, differendolo a seconda della fase di procedura (co. 2). Tale esclusione, temporalmente limitata, è finalizzata a garantire la regolarità della gara e la *par condicio* tra i concorrenti ed è incompatibile con l'accesso generalizzato ai sensi dell'art. 5 bis co. 2 del d.lgs. 33/2013.

Sono parimenti da considerarsi esclusioni assolute quelle riportate nell'art. 53 co. 5 del codice appalti: *"sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale"* (salva la possibilità dell'accesso difensivo ai sensi del co. 6 del medesimo articolo).

**Non dovrebbe esservi dubbio che tali**

**limitazioni operino sia nella fase di gara sia nella fase esecutiva e la conclusione va confermata (la lett. 'c' è espressamente riferita alla fase esecutiva). Tuttavia, va segnalato che la Sentenza, al punto 35, sembra prevedere un bilanciamento quanto agli aspetti *"aspetti tecnologici, produttivi, commerciali e organizzativi"* che si sovrappongono ai segreti tecnici e commerciali di cui alla lettera a) dell'art. 53 del codice appalti. Il punto va, pertanto, interpretato nel senso che debba essere sempre escluso l'accesso di qualunque tipo (fatta eccezione per quello cd. difensivo) sui *"segreti tecnici o commerciali"*, mentre l'accesso civico può essere consentito -all'esito del bilanciamento di cui al paragrafo successivo- per aspetti, pur sempre tecnologici o commerciali, ma non costituenti segreti.**

La non esemplare chiarezza, sul punto, della pronuncia in commento, peraltro, potrebbe indurre alla diversa opzione interpretativa per cui l'art. 53 cit. sia applicabile pienamente solo alla fase di gara e non, invece, una volta che la gara si sia conclusa.

## 6.2 - Le eccezioni relative nella fase esecutiva: caratteri del bilanciamento

Rispetto a quest'ultima fase, operano le *"eccezioni relative"* di cui all'art. 5 bis co. 2 del d.lgs. 33/2013 (*"l'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei*



*dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali*). Queste eccezioni, a differenza delle eccezioni assolute, sono superabili all'esito del **bilanciamento tra l'interesse all'accesso e l'interesse che vi si oppone** (es. riservatezza); il bilanciamento va operato secondo i criteri utilizzati anche in altri ordinamenti, *“quali il cd. test del danno (harm test), utilizzato per esempio in Germania, o il c.d. public interest test o public interest override, tipico dell'ordinamento statunitense o di quello dell'Unione europea, in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto”*.

La norma richiamata, com'è noto, sembra prevedere il criterio dell'“*harm test*” che, di per sé, impedirebbe l'ostensione dei documenti solo che vi sia un pregiudizio all'interesse opposto (o interesse-limite) all'accesso; l'accesso soccomberebbe sempre in presenza di un pregiudizio all'interesse-limite (es. riservatezza). La giurisprudenza più accreditata, tuttavia, ha inteso interpretare la norma alla luce del principio di proporzionalità nel senso che sia comunque necessario operare un bilanciamento *“tra la tutela da assicurare all'interesse da proteggere dalla disclosure e la tutela dell'interesse pubblico alla diffusione della informazione, per cui se il secondo dovesse risultare prevalente si procederebbe comunque alla*

*diffusione”*.

Si è affermato, in particolare, che *“l'amministrazione, nonostante il riferimento nella norma al solo “test del pregiudizio concreto”, dovrà considerare non solo il danno che l'ostensione può creare all'interesse (limite) “protetto” dall'ordinamento, ma anche valutare l'aspettativa che ha il richiedente di conoscere i dati, le informazioni o i documenti oggetto dell'istanza (riferibili all'attività e all'organizzazione amministrativa) e quale potrebbe essere il contributo positivo alla “conoscenza diffusa” dell'attività amministrativa che l'ostensione richiesta potrebbe comportare” (T.A.R. Campania, Napoli, Sent. n. 2486 del 2019)*.

Ebbene, l'Adunanza plenaria conferma la necessità che non basti un qualunque pregiudizio all'interesse limite per impedire l'accesso: l'amministrazione dovrà alla luce del **canone di proporzionalità** operare un adeguato e proporzionato **bilanciamento degli interessi coinvolti** che potrà approdare anche a soluzioni intermedie. Ad esempio, il *know how* dell'impresa che sta eseguendo l'appalto potrà essere preservato *“senza sacrificare del tutto l'esigenza di una anche parziale conoscibilità di elementi fattuali, estranei a tale know-how ...e ciò nell'interesse pubblico a conoscere, per esempio, come certe opere pubbliche di rilevanza strategica siano realizzate o certi livelli essenziali di assistenza vengano erogati da pubblici concessionari”*.

### 6.3 - La conferma del divieto di abuso di accesso



La Sentenza in commento afferma che la possibilità dell'abuso del diritto di accesso non deve valere a limitarne, in assoluto, la corretta applicazione.

Si conferma, peraltro, che l'accesso - finalizzato a garantire, con *“il diritto all'informazione, il **buon andamento dell'amministrazione** (art. 97 Cost.) - non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa, sicché il suo esercizio deve rispettare il canone della **buona fede e il divieto di abuso del diritto**, in nome, anzitutto, di un fondamentale principio solidaristico (art. 2 Cost.)”*.

L'applicazione dell'accesso alla fase esecutiva va, quindi, confermata, ferma restando la necessità di respingere: *“**richieste manifestamente onerose o sproporzionate** e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche ..., contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi”*.

## 7 – Conclusioni

La Sentenza in commento presenta numerosi spunti di interesse. Tra i tanti, merita di essere segnalato, in conclusione, quello relativo **all'ampia discrezionalità**

che viene riconosciuta all'amministrazione nell'operare il bilanciamento tra l'interesse alla conoscenza e l'interesse limite (fra tutti, la riservatezza e il segreto tecnico o commerciale). Mentre, infatti, le esclusioni per l'accesso documentale sono tendenzialmente tassative o perché testuali o perché demandare a un regolamento o per essere i criteri di bilanciamento predeterminati dalla legge (v. in particolare, l'art. 24 co. 7 L. 241/1990 in rapporto ai dati personali), nel caso dell'accesso civico gli interessi limite sono semplicemente indicati (v. art. 5 bis co. 2 d.lgs. 33/2013, cit.).

Una simile indicazione legislativa per “clausole generali” era, invero, coerente con l'applicazione dell' *harm test* nella sua accezione tipica secondo cui la ricorrenza di qualsiasi profilo di danno all'interesse-limite impedirebbe l'accesso civico generalizzato.

La giurisprudenza, confortata ora dall'Adunanza plenaria, si è mossa nel senso di richiedere, in applicazione del principio di proporzionalità, una **valutazione comparativa del pregiudizio all'interesse limite** in rapporto all'interesse alla conoscenza; l'orientamento è mosso dal condivisibile fine di **evitare che l'accesso civico sia svuotato dall'ampiezza dei controlimiti**, come fu paventato dai primi commentatori. Resta, tuttavia, la **difficoltà di elaborare dei criteri sufficientemente univoci per operare un siffatto bilanciamento** e, in merito, restiamo in attesa degli ulteriori sviluppi giurisprudenziali.