

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2019

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico
Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Gaetano Caputi, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Luca Raffaello Perfetti, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale
Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Ramón Terol Gómez.

Coordinamento del Comitato editoriale
Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativamente

N. 1/2019

Sommario

1. La trasparenza nei settori bancario e finanziario tra evoluzione giurisprudenziale ed obiettivi di armonizzazione giuridica
di Gabriella Mazzei……pag. 1

2. Responsabilità da attività sanitaria e Legge 24/17 (Legge Gelli): verso una "pubblicizzazione" del rischio clinico?
di Angelo Piazza……..…pag. 30

3. La piena tutela dell'interesse sostanziale del terzo davanti al giudice amministrativo nell'attività edilizia soggetta a scia
di Giuseppe Giannì……..…pag. 46

4. Il responsabile Unico del Procedimento nella fase di affidamento di gare pubbliche. Principali problematiche alla luce del codice dei contratti pubblici, delle linee guida ANAC e dei recenti sviluppi giurisprudenziali
di Riccardo Esposito…….pag. 62

5. Il divieto di bis in idem tra ordinamento nazionale ed europeo
di Angelo Terracciano……..pag. 91

ISSN 2036-7821

La trasparenza nei settori bancario e finanziario tra evoluzione giurisprudenziale ed obiettivi di armonizzazione giuridica

di Gabriella Mazzei*

(Professore associato di Diritto privato comparato)

Sommario

1. La nozione giuridica di trasparenza e le specificità della trasparenza nei settori bancario e finanziario. – 2. La trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti. – 3. L'evoluzione della disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti. Dalla MiFID I alla MiFID II e MiFIR. – 4. La trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti nel testo unico bancario e nelle fonti normative secondarie. – 5. La trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti nel testo unico della finanza e nelle fonti normative secondarie. – 6. I rimedi alla violazione della trasparenza nei settori bancario e finanziario tra evoluzione giurisprudenziale ed obiettivi di armonizzazione giuridica

Abstract

This paper, first delineates the legal concept of "transparency", its evolution and the particular characteristics it acquires in the banking and financial sectors touching on the complex issue of the relationship between contract and market, between private autonomy and public regulation of the markets.

Secondly, it analyzes the evolution of the complex regulatory framework, derived from European and Italian sources and from primary and secondary sources, on the contractual transparency in the banking and financial sectors.

Finally, it addresses the issue of remedies to the breach of contractual transparency in the banking and financial sectors, takes a look at the evolution of jurisprudence on the identification of effective remedies to violations of the information requirements and highlights its relationship, at times problematic, with the objectives of legal harmonization pursued by the European legislator.

ISSN 2036-7821

1. La nozione giuridica di trasparenza e le specificità della trasparenza nei settori bancario e finanziario.

Sebbene collegati e interconnessi, i mercati si differenziano nei mezzi adoperati e nelle strutture poste in essere per realizzare le loro funzioni nonché nei contenuti e nelle finalità degli interventi regolatori da parte del potere pubblico. Ed i mercati bancario e finanziario rispondono a proprie esigenze, utilizzano i propri mezzi per soddisfarle, presentano una propria struttura e proprie caratteristiche, rispondono a propri principi e a proprie regole di funzionamento, tra i quali in primo luogo quelli relativi alla trasparenza dei contratti in essi conclusi[1].
L'attuale concezione del rapporto tra contratto e mercato tende ormai verso una considerazione del contratto come elemento che concorre a comporre il sistema-mercato unitariamente considerato e che insieme al sistema-mercato in cui si colloca dev'essere finalizzato alla realizzazione anche di interessi diversi da quelli perseguiti dalle parti contraenti, interessi di portata ultra individuale, di rilevanza generale e connessi a finalità sociali rispondenti a valori costituzionalmente rilevanti.
La disciplina relativa ai mercati bancario e finanziario, quella di fonte europea e quella di fonte interna, primaria e secondaria, ed in particolare quella relativa alla trasparenza dei contratti bancari e finanziari rappresenta un rilevante esempio di intervento del potere pubblico nell'economia finalizzato a contemperare la garanzia della libera iniziativa economica privata e dell'autonomia contrattuale con finalità sociali ed interessi di rilevanza generale, con riguardo in primo luogo alla tutela del consumatore nonché alla promozione e garanzia dell'assetto concorrenziale, della stabilità e dell'efficienza dei mercati[2].
L'intervento pubblico regolatore del mercato assume contorni del tutto particolari con riferimento ai mercati bancario e finanziario, nei quali si pone con maggiore intensità e complessità l'esigenza di garantire le condizioni di un assetto concorrenziale del mercato nonché di correggere e porre rimedio alle situazioni di debolezze contrattuali e asimmetrie informative nelle negoziazioni private.

[1] È, tuttavia, diffusamente riconosciuta la rilevanza giuridica della trasparenza quale principio della teoria generale dei contratti e, a questo riguardo, è stato sottolineato la rilevanza della prospettiva offerta dal diritto dell'economia, che consente proficue osservazioni e analisi sul diritto contrattuale, ben al di là dei soli contratti, nominati e innominati, dell'impresa. Cfr. G. AULETTA, *Un saggio di economia del diritto*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2001, p. 85 ss.

[2] Sul tema della composizione degli obiettivi di tutela del consumatore e di promozione della concorrenza perseguiti dalla regolazione del mercato, cfr., tra gli altri, G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2005; G. CARRIERO, *Nuova trasparenza bancaria, tutela del risparmiatore e prospettive di riforma del credito al consumo*, Torino, 2004, 29 ss.; S. NICODEMO, *Funzioni normative delle autorità indipendenti?*, in *Il Diritto dell'Economia*, 1998, p. 341 ss.

ISSN 2036-7821

Ciò inevitabilmente conferisce caratteristiche peculiari ai contenuti della normativa di settore, all'apparato dei rimedi, agli strumenti di controllo e di repressione delle violazioni.

La disciplina di settore, profondamente segnata dagli interventi del legislatore europeo, delinea la struttura dei mercati bancario e finanziario lasciandone agli operatori privati la gestione e attribuendo alle autorità di vigilanza[3] non solo i relativi poteri di controllo e sanzionatori, ma anche poteri normativi - ancora prevalentemente considerati di rango secondario - al fine di definire le condizioni per l'accesso al mercato e le regole di comportamento che devono essere rispettate nell'operarvi.

Si tratta di un quadro normativo complesso e articolato, che incide fortemente sulla libertà di iniziativa economica privata e sull'autonomia contrattuale privata, di fronte al quale appare estremamente difficile considerare i principi giuridici e le regole di cui si sostanzia come eccezioni ad un preteso principio generale della intangibilità e insindacabilità della volontà privata[4].

Il termine "trasparenza" - presente ormai nel linguaggio dei giuristi e diffusosi in sempre più numerosi ambiti disciplinari, ha assunto diverse accezioni[5]. «La sua traduzione letterale non pone problemi. L'espressione francese (*transparence*), quella inglese (*transparency*) e quella tedesca (*transparenz*) alludono tutte ad un significato traslato nel mondo del diritto. In modo metaforico fa riferimento ad una qualità, ad un modo di essere, che si contrappone alla opacità, alla illeggibilità, alla indecifrabilità, oppure alla scarsa leggibilità, alla scarsa decifrabilità, o addirittura alla decettività di un documento, un contratto, una operazione economica, un comportamento […]. Di solito il termine è associato ad altro vocabolo, per divenirne connotato qualificante (come accade per la trasparenza del contratto, del rapporto,

[3] Nel nostro ordinamento giuridico manca una definizione e una disciplina unitarie degli organismi di vigilanza nei vari settori di mercato, organismi che sono stati inseriti dal pensiero giuridico nella categoria unificante delle "autorità amministrative indipendenti". Nell'ambito della ormai vasta letteratura giuridica sulle autorità amministrative indipendenti, cfr. G. MONTEDORO, *Le amministrazioni indipendenti*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, p. 271 ss.; V. VITI, *il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012; N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; A. LA SPINA, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007; G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; F. FRANCARIO (a cura di), *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003; G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, 2002; V. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Politica del diritto*, 2000, p. 159 ss.; G. VESPERINI, G. NAPOLITANO (a cura di), *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 647 ss.; F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993.

[4] Cfr. G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 421 ss., ora in *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, p. 188 ss.

[5] Cfr. G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

del comportamento, del documento, di una gara, etc.) ed implica pertanto chiarezza contrapposta ad opacità, correttezza contrapposta a slealtà, rivelazione contrapposta a celamento, informazione contrapposta ad ignoranza, e così via.»[6].
Ma, dal momento che questo termine polisenso ha ormai acquisito valore ed effetti di carattere giuridico, a fronte di un utilizzo del termine così ampio e diffuso, si pone l'esigenza di delimitarne e di chiarirne la portata semantica.
Volgendo lo sguardo al diritto dei contratti, in un primo momento, risalente alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, il termine trasparenza entra a far parte del linguaggio dottrinale con riferimento alla problematica dell'utilizzo da parte delle banche, nei suoi rapporti contrattuali con la clientela, di clausole contenenti il rinvio agli usi bancari (le c.d. «norme bancarie uniformi») o anche di condizioni generali di contratto ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile[7].
La natura e l'efficacia delle c.d. «norme bancarie uniformi», nelle quali erano unificate le condizioni generali dei contratti bancari, sono state oggetto di attenzione da parte della dottrina[8] e di un percorso evolutivo che, dopo averne ridimensionato la portata[9], ha condotto al loro superamento[10] e al recupero, almeno parziale, dell'autonomia degli investitori nelle negoziazioni su prodotti finanziari.
Successivamente si afferma una nozione di "trasparenza" di portata più ampia, riferita al contratto in generale e concernente le problematiche dell'asimmetria informativa tra il professionista e il consumatore o tra il professionista-parte contrattuale dominante e il professionista-parte contrattuale debole, della chiarezza delle clausole contrattuali contenute nei moduli o formulari, della inclusione di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, dell'utilizzo di clausole potenzialmente abusive nel contratto già predisposto a cui la controparte è chiamata

---

[6] Così G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in *Quaderni dell'Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa*, n. 210, 2004, p. 3.

[7] Cfr. P. GAGGERO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 1995, p. 388 ss.; M. DE POLI, *La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 524 ss.; G. ALPA, *La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it*, 1992, IV, c. 409 ss.; P.L. CARBONE, *La trasparenza bancaria e la tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 1992, IV, p. 479 e ss.; P. RESCIGNO, *"Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 297 ss.

[8] Cfr. tra gli altri V. DESARIO, *Caratteristiche e finalità dell'azione della Banca d'Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziari*, in A. JANNARELLI, G. PIEPOLI, N. SCANNICCHIO (a cura di), *Diritto privato europeo*, Bari, 1999, p. 5 ss.; F. MAIMERI, *Potere contrattuale e norme bancarie uniformi*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 2, p. 209 ss.; G. FLORIDIA, *Condizioni bancarie uniformi*, in AA.VV., *La concorrenza bancaria*, Milano, 1985, p. 171 ss.; G. GABRIELLI, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in AA.VV., *I controlli bancari*, Napoli, 1978, p. 284 ss.

[9] Sul tema, cfr. A.M. CARRIERO, *Commento sub art. 117 T.u.b.*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, tomo II, p. 905 ss., ove alle NBU viene riconosciuto un valore solo indicativo dei contenuti contrattuali e non vincolante per i singoli intermediari; M. GRILLO, M. POLO, *La standardizzazione dei contratti bancari con particolare riferimento alle Norme Bancarie Uniformi*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 49, Roma, 1999, p. 31 ss.

[10] Con la nota sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite, 7 ottobre/4 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004,1, 3294, che ne ha travolto il sistema.

ISSN 2036-7821

solo ad aderire ma anche della correttezza nella fase delle trattative e della conclusione del contratto che non sia già predisposto[11].
Occorre, tuttavia, rilevare il graduale affermarsi di un più ampio ambito semantico della nozione di trasparenza contrattuale comprensivo anche di quegli aspetti attinenti la parità di trattamento dei clienti e l'equilibrio delle condizioni negoziali.
Un così ampio ambito applicativo, comprensivo anche dei casi in cui la disparità di trattamento e il disequilibrio contrattuale non siano conseguenza dell'omissione, occultamento, incompletezza di informazioni o comunque di un comportamento connotato da opacità, finisce con l'estenderne notevolmente la portata semantica e con il riferirla a problematiche differenti ed oggetto di discipline sorrette da finalità e logiche diverse da quelle relative alla trasparenza in senso stretto, come quelle riguardanti le variazioni unilaterali delle condizioni negoziali ed il carattere vessatorio delle clausole contrattuali nei contratti posti in essere da banche e intermediari finanziari[12].
Il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale tende a considerare quello della trasparenza un principio generale del diritto contrattuale superando le non poche resistenze che, ponendosi da una prospettiva giusformalistica, hanno ritenuto di escludere la configurabilità giuridica di un vero e proprio principio giuridico generale sulla base di discipline normative connotate da un ambito applicativo limitato ad un determinato e specifico settore di attività e a ritenere che una regola tratta dalla normativa speciale relativa ai rapporti contrattuali tra professionista e consumatori non possa estendersi alla totalità dei rapporti contrattuali.
Tuttavia, l'osservazione del diritto vivente e della prassi negoziale consente di verificare l'esistenza o meno, la rilevanza o meno nel nostro ordinamento giuridico di un valore concernente la correttezza e la buona fede nella negoziazione e nel mercato su cui fondare l'esistenza di un principio generale che possa legittimamente

---

[11] Cfr. E. CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio dei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2002, II, p. 198 ss.; ID., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p.66 ss.; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 94 ss.; S. FORTUNATO, *I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1996, I, p. 14 ss.; A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto delle banche al diritto bancario*, Milano, 1993, p. 26 ss.

[12] Nell'ambito della vasta letteratura sul tema, cfr. P. SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 279 ss.; G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2003; P. SIRENA, *Controllo giudiziale e controllo amministrativo dei contratti stipulati dai consumatori*, in *Banca e borsa*, 2003, I, p. 469 ss.; S. PATTI, *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove (a proposito di Trib. Roma, 21 gennaio 2000)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 513 ss.; M. GRANIERI, *Clausole vessatorie tre anni dopo*, in *Danno responsab.*, 2000, p. 82 ss.; A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 1173 ss.; A. BONAZZI, *Clausole vessatorie e tutela del consumatore*, in *Arch civ.*, 2000, p. 737 ss.; P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999; G. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997; A. BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, Napoli, 1996.

ISSN 2036-7821

rappresentare un criterio di giudizio a cui riferirsi in sede interpretativa e applicativa del diritto.
Dalla complessa e articolata normativa di settore, di recente profondamente segnata dagli interventi del legislatore europeo, deriva la nozione di trasparenza riferita in particolare al settore dei mercati bancario e finanziario. Infatti, nel settore bancario e finanziario, prima che in altri settori, la trasparenza è stata oggetto di una specifica disciplina normativa e di ampia analisi da parte della dottrina[13].
Sebbene sia possibile individuare una comune funzione strumentale del riconoscimento legislativo della giuridica rilevanza della trasparenza quale espressione del criterio di buona fede e correttezza, autorevole voce del pensiero giuridico italiano ha posto in evidenza come la trasparenza riferita al settore dei prodotti e servizi bancari e finanziari assume una funzione normativa particolare e specifica rispetto alla funzione assegnatale dalla disciplina codicistica, divenendo criterio di determinazione dei contenuti di cui si sostanzia il dovere di diligenza professionale che deve essere rispettato in tutte le fasi negoziali[14].

2. La trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti.
Dalla sempre maggiore complessità delle operazioni bancarie e finanziarie deriva la sempre più avvertita esigenza di garantire l'effettiva corrispondenza tra il prodotto o il servizio offerto e gli interessi del cliente nonché idonei livelli di comprensione da parte di questi delle caratteristiche, dei costi e dei rischi delle operazioni bancarie e finanziarie in vista di una libera e consapevole volontà contrattuale.
In considerazione della posizione di asimmetria informativa e di debolezza contrattuale del cliente rispetto alla banca o all'intermediario finanziario e della necessità di garantire al cliente un'adeguata informazione sulla natura, sulle caratteristiche e sui rischi dell'operazione bancaria o finanziaria, sia nella fase genetica, sia nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio - finalità ormai diffusamente riconosciuta come funzionale all'obiettivo della progressiva instaurazione di un mercato unico dei servizi finanziari stabile ed efficiente - l'articolata disciplina, di matrice prevalentemente europea e recepita dalla normativa

[13] Nell'ambito della ormai vasta letteratura, cfr. F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001; F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2000; G. ALPA, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 409 ss.; G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, p. 1 ss.; AA.VV., *Commento al D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003.

[14] Cfr. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 347; V. LEMMA, *Informazione finanziaria e tutela dei risparmiatori*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, p. 259 ss.; I. SABBATELLI, *Educazione finanziaria e credito responsabile*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3/2016, I, p. 282 ss.

ISSN 2036-7821

interna di fonte primaria e secondaria[15], introduce una serie di obblighi di condotta che l'operatore professionale è chiamato ad osservare nello svolgimento della sua attività, tra i quali in primo luogo gli obblighi informativi nei confronti della clientela, che sostanziano un sempre più ampio regime di trasparenza contrattuale[16].
Qualitativamente e quantitativamente ampliato, l'insieme degli obblighi informativi posti a carico delle banche e degli intermediari finanziari nei confronti del cliente hanno ad oggetto informazioni normativamente e specificatamente indicate[17] che potenziano il ruolo della trasparenza; un ruolo che oggi non si traduce più soltanto in strumenti informativi che consentono un'adeguata conoscenza dei vari aspetti del regolamento contrattuale, ma giunge fino a più incisivi meccanismi informativi volti a garantire che il cliente abbia effettivamente compreso il contenuto degli obblighi e dei diritti derivanti dal rapporto contrattuale con la banca o l'intermediario finanziario[18].
Questo profilo della trasparenza attiene, dunque, ai sempre più ampi e incisivi obblighi informativi strumentali alla chiarezza e alla piena ed effettiva conoscenza e comprensione delle condizioni contrattuali e in vista di un consenso contrattuale libero e consapevole nell'ambito delle singole negoziazioni tra la banca o l'intermediario finanziario e il cliente.

3. L'evoluzione della disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti. Dalla MiFID I alla MiFID II e MiFIR.

[15] Le fonti europee che definiscono il quadro giuridico per i mercati degli strumenti finanziari e per i servizi e le attività di investimento oggi sono principalmente: la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, nota come MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*) II, così come modificata dalla direttiva 2016/1034/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016; il regolamento n. 600/2014/ UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari, noto come MiFIR (*Markets in Financial Instruments Regulation*), così come modificato dal regolamento 2016/1033/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016; la MiFID II e il MiFIR hanno significativamente modificato la precedente disciplina introdotta dalla direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, nota come MiFID I. La normativa nazionale di fonte primaria è principalmente contenuta, per il settore bancario e creditizio, nel decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modifiche e integrazioni, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, (testo unico bancario - t.u.b.). Prima di confluire nel testo unico bancario, la disciplina era contenuta nella legge 17 febbraio 1992, n. 154, Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, abrogata con l'entrata in vigore del testo unico bancario. Per il settore dei servizi d'investimento, la normativa nazionale di fonte primaria è contenuta nel decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modifiche, recante il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (testo unico della finanza - t.u.f.).

[16] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, Padova, 2008, p. 149 ss.

[17] Vedi in particolare gli articoli 24 e 25 della direttiva 2014/65/UE (MiFID II).

[18] Cfr. E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, p. 246 ss.

ISSN 2036-7821

La disciplina sulla trasparenza nei mercati bancario e finanziario negli ultimi decenni ha conosciuto una rapida e rilevante evoluzione dovuta e segnata soprattutto dagli interventi del legislatore europeo e volta in primo luogo al perseguimento degli obiettivi di politica legislativa in ambito europeo concernenti la tutela dei consumatori in un mercato unico e integrato, concorrenziale, stabile ed efficiente[19].
Accanto alle regole poste dalle fonti normative europee si pongono quelle di recepimento poste dalle fonti interne di rango primario e secondario, e quelle recate nei codici di autodisciplina. A tale insieme normativo vanno ad aggiungersi le regole sui contratti dei consumatori recate dal codice del consumo[20] nonché quelle sui contratti del codice civile ed in particolare quelle sulle condizioni generali di contratto[21].
Si tratta, quindi, di un vasto, complesso e articolato quadro normativo, derivante da molteplici e differenti atti normativi, alcuni di eteronormazione dovuti all'intervento pubblico ed altri di autonormazione dovuti all'esercizio dell'autonomia privata in questo determinato settore di attività; degli interventi di regolazione pubblicistica, alcuni sono posti in essere da soggetti dotati di legittimazione politica ed altri da soggetti da questi delegati a regolamentare e vigilare su tali settori di mercato.
Nella fase precedente l'entrata in vigore della MiFID I[22] e II[23] e del MiFIR[24], gli interventi normativi di fonte e rango diversi che hanno regolamentato l'aspetto della trasparenza nei mercati bancario e finanziario hanno contribuito a delineare un significato della nozione giuridica di trasparenza variabile a seconda dei settori e degli interventi normativi.

[19] È ormai risalente nel tempo e diffusamente riconosciuta in dottrina l'equiparazione tra la nozione giuridica di consumatore e quella di investitore non professionale o risparmiatore, equiparazione dovuta ad una serie di atti comunitari, in cui l'attenzione per i consumatori nel settore dei mercati finanziari ha rappresentato una linea direttrice costante degli ultimi anni ed in cui, con riferimento al settore dei mercati degli strumenti finanziari, molto spesso il consumatore è stato inteso come il cliente, la controparte della banca o dell'intermediario finanziario ed in cui sono state definite regole e principi comuni a tutti i settori del mercato finanziario. Cfr. per tutti G. ALPA, *Commento all'art. 121*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, p. 936 ss.

[20] Il codice del consumo è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico con il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, a norma dell'articolo 7 della legge delega 29 luglio 2003, n. 229, relativo al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori, in attuazione di una serie di direttive comunitarie volte alla protezione del consumatore, ed è stato successivamente e ripetutamente modificato e integrato.

[21] Vedi gli articoli 1341, 1342, 1370 del codice civile.

[22] Vedi la direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, nota come MiFID I, che è stata in parte rifusa nella MiFID II e in parte sostituita dal MiFIR.

[23] Vedi la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, nota come MiFID II, così come modificata dalla direttiva 2016/1034/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016.

[24] Vedi il regolamento n. 600/2014/ UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari, noto come MiFIR, così come modificato dal regolamento 2016/1033/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016.

ISSN 2036-7821

Tra i diversi interventi normativi concernenti il settore bancario, appaiono di particolare rilevanza ai nostri fini le direttive europee sull'accesso e sull'esercizio dell'attività degli enti creditizi, che recavano le regole fondamentali del diritto bancario e che disciplinavano l'aspetto della protezione del cliente principalmente sul piano della solidità finanziaria e quindi della stabilità della banca[25].
Nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, assumono rilievo principalmente la legge del 1992 sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari[26] ed il testo unico bancario (t.u.b.) del 1993[27], recante tra l'altro norme sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti nonché sul credito al consumo[28]. Si aggiungono le numerose disposizioni di attuazione contenute nelle delibere del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) e della Banca d'Italia nonché nei codici di autodisciplina promossi dalle associazioni rappresentative degli interessi contrapposti.
Rilevanti e numerosi anche gli interventi normativi nel settore della intermediazione finanziaria, che ha visto succedersi a ritmo continuo e sostenuto gli interventi di modifica delle direttive europee in materia e l'adozione in ambito nazionale del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (t.u.f.) del 1998[29], nonché le normative di fonte secondaria attuative e di dettaglio adottate dalle autorità di vigilanza, Banca d'Italia e Consob, in virtù dell'ampia delega regolamentare in esso recato[30].
Da tale ampio e articolato quadro normativo complessivamente considerato emergeva una nozione di trasparenza contrattuale diversificata in ragione dei diversi settori di attività disciplinati e dei diversi soggetti interessati, il cui *status* assumeva rilevanza solo in alcuni ambiti di attività, quale quello relativo al credito al consumo.
La nozione giuridica di trasparenza si sostanziava principalmente di obblighi di carattere informativo posti a carico delle banche e degli intermediari finanziari

[25] Vedi la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, che ha subito diverse modifiche fino alla sua rifusione nella direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006. Sul tema, cfr. G. ALPA, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto bancario comunitario*, a cura di, Torino, 2002.

[26] Vedi la legge 17 febbraio 1992, n. 154, recante *Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, che è stata abrogata con l'entrata in vigore del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modifiche e integrazioni, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, testo unico bancario (t.u.b.), in cui è confluita la disciplina da essa recata.

[27] Vedi il decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modifiche e integrazioni, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, testo unico bancario (t.u.b.).

[28] Vedi il titolo VI del t.u.b.

[29] Vedi il decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, recante il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, testo unico della finanza (t.u.f.).

[30] In virtù della delega alla Banca d'Italia e alla Consob di cui all'articolo 6 del t.u.f., l'intera materia è, infatti, connotata da un elevato livello di delegificazione.

ISSN 2036-7821

nell'ambito del rapporto contrattuale con il cliente. È stato efficacemente affermato che «la trasparenza implica l'indicazione non equivoca dei punti fondamentali e dei termini dell'accordo, dei suoi effetti giuridici e dei plausibili esiti economici.»[31].
Configurato quale obbligo di condotta derivante dalle clausole generali di buona fede e correttezza, superata una prima e lunga fase in cui ha svolto un ruolo marginale, l'obbligo di informazione ha visto ampliare il proprio ambito applicativo e accrescere la propria rilevanza sistematica, ricevendo sempre maggiore attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, fino a giungere all'attuale riconoscimento della sua rilevanza centrale nel sistema generale del diritto dei contratti, e non solo di quelli dei consumatori.
L'obbligo informativo è oggi un fondamentale strumento di tutela del contraente la cui posizione contrattuale sia da considerare debole o comunque connotata da asimmetria informativa, tale da richiedere una specifica tutela giuridica al fine di garantire che nell'ambito della vicenda contrattuale le sue decisioni siano effettivamente sorrette da adeguata consapevolezza e corrette dinamiche di formazione della volontà.
La trasparenza assolve ad un ruolo di centrale rilevanza in vista del superamento delle asimmetrie di mercato e della tutela del contraente debole nei confronti del più forte potere negoziale delle banche e degli intermediari finanziari.
La dottrina più attenta ha da tempo ormai individuato nell'introduzione di strumenti di adeguata informazione dei destinatari dei servizi e prodotti bancari e finanziari la condizione di una effettiva ed efficace tutela dei consumatori in tali mercati[32].
Si è lucidamente posto in evidenza la funzione normativa e strumentale svolta a tali fini dal contratto, che, in quella che può considerarsi la sua dimensione dinamica, è volto ad integrare il quadro normativo vigente in materia di trasparenza nei mercati bancario e finanziario[33].
Nella fase antecedente l'entrata in vigore della MiFID I e successivamente della MiFID II e MiFIR nonché delle relative normative interne di recepimento e adeguamento, mancavano nel nostro ordinamento giuridico norme volte a tipizzare i dati oggetto degli obblighi informativi posti a carico degli intermediari finanziari.
Infatti, nel testo unico sulla intermediazione finanziaria non venivano precisamente definite le informazioni che l'intermediario finanziario aveva l'obbligo di acquisire dal cliente e che il legislatore si limitava ad indicare genericamente come quelle necessarie, né quelle che dovevano essere rese al cliente e che venivano altrettanto genericamente indicate come quelle adeguate.

---

[31] Così V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26.

[32] Cfr. G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 270 ss.

[33] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, p. 8 ss.

ISSN 2036-7821

Ne derivava che l'individuazione delle informazioni necessarie e adeguate oggetto di obbligo informativo dell'intermediario finanziario veniva lasciata di volta in volta alla valutazione discrezionale da parte di quest'ultimo, ed eventualmente al successivo giudizio da parte dell'autorità giudiziaria in caso di controversia per asserita violazione di tali obblighi informativi.

Il legislatore italiano, limitandosi ad introdurre il criterio del carattere necessario ai fini della individuazione delle informazioni oggetto dell'obbligo di acquisizione da parte dell'intermediario finanziario e nei confronti del cliente, finiva con il garantire al cliente una tutela più attenuata rispetto a quella prevista dal legislatore europeo che dettava criteri di armonizzazione maggiormente dettagliati ponendo a carico dell'intermediario finanziario l'obbligo di raccogliere informazioni sulla situazione finanziaria del cliente, sulla sua esperienza in materia di investimenti e sui suoi obiettivi d'investimento[34].

Tuttavia, alla luce del principio di interpretazione conforme, le disposizioni recate negli interventi normativi europei di armonizzazione rappresentavano rilevanti criteri di interpretazione delle disposizioni interne di attuazione[35].

Inoltre, attenta dottrina aveva correttamente osservato che «Il doppio riferimento alle informazioni adeguate e necessarie, unitamente al fatto che l'obbligo sia previsto nei confronti dei clienti, induce a ritenere che l'adeguatezza e la necessarietà delle informazioni debbano essere apprezzate con riguardo alle singole relazioni negoziali intrattenute con gli investitori»[36].

Come rilevato, l'evoluzione della disciplina è stata segnata principalmente dagli interventi nel settore da parte del legislatore europeo ed in particolare dalla direttiva del 2004 (MiFID I), la cui disciplina è stata in parte rifusa nella successiva direttiva del 2014 (MiFID II) ed in parte sostituita dal regolamento del 2014 (MiFIR).

---

[34] Vedi, ad esempio, l'articolo 11 della la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, che al comma 1 testualmente dispone: «Gli Stati membri elaborano le norme di comportamento che le imprese di investimento devono osservare in permanenza. Tali norme devono porre in atto almeno i principi di cui ai trattini seguenti e devono essere applicate in modo da tenere conto della natura professionale della persona a cui è fornito il servizio. […] Questi principi obbligano l'impresa d'investimento a: agire, nell'esercizio della sua attività, in modo leale ed equo, nell'interesse, per quanto possibile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato; agire con la competenza, l'impegno e la diligenza necessari, nell'interesse, per quanto possibile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato; disporre delle risorse e delle procedure necessarie per portare a buon fine le sue attività, e ad utilizzarle in modo efficace; informarsi sulla situazione finanziaria dei suoi clienti, sulla loro esperienza in materia di investimenti e sui loro obiettivi per quanto concerne i servizi richiesti; trasmettere adeguatamente le informazioni utili nell'ambito dei negoziati con i suoi clienti; sforzarsi di evitare i conflitti di interessi e, qualora ciò non sia possibile, a provvedere a che i suoi clienti siano trattati in modo equo; conformarsi a tutte le normative applicabili all'esercizio delle sue attività in modo da promuovere per quanto possibile gli interessi dei suoi clienti e l'integrità del mercato.».

[35] Vedi il decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415, recante norme di Recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi.

[36] Così G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in *Quaderni dell'Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa*, n. 210, 2004, p. 48 s.

ISSN 2036-7821

Gli interventi del 2014, pur modificando significativamente la disciplina del 2004, si pongono con essa in linea di continuità in materia di obblighi di informazione delle banche e degli intermediari finanziari nell'ambito delle relazioni contrattuali con i clienti, ampliandone e arricchendone l'ambito di applicazione[37].

Nell'ormai acquisita e diffusa consapevolezza che l'opacità nelle relazioni contrattuali incide negativamente sull'assetto concorrenziale, sulla stabilità e sull'efficiente funzionamento dei mercati[38], il legislatore europeo ha, infatti, introdotto e nel tempo aggiornato, modificato e integrato un complesso insieme di norme volte a garantire la trasparenza nei contratti del settore bancario e finanziario[39].

Si è già osservato che la crescente complessità dei prodotti e dei servizi offerti nei mercati bancario e finanziario impone una sempre maggiore esigenza di garantire l'effettiva corrispondenza tra il prodotto e il servizio offerto e gli interessi del cliente nonché idonei livelli di comprensione e di consapevolezza da parte di questi in ordine alle caratteristiche, ai costi e ai rischi delle operazioni bancarie e finanziarie. Da tali sempre maggiori esigenze derivano i recenti interventi del legislatore europeo ispirati al principio del dovere di agire nel miglior interesse del cliente e volti ad ampliare gli obblighi di informazione della banca e dell'intermediario finanziario nei confronti della clientela e nell'ambito delle singole relazioni contrattuali.

L'introduzione di forme di tutela dei risparmiatori più efficaci di quelle previste dalla legislazione antecedente ed il recupero della fiducia nel sistema finanziario rappresentano gli obiettivi primariamente perseguiti dalla MiFID I[40].

Tra gli strumenti volti alla realizzazione di tali obiettivi vi sono gli obblighi posti a carico delle imprese di investimento di classificare «in modo innovativo» la propria clientela, di rispettare regole di condotta «più puntuali di quelle precedenti», di valutare l'«adeguatezza» e l'«appropriatezza» delle operazioni proposte.

L'intervento del legislatore europeo è volto anche ad evitare situazioni nelle quali l'utente finale possa essere danneggiato dall'operatività dell'intermediario. Assumono rilievo sotto questo profilo quelle disposizioni che impongono il particolare obbligo di eseguire gli ordini ricevuti alle migliori condizioni, al quale si

---

[37] Cfr. G.M. UDA, *L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento*, in V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Padova, 2016, p. 27 ss.

[38] Sul tema, cfr. R. COSTI, *Informazione e mercato finanziario*, in *Banca, impr. soc.*, 1989, p. 208 ss.

[39] Nell'ambito della vasta letteratura giuridica sul tema, cfr. A. URBANI, *La «trasparenza» nello svolgimento dell'attività*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 505 ss.; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna 2013; F. CIVALE (a cura di), *La trasparenza bancaria*, Milano, 2013; A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012; E. QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 90 ss.; V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela. Asimmetrie e condotte abusive*, Padova, 2008; V. CALANDRA BUONAURA, *La trasparenza nei servizi bancari di investimento*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 220 ss.; G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003.

[40] cfr. M. DE POLI, *Prefazione* a ID. (a cura di), *La nuova normativa MIFiD*, Padova, 2009, p.p. VII.

ISSN 2036-7821

ricollega la necessità di un'attenta e continua revisione delle misure strategiche cui deve essere conformata l'operatività dell'intermediario[41].

Tali rilevanti innovazioni normative sono, inoltre, accompagnate da una regolazione dei mercati che assicura più elevati livelli di efficienza, da cui deriva la valorizzazione della concorrenza «quale strumento principe per conseguire riduzione dei costi, innalzamento della qualità dei servizi ed innovazione»[42].

La grave crisi finanziaria del 2008 ha sottoposto a dura prova l'impianto normativo introdotto dalla MiFID I mettendo in luce tutti i limiti delle forme di controllo[43].

Già all'indomani dell'adozione del decreto legislativo di recepimento[44] della MiFID I si avverte la necessità di nuovi interventi normativi volti a porre rimedio a talune carenze della disciplina in essa recata, tra le quali quelle relative al monitoraggio dei rischi nelle imprese di investimento, la definizione del servizio di consulenza, le concrete possibilità applicative del meccanismo previsto per la conoscenza della clientela[45].

Da qui la necessità, sin da subito evidenziata da attenta dottrina, di ulteriori modifiche normative volte a garantire adeguatamente più elevati livelli di integrità, efficienza e competitività del mercato[46].

Emerge la necessità di disposizioni volte ad assicurare, fin dalla fase di ideazione dei prodotti, il perseguimento dell'interesse degli investitori mediante un riscontro di adeguatezza nella fase precedente la commercializzazione.

---

[41] La medesima ratio è individuabile anche nella rivisitazione della normativa in tema di conflitti d'interesse, incentrata sulle disposizioni che accrescono il grado di responsabilità dei vertici aziendali delle imprese di investimento. Sul tema, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari investitori mercati*, Padova, 2008, p. 189 ss.

[42] Così M. SEPE, *Il decreto 164/2007 di recepimento della MiFID*, in AA.VV., *Gli incontri autunnali*, Seminario organizzato dal Gruppo Cabel presso la BCC di Fornacette, 27 ottobre 2007, p. 3.

[43] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sulla MiFID II (tra aspettative degli investitori e realtà normativa)*, in V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela - regole di* governance *- mercati*, Padova, 2016, p. 183.

[44] Vedi il decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164, Attuazione della direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari. Cfr. M. SEPE, *Il decreto 164/2007 di recepimento della MiFID*, in AA.VV., *Gli incontri autunnali*, Seminario organizzato dal Gruppo Cabel presso la BCC di Fornacette, 27 ottobre 2007, p. 75 ss.

[45] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La problematica relativa al recepimento della MiFID*, in M. DE POLI (a cura di), *La nuova normativa MIFiD*, Padova, 2009, p. 21 ss. Sotto questo profilo, in passato si sono verificate talune discrasie operative dal momento che talvolta gli intermediari, al fine di sottrarsi ai vincoli comportamentali imposti dalla disciplina speciale, hanno fatto ricorso ad «una sorta di autocertificazione […] (ex articolo 2 del d.m. n. 228/99) [...] inserita come clausola di stile nelle premesse dei contratti normativi». Così M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitori*. Padova, 2007, p. 222. Cfr. altresì F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014, p. 127 ss. In favore di un rafforzamento della disciplina esistente si sono espresse anche le autorità di controllo nazionali, nella convinzione della necessità di un maggiore raccordo alle dinamiche operative dei mercati nonché all'avanzamento del processo tecnologico. Cfr. A.M. TARANTOLA, *Il sistema dei controlli interni nella* governance *bancaria,* Relazione al convegno su *"Il sistema dei controlli aziendali: alla ricerca di una* governance*"*, Roma, 6 giugno 2008, in www.bancaditalia.it.

[46] Cfr. F. CAPRIGLIONE, M. PELLEGRINI, *I mercati finanziari*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, p. 539.

ISSN 2036-7821

Si avverte, inoltre, l'esigenza di assicurare le condizioni per una maggiore trasparenza ed efficienza dei mercati finanziari europei anche con interventi di riforma volti ad ampliare le sedi di negoziazione multilaterale, preceduti dall'introduzione di una nuova tipologia di piattaforma «particolarmente ampia, tale da consentire, anche in futuro, di comprendere ogni tipo di organizzazione di negoziazione che non rientri tra quelle già disciplinate.»[47].

Nel passaggio dalla MiFID I alla MiFID II e MiFIR viene qualitativamente e quantitativamente ampliato l'insieme degli obblighi informativi posti a carico delle banche e degli intermediari finanziari nei confronti del cliente, un insieme articolato di informazioni normativamente e specificatamente indicate[48].

L'ampio e graduato insieme di obblighi informativi posti a carico degli operatori del mercato bancario e finanziario concernono diversi aspetti del servizio prestato, si fondano sui criteri generali di diligenza, correttezza e trasparenza nonché sui criteri particolari di adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione.

Da segnalare l'introduzione di meccanismi di tutela che, al fine di perseguire efficacemente l'interesse dell'investitore e manifestando secondo taluni un approccio paternalistico[49], secondo altri un'impostazione ordoliberale[50] del diritto europeo, incidono nella fase di concreta selezione dei prodotti da distribuire, quali le misure di *product governance*, che consentono un controllo sulle strutture organizzative e sulla gestione delle imprese d'investimento, e i poteri di *product intervention*, nell'esercizio dei quali le competenti autorità di controllo possono impedire la negoziazione di prodotti finanziari pregiudizievoli per l'investitore preservando l'integrità dei mercati.

Il servizio di consulenza finanziaria, già ricompreso tra le attività d'investimento dalla MiFID I e come tale assoggettato a stringenti regole di condotta dal t.u.f. ampliando l'ambito dei soggetti legittimati a prestarlo[51], viene dalla MiFID II meglio configurato anche per i casi in cui viene prestato su base indipendente.

---

[47] Così M. SEPE, *Sistemi multilaterali di negoziazione - internalizzatori sistematici - sistemi organizzati di negoziazione*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 724 ss.

[48] Vedi, in particolare e tra altri, gli articoli 24 e 25 della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, nota come MiFID II.

[49] Cfr. A. PERRONE, *Servizi d'investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca e borsa*, 2015, I, p. 40.

[50] cfr. W. SAUTER, *The Economic Constitution of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 1998, 4, p. 46; M. POIARES MADURO, *Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights*, in *European Law Journal*, 1997, 1, p. 55 ss.

[51] Cfr. tra gli altri M. PELLEGRINI, *Le imprese d'investimento*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 394 ss.; S. AMOROSINO, *Profili pubblicistici della disciplina dell'attività di consulenza finanziaria*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, tomo I, Padova, 2010, p. 429 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il servizio di "consulenza in materia di investimenti": profili ricostruttivi di una nuova fattispecie*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, tomo I, Padova, 2010, p. 429 ss., p. 597 ss.; L. ZITIELLO, *La consulenza in materia di investimenti alla luce della Direttiva Mifid*, in G.L. GRECO (a cura di), *Studi sul rapporto tra banca e cliente*, Pisa, 2008, p. 137 ss.

ISSN 2036-7821

6. La trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti nel testo unico bancario e nelle fonti normative secondarie.

Il t.u.b. dedica alla trasparenza contrattuale un apposito titolo[52], il VI, dal quale emerge una nozione di trasparenza contrattuale riferita ad un insieme di obblighi nei confronti della controparte contrattuale - normativamente indicata come cliente con evidente richiamo del termine usato nell'attività commerciale[53] - affinché possa adeguatamente comprendere e valutare l'operazione economica al momento della conclusione del contratto e nella fase successiva alla conclusione del contratto controllare il comportamento della banca o dell'intermediario finanziario.

Tuttavia, dalla disciplina contenuta nel t.u.b. e da quella recata dalle fonti normative di rango secondario emerge una nozione di trasparenza bancaria idonea non solo ad incidere profondamente sul contenuto del regolamento contrattuale, ma anche ad andare ben oltre le condizioni contrattuali per produrre effetti significativi anche sul modo di essere e sull'organizzazione degli intermediari finanziari sui quali incombono gli obblighi da essa derivanti, obblighi finalizzati a garantire certezza e correttezza di comportamento nonché sana e prudente gestione.

Dalla lettura degli articoli 116 e seguenti del t.u.b.[54] può desumersi che la nozione di trasparenza delle condizioni contrattuali si riferisce, in primo luogo, ad obblighi di pubblicità dei dati, ovvero di comunicazione al cliente di specifiche, chiare ed esaurienti informazioni sulle condizioni e sulle caratteristiche principalmente, ma

---

[52] Il titolo VI del testo unico bancario (t.u.b.), sulla «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti», è articolato nel capo I concernente le «Operazioni e servizi bancari e finanziari», capo I-*bis* sul «Credito immobiliare ai consumatori», capo II sul «Credito ai consumatori», il capo II-*bis* sui «Servizi di pagamento», il capo III su «Regole generali e controlli». Nell'ambito della ormai vasta letteratura, cfr. per tutti F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001; F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2000; G. ALPA, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 409 ss.; AA.VV., *Commento al D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003.

[53] La dottrina si è soffermata sulla individuazione dei contenuti e dei confini della nozione di "cliente". Sul tema cfr. S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 326 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, p. 115 ss.; G. ALPA, *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *Contratti*, 1996, p. 5 ss.; R. CLARIZIA, *Il cliente della banca: fattispecie e tipologie. Disciplina generale di favore*, in U. MORENA, A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, *L'attività delle banche*, 1996, p. 131 ss.; P. GAGGERO, *A proposito della definizione di «cliente della banca»*, in *Econ. e dir. terz.*, 1996, p. 771 ss.

[54] L'articolo 116 del testo unico bancario (t.u.b.), al comma 1 dispone testualmente: «Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio […]. Non può essere fatto rinvio agli usi.». Cfr. P. VALENTINO, *Commento* sub *articolo 116*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, p. 897 ss.

ISSN 2036-7821

non esclusivamente, economiche delle operazioni e dei servizi bancari offerti, anche mediante comunicazioni periodiche successive alla conclusione del contratto[55].
Ad integrare il contenuto della nozione di trasparenza contrattuale in questo ambito vi è l'obbligo della forma scritta dei contratti[56] nonché la prescrizione di determinate clausole contrattuali obbligatorie relative, tra l'altro, a tassi di interesse, prezzi, oneri[57].
A ciò si aggiunge il rilevante potere normativo delegato alla Banca d'Italia al fine di definire ed imporre, a pena di nullità del contratto e salva la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia, determinati contenuti minimi tipici per contratti individuati attraverso una particolare denominazione o specifici criteri qualificativi[58].
Si tratta di prescrizioni a pena di nullità, ed in particolare di nullità relativa, ossia che può essere fatta valere dal solo cliente, sebbene oggi, in seguito alla riforma del 2010, la nullità possa essere anche rilevata dal giudice[59].
Le disposizioni sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti prevedono, inoltre, limitazioni alla possibilità di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali relative, tra l'altro, a tassi e prezzi nonché l'obbligo di comunicazione alla clientela delle modificazioni, ove consentite[60].

---

[55] Cfr. M. MARCHESI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nelle operazioni di credito ai consumatori*, in E. GABRIELLI, R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Assago, 2011, p. 367.

[56] L'articolo 117 del t.u.b., ai primi tre commi dispone testualmente: «1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. 2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.».

[57] L'articolo 117 del t.u.b., ai commi da 4 a 7, dispone testualmente: «4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. […] 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.».

[58] L'articolo 117 del t.u.b., al comma 8 dispone testualmente: «La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia.».

[59] Vedi l'articolo 127, comma 2 del t.u.b..

[60] L'articolo 118 del t.u.b., sulla «Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali» dispone testualmente: «1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato

ISSN 2036-7821

L'ambito di applicazione della normativa recata nel titolo VI del t.u.b. viene delimitato attraverso un criterio di carattere soggettivo con riferimento alle banche e agli intermediari finanziari che operano sul territorio nazionale, senza distinguere tra operatori nazionali e operatori stranieri. Tale criterio, tuttavia, viene integrato con la previsione della possibilità di applicare la disciplina sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti anche ad altri soggetti individuati sulla base del criterio oggettivo dell'attività svolta[61].

La complessa e articolata regolamentazione autoritativa secondaria, oggetto di frequenti e significative modifiche, è volta ad attuare e a rendere effettiva la garanzia della trasparenza nelle relazioni contrattuali della banca o intermediario finanziario con la clientela, in tal modo rafforzando e rendendo effettiva la tutela del cliente e la garanzia di un assetto concorrenziale e di un efficiente funzionamento dei mercati bancario e finanziario[62].

La normativa secondaria in tale ambito è contenuta nella deliberazione del CICR del 2003 e successive modifiche recante la «Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari»[63] e nel provvedimento della Banca d'Italia sulla «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti»[64].

---

motivo. 2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate. […] 3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. 4. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.».

[61] Vedi l'Articolo 115 del t.u.b.

[62] Sulla connessione tra l'obiettivo della tutela della trasparenza nelle relazioni contrattuali e la promozione della concorrenza e dell'efficienza del mercato, cfr. R. COSTI, *Informazione e mercato finanziario*, in *Banca, impr. soc.*, 1989, p. 208 ss.

[63] Vedi la deliberazione del CICR del 4 marzo 2003, recante *Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, come modificata dal decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR del 3 febbraio 2011, recante *Disposizioni sul credito ai consumatori e modifiche alla deliberazione del 4 marzo 2003 in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*.

[64] Vedi il provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, nella versione aggiornata al 6 settembre 2017, in www.bancaditalia.it.

ISSN 2036-7821

Il provvedimento della Banca d'Italia, che pone una disciplina specifica anche in materia di annunci pubblicitari[65] e di tecniche di comunicazione a distanza[66], afferma chiaramente ed espressamente la necessità di considerare le disposizioni sulla trasparenza recate nel t.u.b. e quelle recate, tra l'altro, nel codice del consumo come un «complesso regolamentare integrato»[67].
Il documento della Banca d'Italia, ponendosi per questo in linea di discontinuità rispetto alla previgente disciplina secondaria, definisce una disciplina della trasparenza applicabile a tutte le operazioni e servizi bancari di cui al titolo VI del t.u.b., credito al consumo incluso, ma in maniera differenziata sulla base della tipologia di servizio e sulla base della tipologia di clientela (cliente, cliente al dettaglio, consumatore). Tali disposizioni enfatizzano, infatti, la necessità di graduare i contenuti degli obblighi informativi posti a carico dell'operatore in funzione della tipologia di cliente con cui si instaura il rapporto contrattuale e della tipologia di prodotto o servizio offerto[68].
Il documento della Banca d'Italia distingue dal "consumatore", il "cliente", quale «soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario» e il "cliente al dettaglio", ossia il consumatore, la persona fisica che svolge attività professionale o artigianale, l'ente senza finalità di lucro, la micro-impresa[69].
Le informazioni previste devono, inoltre, essere fornite con modalità differenti in base al momento temporale in cui sono fornite, a seconda quindi che si riferiscano alla fase che precede o che segue la conclusione del contratto tra l'intermediario finanziario e il cliente, durante lo svolgimento del rapporto contrattuale, periodicamente o al verificarsi di determinate situazioni.
Le modalità con cui le prescritte informazioni devono essere fornite sono, infine, condizionate dalle modalità con cui viene effettuata l'operazione o viene svolto il servizio da parte dell'intermediario finanziario, a seconda quindi che ciò avvenga in sede, fuori sede o a distanza.

---

[65] Vedi la sezione II sulla *Pubblicità e informazione precontrattuale*, paragrafo 5 del provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, nella versione aggiornata al 6 settembre 2017, in www.bancaditalia.it.

[66] Vedi la sezione V sulle *Tecniche di comunicazione a distanza*, del provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, nella versione aggiornata al 6 settembre 2017, in www.bancaditalia.it.

[67] Vedi la sezione I, recante *Disposizioni di carattere generale*, paragrafo 1.2 del provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, nella versione aggiornata al 6 settembre 2017, in www.bancaditalia.it.

[68] Vedi la sezione I, paragrafo 1 del provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, nella versione aggiornata al 6 settembre 2017, www.bancaditalia.it.

[69] Vedi la sezione I, paragrafo 3 del provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, nella versione aggiornata al 6 settembre 2017, www.bancaditalia.it.

ISSN 2036-7821

La disciplina generale sulle modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali consente l'inserimento di una clausola contrattuale, purché approvata specificamente dal cliente, con cui tale facoltà viene prevista per i tassi, i prezzi e le altre condizioni nei contratti a tempo indeterminato e in presenza di un giustificato motivo. Sono prescritte a pena di inefficacia le modalità e i tempi di comunicazione di qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, rinviando alle determinazioni del CICR per i rapporti contrattuali al portatore[70].
Oggetto di particolare attenzione è, infine, lo stretto rapporto esistente tra gli obblighi relativi alla trasparenza nelle relazioni contrattuali con la clientela e gli aspetti relativi all'organizzazione delle banche o dell'intermediario finanziario quali condizioni necessarie per poter efficacemente adempiere a tali obblighi.

5. La trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti nel testo unico della finanza e nelle fonti normative secondarie.
Anche nel settore del mercato dei servizi di investimento, la trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti è disciplinata da un articolato quadro normativo, di derivazione europea e interna, di fonte primaria e secondaria, che, in vista dell'obiettivo fondamentale della progressiva instaurazione di un mercato unico dei servizi finanziari stabile e trasparente, mira, tra l'altro, a garantire all'investitore un'adeguata informazione sulla natura e sui rischi dell'operazione finanziaria, sia nella fase genetica, sia nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio[71].
Nella fase anteriore al recepimento della MiFID I[72], nonostante un regolamento della Consob del 1998 ponesse a carico dell'intermediario finanziario un obbligo di informazione a tutela dell'investitore non dotato di preparazione professionale[73], questa forma di tutela poteva essere, e veniva frequentemente, elusa dall'intermediario finanziario facendo rilasciare all'investitore la dichiarazione di

[70] Vedi l'articolo 118 del t.u.b.

[71] Sull'evoluzione della politica e della normativa in tema di mercati dei servizi finanziari cfr. per tutti F. CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sulla MiFID II (tra aspettative degli investitori e realtà normativa)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2015, p. 72 ss.; A. PEZZUTO, *Il processo di revisione della normativa MiFID*, in *Mondo banc.*, 2014, p. 32 ss.

[72] Avvenuto nell'ordinamento giuridico italiano con il decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164. Nella fase precedente il recepimento della MiFID I, la disciplina recata dal t.u.f. alla fine del secolo scorso, sebbene diretta a garantire condotte negoziali improntate alla trasparenza e alla correttezza, ha rivelato tutta la sua inadeguatezza. Analogamente i successivi interventi legislativi volti a tutelare il consumatore di servizi finanziari attraverso una maggiore responsabilizzazione degli intermediari e a impedire che le conseguenze negative di cattive gestioni imprenditoriali ricadessero su di essi, interventi attuati con il decreto legislativo 28 dicembre 2004, n. 310, la legge 28 dicembre 2005, n. 262, il decreto legislativo 29 dicembre 2006, n. 303.

Sul tema, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sulla MiFID II (tra aspettative degli investitori e realtà normativa)*, in V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela - regole di* governance *- mercati*, Padova, 2016, p. 176; M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007, p. 269; M. PELLEGRINI, *La circolazione dei prodotti finanziari*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *La nuova legge sul risparmio*, Padova, 2006, p. 356.

[73] Vedi l'articolo 28 del regolamento Consob n. 11522/1998.

ISSN 2036-7821

essere un operatore qualificato (dichiarazione c.d. autoreferenziale)[74]. Nonostante le soluzioni giurisprudenziali sensibili all'esigenza di tutela del cliente investitore[75], tale istanza di protezione giuridica non riceveva adeguata risposta[76].

Con l'entrata in vigore del quadro normativo introdotto dalla MiFID I gli obblighi informativi nei rapporti contrattuali tra l'intermediario finanziario e il cliente investitore acquisiscono una maggiore rilevanza ed una maggiore vincolatività derivante dal carattere imperativo delle relative disposizioni normative, quali norme volte a tutelare gli interessi generali alla integrità, stabilità e trasparenza dei mercati finanziari, oltre agli e prima ancora degli interessi individuali del contraente debole.

In coerenza con una tendenza evolutiva che connota in generale la politica legislativa europea in tema di regolazione dei mercati ed in considerazione della posizione di asimmetria informativa e di debolezza contrattuale del cliente investitore rispetto all'intermediario finanziario, tale sistema normativo introduce una serie di obblighi di condotta che l'operatore professionale è chiamato ad osservare nello svolgimento dell'attività di prestazione di servizi finanziari, tra cui in primo luogo gli obblighi informativi nei confronti della clientela, che sostanziano un sempre più ampio regime di trasparenza contrattuale[77].

Ed anche nel mercato dei servizi d'investimento, dal complesso quadro normativo di derivazione europea ed in coerenza con il graduale affermarsi nel regime generale dei mercati regolamentati della più ampia e variegata figura del consumatore-cliente in sostituzione di quella unitaria del consumatore-parte debole del contratto, emergono diverse categorie di cliente-investitore (cliente al dettaglio, cliente professionale, controparte qualificata[78]), ciascuna con specifiche esigenze di tutela giuridica, a cui corrispondono differenti e diversamente graduati obblighi informativi dell'intermediario finanziario nelle relazioni contrattuali con il cliente[79].

---

[74] Vedi l'articolo 31 del regolamento Consob n. 11522/1998.

[75] Vedi, ad esempio, Trib. Novara, 18 gennaio 2007, in *Società*, 2008, 6, p. 755 ss.

[76] Cfr. F. GRECO, *Intermediazione finanziaria, auto qualificazione del cliente e profilo rimediale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 1 ss.; G. SALATINO, *Contratti di swap. Dall'«operatore qualificato» al «cliente professionale»: il tramonto delle dichiarazioni «autoreferenziali»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 201 ss.

[77] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, Padova, 2008, p. 149 ss.

[78] Vedi specialmente gli articoli 4 e 24 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, c.d. MiFID I, e, in linea di continuità, gli articoli 4 e 30 della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, nota come MiFID II. Vedi anche la normativa nazionale primaria di recepimento di cui all'articolo 21 del t.u.f., come modificato dall'articolo 4 del decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164.

[79] Cfr. V. RICCIUTO, *La tutela dell'investitore finanziario. Prime riflessioni su contratto, vigilanza e regolazione del mercato nella c.d. MiFID II*, in V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Padova, 2016, p. 3 ss.; A. PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, p. 31 ss.; V. ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista*, Roma-Bari, 2013, p. 178 ss.; G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, p. 6 ss.

ISSN 2036-7821

Pertanto, la quantità e il contenuto delle informazioni obbligatorie varia in base alle disposizioni normative, alla tipologia di cliente e di servizio prestato ed interessano le fasi precedente, concomitante e successiva alla conclusione del contratto[80].
A carico dell'intermediario finanziario è posto l'obbligo di informarsi ancor prima e in funzione dell'obbligo di informare: egli dovrà, in primo luogo, acquisire dal cliente le informazioni necessarie ai fini di un'adeguata sua profilatura, per conoscerne la situazione finanziaria e dunque la capacità di sostenere perdite, gli obiettivi di investimento, la tolleranza al rischio, in vista dell'applicazione dei criteri di adeguatezza e appropriatezza per i diversi tipi di servizi offerti.
Tali informazioni e quelle relative alle caratteristiche del prodotto finanziario consentono all'intermediario finanziario di elaborare quelle informazioni che devono essere fornite al cliente (in modo tempestivo, corretto, chiaro, non fuorviante) perché necessarie per raggiungere un adeguato livello di conoscenza e consapevolezza in ordine alle caratteristiche e ai rischi dell'operazione finanziaria[81].
L'indicata ricostruzione teorica sulla portata semantica della nozione di "trasparenza" consentiva alla più attenta dottrina[82] ancor prima della entrata in vigore della MiFID I, e consente ancor più oggi, di individuare nel testo unico della finanza (t.u.f.)[83] regole di trasparenza non solo in quelle disposizioni normative il cui

[80] Cfr. P. LUCANTONI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in E. GABRIELLI, R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, p. 239 ss. Vedi, in particolare, l'articolo 25 della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, nota come MiFID II, rubricato «Valutazione dell'idoneità e dell'adeguatezza e comunicazione ai clienti», che al comma 2 testualmente dispone: «2. Quando effettua consulenza in materia di investimenti o gestione di portafoglio, l'impresa di investimento ottiene le informazioni necessarie in merito alle conoscenze ed esperienze del cliente o potenziale cliente in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di prodotto o servizio, alla sua situazione finanziaria, tra cui la capacità di tale persona di sostenere perdite e ai suoi obiettivi di investimento, inclusa la sua tolleranza al rischio, per essere in grado di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari che siano adeguati al cliente o al potenziale cliente e siano in particolare adeguati in funzione della sua tolleranza al rischio e della sua capacità di sostenere perdite. […].».

[81] Nell'ambito della vasta letteratura sul tema degli obblighi informativi degli intermediari finanziari, cfr. A. TUCCI, *"Servizio" e "contratto" nel rapporto fra intermediario e cliente*, in E. GABRIELLI, R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, p. 181 ss.; M. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi d'investimento: gli obblighi degli intermediari*, in *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 213 ss.; P. LUCANTONI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 239 ss.; G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 889 ss.

[82] Cfr. per tutti F. CAPRIGLIONE, *Innovazione finanziaria ed evoluzione dell'ordinamento giuridico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 405 ss.; G. VISENTINI, *La disciplina del conflitto di interessi nel mercato mobiliare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 456 ss.

[83] La disciplina interna di fonte primaria in materia è recata dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, recante il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, testo unico della finanza (t.u.f.), e successive modifiche e integrazioni, tra le quali quelle apportate dal decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164, di attuazione della MiFID I, e dal recente decreto legislativo 3 agosto 2017, n. 129, di attuazione della MiFID II e di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del MiFIR. In virtù della delega di cui all'articolo 6, comma 2 del t.u.f., l'intera materia è connotata da un elevato livello di delegificazione. Per la normativa interna di fonte secondaria, vedi, tra l'altro, il

ISSN 2036-7821

testo reca espressamente tale termine, ma anche in altre disposizioni che sono sostanzialmente volte a garantire condizioni di trasparenza contrattuale pur senza menzionarla.

Un riferimento espresso alla trasparenza è presente, e lo era già nella fase ante MiFID I e MiFID II, nella disposizione ai sensi della quale l'intermediario finanziario, nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori, deve «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati»[84].

Ma, pur in mancanza di espresso riferimento testuale alla trasparenza, sono individuabili regole di trasparenza in altre disposizioni del t.u.f. che impongono all'intermediario finanziario obblighi di comportamento[85], nonché in quelle disposizioni normative che prescrivono la forma scritta per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento[86], che vietano clausole contrattuali di rinvio agli usi[87], che prevedono il diritto di recesso del cliente nei rapporti contrattuali relativi al servizio di gestione di portafogli[88], conclusi fuori sede[89] e conclusi mediante

---

regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (noto come regolamento intermediari), adottato dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibere Consob n. 16736 del 18 dicembre 2008, n. 17581 del 3 dicembre 2010, n. 18210 del 9 maggio 2012, n. 19094 dell'8 gennaio 2015 e 19548 del 17 marzo 2016.

[84] Vedi l'articolo 21, comma 1, lettera a del t.u.f.

[85] L'articolo 21, del t.u.f., testualmente dispone: «1. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività. 1-*bis*. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le Sim, le imprese di investimento extracomunitarie, le Sgr, le società di gestione armonizzate, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario, le banche italiane e quelle extracomunitarie: a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti; b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato; c) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati. 2. Nello svolgimento dei servizi le imprese di investimento, le banche e le società di gestione del risparmio possono, previo consenso scritto, agire in nome proprio e per conto del cliente.».

[86] L'articolo 23, del t.u.f., al comma 1 testualmente dispone: «I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.».

[87] L'articolo 23, del t.u.f., al comma 1 testualmente dispone: «È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto.».

[88] Vedi l'articolo 24 del t.u.f.

ISSN 2036-7821

l'uso di tecniche di comunicazione a distanza, ossia «tecniche di contatto con la clientela, diverse dalla pubblicità, che non comportano la presenza fisica e simultanea del cliente e del soggetto offerente o di un suo incaricato», disciplinati in conformità dei principi stabiliti per i contratti conclusi fuori sede[90].
In tutti i casi indicati si tratta di prescrizioni imposte a pena di nullità e la nullità può essere fatta valere solo dal cliente (nullità relativa).
Nella prima parte del t.u.f., dedicata alla disciplina dei soggetti operanti nei mercati finanziari, sono enfatizzati i principi giuridici dell'informazione, della correttezza e della trasparenza.
Anche nel settore del mercato dei servizi di investimento l'insieme delle disposizioni di fonte primaria è completato dalla normativa posta con atti normativi - come rilevato, ancora prevalentemente considerati di rango secondario - adottati dalle autorità di vigilanza del settore nell'esercizio del potere legislativamente delegato di regolazione autoritativa del mercato.
Da tale articolato insieme normativo, arricchito ulteriormente dalle norme poste mediante i codici deontologici dalle categorie interessate, emergono molteplici obblighi di comportamento, ma anche obblighi di forma e di contenuto relativi ai rapporti contrattuali tra l'intermediario finanziario e il cliente investitore.
Ed anche in questo settore la, più volte e significativamente modificata, regolamentazione autoritativa è volta a rafforzare e a rendere effettiva la garanzia della trasparenza nelle relazioni contrattuali tra l'intermediario finanziario e l'investitore, in tal modo rafforzando e rendendo effettiva la tutela di quest'ultimo e la garanzia di un assetto concorrenziale e di un efficiente funzionamento del mercato dei servizi di investimento[91].
La normativa interna di fonte secondaria in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti è contenuta principalmente nel regolamento della Consob adottato nel 2007 e successivamente e più volte modificato, noto come regolamento intermediari[92], ed in particolare negli articoli 27 e seguenti.

---

[89] Vedi l'articolo 30 del t.u.f.

[90] Vedi l'articolo 32 del t.u.f.

[91] Sulla connessione tra l'obiettivo della tutela della trasparenza nelle relazioni contrattuali e la promozione della concorrenza e dell'efficienza del mercato, cfr. R. COSTI, *Informazione e mercato finanziario*, in *Banca, impr. soc.*, 1989, p. 208 ss.

[92] Vedi il regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, adottato dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibere Consob n. 16736 del 18 dicembre 2008, n. 17581 del 3 dicembre 2010, n. 18210 del 9 maggio 2012, n. 19094 dell'8 gennaio 2015 e 19548 del 17 marzo 2016.

ISSN 2036-7821

6. I rimedi alla violazione della trasparenza nei settori bancario e finanziario tra evoluzione giurisprudenziale ed obiettivi di armonizzazione giuridica.

L'analizzato quadro normativo, di derivazione europea e interna, di rango primario e sub primario, sulla trasparenza nel settore bancario e finanziario si compone di regole che concernono le condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti nonché regole volte a disciplinare molteplici aspetti relativi alla struttura organizzativa e all'attività delle persone fisiche e giuridiche operanti in tale settore, tra le quali la composizione della compagine sociale e le qualità delle persone fisiche che ne fanno parte, la tenuta della contabilità dell'ente, i conflitti d'interesse con la clientela[93].
Ne derivano variegate reazioni da parte dell'ordinamento giuridico alla violazione delle regole di trasparenza che vanno dalla revoca o sospensione dell'autorizzazione a svolgere l'attività, alla limitazione della diffusione di un prodotto o di un servizio, all'irrogazione di sanzioni penali.
Oggetto di un vivace dibattito dottrinale[94] e di una rapida evoluzione giurisprudenziale, la questione dell'individuazione di più corretti ed efficaci rimedi alla violazione delle disposizioni che pongono a carico degli intermediari finanziari obblighi di comportamento, ed in particolare obblighi informativi nell'ambito dei rapporti contrattuali con i clienti, si è posta sin da subito come l'aspetto centrale di un sistema efficiente di garanzia degli interessi individuali del cliente e dell'interesse generale all'integrità dei mercati bancari e finanziari.

---

[93] Cfr. G. ALPA, *Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, in G. ALPA, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002; P. GAGGERO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2000, p. 475 ss.

[94] Nell'ambito della vasta letteratura sul tema, cfr. per tutti M. PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari nella prestazione dei servizi di investimento*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 547 ss.; G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir - Fininvest*, in *Persona e Mercato*, 2013, 4, p. 279 ss.; D. PALUMBO, *Mercati, intermediari e regole di protezione*, Torino, 2012; M. MAGGIOLO, *Servizi e attività d'investimento*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2012, p. 347 ss.; P. LUCANTONI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, cit., p. 239 ss.; ID., *Le regole di condotta*, in *Il diritto del mercato finanziario. Saggi*, Torino, 2011, p. 117 ss.; G. ALPA (a cura di), *La responsabilità civile. Parte generale*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Torino, 2010, p. 822 ss.; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010; E. RIGHINI, *Recenti sviluppi della giurisprudenza di merito sulla tutela dell'investitore*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 150 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Violazione degli obblighi di condotta e responsabilità degli intermediatori finanziari*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 741 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss.; F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno resp.*, 2008, p. 546 ss.; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno resp.*, 2008, p. 525 ss.; V. SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *Contratti*, 2006, p. 1133 ss.; V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 902 ss.; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004.

ISSN 2036-7821

La giurisprudenza in una prima fase non è riuscita ad esprimere un orientamento uniforme e costante approdando a soluzioni differenti, dalla nullità virtuale del contratto, all'annullabilità per vizi di volontà, alla risoluzione per inadempimento.
Tuttavia, sin dai primi passi compiuti in questa materia è emersa la tendenza ad individuare nella nullità implicita o virtuale del contratto la corretta reazione dell'ordinamento giuridico alla violazione da parte dell'intermediario finanziario degli obblighi informativi su quelle caratteristiche dell'operazione finanziaria la cui conoscenza da parte del cliente investitore è da considerare rilevante ai fini di una sua consapevole e libera formazione di volontà sulle scelte di investimento; e ciò in quanto condotta posta in essere in violazione di una norma imperativa[95].
Al fine di evitare di porre a carico dell'intermediario finanziario anche quella parte di rischio derivante dall'andamento del mercato ed in senso critico rispetto a tale soluzione della nullità virtuale del contratto per violazione di norme imperative, in dottrina si era posta in evidenza la necessità di attribuire maggiore rilievo al rapporto di causalità tra la violazione dell'obbligo di condotta da parte dell'intermediario finanziario e il danno patrimoniale subito dal cliente[96].
Pur riconoscendo il carattere imperativo della norma di cui all'articolo 21 del t.u.f. in quanto volta a tutelare non solo l'interesse individuale del singolo contraente ma anche l'interesse ultra individuale e generale all'assetto concorrenziale e all'integrità dei mercati finanziari, il successivo orientamento giurisprudenziale ha escluso, sulla base della distinzione tra regole di validità e regole di condotta, la sanzione invalidante del contratto salvo i casi di espressa comminatoria di nullità da parte del legislatore[97].

---

[95] Vedi Corte di Cassazione, 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109 ss.; in senso conforme, vedi Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Danno resp.*, 2005, p. 604 ss., con nota di V. ROPPO; Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1273 ss., con nota di A. DI MAJO. Cfr. P. FIORIO, *Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2005, p. 764 ss. Cfr. A. TUCCI, *La violazione delle regole di condotta degli intermediari tra "nullità virtuale", culpa* in contrahendo *e inadempimento contrattuale*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, II, 632 ss.; G. COTTINO, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2006, 537 ss.

[96] Cfr. A. PERRONE, *Less is more. Regole di comportamento e tutele degli investitori*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, 5, p. 537 ss.; A. PERRONE, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1012 ss.

[97] Vedi Corte di Cassazione, sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Danno resp.*, 2008, p. 525 ss., con note di V. ROPPO e F. BONACCORSI; in *Contratti*, 2008, p. 221 ss., con nota di V. SANGIOVANNI; in *Corr. giur.*, 2008, p. 223 ss., con nota di V. MARICONDA; in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 604 ss., con nota di F. BRUNO e A. ROZZI; in *Società*, 2008, p. 449 ss., con nota di V. SCOGNAMIGLIO. Cfr. F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 936 ss. Vedi anche Corte di Cassazione, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO e V. AFFERNI; in *Contratti*, 2006, p. 446 ss., con nota di F. POLIANI; in *Foro it.*, 2006, I, c. 1105 ss. con nota di E. SCODITTI; in *Corriere giur.*, 2006, p. 669 ss., con nota di G. GENOVESI; in *Giur comm.*, 2006, II, 626, con nota di C.E. SALODINI; in *Giur. it.*, 2006, p. 1599 ss., con nota di G. SICCHIERO. Vedi infine Corte di Cassazione, 25 giugno 2008, n. 17340, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 24 ss., con nota di S. MARINUCCI.

ISSN 2036-7821

Sulla base della distinzione tra regole di validità, la cui violazione è idonea ad incidere sulla validità del contratto, e regole di condotta, la cui violazione, anche nei casi in cui siano da considerare norme imperative, non può determinare l'invalidità del contratto[98], il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità considera gli obblighi informativi non relativi alla struttura o al contenuto del contratto in quanto necessariamente legati alle circostanze del caso concreto, concludendo che la violazione di tali obblighi non può determinare la nullità virtuale del contratto[99].

Infine, la tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, su cui si fonda il più recente orientamento giurisprudenziale, è stata sottoposta a riconsiderazione critica da alcune voci del pensiero giuridico. Infatti, ritenuta tale distinzione eccessivamente rigida e quindi da superare[100], vi è stato chi ha considerato gli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari «obblighi di fattispecie»[101] imposti dalla legge come elemento strutturale della fattispecie contrattuale, la cui violazione può dar luogo a nullità del contratto[102].

Nonostante tali posizioni contrarie di parte della dottrina, prevale tuttora la tesi favorevole alla distinzione tra regole di condotta, dalla cui violazione deriva la sola

---

[98] Tradizionalmente sono considerate regole di validità quelle regole che riguardano elementi intrinseci, ossia relativi alla struttura e al contenuto della fattispecie contrattuale (contratto-atto) e regole di condotta quelle regole che sono espressione della clausola generale di buona fede e correttezza e che riguardano elementi estrinseci, ossia relativi alla formazione ed esecuzione del contratto (contratto-rapporto).

[99] In senso conforme all'orientamento espresso dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, cfr. A. PERRONE, *Less is more. Regole di comportamento e tutele degli investitori*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, 5, p. 537 ss.; A. ALBANESE, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari e regime dei rimedi esperibili dagli investitori danneggiati*, in A. PERRONE (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008, p. 56 ss.; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 235 ss. In tal senso si è espressa anche quella dottrina propensa a ritiene che un'impostazione favorevole alla soluzione della nullità del contratto d'intermediazione finanziaria conseguente alla violazione degli obblighi informativi condurrebbe ad una non opportuna tutela di tipo paternalistico del cliente investitore. Cfr. A. PERRONE, *Obblighi informativi, suitability e conflitti di interesse: un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali e un confronto con la nuova disciplina MiFID*, in ID. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008, p. 6.

[100] Cfr. D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 404 ss.

[101] Così A.A. DOLMETTA, *La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, p. 80 ss.

[102] In senso favorevole alla nullità del contratto per violazione di obblighi di condotta, cfr. anche F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, 423. Per la giurisprudenza, vedi Corte di Cassazione, 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Corr. giur.*, 2007, p. 631 ss. In senso non favorevole alla responsabilità e al rimedio risarcitorio in quanto non garantirebbe una tutela forte ed efficace del cliente investitore, cfr. D. MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 67 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 404 ss.; F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori nell'intermediazione finanziaria: note critiche*, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 1 ss.; R. CALVO, *Il risparmiatore disinformato tra poteri forti e tutele deboli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1431 ss.; G. DE NOVA, *La responsabilità dell'operatore finanziario per esercizio di attività pericolosa*, in *Contratti*, 2005, p. 709 ss.

ISSN 2036-7821

responsabilità del contraente e il conseguente rimedio risarcitorio, e regole di validità, la cui violazione può invece dar luogo ad invalidità contrattuale con conseguente rimedio restitutorio[103].

Il più recente orientamento della giurisprudenza, aderendo a questa impostazione teorica, ha espressamente affermato che il potere di elevare a regole di validità determinati obblighi comportamentali è riservato al legislatore; l'invalidità del contratto non può dipendere dalla valutazione discrezionale della condotta dell'intermediario finanziario da parte dell'autorità giudiziaria in applicazione dei flessibili criteri di valutazione espressi dalle clausole generali di buona fede e correttezza.

La violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario finanziario dall'art. 21 del t.u.f., espressione della clausola generale che prevede l'obbligo di diligenza, correttezza e professionalità sia nella fase precontrattuale, sia in quella esecutiva, non genera, pertanto, invalidità del contratto-atto, non ne determina la nullità se non nei casi espressamente previsti dalla legge. Pur avendo, infatti, carattere imperativo, le regole di condotta violate concernono elementi estrinseci rispetto alla fattispecie contrattuale.

Quest'ultimo e prevalente orientamento della giurisprudenza e della dottrina individua nella responsabilità contrattuale dell'intermediario finanziario e nel conseguente obbligo di risarcimento del danno subito dal cliente non adeguatamente informato sulle caratteristiche e sui rischi dell'operazione finanziaria il più corretto, adeguato ed efficace rimedio alla violazione di tali regole di condotta, quando ne ricorrono i presupposti.

Ogni qual volta l'inadempimento di tali obblighi abbia come effetto non solo la mancata realizzazione del risultato al quale è volta la prestazione dovuta, ma anche il venir meno delle condizioni necessarie al perseguimento di un risultato patrimoniale ulteriore rispetto a quello dovuto ma ad esso correlato in quanto coerente sviluppo del rapporto obbligatorio, si pone la questione se la responsabilità contrattuale dell'intermediario finanziario potrebbe essere estesa anche a tali ulteriori conseguenze dannose.

In tali casi, il conseguente obbligo risarcitorio a carico dell'intermediario finanziario dovrebbe sorgere ogni qual volta si è in presenza di una certa, definitiva e irrimediabile perdita di una concreta probabilità di conseguire un risultato vantaggioso, anche quando le percentuali probabilistiche di realizzazione di tale

[103] Tra gli altri, cfr. G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 9 ss.; M.C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione mobiliare*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1049 ss.; G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 389 ss.; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

ISSN 2036-7821

risultato al momento in cui si è verificato il danno non superavano la soglia del 50%. La quantità delle probabilità perdute rileva, infatti, solo sul piano del *quantum* e non dell'*an* del risarcimento dovuto[104].

Tuttavia, tali considerazioni si scontrano con gli obiettivi di politica legislativa perseguiti dal legislatore europeo nel settore dei mercati finanziari.

L'analizzato quadro normativo, di derivazione europea e interna, di fonte primaria e secondaria, connotato in ambito nazionale da un elevato livello di delegificazione, si sostanzia di regole di condotta che pongono obblighi graduati in base alla tipologia del cliente e del servizio prestato, concernenti i flussi informativi nei rapporti contrattuali nonché gli aspetti di carattere procedimentale e organizzativi.

Sebbene la recente normativa europea rechi i criteri generali dell'agire «in modo onesto, equo e professionale», il t.u.f., nel testo modificato sembra non essersi adeguato a detti criteri generali. Come rilevato, il rapporto obbligatorio che intercorre tra l'intermediario finanziario e il cliente assume una connotazione tutta speciale in cui l'obbligo dell'intermediario di agire secondo diligenza, correttezza e trasparenza risulta decisamente rafforzato.

Nell'individuare il significato e le conseguenze applicative del riferimento alle clausole generali della diligenza, correttezza e trasparenza con riguardo alle regole di condotta dell'intermediario finanziario non può non tenersi conto del fatto che il quadro normativo che disciplina il rapporto contrattuale tra l'intermediario finanziario e il cliente - in passato e ancor più oggi in seguito ai recenti interventi del legislatore europeo - reca regole di condotta particolarmente analitiche e dettagliate, che prevedono obblighi di comportamento nella prestazione dei servizi di investimento minuziosamente e capillarmente definiti nel loro contenuto e nella loro estensione.

Una regolamentazione del rapporto obbligatorio tra l'intermediario finanziario e il cliente molto più particolareggiata di quanto risulterebbe dal riferimento alle sole clausole generali presenta il vantaggio di ridurre l'ambito della discrezionalità dell'autorità giudiziaria in sede di interpretazione e applicazione delle regole di condotta.

L'indagine sulla funzione che in un siffatto quadro normativo sono destinate a svolgere le clausole generali del dovere di correttezza, diligenza e trasparenza ha condotto ad escludere la possibilità e l'opportunità di ricorrere all'applicazione delle clausole generali per porre a carico degli intermediari finanziari obblighi ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dalla disciplina normativa di riferimento.

Sebbene, in linea di principio, la clausola generale di correttezza, svolga, com'è noto, una funzione integrativa del contenuto dell'obbligazione quale riferimento sia per

[104] Sul tema cfr. G. MAZZEI, *Il danno da perdita di chance e la "contrattualizzazione" della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civile*, n. 2/2018.

ISSN 2036-7821

arricchire il contenuto degli obblighi principali, sia per l'insorgenza di obblighi collaterali (di protezione, cooperazione, informazione) la determinazione del cui contenuto necessita di una valutazione degli interessi in gioco nel caso concreto e specifico, tale soluzione finirebbe con l'ostacolare fortemente il raggiungimento dell'obiettivo di massima armonizzazione giuridica sia dei principi generali sia delle regole di dettaglio chiaramente perseguito dal legislatore europeo nei settori bancario e finanziario.

ISSN 2036-7821

Responsabilità da attività sanitaria e legge 24/17 (Legge Gelli): verso una "pubblicizzazione" del rischio clinico?

di Angelo Piazza*

(Professore associato di Diritto Privato)

Sommario

1. Le novità della Legge Gelli – bianco e il superamento della legge Balduzzi. 2. La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria. 3. Le nuove linee guida certificate e le buone pratiche. 4. La responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria. 5. Conclusioni

Abstract

The issue of responsibility for health activities is increasingly serious and urgent, also because of the "countermeasures" that result in diagnostic and therapeutic practices now known in the category of defensive medicine.

The regulatory framework, after the law so called "Balduzzi" who proposed to tackle the problem, has recently

found new legislation in the law so called "Gelli Bianco", to which this paper is intended, in which - moving from the illustration of the main areas of intervention of the reform - it is intended to frame the new provisions in a systematic context.

In particular, the effort of the legislative intervention, which sets itself the clear objective of achieving a reconciliation between the needs of protecting the patient and the guarantee of serenity and certainty of the health worker, is evaluated as a paradigm of a tendency towards accentuation support, if not replacement, of the responsibility of the healthcare facility compared to that of the individual doctor.

The orientation therefore appears to be aimed at forms of "collectivization" or "publicizing" of health risk, in a regulatory framework - and in jurisprudential interpretation - which is also evolving, and potentially a harbinger of further developments and in any case adjustments in the course of work, in this first phase of implementation of the reform.

ISSN 2036-7821

1. Le novità della Legge Gelli – bianco e il superamento della legge Balduzzi

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e l'entrata in vigore della legge 8 marzo 2017, n. 24, recante "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*", giunge a compimento, a poco più di quattro anni dal precedente intervento legislativo, il percorso di riforma della responsabilità degli operatori sanitari.[1]

Si tratta di un provvedimento di estrema importanza che interviene, come detto, dopo 4 anni dall'approvazione della legge 8 novembre 2012 n. 189 (la c.d. legge Balduzzi), tentando di superarne le criticità emerse nella concreta applicazione giurisprudenziale, con l'ambizione di fornire una risposta più esaustiva al contemperamento degli interessi immanenti alla materia: il diritto alla salute, la tutela della dignità professionale e personale dell'esercente la professione sanitaria, il contrasto alla medicina difensiva ed all'incremento della spesa pubblica in materia sanitaria.

Come noto, la medicina vive da tempo un paradosso: pur essendo divenuta straordinariamente potente nelle capacità diagnostiche e nelle possibilità di intervento terapeutico, è peraltro anche oggetto del crescere di un clima di difficoltà nei rapporti con i pazienti, i quali vivono una fase di relazioni sempre più conflittuali con i medici.[2]

Conseguenza di questa crisi della medicina è una relazione tra sanitari e pazienti che genera frequentemente controversie sui risultati conseguenti alle prestazioni cliniche e chirurgiche rese, per presunte responsabilità professionali da colpa o inadempienza nella loro realizzazione.

Si assiste, quindi, ad un diffuso sentimento di diffidenza e talora di ostilità nei confronti degli operatori sanitari, nella falsa convinzione che la medicina sia onnipotente e che, per tale motivo, un risultato sfavorevole delle cure mediche sia sempre riconducibile a loro inappropriato comportamento oppure ad inadeguatezza di funzionamento delle strutture assistenziali.

Su questa base la diffusione di notizie, spesso amplificate, inerenti casi di presunta "malasanità", nonché il proliferare della promozione e del sostegno al risarcimento dei danni da eventi avversi comunque connessi con trattamenti medici, hanno

[1] V. "La responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria nell'art. 9 della Legge 24/2017", di F. Cardarelli, in G. Alpa (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Roma, Pacini, 2017 e "*Il garante per il diritto alla salute nella nuova legge sulla sicurezza delle cure e responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*", di F. Cardarelli, in *Lo Stato*, n. 8 (2017);

[2] Di fronte al fenomeno della proliferazione delle conseguenze giuridiche dello svolgimento di attività sanitaria in sede parlamentare è stata costituita, con Deliberazione 5 novembre 2008 della Camera dei deputati la Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali.

.

ISSN 2036-7821

portato a un incremento vertiginoso di procedimenti penali e civili intentati nei confronti degli operatori sanitari, attivando lunghe vicende giudiziarie con notevole impegno della magistratura.
Ne scaturisce un correlativo atteggiamento delle classi mediche, che si traduce in pratiche diagnostiche e terapeutiche, note come "medicina difensiva", che moltiplica peraltro la preoccupazione di una alterazione della necessaria sintesi tra impegno e diligenza professionale da un lato, e serenità e autonomia scientifica e operativa dall'altro.
Spesso la denuncia penale nei confronti dell'operatore sanitario è preliminare all'azione risarcitoria e, anche se il contenzioso in molti casi si conclude con formule assolutorie, gli operatori sanitari subiscono comunque un danno alla propria immagine professionale e sono costretti ad affrontare ingenti spese per i giudizi.[3]
Di fronte a tali fenomeni per lo Stato si pone il problema di garantire un modello organizzativo all'interno delle strutture sanitarie con il compito di prevenire e gestire tale rischio, riconducendo gli oneri risarcitori da responsabilità civile a carico della struttura sanitaria, con nuova definizione degli ambiti di responsabilità dell'operatore sanitario e delle azioni di rivalsa.
L'intervento legislativo risulta, dunque, indispensabile per affrontare adeguatamente la gestione del rischio clinico al fine di garantire qualità dell'esercizio pubblico della medicina, con eque garanzie di sicurezza per pazienti e sanitari.
Al fine di esaminare le novità della riforma, occorre partire dal contesto nel quale essa si colloca e in particolare dai più significativi risvolti problematici palesati dalla legge Balduzzi.
In effetti, la nuova disciplina ha come obiettivo quello di realizzare ciò che non è riuscito nel 2012, e cioè arginare il fenomeno della c.d. medicina difensiva offrendo punti di riferimento in grado, *ex ante*, di tranquillizzare i medici nella quotidiana pratica clinica – senza peraltro "deresponsabilizzarli - e di orientare, ex post, i giudici nella valutazione dei loro comportamenti.[4]
La legge n. 24/17 si propone di implementare, in primo luogo, la c.d. sicurezza delle cure, enunciata all'art.1 del testo legislativo come elemento di tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantito attraverso la prevenzione e la gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, nonché l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

---

[3] Fonte "Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori sanitari; dati aggiornati al 2015":In assenza di stime affidabili sui costi della medicina difensiva negativa, si valuta che solo quella c.d. positiva (considerando già il surplus di spesa sanitaria non legata a finalità terapeutiche ma alla riduzione del rischio di contenzioso) valga annualmente 10 miliardi di euro, pari allo 0,75 % del Prodotto Interno Lordo. In particolare la medicina difensiva incide sulla spesa sanitaria in misura pari al 10,5 % del totale.
[4] Cupelli, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli Bianco* in Diritto Penale Contemporaneo.

ISSN 2036-7821

Per il raggiungimento dell'obiettivo di sicurezza delle cure, il legislatore ha ritenuto di agire su diversi fronti.
Innanzitutto, l'attribuzione delle funzioni di garante per il diritto alla salute è devoluta al Difensore Civico competente per territorio, il quale, ai sensi dell'art. 2 della riforma, può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie per la segnalazione di disfunzioni del sistema sanitario.
Il Difensore civico, in particolare, acquisisce gli atti relativi alla segnalazione e, verificatane la fondatezza, interviene a tutela del diritto leso, con le modalità che saranno stabilite dalla legislazione regionale; in ogni regione è istituito il Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente, che raccoglie dalle strutture pubbliche e private i dati regionali sui rischi, gli eventi avversi e il contenzioso, trasmettendoli all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità.
Di un certo rilievo è poi l'art. 3 della legge, che demanda a un decreto ministeriale (da emanarsi d'intesa con la Conferenza Stato – Regioni) l'istituzione di un Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza della sanità, che avrà il compito di acquisire, presso i Centri regionali per la gestione del rischio sanitario (previsti dall'art. 2 della legge), i dati relativi ai rischi e agli eventi avversi, nonché alle cause, all'entità, alla frequenza e all'onere finanziario del contenzioso, individuando altresì – anche mediante la predisposizione di linee di indirizzo, con l'ausilio delle società scientifiche e delle associazioni tecnico – scientifiche delle professioni sanitarie di cui al successivo art. 5 – idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure, nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie.[5]
Difatti, ai sensi dell'articolo 3 citato, il Ministro della salute, dopo il parere favorevole dalla Conferenza Stato Regioni, in data 29 settembre ha emanato il decreto ministeriale che istituisce l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, previsto dalla nuova legge Gelli in materia di responsabilità dei professionisti sanitari. L'Osservatorio nazionale, istituito presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas), sarà composto da 22 membri ed avrà il compito di acquisire dalle regioni tutti i dati relativi ai rischi e agli eventi avversi in sanità, nonché alle tipologie dei sinistri e ai relativi contenziosi (cause, entità, frequenza ed onere finanziario dei contenziosi).
Anche attraverso il monitoraggio di tali dati, l'Osservatorio individuerà misure idonee per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e per il monitoraggio

[5] Tali novità sono in ossequio al principio di trasparenza. Sul punto vd. Cass. Pen., sez. IV, sentenza del 29.10.2015 n. 4468 secondo cui "le linee guida per le pratiche terapeutiche costituiscono un sapere scientifico e tecnologico codificato, che funge da guida per orientare facilmente le decisioni terapeutiche, per uniformare le valutazioni e minimizzare e decisioni soggettive del medico curante".

ISSN 2036-7821

delle buone pratiche per la sicurezza delle cure da parte delle strutture sanitarie, nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale sanitario.
All'Osservatorio viene, inoltre, attribuito il compito di fornire indicazioni alle regioni sulle modalità di sorveglianza del rischio sanitario, ai fini della sicurezza del paziente.
Il citato art. 3, al pari del successivo art. 4 (Trasparenza dei dati), evidenzia l'attenzione del legislatore alle ricadute del c.d. rischio sanitario non solo sul servizio e sul bene – salute, ma anche sulle risorse economiche, come risulta evidente anche dall'attenzione dedicata dal citato art. 4 alla raccolta dei dati relativi ai risarcimenti erogati: " *le prestazioni sanitarie sono soggette all'obbligo di trasparenza nel rispetto della normativa sulla privacy; la direzione sanitaria, entro sette giorni dalla richiesta da parte degli interessati aventi diritto, fornisce la documentazione sanitaria disponibile, le eventuali integrazioni sono fornite entro il termine massimo di trenta giorni*".
Non può non considerarsi sul punto il principio riconosciuto anche dalla giurisprudenza civile, secondo cui non rientra nell'ordinaria diligenza richiedere all'ospedale la cartella clinica dopo lungo tempo dalla palesata infermità. [6]
Di estrema rilevanza sociale è, infine, la previsione per cui *le strutture sanitarie pubblicano nel proprio sito internet, i dati relativi ai risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio.*[7]

2. La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria

La riforma varata con la legge "Gelli" innova sensibilmente la disciplina della responsabilità degli operatori sanitari, tanto sul piano civile quanto su quello penale.
Preliminarmente, occorre fornire un rapido *excursus* normativo e giurisprudenziale, per quindi comprendere la portata delle attuali modifiche.
Nel corso degli ultimi decenni e fino a questa riforma, la natura penale della responsabilità del medico, in ispecie alla luce delle interpretazioni e applicazioni giurisprudenziali, ha attraversato tre distinti periodi.
Il primo, collocabile sino agli anni ottanta del secolo scorso, individuava una posizione benevola nei confronti dei sanitari che cagionavano per colpa eventi di danno. In particolare, si tendeva a far rilevare prevalentemente l'errore grossolano e macroscopico, l'errore inescusabile. Tale orientamento poggiava sull'applicazione dell'art. 2236 cod. civ., il quale stabilisce la responsabilità civile del prestatore d'opera

[6] La Suprema Corte ha ritenuto prescritto il diritto al risarcimento del danno per la parte che, seppur consapevole della possibilità di mettere in relazione la malattia con le trasfusioni effettuate, si era attivata troppo tardi per richiedere le cartelle cliniche alla struttura sanitaria. (Cass. Civ., sez. III del7.10.2013 n. 22822).
[7] L. Missiaggia, La responsabilità sanitaria, guida operativa alla riforma Gelli, La Tribuna, pag. 14. Tale disposizione diretto anche a tutelare, con la trasparenza, la certezza dei dati, a vantaggio anche delle compagnie assicurative che in questo modo potranno valersi di dati trasparenti ed utili per la loro attività e rapporti con le strutture sanitarie.

ISSN 2036-7821

solo per dolo o colpa grave, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.
Nei successivi decenni, tale orientamento cedeva il passo ad una seconda ed opposta concezione, che negava l'applicabilità della citata norma del codice civile, se non nei casi di oggettiva difficoltà, da accertare in concreto caso per caso. Per il resto, ciò che si considerava rilevante per la determinazione della colpa penale era il solo articolo 43 cod. pen. con la conseguenza che anche la colpa lieve poteva senz'altro assumere rilevanza. Tale esperienza, tuttavia, ebbe il drammatico effetto di aumentare il contenzioso passivo nei confronti dei medici e, quindi, un notevole accrescimento delle pronunce di accertamento delle responsabilità e di condanna.
Da qui, un primo intervento del legislatore del 2012 con la citata legge "Balduzzi", che prevedeva due requisiti per l'irrilevanza penale del fatto illecito colposo commesso dal medico. Da un lato vi era il rispetto delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, dall'altro l'assenza di colpa grave.
In particolare, ai sensi dell'(ora) abrogato articolo 3, comma 1 della legge Balduzzi, la responsabilità penale del medico che si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche poteva essere affermata solo per colpa grave. Nella specie, la norma stabiliva che *"l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo."*
Orbene, secondo la lettura della giurisprudenza maggioritaria (Cass. Penale. Sez. IV 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore), la disposizione avrebbe determinato una parziale *abolitio criminis*, escludendo la rilevanza penale delle condotte lievemente colpose tenute dai sanitari che si siano attenuti a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Ad ogni modo, la portata dell'intervento legislativo del 2012 è immediatamente apparsa alquanto ridotta e sfuggente, a fronte della peculiarità della situazione considerata dalla norma, contrassegnata dal concorso di due condizioni apparentemente volte ad escludersi reciprocamente: si fa infatti riferimento ad un medico che versi in colpa nonostante la puntuale osservanza di linee guida e buone pratiche accreditate.[8]
Quindi la successiva riforma con la legge "Gelli" viene intesa quale nascente dalla esigenza di rimediare a tali incongruenze.[9]

[8] Vedi Cass. Pen., sez. IV, sentenza del 22 novembre 2013 n. 46753 : "le linee guida richiamate dall'art. 3 della legge Balduzzi, per avere rilevanza nell'accertamento delle responsabilità del medico, devono: indicare i requisiti standard diagnostico e terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente."
[9] Non manca dottrina contraria: Piras, Imperitia sine culpa non datur in www.penalecontemporaneo.it , 1marzo 2017 rileva che, seppur orientata a soddisfare le istanze di certezza manifestate dai medici nel vigore della legge

ISSN 2036-7821

Difatti, la riforma - che ha recepito l'orientamento giurisprudenziale prevalente formatosi sull'art. 3 della legge Balduzzi - prevede (comma 1 dell'art. 6) che se i fatti di cui agli art. 589 c.p. (omicidio colposo) e art. 590 c.p. (lesioni personali colpose) sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste in caso di condotta negligente o imprudente del medico.[10]
Solo se l'evento si sia verificato a causa di imperizia la punibilità è esclusa, purché risultino rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida o, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico - assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto (art. 6 della riforma che introduce nel codice penale l'art. 590-sexies).
Pertanto, rispetto alla previgente disciplina della legge Balduzzi, le novità introdotte dall'art. 590-sexies c.p. per la responsabilità penale del medico riguardano, in particolare:
- la limitazione ai soli reati di cui agli articoli 589 e 590 c.p.;
- la mancata distinzione tra gradi della colpa, con la soppressione del riferimento alla colpa lieve (con restrizione della responsabilità penale del sanitario);
- l'esclusione dell'illecito penale nel solo caso di imperizia, sempre ove siano rispettate le citate linee guida o le buone pratiche, con conseguente punibilità dell'omicidio colposo e delle lesioni colpose causate dal sanitario per negligenza o imprudenza (gli ulteriori elementi del reato colposo previsti dall'art. 43 c.p.), indipendentemente dalla gravità della condotta, quindi anche per negligenza o imprudenza lieve (con ampliamento normativo della responsabilità penale del sanitario).[11]
A ben vedere, dunque, sul piano sistematico, la disciplina recentemente introdotta colloca la responsabilità penale del medico all'interno del codice penale, anziché in una legge speciale, secondo una scelta che non può non apparire condivisibile sul piano sistematico.
In secondo luogo, va evidenziato che la riforma oblitera la previgente distinzione tra colpa grave e colpa lieve, riferendosi per altro verso ai soli delitti colposi di omicidio e lesioni, mentre risulta immutata l'individuazione dei destinatari nella disciplina negli "esercenti le professioni sanitarie", secondo una locuzione in grado di ricomprendere, oltre ai medici, altri operatori sanitari, quali gli infermieri o i tecnici.[12]

Balduzzi, la disciplina rischia di condurre all'affermazione di una "medicina di Stato", suscettibile di limitare il progresso scientifico a scapito degli stessi pazienti.

[10] Sul concetto di "imperizia perita" cfr. Todeschini, Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla legge "Balduzzi", in Quotidiano giuridico, Ipsoa, 1 marzo 2017

[11] Stefania Tirella, La riforma Gelli è legge. Ecco come cambia la responsabilità medica in Cammino diritto, 28 febbraio 2017

[12] Caletti – Mattheudakis, Una prima lettura della legge Gelli – Bianco nella prospettiva del diritto penale, in Dir. Pen. Cont., 9 marzo 2017

ISSN 2036-7821

Sotto ulteriore profilo, la disciplina, all'art. 5, ha ridotto notevolmente la rilevanza delle cd. buone pratiche accreditate: parificate alle linee guida dal decreto Balduzzi, le stesse risultano oggi portatrici di un ruolo meramente sussidiario, in quanto destinate ad assumere rilievo soltanto "*in mancanza*" di linee guida provviste dei presupposti individuati dalla stessa legge.
Del resto, proprio l'individuazione legislativa dei caratteri, che le linee guida devono assumere per spiegare effetti in ambito penale, costituisce uno degli elementi più significativi della novella legislativa. Sul punto, con il recente decreto ministeriale del 2 agosto 2017, è stato istituito e regolamentato l'elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico scientifiche delle professioni sanitarie, che avranno il compito di elaborare le linee guida cui gli esercenti le professioni sanitarie si devono attenere nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie. .
Si rileva come, con specifico riferimento alla responsabilità penale, le linee guida assumano ora la natura di esimente, escludendo l'illecito penale per il sanitario che provi di aver agito nel rispetto delle medesime, ove anche si ritenesse una ipotesi di imperizia.
Ai fini dell'esimente le buone pratiche clinico - assistenziali vengono invece assunte quale criterio suppletivo, qualora manchino le linee guida.
Il tema richiede talune delucidazioni in merito alle linee guida e alla loro utilizzazione.

3. Le nuove linee guida certificate e le buone pratiche

A fronte di un testo normativo contraddittorio, è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, chiamata a pronunciarsi in merito ad un paradigmatico caso di responsabilità di un medico psichiatra, dirigente di un centro di salute mentale, per una fattispecie di omicidio posta in essere da un paziente nei confronti di un altro soggetto in cura presso la medesima struttura[13].
La Corte di Cassazione ha chiarito che le linee guida – alla stregua delle acquisizioni ad oggi consolidate - costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che esso possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche.
Si tratta di regole oggettivizzate, uniformate, sì da sottrarle all'arbitrio del terapeuta. Esse hanno dunque un evidente contenuto orientativo, esprimendo raccomandazioni. E vanno distinte dagli strumenti di normazione più rigidi e prescrittivi, quali i c.d. protocolli. Ne deriva che le linee guida, a differenza dei protocolli, vanno applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari

[13] Cassazione, IV sez. pen., sentenza n. 28187 del 20 aprile 2017 – Tarabori

ISSN 2036-7821

specificità di ciascun caso clinico, ben potendo il professionista modellarle sulla base delle contingenze che gli si prospettano nel corso del trattamento.
La giurisprudenza, in particolare della Corte di Cassazione, si sofferma, tuttavia, sulle innegabili difficoltà nel cogliere la *ratio* della novella, laddove si è in colpa per imperizia e al contempo non lo si è per aver rispettato e applicato in modo pertinente e appropriato le *leges artis* codificate. Per tale ragione l'interpretazione letterale della norma viene esclusa; al riguardo si porta l'ipotesi di un chirurgo che esegue l'asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, per un evidente errore nella fase esecutiva, tagli un'arteria con effetto letale. In tal modo, afferma la Corte, si giungerebbe ad un radicale esonero da responsabilità in palese contrasto con le istanze di cui all'art. 32 Cost. e con le stesse finalità della legge di riforma, venendosi altresì a configurare per il sanitario «uno statuto normativo irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni"[14].
Ed inoltre, il "radicale esonero da responsabilità" si presenterebbe come unicum in ambito internazionale, evidenziando ancor di più l'irrazionalità di una disciplina che differenzi il trattamento del personale medico anche rispetto ad altre professioni parimenti complesse e delicate.
Di qui la necessità di fornire un'adeguata interpretazione della norma, prendendo spunto in primo luogo dal contesto normativo in cui la nuova disposizione è inserita, improntato sulla sicurezza delle cure quale parte costitutiva del diritto alla salute ed implicante la corretta gestione del rischio clinico e delle risorse disponibili.
In merito occorre conferire rilievo non solo al nuovo art. 590-sexies c.p., ma anche all'art. 5 legge Gelli-Bianco che, nell'approntare «un vero e proprio statuto delle modalità di esercizio delle professioni sanitarie», per un verso precisa che le linee guida forniscono direttive di massima da adeguare alle peculiarità della singola fattispecie, per l'altro delinea un sistema pubblicistico di regolamentazione dell'attività sanitaria, per assicurarne lo svolgimento appropriato e conforme alle evidenze scientifiche acquisite.
Ne deriva un quadro d'insieme da cui si evince un nuovo assetto delle modalità di svolgimento dell'attività sanitaria, che inevitabilmente reca rilevanti implicazioni sul giudizio di responsabilità a cui è preposto il giudice e, nello specifico, sull'accertamento della colpa, posto che le valutazioni demandate agli esperti dovranno muoversi in riferimento a tali nuovi parametri valutativi.
È, dunque, necessario applicare le raccomandazioni provenienti dalle linee guida ma bisogna rapportarle a ciascun caso clinico. Sul punto la Cassazione plaude alla *«recisa volontà di costituire un sistema istituzionale, pubblicistico, di regolazione dell'attività*

[14] Cassazione, sentenza n. 28187 del 20 aprile 2017 – Tarabori cit.

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo – www.amministrativamente.com
ISSN 2036-7821

sanitaria», al fine di ovviare al pericolo di degenerazioni dovute a linee guida non scientificamente fondate[15].

In definitiva, a fronte della corretta applicazione delle linee guida, appropriate al caso concreto e formalmente validate, il professionista ha diritto a veder giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida e «*si troverà ad agire in una situazione di bene maggiore determinatezza rispetto al pas*sato», mentre il nuovo paradigma, a detta della Corte di Cassazione, "*non dispiega i suoi effetti in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per niente disciplinate in quel contesto regolativo. Sovviene nuovamente, a tal riguardo, l'esempio dell'errore del chirurgo sopra esposto*".

Ne deriva che laddove l'osservanza delle direttive qualificate si è verificata in un momento differente da quello in cui è emerso l'atto imperito (è il caso del chirurgo sopra citato che imposta correttamente il percorso diagnostico e terapeutico ma all'atto esecutivo invece di tagliare il peduncolo della neoformazione, incide l'arteria, con effetto letale per il paziente), non può essere invocata la clausola di non punibilità, perché verrebbe violato il diritto alla salute del paziente.

La Cassazione, sul punto, affronta la questione riguardante la limitazione del nuovo art. 590-sexies c.p. al solo profilo dell'imperizia e la ritiene una scelta «sovrana ma lessicalmente infelice». Sovrana perché tronca ogni dubbio: l'art. 590 sexies "*si applica solo quando sia stata elevata o possa essere elevata imputazione di colpa per imperizia*"

Diversamente, secondo altro orientamento giurisprudenziale[16] un'altra muove da un'ipotesi di colpa per imperizia nella concreta esecuzione di un intervento e individua proprio nell'imperita applicazione di linee guida adeguate e pertinenti, il terreno d'elezione della causa oggettiva di non punibilità dell'art. 590-sexies c.p., lasciando residuare il caso di attuazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto quale unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell'imperizia sanitaria (imperizia *in eligendo*).[17]

Le due sentenze analizzate hanno il pregio di avere entrambe aspetti interessanti e condivisibili. Eppure la prima lascia spazio ad un'interpretazione dell'art. 590-sexies c.p. costituzionalmente conforme ma sostanzialmente sterilizzante (sentenza Tarabori) , mentre la successiva si attiene al tenore letterale della norma e alla volontà di favore per la classe medica ma forse pecca di incostituzionalità (Cavazza).[18]

---

[15] Cassazione n. 28187 /2017 cit.

[16] Cass. Sez. IV pen, n. 50078 del 19 ottobre 2017 (Cavazza),

[17] *La Riforma Sanitaria Gelli Bianco – Decreti attutativi e prima giurisprudenza civile e penale* di Francesco Iannone.

[18] Sui termini del ricordato contrasto in seno alla Quarta Sezione, si rinvia a C. Cupelli, Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni unite, in diritto penale contemporaneo, fasc. 11/2017, 244 ss. e ad A. Massaro, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in Giurisprudenza Penale Web, 2017.

ISSN 2036-7821

A dirimere tale contrasto giurisprudenziale sul perimetro della responsabilità sanitaria (legge 24/2017) sono intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte[19], i cui punti essenziali di decisione possono così tradursi:

- non è invocabile la nuova causa di esclusione della punibilità in alcuna ipotesi colposa connotata da negligenza o imprudenza;
- viene reintrodotta, nei casi d'imperizia, una gradazione della colpa, distinguendo casi e responsabilità per cui si risponderà per imperizia sia grave sia lieve allorquando manchino o siano state individuate o scelte erroneamente linee guida o buone pratiche (inadeguate alle specificità del caso concreto);, mentre si risponderà solo per imperizia grave nel caso in cui l'errore nell'esecuzione sia accompagnato dalla corretta scelta e dal rispetto di linee-guida o buone pratiche, adeguate al caso concreto, tenuto conto "*del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico.*

La ratio di tale conclusione - argomenta la Cassazione - si individua nella scelta del legislatore di pretendere "*che l'esercente la professione sanitaria sia non solo accurato e prudente nel seguire il caso sottopostogli ma anche e soprattutto preparato sulle leges artis e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali; aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche, ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; capace di fare scelte ex ante adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino*".

Le Sezioni unite, infatti, affrontano in motivazione anche il ruolo determinante rivestito dalle linee guida, che ora "*ambiscono a costituire non solo per i sanitari un contributo autorevole per il miglioramento della qualità del servizio, essendo tutti gli esercenti le numerose professioni sanitarie riconosciute chiamati ad attenervisi, ma anche per il giudizio penale, indici cautelari di parametrazione, anteponendosi alla rilevanza delle buone pratiche clinico assistenziali, che, elemento valorizzato nel decreto Balduzzi, assumono oggi rilievo solo sussidiario per il minor grado di ponderazione scientifica che presuppongono*".

Come detto, infatti, l'art. 3 della legge Gelli – Bianco introduce un innovativo metodo di elaborazione delle linee guida, mediante l'istituzione di Enti accreditati dal Ministero della Salute deputati a raccogliere dati utili per la gestione del rischio sanitario ed a predisporre specifiche linee di indirizzo, successivamente recepite attraverso un sistema di pubblicità garantito dall'Istituto Superiore di Sanità Pubblica.

Proprio "*attraverso tali precostituite raccomandazioni - argomenta la Corte - si hanno parametri tendenzialmente circoscritti per sperimentare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia. Ed è in relazione a quegli ambiti che il medico ha la legittima*

[19] Cassazione, SS. UU. penali., sent. 22 febbraio 2018 n. 8770.

ISSN 2036-7821

aspettativa di vedere giudicato il proprio operato, piuttosto che in base ad una norma cautelare legata alla scelta soggettiva del giudicante".
La Cassazione, tuttavia, esclude con fermezza che tale sistema possa ritenersi agganciato ad automatismi, precisando, al contrario, che le linee guida debbono essere intese quali "*regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente ed implicanti, in ipotesi contraria, il dovere degli operatori sanitari di discostarsene*".
La pronuncia, infine, esamina i problemi di diritto intertemporale con riferimento ai fatti compiuti in epoca anteriore alla sua entrata in vigore.
La Suprema Corte ha, infatti, statuito che per i fatti commessi anteriormente, deve – sempre ai sensi del citato art. 2 – trovare applicazione la normativa del 2012, che appare più favorevole con riguardo alla limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave
La riforma ha infatti comportato l'abrogazione dell'art. 3 della Legge Balduzzi, con ciò implicando la riviviscenza della previgente e più severa normativa che non consentiva distinzioni tra colpa grave e colpa lieve. La novella del 2017 non contiene, infatti, alcun riferimento al grado della colpa. Ai sensi dell'art. 2 c.p., il nuovo regime tuttavia deve applicarsi ai soli fatti commessi in epoca successiva alla riforma.

4. La responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria.
Per ciò che attiene gli aspetti civilistici della responsabilità medica, essi costituiscono un vero e proprio cambio di rotta rispetto alla tradizionale impostazione giurisprudenziale.
L'art. 7 infatti stabilisce una netta bipartizione della responsabilità dell'ente ospedaliero e della persona fisica per i danni occorsi al paziente.
La struttura sanitaria assume una responsabilità di natura contrattuale ex art. 1218 cod. civ., mentre il medico, salvo il caso di obbligazione contrattuale assunta con il paziente, risponde in via extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ, le cui conseguenze pratiche rilevano soprattutto sul piano probatorio (nel primo caso il paziente deve portare il titolo ed allegare l'inadempimento, mentre nel secondo caso l'onere dell'attore abbraccia tutti gli elementi della pretesa). Siffatta bipartizione agisce, altresì, sul piano della prescrizione dell'azione, decorrendo quella contrattuale nell'ordinario termine decennale e quella aquiliana nel più breve termine quinquennale.
A ben vedere, il nuovo regime normativo ha nuovi connotati rispetto al passato. Nello specifico, tanto la Suprema Corte quanto la giurisprudenza di merito qualificavano la responsabilità della struttura sanitaria e del medico come vera e

ISSN 2036-7821

propria responsabilità contrattuale *ex* artt. 1218 e 1228 cod. civ.[20] La prima discendeva direttamente dal cd. contratto di spedalità stipulato con il paziente, mentre la seconda si faceva risalire alla terza delle fonti di obbligazioni previste dall'art. 1173 cod. civ., diversa dal contratto e dal fatto illecito, e consistente in "*ogni altro fatto o atto idoneo a produrle*".

Si sosteneva infatti che, all'atto di ricovero, tra medico e paziente si stabilisce un contatto sociale qualificato (in ciò che esso non è casuale, ma voluto d'ambo le parti), per effetto del quale il primo assume specifici obblighi di protezione nei confronti del secondo. Ad avviso dell'interprete, dunque, la violazione di tali obblighi imponeva il risarcimento del danno nelle forme prescritte dall'art. 1218 cod. civ.

Ora, una qualificazione identica della responsabilità di medico ed ospedale, per di più con i descritti vantaggi processuali in capo al danneggiato, aveva avuto l'effetto di ripartire equamente il rischio risarcitorio in capo a tali soggetti, senza considerare le ben diverse capacità finanziare di costoro.

La riforma in commento intende dunque diversificare in modo netto le due posizioni, spostando il rischio sul soggetto maggiormente capiente. Ciò, a ben vedere, va a vantaggio tanto dell'esercente la professione sanitaria, il quale risponde solo dei danni integralmente provati dal paziente, tanto del paziente medesimo che viene sostanzialmente "indirizzato" ad agire contro chi più facilmente può ristorare i danni.

Le successive norme (art. 8 e art. 9) sono specificamente volte a ridurre il contenzioso per i procedimenti di risarcimento da responsabilità sanitaria.

In particolare, l'articolo 8 prevede l'introduzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione a carico di chi intenda esercitare in giudizio un'azione risarcitoria. Nello specifico, viene disposta l'applicazione dell'istituto del ricorso presso il giudice civile competente per l'espletamento di una consulenza tecnica preventiva ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c., ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. La domanda giudiziale è procedibile, solo se la conciliazione non riesce o il relativo procedimento non si conclude entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso.

L'articolo 9 disciplina l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa della struttura sanitaria nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, in caso di dolo

[20] Cfr. ad es.Cass. SS. UU. civili 11 gennaio 2008 n. 577 . Già negli anni 70 la Cassazione aveva stabilito che "la responsabilità di un ente ospedaliero…è di natura contrattuale, poiché l'ente, obbligandosi ad eseguire le prestazioni, ha concluso col paziente un contratto d'opera intellettuale" (Cass. Sez. III n. 6141 del 21 dicembre 1978).

ISSN 2036-7821

o colpa grave di quest'ultimo, successivamente all'avvenuto risarcimento (sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale) ed entro un anno dall'avvenuto pagamento.
Infine, la riforma introduce precisi obblighi assicurativi in capo alle strutture sanitarie ed agli esercenti la professione sanitaria (art. 10 e 11). Ciò, a ben vedere, allo scopo di rendere effettiva l'eventuale condanna di tali soggetti al risarcimento dei danni cagionati ai pazienti.[21]
In particolare, è previsto anzitutto l'obbligo di assicurazione per la responsabilità contrattuale (*ex* artt. 1218 e 1228 c.c.) verso terzi e verso i prestatori d'opera, a carico delle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, anche per i danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture medesime.
In secondo luogo, si stabilisce l'obbligo, per le strutture in esame, di stipulare una ulteriore polizza assicurativa per la copertura della responsabilità extracontrattuale (*ex* art. 2043 c.c.) verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie, per l'ipotesi in cui il danneggiato esperisca azione direttamente nei confronti del professionista.
Infine, è fatto obbligo di assicurazione a carico del professionista sanitario che svolga l'attività al di fuori di una delle predette strutture o che presti la sua opera all'interno della stessa in regime libero-professionale, ovvero che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente, per i rischi derivanti dall'esercizio della medesima attività.
Al fine di decentrare la posizione processuale del medico, l'articolo 12 della legge introduce la facoltà, del tutto eccezionale per il danneggiato, di derogare allo schema dell'art. 1917 c.c. e citare in giudizio con azione diretta l'assicuratore del responsabile civile, azienda sanitaria o medico libero professionista.
Il comma 1 dell'art. 12 dispone che «*Fatte salve le disposizioni dell'art. 8, il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private di cui al comma 1, art. 10 e all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo art. 10*». È chiara la volontà di sussumere nel contesto sanitario una regolamentazione che rappresenta un pilastro del nostro sistema di assicurazione obbligatoria nel comparto della rc auto.
Sul piano soggettivo quindi, la facoltà è concessa alla vittima primaria dell'errore medico ed ai suoi congiunti o aventi diritto, secondo il principio dell'ampliamento della titolarità attiva dell'azione a coloro che subiscano, anche in via mediata, le conseguenze dell'illecito.

[21] Confronta ex multis, Cass. Civ., sez. III, 22 marzo 2013 n. 7273

ISSN 2036-7821

Sul piano del soggetto passivo, la norma appare chiara nell'attribuire l'azione diretta alle sole ipotesi in cui la vittima agisca contro la struttura sanitaria, pubblica o privata, e contro l'esercente la professione sanitaria in regime libero professionale.
Appare esclusa, dunque, tale facoltà nella ipotesi in cui la vittima di errore sanitario voglia agire nei confronti del medico cd "strutturato" (non libero professionista), quello per intenderci a favore del quale le aziende sanitarie devono contrarre polizze assicurative o comunque operare con ritenzione finanziaria sul proprio patrimonio. In questi casi il medico se convenuto dovrà provvedere alla chiamata in causa del proprio assicuratore, ovvero, profilo non indifferente, della stessa azienda per la quale opera, in un rapporto di garanzia del tutto nuovo legato all'obbligo di quest'ultima di garantirlo appunto attraverso l'adozione di «*altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi*". (art. 10, comma 1).
Infine, ai sensi dell'art. 14 della legge citata è stato istituito un fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, che interverrà in tutti i casi in cui il danno ecceda i massimali previsti dalle assicurazioni o le compagnie versino in stato di insolvenza o siano assoggettate a procedura di liquidazione coatta amministrativa.
Orbene, è evidente che qualora il settore assicurativo non rispondesse positivamente al disegno legislativo, l'intero impianto della riforma ne riuscirebbe penalizzato.

5. Conclusioni

Il diritto alla salute e ad un trattamento sanitario corretto sono dei diritti fondamentali costituzionalmente protetti per ogni cittadino e vanno rispettati. Contestualmente, gli operatori sanitari devono agire in condizioni di serenità tali da garantire proprio la piena realizzazione di questo diritto. Negli ultimi decenni, come detto in premessa, spesso queste condizioni sono venute meno, perché si è diffuso il timore di conseguenze giuridiche, che ha portato molti medici a rifugiarsi su una linea difensiva, anche diagnostica e terapeutica.
Gli effetti di questo meccanismo sono stati gravemente nocivi per tutto il sistema sanitario, che ha subito, inevitabilmente, l'aggravio di spese e l'allungamento di liste di attesa con esami non indispensabili. Ma soprattutto la medicina c.d. difensiva può, con l'aumento delle cautele preventive, gli accertamenti preliminari e i rimedi terapeutici, tradursi in un nocumento per la stessa salute dei pazienti.
La legge appena esaminata "sulla sicurezza delle cure e il rischio clinico" cerca di porre fine a queste pericolose situazioni: l'obiettivo è quello di garantire una maggiore serenità agli operatori e ai paziente e attenuare il meccanismo della medicina difensiva, contrapponendosi ad un diffuso clima, generato dall'errata convinzione che la medicina sia una scienza esatta, e che eventuali esiti infausti debbano essere ricondotti necessariamente a prestazioni sanitarie e terapeutiche inappropriate o inidonee ovvero a mal funzionamenti della complessiva struttura sanitaria, con la conseguente richiesta di risarcimento del danno.

ISSN 2036-7821

La riforma ha il merito di aver introdotto, e ancor meglio formalizzato, le linee guida, alle quali il medico deve attenersi nell'esercizio della professione sanitaria e le quali, ricordiamo, devono essere applicate senza automatismi, ma rapportandole al caso concreto.
Rimangono, tuttavia, alcune evidenti problematiche come l'ampia discrezionalità concessa al Giudice in ordine all'adeguatezza delle linee guida rispetto al caso concreto.
Sul punto, come sopra osservato, al giurisprudenza individua un'ipotesi di esclusione della colpa lieve laddove il sanitario, nella fase dell'esecuzione dell'atto medico, pur a fronte dell'esistenza di linee guida pertinenti al caso concreto, abbia determinato un errore per imperizia.
Da quanto osservato, peraltro, può trarsi un primo giudizio di carattere sistematico: la finalità di contemperare serenità e autonomia dell'operatore sanitario con la tutela della salute dei pazienti si attua attraverso meccanismi di modifica delle forme di responsabilità civile e penale, ma anche attraverso interventi di coinvolgimento delle strutture sanitarie, del mondo scientifico e dell'intero sistema, che tendono in qualche modo ad affiancare, o sostituire, alla responsabilità individuale forme di "collettivizzazione" o addirittura di pubblicizzazione della stessa responsabilità.
Una sfida, indubbiamente, il cui esito si valuterà negli effetti applicativi, ma che certamente ha il coraggio di attuare un primo intervento sistematico in un campo di delicatissima interferenza tra interessi privati e pubblici, che non può essere demandato alla (mutevole e varia) interpretazione dei giudici.

ISSN 2036-7821

La piena tutela dell'interesse sostanziale del terzo davanti al Giudice amministrativo nell'attività edilizia soggetta a SCIA

di Giuseppe Giannì*

(Avvocato amministrativista)

Sommario

1. Premessa. 2. Il potere sollecitato dal terzo: natura, disciplina e tutela nella prospettazione del Giudice toscano. 3. Il differente punto di vista del TAR Parma. 4. I poteri dell'Amministrazione e lo speciale potere inibitorio in sede di riesame della SCIA. 5. La tutela del terzo: il giudizio sul silenzio, la discrezionalità dell'Amministrazione e il sindacato del Giudice. 6. Conclusioni.

Abstract

This short paper aims to reflect – again – about legal regulation of SCIA after the delivery of judgment n. 12/2019 by Administrative Court (TAR Emilia Romagna Parma), that refers to the Corte Costituzionale for the review of constitutionality of our actual legislation on protection of third party's interest. According to the Administrative Court, legislation doesn't provide a sufficient level of judicial protection to the third party, who is forbidden to propose action for annulment against SCIA because of its private nature.

In the meanwhile, the sentence n. 45/2019 by Corte Costituzionale rejects the question of constitutional review of the same rule referred several years ago by TAR Toscana Firenze (ordinanza n. 667/2017), offering furthers opportunity of thought.

** Si ringrazia l'Avv. Paola Consolandi per la preziosa collaborazione nell'attività di ricerca e analisi dei testi e per la redazione dell'abstract in lingua inglese.*

1. Premessa

Si è svolta lo scorso 5 febbraio davanti alla Corte costituzionale l'udienza pubblica per la trattazione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, co. 6-*ter*, L. n. 241/1990 e ss.mm.ii., sollevata dal TAR Toscana Firenze (Sez. III), con ordinanza n. 667/2017, in relazione agli artt. 3, 11, 97, 117, commi 1 e 2, lett. m), Cost. e agli artt. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e 6, par. 3 del Trattato UE. Il TAR Toscana aveva prospettato l'illegittimità costituzionale della disposizione normativa in ragione dell'omessa previsione di un termine (decadenziale) entro il quale il terzo, il cui interesse sostanziale assume leso da un'attività edilizia avviata con SCIA, è legittimato a sollecitare le verifiche da parte dell'Amministrazione una volta che siano decorsi i ristretti termini per l'esercizio officioso dei poteri inibitori.

Anche il TAR Emilia Romagna Parma (Sez. II) ha sollevato, all'inizio dell'anno, con sentenza non definitiva n. 12/2019, la questione di legittimità costituzionale della medesima norma in relazione agli artt. 3, 24, 103 e 113, Cost., sotto il distinto profilo della limitazione dello strumentario processuale a disposizione del terzo leso da una SCIA illegittima. Il TAR Parma paventa l'illegittimità costituzionale del co. 6-*ter* dell'art. 19, L. n. 241/1990, allorché limita le tutele a favore del terzo alla sola azione avverso il silenzio *ex* art. 31, commi 1, 2 e 3, cpa, con l'effetto che il corrispondente potere del Giudice deve arrestarsi all'accertamento dell'obbligo di provvedere, senza che possa pronunciarsi sulla reale fondatezza delle ragioni del terzo. Sotto quest'ultimo profilo il Giudice rimettente evidenzia che, rivestendo il potere sollecitato dal terzo carattere discrezionale, il pronunciamento giurisdizionale non potrebbe mai avere il contenuto della condanna dell'Amministrazione all'adozione degli invocati provvedimenti inibitori.

In corso di ultimazione del presente scritto è intervenuto il deposito della sentenza n. 45/2019 della Corte costituzionale, la quale se da un lato ha concluso per l'infondatezza della questione di legittimità sollevata dal TAR Toscana rispetto alla natura e al regime delle "*verifiche spettanti all'amministrazione*"[1], dall'altro lato ha

[1] Al pt. 9 della sentenza, depositata in data 13/03/2019, si legge: "*Le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-ter sono dunque quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6-bis), e poi entro i successivi diciotto mesi (comma 4, che rinvia all'art. 21-novies).*

ISSN 2036-7821

rilevato che *il problema* (della tutela del terzo) *indubbiamente esiste, ma trascende la norma impugnata* (e) *va affrontato in una prospettiva più ampia e sistemica che tenga conto dell'insieme degli strumenti apprestati a tutela della situazione giuridica del terzo*"[2]; strumenti che esistono e non si risolvono *esclusivamente* nel giudizio sul silenzio.

La Corte costituzionale insiste sul dato letterale della norma e ricava due termini: il primo di sessanta o trenta giorni (nella materia edilizia) entro cui l'Amministrazione agisce d'ufficio e il secondo di diciotto mesi entro cui l'Amministrazione, d'ufficio o su segnalazione del terzo, *adotta comunque* i provvedimenti inibitori. Ancora, la Corte costituzionale qualifica la posizione soggettiva del terzo interessato a contestare l'attività edilizia intrapresa con SCIA, e perciò rivoltosi all'Amministrazione, in termini di interesse pretensivo all'esercizio delle verifiche, dovendosi, però, sottintendere che la posizione soggettiva primigenia facente capo al terzo, il quale si oppone a un'attività edilizia illegittima, si configuri come di contrasto all'innovazione del tessuto edilizio, se realizzata in senso difforme a quanto *ex lege* previsto. Sempre secondo la Corte costituzionale, decorsi diciotto mesi dalla presentazione della SCIA l'interesse del terzo di estingue[3].

Sebbene non sia questa la sede per commentare l'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990 e ss.mm.ii., merita un breve appunto l'effetto concreto che la norma produce: il potere pubblico diviene "piccolo" e "a tempo", con l'effetto che l'attuazione della legge che si propone di perseguire l'interesse generale attraverso l'intermediazione del potere amministrativo è assicurata solo se l'Amministrazione è infallibile; se, al contrario, l'Amministrazione sbaglia e l'errore si appalesa solo decorso il termine di diciotto

---

Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue".

[2] Pt. 10.1 della sentenza, ove si precisa che "*In particolare, nella prospettiva dell'interesse legittimo, il terzo potrà attivare, oltre agli strumenti di tutela già richiamati, i poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (in questo caso «non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge»); potrà sollecitare i poteri di vigilanza e repressivi di settore, spettanti all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, come, ad esempio, quelli in materia di edilizia, regolati dagli artt. 27 e seguenti del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia. (Testo A)», ed espressamente richiamati anche dall'art. 19, comma 6-bis. Esso avrà inoltre la possibilità di agire in sede risarcitoria nei confronti della PA in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica (l'art. 21, comma 2-ter, della legge n. 241 del 1990 fa espressamente salva la connessa responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente, ove la segnalazione certificata non fosse conforme alle norme vigenti).*

Al di là delle modalità di tutela dell'interesse legittimo, poi, rimane il fatto giuridico di un'attività che si assuma illecita, nei confronti della quale valgono le ordinarie regole di tutela civilistica del risarcimento del danno, eventualmente in forma specifica".

[3] Pt. da 7.1 a 9 della sentenza.

ISSN 2036-7821

mesi stabilito dalla norma l'unico a guadagnarci è il privato e il mancato perseguimento dell'interesse pubblico rimane un fatto secondario.
Forse è questa norma a essere costituzionalmente illegittima…

2. Il potere sollecitato dal terzo: natura, disciplina e tutela nella prospettazione del Giudice toscano

L'ordinanza di rimessione del TAR Firenze, dopo una pregevole ricostruzione dell'evoluzione normativa dell'istituto della SCIA e degli arresti giurisprudenziali più significativi sul punto, e dopo aver dato atto che "*l'unico strumento di reazione processuale spettante al terzo in virtù della nuova disposizione* [art. 19, co. 6-*ter*, L. n. 241/1990, introdotto dall'art. 6, co. 1, lett. c), D.L. n. 138/2011] *è l'azione avverso il silenzio*"[4], si concentra sulla natura del potere sollecitato dal terzo mediante il ricorso *ex* art. 31, cpa (se "*sia quello inibitorio ovvero quello di autotutela*"[5]) per raggiungere, con il supporto di argomenti logici e testuali, nonché ampi richiami alla giurisprudenza, la conclusione che si tratti del potere inibitorio[6]. Da qui, la questione del termine per la sollecitazione, a opera del terzo, delle verifiche spettanti all'Amministrazione, la cui omessa previsione espone la norma a censure di incostituzionalità, considerata la non percorribilità delle opzioni ermeneutiche in base alle quali detto termine sarebbe, alternativamente, quello di trenta giorni decorrenti dalla presentazione della SCIA; quello decadenziale di sessanta giorni dalla notizia della lesività dell'intervento assentito; quello annuale previsto dall'art. 31, co. 2, cpa, per l'esperimento dell'azione avverso il silenzio; quello di diciotto mesi prescritto per l'utile esercizio del potere di annullamento d'ufficio *ex* art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990[7].
La Corte costituzionale ha ritenuto che la norma non violi alcun parametro costituzionale allorché il sollecito del terzo intervenga nel termine massimo di diciotto mesi.
Il Giudice rimettente aveva ravvisato proprio in questo (nell'omessa individuazione normativa del termine entro il quale il terzo deve presentare la propria istanza di sollecitazione delle verifiche amministrative) l'incostituzionalità di un meccanismo di tutela così congegnato sotto il profilo della mancata garanzia della certezza del diritto e dei rapporti tra pubblico e privato, in specie del segnalante, il cui affidamento

[4] Pt. 5.3 dell'ordinanza.
[5] Pt. 6 dell'ordinanza.
[6] V. ptt. da 6.1 a 6.4 dell'ordinanza.
[7] V. l'intero pt. 8 dell'ordinanza.

ISSN 2036-7821

riposto nella legittimità dell'intervento avviato verrebbe a essere inevitabilmente frustrato dall'esposizione *sine die* al potere di sollecito, anch'esso ugualmente a tempo indeterminato, del terzo[8].

La risposta offerta dalla Corte costituzionale dovrebbe, perciò, aver soddisfatto il Giudice fiorentino.

3. Il differente punto di vista del TAR Parma

Il TAR Emilia Romagna, rilevato che nella fattispecie oggetto di ricorso l'Amministrazione era intervenuta, su istanza del terzo, esercitando le verifiche di cui all'art. 19, co. 6-*ter*, L. n. 241/1990, e rilevato, altresì, che il relativo provvedimento, di segno negativo per il segnalante, doveva intendersi alla stregua di "*un vero e proprio provvedimento di diniego rispetto all'intervento inibitorio o comunque in autotutela*"[9], si è interrogato, invece, sulla reale natura del potere azionato dal terzo ai sensi dell'art. 31, cpa, in vista dell'ampiezza della tutela a esso accordabile in sede giurisdizionale[10].

---

[8] Oltre che rispetto ai parametri di costituzionalità, già indicati e consistenti negli artt. 3, 11 e 117, co. 1, Cost., 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e 6, par. 3 del Trattato UE (esaminati al pt. 11.1 dell'ordinanza) e negli artt. 3 e 97, Cost. (pt. 11.2), la questione di legittimità è posta anche in relazione all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., sotto il profilo della mancata assicurazione a livello statale dei "*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*", nell'ambito dei quali il TAR Firenze, giusta il disposto dell'art. 29, co. 2-*ter*, L. n. 241/1990 [introdotto dall'art. 10, co. 1, lett. b), n. 2, L. n. 69/2009], annovera la normativa nazionale in materia di SCIA, con i relativi controlli (amministrativi e di legittimità).

Argomenta il Giudice che "*la mancata previsione di tali termini* (per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche sulla SCIA presentata da altri soggetti, *ndr*) *è idonea a vanificare del tutto la prestazione somministrata dallo Stato al cittadino sotto forma di semplificazione delle procedure abilitative per lo svolgimento di attività (come quella edilizia) non liberalizzate. Se in teoria infatti la semplificazione dovrebbe consentire di raggiungere il medesimo risultato (assentimento dell'iniziativa privata) con un iter amministrativo più snello di quello ordinario, l'attuale disciplina della SCIA risulta contraddittoria con tali finalità: da un lato invero, essa non assicura sempre una riduzione dell'attività burocratica (poiché il procedimento di verifica dei presupposti della segnalazione può essere avviato più volte a fronte di plurime istanze di soggetti controinteressati); e, dall'altro lato, tale disciplina non conduce mai ad una regolamentazione definitiva degli interessi contrapposti nella vicenda amministrativa, residuando sempre un potere-dovere dell'Amministrazione di rimettere in discussione la legittimità originaria dell'intervento segnalato, ogniqualvolta essa riceva una domanda di intervento da parte di un terzo.*

Peraltro, si evidenzia che l'esclusione dal novero dei livelli essenziali del termine per l'esercizio del potere sollecitatorio di cui all'art. 19 comma 6 ter rischia di pregiudicare l'esigenza di uniformità normativa che caratterizza l'istituto della SCIA nel suo complesso. Invero, tale opzione legislativa, data la peculiare natura della riserva posta dall'art. 117 comma 2 lett. m) Cost (la quale consente l'intervento regionale sugli aspetti di dettaglio del regime dei livelli essenziali: cfr. Corte Cost. n. 297/2012 cit.), apre la strada a discipline territoriali eterogenee del suddetto termine, con conseguente disomogeneità degli standards di tutela a livello nazionale".

[9] Pt. 1.2 della sentenza.

[10] Il quesito a cui il Giudice intende fornire risposta e che origina la questione di legittimità costituzionale della norma in commento è "*stabilire se l'accertamento giudiziale compiuto nel caso di specie costringa l'amministrazione resistente a rimuovere* sic et simpliciter *gli eventuali effetti dannosi dell'attività edilizia illegittimamente intrapresa, ai sensi del comma 3 dell'art. 19 della L. n. 241 del 1990, oppure le imponga l'obbligo di adottare i provvedimenti previsti dal citato comma 3 soltanto in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies *della legge sul procedimento amministrativo*".

ISSN 2036-7821

Diversamente dal TAR Toscana, con il quale pure condivide le *perplessità* in ordine all'assenza della previsione espressa di un termine per l'esercizio del potere di sollecito da parte del terzo, il Giudice ha ritenuto che detto potere sia riconducibile all'autotutela[11], giacché il dato normativo sul punto è inequivoco e stabilisce che decorsi i trenta giorni per l'esercizio del potere di verifica sulla sussistenza dei requisiti e dei presupposti per la realizzazione dell'intervento, residua in capo all'Amministrazione il solo (e più circoscritto) potere di autotutela, da esercitarsi entro il perimetro tracciato dall'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990 (art. 19, commi 4 e 6-*bis*, L. n. 241/1990[12]).

L'opzione interpretativa prescelta produce riflessi significativi in punto di effettività della tutela del terzo, al quale è concesso *esclusivamente* di reagire avverso l'inerzia serbata sull'istanza di sollecito, e per l'effetto ottenere, tutt'al più, un provvedimento di condanna generica dell'Amministrazione a provvedere, stante la preclusione che la cognizione del Giudice incontra in ragione della natura dell'azione e del potere in esercizio, notoriamente discrezionale sia nell'*an* che nel *quomodo*[13].

---

[11] L'assunto è sostenuto dal rinvio all'orientamento della giurisprudenza espresso in Cons. Stato, Sez. VI, 03/11/2016, n. 4610, che, peraltro, evidenzia la non esatta sovrapponibilità del potere che l'Amministrazione è chiamata a esercitare in materia di SCIA edilizia con quello dell'autotutela "classica"; "*quest'ultima* – si legge nella citata sentenza – *calata nell'ambito del procedimento in esame, si connota in modo peculiare perché: i) essa non incide su un precedente provvedimento amministrativo e dunque si caratterizza per essere un atto di "primo grado" che deve, però, possedere i requisiti legittimanti l'atto di "secondo grado"; ii) l'amministrazione, a fronte di una denuncia da parte del terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo e ciò diversamente da quanto accade in presenza di un "normale" potere di autotutela che si connota per la sussistenza di una discrezionalità che attiene non solo al contenuto dell'atto ma anche all'an del procedere*".

Vale la pena segnalare che con tale pronuncia il Consiglio di Stato riformava la sent. n. 1114/2015 del TAR Piemonte Torino (Sez. II), che per prima aveva qualificato come inibitorio il potere esercitabile dall'Amministrazione su istanza del terzo. Cfr. F. Botteon, *Scia e tutela del terzo: un (piccolo) passo avanti del Consiglio di Stato nel rafforzamento dell'istituto*, pubblicato su www.lexitalia.it il 25/11/2016.

[12] Il co. 4 della disposizione citata stabilisce che "*Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo* (e cioè i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività o, eventualmente, di rimozione degli effetti dannosi conseguenti, da adottarsi a fronte dell'accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di legge per l'avvio dell'attività segnalata, ndr), *ovvero di cui al comma 6-bis* (quelli costituenti esplicazione dei poteri specificamente disciplinati nel T.U. Edilizia in materia di vigilanza, responsabilità e sanzioni, ndr), *l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies*".

L'attuale formulazione dei commi 3 e 4 dell'art. 19, L. n. 241/1990 si deve all'art. 6, co. 1, lett. a), L. n. 124/2015 (rubricato proprio "Autotutela amministrativa").

La precedente disciplina del potere di autotutela in materia di SCIA (mutuata da quella disegnata dalla L. n. 80/2005 per l'allora DIA), fermo restando il termine di sessanta giorni decorrenti dal ricevimento della segnalazione per l'adozione dei provvedimenti inibitori, faceva salvo "*il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies*" (co. 3).

[13] Rileva il Giudice che "*quando il termine per l'esercizio del potere inibitorio è nel frattempo decorso…l'obbligo accertabile in capo all'amministrazione è soltanto quello previsto dal comma 4 dell'art. 19 della legge sul procedimento amministrativo,*

ISSN 2036-7821

L'interrogativo del TAR Emilia Romagna sottende dubbi ragionevoli e condivisibili, forse superabili con l'invocata pronuncia della Corte costituzionale ma forse risolti, in parte, dalla sentenza n. 45/2019.

4. I poteri dell'Amministrazione e lo speciale potere inibitorio in sede di riesame della SCIA

Le due pronunce in commento differiscono (anche) in punto di qualificazione del potere intestato all'Amministrazione decorsi trenta giorni dalla presentazione della SCIA: sempre inibitorio, nella prospettazione del TAR Toscana, e riconducibile all'autotutela decisoria secondo il TAR Emilia Romagna. Quest'ultimo sostiene, in particolare, che poiché l'istanza sollecitatoria mira a provocare l'esercizio del potere di autotutela, avente natura discrezionale per definizione, il terzo, mediante l'esperimento della sola azione avverso il silenzio, non potrebbe comunque ottenere una pronuncia giudiziale interdittiva dell'illegittima attività edilizia altrui.

Il problema si annida, perciò, seguendo lo sviluppo logico della questione a opera del Giudice parmense, nella natura discrezionale del potere residuale dell'Amministrazione che fronteggia la pretesa del terzo all'inibizione dell'attività, a maggior ragione ora che l'introduzione del co. 6-*ter* dell'art. 19, L. n. 241/1990 ha eroso le fondamenta dell'impianto di tutela processuale del terzo costruito dall'Ad.Plen. n. 15/2011, la quale ammetteva l'esperimento dell'ordinaria azione di annullamento (avverso il provvedimento tacito di negato esercizio del potere inibitorio) e, a sua integrazione e completamento, dell'azione di condanna (all'adozione dello stesso provvedimento inibitorio).

Va, però, ricordato che il tema della natura dei poteri amministrativi in campo veniva affrontato dall'Ad.Plen. n. 15/2011 spostando l'ambito d'indagine dalla qualificazione del potere sollecitato dal terzo alla natura giuridica del silenzio osservato dall'Amministrazione nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio, al quale veniva attribuita, appunto, natura di silenzio significativo

---

*secondo cui "l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies.

Conseguentemente, il Giudice adito non può predeterminare il contenuto del successivo provvedimento dell'amministrazione, con indubbia e inevitabile lesione del diritto del terzo ad una piena ed effettiva tutela giurisdizionale.

In altri termini, il legislatore ha congegnato un sistema tale da comprimere in giudizio l'esplicazione di tutte le facoltà giurisdizionali normalmente connesse alla posizione soggettiva di interesse legittimo pretensivo del soggetto leso da un comportamento illegittimo dell'amministrazione, escludendo la possibilità, tramite il rinvio ad un successivo esercizio del potere sempre e comunque discrezionale, che la violazione di tale interesse legittimo ottenga un'efficace e satisfattiva riparazione già dinanzi al Giudice adito" (pt. 3.3 della sentenza).

ISSN 2036-7821

negativo[14]. Ad ogni modo, l'Ad.Plen. escludeva che il potere sollecitato dal terzo potesse essere tanto quello inibitorio di natura vincolata, che si estingue decorso il termine perentorio di legge, quanto quello di autotutela, ampiamente discrezionale in quanto postula la ponderazione comparativa degli interessi in conflitto, con precipuo riferimento al riscontro di un interesse pubblico concreto e attuale che non coincide con il mero ripristino della legalità violata[15].

La formulazione letterale del co. 4 dell'art. 19, L. n. 241/1990, in specie l'utilizzo dell'avverbio *comunque*, consente di affermare che il provvedimento si sostanzi pur sempre nel divieto di prosecuzione dell'attività, con la rimozione degli eventuali effetti dannosi nel frattempo prodotti (e dunque in un provvedimento a contenuto inibitorio-repressivo), che con l'autotutela "classica" non può, per la natura di atto soggettivamente e oggettivamente privato della SCIA, condividere tutti i presupposti, o per lo meno non può farlo negli stessi termini. Banalmente: l'annullamento d'ufficio interviene su di un provvedimento illegittimo sin dal momento genetico, mentre, come già detto, la SCIA non è un provvedimento amministrativo, sicché può ritenersi che la prima delle "*condizioni previste dall'art. 21-nonies*" cui la norma si riferisce sia l'ontologica illegittimità dell'attività segnalata (e oramai intrapresa), che è vicenda, appunto, distinta dall'atto amministrativo illegittimo ma rispetto alla quale non può, parimenti, non sussistere l'interesse pubblico alla sua inibizione[16].

---

[14] Pt. 6.2.1 della sentenza, ove si legge: "*…nella fattispecie in esame, il silenzio produce l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termine perentorio all'uopo sancito dalla legge. In definitiva, a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale, il silenzio di che trattasi, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio.*

Che detta inerzia costituisca un silenzio significativo negativo lo si ricava anche dalla considerazione che l'attivazione di un procedimento doveroso finalizzato all'adozione della determinazione inibitoria implica l'esistenza di un potere il quale, all'esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'attività denunciata, può naturalmente essere speso tanto in senso positivo, con l'adozione dell'atto espresso di interdizione, quanto con una determinazione negativa tacita alternativa all'esito provvedimentale espresso. Trattasi, quindi, di un provvedimento per silentium con cui la p.a., esercitando in senso negativo il potere inibitorio, riscontra che l'attività è stata dichiarata in presenza dei presupposti di legge e, quindi, decide di non impedire l'inizio o la protrazione dell'attività dichiarata".

[15] V. ptt. 6.1.1 e 6.1.2 della sentenza. Nel successivo pt. 6.1.3 il Giudice si esclude anche che si tratti del potere di tipo sanzionatorio previsto dall'art. 21, L. n. 241/1990 in considerazione del fatto che "*la legislazione di settore consente all'amministrazione l'adozione di sanzioni pecuniarie che, per loro natura, sono inidonee a soddisfare l'interesse del terzo ad ottenere una misura che impedisca l'attività denunciata e neutralizzi gli effetti dalla stessa già prodotti*".

[16] L'istituto della SCIA è un modulo procedimentale connotato da un'indubbia specificità ma che comunque si inserisce in una fattispecie il cui effetto rimane quello di legittimare il privato alla realizzazione di un intervento edilizio (cfr. Corte cost., sentt. n. 121/2014; nn. 188 e 164/2012). Una volta che l'Amministrazione, su sollecitazione

ISSN 2036-7821

In altri termini, non v'è un solo modello di autotutela ma tante variabili a seconda dei fatti e degli effetti giuridici che in concreto vengono a esistenza[17].

Sul punto, l'Ad.Plen. n. 8/2017 – sebbene interpellata nel vigore dell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990 nel testo introdotto dalla L. n. 15/2005 (e dunque prima delle modifiche apportate dalla novella del 2015, alla quale si devono l'introduzione del co. 2-*bis*[18] e l'ulteriore modificazione della disciplina dell'autotutela in materia di SCIA[19]) –, ha concluso per la configurabilità, in capo all'Amministrazione, di un "*onere motivazionale…attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del ius poenitendi)*" e rilevato, altresì, come "*la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte*"[20].

---

del terzo o nella persistenza, generalmente ritenuta, del potere repressivo degli abusi edilizi, abbia rilevato l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività, interviene con un potere che, essendo decorsi trenta giorni dalla data della segnalazione, ha contenuto inibitorio ed è solo assimilabile a quello di autotutela dal quale, per espressa previsione legislativa, ha mutuato la "condizione di esercizio" rappresentata dall'obbligo di motivazione in ordine alla permanenza di ragioni di pubblico interesse all'annullamento, le quali normalmente devono trascendere la mera illegittimità del provvedimento oggetto di ritiro. Sennonché in una materia così sensibile e particolare qual è quella edilizia (*rectius* "governo del territorio" nel linguaggio della Costituzione), come già detto, non fa fatica a ravvisarsi l'interesse dell'Amministrazione a vietare e rimuovere gli effetti dell'attività illegittima segnalata perché, ad es., in contrasto con le scelte di pianificazione e sviluppo edilizio del territorio compiute con la strumentazione urbanistica.

[17] La dimensione poliedrica dell'autotutela esula dalla previsione contenuta nel co. 4 dell'art. 19, L. n. 241/1990, venendo in rilievo ogniqualvolta l'illegittimità (originaria) del provvedimento amministrativo trova causa nella violazione di norme imperative, e comunque sostanziali.

[18] La L. n. 124/2015 ha aggiunto all'art. 19, L. n. 241/1990 il co. 2-*bis* che così recita: "*I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445*".

[19] V. nota 7.

[20] Le parti riportate in virgolettato corrispondono ai principi di diritto enunciati da Ad.Plen. n. 8/2017 rispettivamente *sub* ii) e iii) del pt. 13 della sentenza, i quali a loro volta trovano compiuta argomentazione nei precedenti ptt. 11 e 12.

ISSN 2036-7821

Pertanto l'attuale previsione del limite di diciotto mesi quale ulteriore condizione per il legittimo esercizio del potere di annullamento d'ufficio si rivela inidonea a comprimere il potere di intervento dell'Amministrazione.

Il dato trova conferma nella circostanza che la SCIA si risolve in una serie di dichiarazioni sostitutive ed elaborati tecnici asseverati, sicché l'esercizio dell'attività edilizia presuppone necessariamente la veridicità di quanto dichiarato (stati e qualità personali del segnalante) e di quanto rappresentato negli elaborati (stato di fatto e stato di progetto), rispetto alla cui accertata non rispondenza al vero l'Amministrazione conserva – e deve poter conservare – inalterato il proprio potere inibitorio[21], posto che, lo si ribadisce, nessuno stato di affidamento incolpevole può maturare in capo al soggetto il quale abbia determinato, attraverso la non veritiera prospettazione delle circostanze rilevanti, l'adozione di un atto illegittimo (*recte* l'avvio di un'attività illegittima) a lui favorevole, né tantomeno ciò può avvenire a seguito del contegno negligente ed erroneo dell'Amministrazione la quale non abbia tempestivamente rilevato l'oggettiva falsità delle circostanze rappresentate[22].

Anche la successiva Ad.Plen. n. 9/2017 – la quale pure non si è occupata dell'attuale regime della SCIA, venendo lì in rilievo la diversa ipotesi di un intervento edilizio realizzato in totale assenza del titolo abilitativo[23] – muove dal dato di fondo della non

---

[21] L'oggettiva non rispondenza al vero delle dichiarazioni sostitutive *ex* artt. 46 e 47, DPR n. 445/2000, se da un lato può assumere rilievo penale allorché ricorrono i presupposti del reato di falso (art. 76, DPR n. 445/2000), dall'altro soggiace a un regime *latu sensu* sanzionatorio nell'ambito del procedimento amministrativo a cui afferisce; l'art. 75 stabilisce, infatti, che "*qualora dal controllo…emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione…il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera*". La norma si inserisce in un contesto in cui alla dichiarazione sullo *status* o sul possesso di determinati requisiti è attribuita funzione probatoria, con il conseguente dovere del dichiarante di affermare il vero. Ne consegue che la dichiarazione non veritiera, al di là dei profili penali, preclude al dichiarante il raggiungimento dello scopo cui era indirizzata la dichiarazione o comporta la decadenza dall'*utilitas* conseguita per effetto del mendacio. La dichiarazione non veritiera opera esclusivamente come fatto, senza che assuma rilevanza l'elemento soggettivo (dolo o colpa) del dichiarante, sicché la comminatoria di decadenza si pone quale naturale conseguenza dell'inidoneità della dichiarazione non veritiera a raggiungere l'effetto cui era preordinata.

[22] Ad. Plen. n. 8/2017, pt. 12.

[23] Segnatamente, "*viene chiesto a questa Adunanza Plenaria di chiarire la questione dell'onere motivazionale che grava in capo all'amministrazione in sede di adozione di un'ingiunzione di demolizione (nel caso in esame, conseguente alla realizzazione di un immobile in area vincolata nella radicale assenza di un valido titolo edilizio) e se in particolare, decorso un considerevole lasso di tempo dalla realizzazione dell'abuso, gravi in capo all'amministrazione un onere motivazionale aggiuntivo, che non resti limitato al solo richiamo alla normativa urbanistica violata e alla conseguente necessità di ripristinare l'ordine giuridico compromesso.*

Viene altresì chiesto di stabilire se uno specifico onere di motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico e concreto alla demolizione sia altresì ravvisabile nell'ipotesi in cui l'attuale proprietario del bene non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento del bene non denoti intenti elusivi della normativa in tema di onere di ripristino" (pt. 2 della sentenza).

ISSN 2036-7821

riconducibilità al quadro generale dell'autotutela del potere che permane in capo all'Amministrazione di perseguire un'attività edilizia illegittima (totalmente, in caso di assenza del titolo legittimante, oppure, perché no, anche solo parzialmente per inosservanza delle prescrizioni di legge e/o di quelle contenute nel titolo abilitativo). In particolare, nel giungere all'affermazione dell'insussistenza dell'obbligo di motivare l'ordine di demolizione – questo, il provvedimento (avente carattere sanzionatorio) impugnato nella fattispecie – in relazione alla concretezza e attualità dell'interesse pubblico alla demolizione e al considerevole lasso di tempo trascorso, l'Ad.Plen. rileva che "*nel caso di ritiro tardivo in autotutela di un atto amministrativo illegittimo ma favorevole al proprietario, si radica comunque un affidamento in capo al privato beneficiato dall'atto in questione e ciò giustifica una scelta normativa (quale quella trasfusa nell'articolo 21-nonies della L. n. 241 del 1990) volta a rafforzare l'onere motivazionale gravante in capo all'amministrazione. Si tratta di stabilire sino a che punto e in che termini l'ordinamento si debba far carico di tutelare un siffatto stato di legittimo affidamento; al contrario, nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione, la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere/dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione sine titulo) è sin dall'origine illegittimo. Allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere "legittimo" in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata*" e conclude nel senso che "*non si può applicare a un fatto illecito (l'abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria*"[24].

Quest'ultima statuizione esprime, indubitabilmente, un principio generale che vale con riferimento a tutti gli interventi edilizi illegittimi, ancorché realizzati con SCIA, posto che l'edificazione non conforme a quanto autorizzato con un titolo espresso o a quanto segnalato ma non tempestivamente inibito, è un fatto oggettivo, sicché il correlato potere dell'Amministrazione di intervenire a tutela dell'interesse pubblico all'ordinato e armonico sviluppo urbanistico del territorio deve rimanere insensibile alle pur supposte forme procedimentali, né da queste può esserne influenzato quanto ad ampiezza e condizioni di esercizio, termine compreso (ove interpretato rigidamente come momento di estinzione del potere amministrativo e del dialogo con esso).

[24] Pt. 4 della sentenza.

ISSN 2036-7821

Perciò la veridicità delle dichiarazioni e dei fatti rappresentati dal segnalante, di fronte alla predeterminazione a livello normativo dei requisiti e dei presupposti per l'avvio dell'attività edilizia soggetta al regime semplificato della SCIA, sottende e al tempo stesso concorre a integrare il "fatto" della conformità dell'intervento alla disciplina urbanistico-edilizia; conformità che è sempre garantita allorché il potere dell'Amministrazione non incontra gli ostacoli rappresentati dalla temporizzazione dello *ius poenitendi* e dall'obbligo di motivazione rafforzata ai fini del suo legittimo esercizio, i quali devono recedere dinnanzi al "fatto contrario" dell'illegittimità dell'intervento.

La disciplina generale della SCIA dettata dalla legge sul procedimento amministrativo trova corrispondenza in quella settoriale contenuta nel T.U. Edilizia, il cui art. 27 intesta all'Amministrazione "*la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi*"; il potere di vigilanza è attivato d'ufficio o su denuncia dei cittadini (co. 3) in ogni tempo e non v'è ragione di dubitare che possa applicarsi anche agli interventi realizzati con SCIA, non ravvisandosi argomenti di segno contrario[25], né potendosi validamente sostenere, come già detto, che l'illegittimità dell'attività edilizia resiste

[25] L'Ad. Plen. n. 15/2011 aveva escluso che il potere "residuale" dell'Amministrazione fosse quello di tipo sanzionatorio previsto dall'art. 21, L. n. 241/1990 (v. nota 11). Tale disposizione, tuttavia, veniva anch'essa modificata dalla L. n. 124/2015 e attualmente stabilisce, al co. 1, che "*Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato*".
Il co. 6-*bis* dell'art. 19, L. n. 241/1990 fa salva l'applicazione tanto delle disposizioni contenute nel precedente co. 6 ("*Ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1 è punito con la reclusione da uno a tre anni*"), quanto di quelle "*relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380*". A tali aspetti della materia il T.U. Edilizia, che è disciplina speciale perché settoriale, dedica il Titolo IV della Parte I, dove si colloca, per l'appunto, l'art. 27, il quale disciplina in termini generali il potere di vigilanza, con il potere cautelare accessorio di sospendere l'attività segnalata ma illegittimamente intrapresa. La giurisprudenza ha conformato il provvedimento di sospensione dell'attività in termini di misura interinale e provvisoria volta ad evitare che il destinatario possa essere esposto *sine die* all'incertezza circa la sussistenza del proprio *ius aedificandi*, di talché, allo spirare del termine di quarantacinque giorni dalla sua notificazione, l'ordine in questione perde ogni efficacia, trattandosi di un provvedimento con efficacia strettamente limitata nel tempo, avente il solo scopo di impedire il procedere della costruzione in modo da consentire all'Amministrazione di potersi determinare, entro il termine di efficacia della sospensione dei lavori, all'adozione di una misura sanzionatoria (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. II-*bis*, 22/01/2019, n. 849; 19/04/2018, n. 4341; 09/02/2018, n. 1600; 24/01/2018, n. 895; Cons. Stato, Sez. IV, 22/06/2016, n. 2758).

ISSN 2036-7821

all'obbligatorietà della sanzione[26] in ragione del regime semplificato previsto per il suo esercizio.

La mancata previsione, nell'impianto che disegna l'attuale disciplina della SCIA edilizia, di un termine entro il quale terzo possa utilmente sollecitare il potere inibitorio-repressivo dell'Amministrazione – che ora la Corte costituzionale ha individuato in diciotto mesi – probabilmente non era del tutto ingiustificata, quanto piuttosto allineata alla previgente (e speciale) disciplina del potere di vigilanza, per il cui esercizio, allo stato, non è previsto alcun termine. Si ritiene, infatti, in considerazione della poliedricità della materia edilizia, dei valori e degli interessi che in essa confluiscono, che non possa ingenerarsi nel segnalante il quale abbia realizzato un intervento difforme da quello oggetto di segnalazione alcuna posizione meritevole di tutela e impermeabile al trascorrere del tempo, posto che in caso contrario l'interesse generale al razionale sviluppo edilizio del territorio verrebbe frustrato, l'illegittimità edilizia si consoliderebbe, divenendo addirittura produttiva di vantaggi per il trasgressore, mentre gli spazi di tutela concessi al terzo, e per il suo tramite all'ordinato vivere civile, si ridurrebbero ulteriormente.

5. La tutela del terzo: il giudizio sul silenzio, la discrezionalità dell'Amministrazione e il sindacato del Giudice

Il carattere (inibitorio-repressivo) del potere residuale in capo all'Amministrazione di impedire la prosecuzione dell'attività edilizia segnalata ma illegittimamente posta in essere, e comunque di rimuoverne gli effetti, si riflette nell'oggetto e nella natura del giudizio che il terzo, insoddisfatto per il mancato esercizio del predetto potere malgrado il dovuto sollecito, può instaurare avanti il Giudice amministrativo, che è oggi *esclusivamente* quello sul silenzio.

I dubbi di incostituzionalità dell'art. 19, co. 6-*ter*, L. n. 241/1990 espressi dal TAR Parma si annidano proprio nell'utilizzo dell'avverbio *esclusivamente* rispetto all'esercizio della tutela giurisdizionale da parte del terzo, il quale null'altro potrebbe ottenere dal Giudice amministrativo se non una pronuncia che accerti la colpevole

[26] Per consolidata giurisprudenza, i provvedimenti sanzionatori edilizi sono atti vincolati che non richiedono una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, non potendo ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare (Cons. Stato, Sez. V, 08/06/1994, n. 614; 11/01/2011, n. 79; 27/04/2011, n. 2497; *id.*, Sez. IV, 16/04/2010, n. 2160; 20/07/2011, n. 4403; *id.*, Sez. VI, 11/05/2011, n. 2781; 04/03/2013, n. 1268 e, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 28/02/2017, n. 908).

ISSN 2036-7821

inerzia dell'Amministrazione (stante anche la ritenuta ascrivibilità del potere sollecitato dal terzo all'autotutela decisoria[27]).

Escluso, tuttavia, che "*l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione*" risponda al paradigma dell'autotutela "classica" ma debba piuttosto ricondursi nell'alveo del potere inibitorio-repressivo, e che comunque, in forza di argomenti logici e sistematici, deve attribuirsi primaria evidenza all'esistenza di un fatto *contra ius* (l'attività edilizia illegittima) al quale il terzo si oppone all'uopo rivolgendosi all'Amministrazione[28], resta da analizzare il concreto atteggiarsi della sola azione attribuita al terzo nella particolare fattispecie in esame.

L'azione avverso il silenzio-inadempimento è contemplata all'art. 31, commi 1, 2 e 3, cpa, mentre il rito processuale è regolato dall'art. 117, cpa.

Di indubbio rilievo è, anzitutto, la previsione per cui "*il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*" (art. 31, co. 3, cpa), dal momento che consente al Giudice, in presenza delle condizioni prescritte, nonché su espressa domanda del ricorrente in tal senso, di condannare l'Amministrazione rimasta inerte ad adottare il provvedimento richiesto.

Nella materia edilizia, e con precipuo riguardo agli interventi realizzabili con SCIA (il cui catalogo, peraltro, è tassativo[29]), il potere di inibire l'edificazione avviata o

---

[27] Si legge al pt. 3.2 della sentenza che "*l'istanza è diretta ad attivare – qualora, come normalmente accade, siano già decorsi trenta giorni dall'invio della segnalazione, di cui ovviamente il terzo non ha diretta conoscenza - non il potere inibitorio di natura vincolata (che si estingue decorso il termine perentorio di legge), ma il c.d. potere di autotutela cui fa riferimento l'art. 19, comma 4, della legge n. 241/1990. Tale potere, tuttavia, è ampiamente discrezionale in quanto postula la ponderazione comparativa, da parte dell'amministrazione, degli interessi in conflitto, con precipuo riferimento al riscontro di un interesse pubblico concreto e attuale che non coincide con il mero ripristino della legalità violata.*

Con il corollario, come detto, che nel giudizio conseguente al silenzio o al rifiuto di intervento dell'amministrazione, il giudice amministrativo non può che limitarsi ad una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, senza poter predeterminare il contenuto del provvedimento da adottare. Evidente risulta, allora, la compressione dell'interesse del terzo ad ottenere una pronuncia che impedisca lo svolgimento di un'attività illegittima mediante un precetto giudiziario puntuale e vincolante che non subisca l'intermediazione aleatoria dell'esercizio di un potere discrezionale.

In definitiva, se la lesione dell'interesse pretensivo del terzo è ascrivibile alla mancata adozione di un provvedimento inibitorio doveroso, è incongruo che la tutela debba riguardare l'esercizio del diverso e più condizionato potere discrezionale di autotutela".

[28] Il terzo è titolare di un interesse di tipo oppositivo, giacché mira a conservare inalterato lo stato dei luoghi. Cfr. G.P. Cirillo, *L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo*, pubblicato sul sito *www.giustizia-amministrativa.it* il 04/10/2011.

[29] Il D.Lgs. n. 222/2016, emanato in attuazione dell'art. 5, L. n. 124/2015 al precipuo scopo di individuare, tra gli altri, i procedimenti oggetto di SCIA e definire i regimi amministrativi applicabili a ciascuna tipologia di intervento edilizio, ha introdotto il co. 1 dell'art. 22, T.U. Edilizia nella sua attuale formulazione e, altresì, all'allegata Tabella A, Sezione II (dedicata, appunto, all'attività edilizia) ha enumerato gli interventi soggetti a

ISSN 2036-7821

realizzata in maniera illegittima è pacificamente vincolato perché i requisiti e i presupposti per l'esercizio dell'attività sono predeterminati *ex lege*, così come la disciplina dei singoli interventi edilizi è regolata dagli strumenti della pianificazione urbanistica. Il Giudice, pertanto, ben può accertare, sempre entro i limiti della domanda e dei motivi di censura dedotti, la sussistenza delle condizioni richieste (dalla legge e dalle fonti secondarie) per la prosecuzione dell'attività da parte del segnalante e, in caso di riscontro negativo, ordinare all'Amministrazione di provvedere conformemente.

A tale conclusione, invero, era già pervenuta autorevole Voce[30] all'indomani dell'Ad.Plen. n. 15/2011 (la cui costruzione operata al fine di accordare la più ampia tutela al terzo era parsa complessa e "forzata", al di là dall'essere stata immediatamente tradita dal Legislatore), la quale aveva rilevato che "(nell') *attuale disciplina del rito sul silenzio (artt. 31 e 117 cpa), dove, pur essendo venuta meno la cosiddetta azione di adempimento di importazione tedesca, i poteri del giudice (e la natura della sentenza) sono tali per cui il terzo può proporre, non solamente un'azione di accertamento, ma anche un'azione di condanna dell'amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto, soprattutto se si pensa che il provvedimento interdittivo può essere considerato, in simmetria negativa con il permesso di costruire, come atto vincolato e dovuto, in presenza di una denuncia di inizio attività fatta in violazione delle norme urbanistiche. Tanto più che in giurisprudenza si va sempre più affermando l'idea che con il rito del silenzio si possa ottenere la condanna all'emanazione anche dei provvedimenti discrezionali, quando risulti accertato che in concreto non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione*"[31].

SCIA, ciascuno corredato da una sintetica descrizione degli elementi caratterizzanti e dal richiamo alla norma del T.U. Edilizia che ne fornisce la definizione.

[30] G.P. Cirillo, *op. cit*.

[31] Le problematiche involte sono, evidentemente, quelle dell'esistenza o meno, nel novero delle azioni esperibili avanti il Giudice amministrativo, dell'azione di esatto adempimento (o di condanna pubblicistica), alla quale va data, ormai, risposta affermativa pur in assenza di una previsione normativa espressa (*contra* F. Merusi, Intervento al seminario sulla "Sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo" organizzato dal dipartimento di studi giuridici "Angelo Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione delle professioni legali delle Università Bocconi di Milano e dell'Università di Pavia, riportato in G.P. Cirillo, *Diritto processuale amministrativo*, UTET Giuridica, 2017, pgg. 183-184), e quella dell'esaurimento della discrezionalità.

Come già detto, nella materia *de qua* le verifiche dell'Amministrazione si risolvono nel mero accertamento in ordine all'effettiva sussistenza di quanto documentato dal privato con dichiarazioni sostitutive e certificazioni, con l'effetto che il Giudice, al quale il terzo ricorrente avrà fornito puntuale dimostrazione dell'insussistenza dei requisiti e dei presupposti per l'edificazione, potrà conoscere della fondatezza della pretesa e condannare l'Amministrazione al rilascio del provvedimento inibitorio, il cui contenuto è "segnato" dalle deduzioni e

ISSN 2036-7821

6. Conclusioni

La Corte costituzionale nella sentenza n. 45/2019, pur dopo aver illustrato gli strumenti di cui il terzo dispone per tutelarsi a fronte di una SCIA edilizia illegittima[32], e scongiurare quindi il timore che dall'attuale previsione contenuta nel co. 6-*ter* dell'art. 19, L. n. 241/1990, possa derivare un *vulnus* alla sua situazione giuridica soggettiva[33], non esclude "*l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere*"[34].

Tale considerazione evidenzia, a ben vedere, un aspetto della materia ancora diverso da quello che costituirà oggetto di giudizio da parte della Corte costituzionale per effetto della più recente rimessione, da parte del TAR Emilia Romagna Parma, della questione di legittimità dello stesso art. 19, co. 6-*ter*, L. n. 241/1990; aspetto che, indipendentemente da (un auspicato?) intervento del Legislatore, la già citata autorevole Voce aveva individuato nella possibilità di ammettere, anche nel giudizio sul silenzio, la tutela cautelare[35], lasciando (come è giusto che sia) alla giurisprudenza il compito di "colorare" gli spazi di tutela concessi al terzo.

---

acquisizioni processuali, senza necessità di ulteriori indagini istruttorie e/o valutazioni discrezionali a opera dell'Amministrazione.

[32] V. nota 2.

[33] Pt. 10 della sentenza.

[34] Pt. 10.1 della sentenza.

[35] G.P. Cirillo, *L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo*, pubblicato sul sito *www.giustizia-amministrativa.it* il 04/10/2011.

ISSN 2036-7821

Il responsabile unico del procedimento nella fase di affidamento di gare pubbliche. Principali problematiche alla luce del codice dei contratti pubblici, delle linee guida Anac e dei recenti sviluppi giurisprudenziali.

di Riccardo Esposito

(Avvocato amministrativista)

Sommario

1. Breve premessa 2. Cenni sulla previgente disciplina. 3. La disciplina del RUP nel d.lgs. 50/2016 e le linee guida ANAC. 3.1 La nomina per ogni singola procedura. 3.2 I requisiti. 3.3 Carenza in organico. 3.4 Il ruolo del RUP. 4. I compiti del RUP nella fase di affidamento. 5. Questioni maggiormente problematiche. 5.1. Il RUP presidente o componente della commissione giudicatrice. 5.2 Aspetti operativi sull'incompatibilità in concreto. Rapporti tra i poteri del RUP e quelli del responsabile del servizio nella predisposizione degli atti di gara. 5.3 I poteri del RUP in sede di approvazione dei provvedimenti intermedi della procedura ad evidenza pubblica: le ammissioni/esclusioni e la verifica dell'anomalia. 5.3.1 Le ammissioni e le esclusioni ad esito della verifica della documentazione amministrativa. 5.3.2 La verifica dell'anomalia ed il conseguente provvedimento di estromissione. 5.4 Gli eventuali poteri del RUP in sede di adozione dei provvedimenti conclusivi della procedura: aggiudicazione e revoca degli atti di gara.

Abstract

The essay r, after reviewing the rules governing the *"responsabile unico del procedimento"* (RUP), sheds light on some specific issues of the relevant regulation that have recently led to the affirmation that the new discipline of the RUP (as integrated by the ANAC – National Anti-Corruption Authority – and interpreted by the jurisprudence) has introduced a further model of administrative action, different from that governed by the law n. 241/1990. This is particularly the case where it is envisaged that the RUP, even when not endowed with managerial powers, can put in place intermediate conclusive acts of the sub-proceedings of its competence (*i.e.* admissions, exclusions, verification of the anomaly of the offer), which are binding for administration towards third parties.

ISSN 2036-7821

1. Breve premessa.

La figura del responsabile unico del procedimento nel settore degli appalti pubblici (nel seguito "RUP") non ha tradizionalmente suscitato un particolare interesse della dottrina. La maggior parte dei contributi che si sono occupati dell'istituto, pur enfatizzando l'importanza del RUP come motore del procedimento, si sono limitati, tuttavia, nella maggior parte dei casi, a considerare tale figura come una "declinazione" più articolata dell'istituto generale già disciplinato dagli artt. 4 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nel seguito "legge n. 241/1990"), a suo tempo introdotto nell'ordinamento allo scopo di fornire al cittadino/utente della pubblica amministrazione – e anche ai fini della responsabilizzazione di quest'ultima – un preciso riferimento istruttore che compie e/o fa compiere una serie di atti per giungere al provvedimento finale[1].

In un primo momento, difatti, si è ritenuto che il RUP nel settore degli appalti pubblici costituisse una mera duplicazione della figura già conosciuta nella disciplina della legge generale sul procedimento amministrativo sul responsabile del procedimento (anche in forza del richiamo espresso contenuto nel codice dei contratti pubblici). Tale impostazione, pur muovendo da un assunto dogmaticamente corretto, tuttavia, rischia di non considerare i numerosi elementi di specificità e originalità caratterizzanti la figura del RUP nel settore della contrattualistica pubblica, che sono progressivamente aumentati nel tempo in forza di significative modifiche legislative, degli interventi di *soft law* operati dall'ANAC e delle numerose pronunce giurisprudenziali che si sono interessate alla figura, anche

[1] Senza alcuna pretesa di completezza, sull'istituto del responsabile del procedimento di cui agli art. 4 e ss. della legge n. 241/1990 si rammentano: M. OCCHIENA, *Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l'amministrazione*, in *Diritto e Società*, 2006; L. PIAZZA, *Il procedimento amministrativo alla luce della legge statale n. 35/2012*, in *Diritto Amministrativo*, 2012; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Diritto Amministrativo*, 2000; F. ROMANO, *La responsabilità del funzionario pubblico nel nuovo diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2000; E. SANNA TICCA, *Ruolo del responsabile del procedimento amministrativo e comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza: spunti di riflessione*, in *www.giustamm.it*, 2006; S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n.5/2012. Notazioni a prima lettura*, in *www.giustarmm.it*, 2012; S. Tarullo, *Il responsabile del procedimento tra amministrazione solidale e collaborazione procedimentale*, in *www.giustamm.it*, 2009; R. TOMEI, *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010; S. USAI, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2012; S. USAI, *Note pratiche sul responsabile del procedimento: dalla legge 241/1990 all'imminente regolamento attuativo del codice degli appalti*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 5.10.2010; S. USAI, *Note pratiche sul responsabile del procedimento: dalla legge 241/1990 all'imminente regolamento attuativo del codice degli appalti, La Gazzetta degli Enti Locali*, Santarcangelo di Romagna (RN), 21.09.2010; P.M. VIPIANA PERPETUA, *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2010; A. ZITO, *Brevi riflessioni sul ruolo del responsabile del procedimento nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 11 febbraio 2005, n.15*, in www.giustamm.it, 2005; A. ZITO, *Considerazioni sui profili funzionali del procedimento alla luce della legge n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*, 2006; A. ZITO, *Compiti del responsabile del procedimento*, Torino, 2005.

ISSN 2036-7821

al fine di delimitarne – o piuttosto ampliarne – gli ambiti di operatività nelle varie fasi della procedura ad evidenza pubblica[2].

Nel presente contributo, dopo aver passato brevemente in rassegna la disciplina dell'istituto, si proveranno a mettere in luce alcuni elementi di specificità che hanno

[2] I contributi di dottrina sul RUP sono molto numerosi; senza alcuna pretesa di completezza ed omettendo quelli contenuti nei vari commentari relativi alle disposizioni relative ai lavori succedutesi nel tempo, si rammentano: C. SILVESTRO, *Requisiti del responsabile unico del procedimento per la realizzazione di lavori pubblici (Nota a C. Stato, sez. I, 3 marzo 2004, n. 304)*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 460; A. PONTI, in *Le problematiche afferenti alla nomina del responsabile unico del procedimento*, in *Nuova* rass., 2002, 1786 e in *Comuni d'Italia*, 2002, 1481; S. BANDINI ZAGNINI, *Il responsabile del procedimento negli appalti di opere pubbliche*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2002, 191; P. SANTORO, *Il responsabile del procedimento dei lavori pubblici: quali responsabilità?*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2001, fasc. 2, 99; A. PONTI, *Il responsabile del procedimento ed il documento preliminare alla progettazione*, in *Nuova rass.*, 2001, 575; A. PAGANO, *Il responsabile del procedimento nella normativa sui lavori pubblici*, in *Danno e resp.*, 2001, 682; G. GUASPARRI, *Il responsabile del procedimento nei ll.pp.: responsabilità*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2001, 325; C. GALTIERI, *Le funzioni del responsabile unico del procedimento per la realizzazione dei lavori pubblici: ruoli e competenze*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2001, 387; G. M. DONATO, *La corresponsione dell'incentivo al responsabile unico del procedimento*, in *Nuove autonomie*, 2001, 729; G. CASTRONOVO, *Adempimenti del direttore dei lavori e del responsabile del procedimento all'indizione del bando di gara e alla stipulazione del contratto*, in *l'Amministrazione Italiana*, 2001, 839; G. CASTRONOVO, *Bando di gara e stipulazione del contratto: adempimenti preliminari del direttore dei lavori e del responsabile del procedimento*, in *Nuova rass.*, 2001, 930; S. GLINIANSKI, *Il responsabile unico del procedimento per la realizzazione di lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 2000, 1992; R. MARCIANI, *Il responsabile del procedimento nel d.p.r. 554/99: prime riflessioni, in Riv. amm. appalti*, 2000, 97; N. NITTI, *Il responsabile del procedimento nei lavori pubblici - Dalla programmazione al collaudo - Funzioni di scelta e di controllo*, in *Nuova rass.*, 2000, 1516; A. POZZI, *Notazioni sulla figura del responsabile del procedimento con particolare riferimento alla legge Merloni ter*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1999, 328; G. RUGGERI, *Il responsabile del procedimento, la redazione dei progetti e la direzione dei lavori nella l. 109/1994 sui lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 1998, 2028; I. FRANCO, *Il responsabile del procedimento, con particolare riguardo alla realizzazione delle opere pubbliche*, in *Ragiusan*, 1997, fasc. 162, 87; F. GARRI, *Responsabile del procedimento: un problema che sopravviverà alle modifiche*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1998, 323; G. PANASSIDI, *Il coordinatore unico e il responsabile del procedimento nel settore dei lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 1998, 1887; A. CANCRINI, *Responsabilità dei professionisti che operano per conto della pubblica amministrazione: il direttore dei lavori, il collaudatore e il responsabile del procedimento*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1998, 75; G. PASCONE, *Responsabile del procedimento: compiti e attribuzioni nella normativa settoriale dei lavori pubblici*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1997, 773; P. LA ROCCA, *Il responsabile del procedimento con particolare riguardo alla materia dei ll.pp.*, in *Comuni d'Italia*, 1997, 519; A. CATALDO, *Funzione del responsabile di procedimento nella nuova disciplina in materia di appalti di lavori pubblici*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1997, 517; D. GASPARRINI PIANESI, *Il responsabile del procedimento nella l. 109/1994 e nella l. n. 216 del 1995*, in *Dir. lav. Marche*, 1996, 1 e in *Nuova Rass.*, 1996, 1863; F. GENGHI, *Il responsabile del procedimento con particolare riferimento alla legge quadro in materia di lavori pubblici*, in *Comuni d'Italia*, 1996, 275; P. MANTINI, *Il responsabile del procedimento nei lavori pubblici*, in *Riv. amm.*, 1995, 1117; A. M. BALESTRERI, *Il ruolo del responsabile del procedimento e del coordinatore unico con l'entrata in vigore della l. 216: obblighi delle p.a.*, in *Riv. amm. Lombardia*, 1996, 27; I. FRANCO, *Il responsabile del procedimento, con particolare riguardo all'esecuzione di opere pubbliche*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 1994, 302 e in *Cons. Stato*, 1995, II, 141; F. GENGHI, *Legge quadro in materia di lavori pubblici: il responsabile del procedimento*, in *Nuova rass.*, 1995, 2008; A. POLICE, *Il responsabile del procedimento in materia di lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 1995, 350; A. POLICE, *Ancora su «il responsabile del procedimento in materia di lavori pubblici»*, in *Nuova rass.*, 1995, 369; T. TESSARO, a cura di, *Riflessioni sull'utilizzo dell'istituto del responsabile del procedimento nella legge sui lavori pubblici*, in *Comuni d'Italia*, 1995, 1707; G. ALBANESE, *Il responsabile del procedimento nella nuova legge quadro sui lavori pubblici che potrà essere scelto sia nell'area tecnica sia in quella amministrativa - Spunti in ordine ai riflessi delle sue attribuzioni nell'ambito della struttura politico-burocratica dei comuni*, in *Nuova rass.*, 1994, 633; E. MELE, *Il responsabile del procedimento nella esecuzione di lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 1993, 1636.

ISSN 2036-7821

portato di recente ad affermare[3] che la nuova disciplina del RUP (come integrata dall'ANAC ed interpretata dalla giurisprudenza) sembra aver introdotto un modello di azione amministrativa ulteriore e diverso rispetto a quello disciplinato dalla legge n. 241/1990. Ciò in particolare laddove si prevede che il RUP, anche quando non dotato di poteri dirigenziali, possa porre in essere atti intermedi conclusivi dei sub-procedimenti di propria competenza (i.e. ammissioni, esclusioni, verifica dell'anomalia dell'offerta), che possono impegnare l'amministrazione verso l'esterno.

2. Cenni sulla previgente disciplina.

Sin dalla disciplina di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito "d.lgs. 163/2006"), ed invero ancor prima nella vigenza della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (nel seguito "legge Merloni"), il responsabile unico del procedimento era già chiamato ad agire come un vero e proprio *manager*, avente come obiettivo preminente quello di pervenire ad un risultato finale, senza che gli fossero attribuiti specifici compiti operativi[4].

La disposizione fondamentate di disciplina della figura era l'art. 10 del citato d.lgs. 163/2006[5]

---

[3] *Cfr.* S. USAI, *Responsabile del procedimento e RUP: un doppio modello di azione amministrativa*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, 2, 170. L'Autore ritiene, in senso ragionevolmente critico, che tale "doppio modello" non emerga pacificamente dal Codice, ma che sia la conseguenza di una lettura estensiva della norma operata dall'ANAC. Sugli elementi di contatto e di differenziazione tra RUP e responsabile del procedimento nella disciplina di cui al d.lgs. 163/2006 si segnala R. GIOVAGNOLI, *Il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012.

[4] Per una disamina approfondita della previgente disciplina si rimanda a: D. ARGENIO, *Il responsabile unico del procedimento nel Codice dei contratti pubblici*, in *A&C*, 2010, 50; A. CACCIARI, a cura di, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli 2010; M. DI LULLO, *Il responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, a cura di M. *Sanino*, Torino, 2006; L. FERRARA, *Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, Milano, 2013; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2011; T. LEDDA, *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2009; E. PINTO, D. ANGELUCCI, *Manuale teorico pratico del responsabile del procedimento*, Roma, 2009, R. PROIETTI, *Il responsabile del procedimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Milano, 2008.

[5] Secondo cui: "*1. Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici dovevano nominare, ai sensi della legge n. 241/1990, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione; 2. il responsabile del procedimento doveva svolgere tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e relativi alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non fossero specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti; 3. in particolare, il responsabile del procedimento, oltre ai compiti specificamente previsti dalle disposizioni del d. lgs. n. 163 del 2006 doveva: a) formulare proposte e fornire dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avviso di preinformazione; (b) curare, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi; (c) curare il corretto e razionale svolgimento delle procedure; (d) segnalare eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi; (e) accertare la libera disponibilità di aree e immobili necessari; (f) fornire all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza; (g) proporre*

ISSN 2036-7821

Il quarto comma dell'art. 10 del d.lgs. 163/2006 demandava poi al d.P.R. n. 207 del 2010 (nel seguito il "Regolamento") l'individuazione degli ulteriori eventuali compiti del responsabile del procedimento, coordinandoli con i compiti, tra gli altri, del direttore dell'esecuzione del contratto e del direttore dei lavori.
La semplice elencazione dei compiti assegnatigli, lasciava intendere la molteplicità delle competenze che il responsabile unico del procedimento doveva possedere già sulla scorta del d.lgs. 163/2006 . Infatti, oltre alle indubitabili competenze tecniche, il RUP avrebbe dovuto avere anche competenze legali, economico-finanziarie, organizzative e amministrative.
In questo senso il quinto comma dell'art. 10 del d.lgs. 163/2006 prevedeva che il responsabile del procedimento dovesse possedere un titolo di studio e competenze adeguati in relazione ai compiti per i quali era stato nominato (demandando al Regolamento l'individuazione degli specifici requisiti di professionalità richiesti).

3. La disciplina del RUP nel d.lgs. 50/2016 e le Linee Guida ANAC

Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nel seguito "d.lgs. 50/2016" o anche solo il "Codice") conferma e rafforza il ruolo fondamentale del responsabile unico del procedimento nell'economia complessiva di ogni intervento. Significativo rilevare che all'istituto sono stati "dedicati" 3 del 71 criteri di delega contenuti nell'art. 1 della legge n. 11 del 2016.
La profondità e l'ampiezza dei compiti e delle funzioni attualmente attribuiti al RUP emerge all'evidenza dalla mera lettura delle disposizioni del Codice[6].
Ed infatti, l'art. 31 del d.lgs. 50/2016, al terzo comma, conferisce al RUP una competenza residuale – ai sensi della legge n. 241/1990 – stabilendo che quest'ultimo svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri soggetti.
Il comma 4 del medesimo articolo specifica – rinviando ad ulteriori previsioni del Codice ove sono attribuiti specifici compiti – che il RUP:

a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di

all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si fosse resa necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni; (h) proporre l'indizione, o, ove competente, indire la conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando fosse stato necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati".

[6] Per una puntuale disamina della disciplina si vedano i commenti dell'art. 31 in: L.R. PERFETTI, a cura di, *Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, 2017; R. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza*, Roma, 2016; O. CUTAJAR – A. MASSARI, *Il codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2018; nonché *cfr.* S. *Usai, Il RUP negli appalti dopo il Decreto correttivo (D.Lgs. 56/2017) e le linee guida ANAC n. 3 sul RUP*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2017;

ISSN 2036-7821

programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;

b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;
c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento;
g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati;
i) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni.

Da tale elencazione, non risultano compiti di dettaglio del RUP ma emergono sostanzialmente le funzioni istruttorie e di programmazione di cui tale soggetto dispone nelle fasi cruciali della procedura.

La disciplina di dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità della sua nomina è confluita, come da previsione normativa espressa[7], nelle Linee Guida ANAC[8], approvate dalla medesima autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 e successivamente aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (nel seguito il "Correttivo") con deliberazione n. 1007 dell'11 ottobre 2017.

Tale strumento di *soft regulation* ha dunque provveduto ad integrare la disciplina generale relativa al RUP contenuta all'art. 31 del Codice degli Appalti – norma invero già estremamente complessa e ricca di contenuti – lasciando poco spazio ad esigenze di completamento della medesima e rendendo, probabilmente, ultroneo il rinvio alla

[7] Ci si riferisce al comma 5 dell'art. 31 del d.lgs. 50/2016 secondo cui "*L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con le medesime linee guida sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione*".

[8] Linee Guida n. 3, in attuazione dell'art. 31, comma 5, del d.lgs. 50/2016 recanti "*Nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*".

ISSN 2036-7821

legge generale sul procedimento amministrativo, che si pone in via residuale[9] rispetto all'attuale composito quadro normativo[10].
Di seguito si passeranno brevemente in rassegna gli aspetti peculiari dell'istituto.

3.1. La nomina per ogni singola procedura

Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di nomina di un RUP per ogni singola procedura di appalto o di concessione. Tale nomina sarà contenuta nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1[11], ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento (che risponde ad esigenze non incluse in programmazione).
Il RUP individuato sarà unico per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione della commessa pubblica. Per ciascuna di tali fasi avrà competenze specifiche cui sono connesse specifiche responsabilità.
Il RUP è nominato con atto formale dal dirigente responsabile (o da altro soggetto responsabile del servizio/settore) dell'unità organizzativa, di livello apicale, cui compete l'obbligo di effettuare tale nomina per ogni singola procedura.
Anche sulla scorta del d.lgs. 50/2016, il responsabile unico del procedimento è individuato tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive ovvero, in caso di carenza in organico di detta unità organizzativa, tra i dipendenti con analoghe caratteristiche che abbiano competenze professionali, di esperienza e di studio per rivestire adeguatamente l'incarico da svolgere.
L'atto formale del dirigente/responsabile di livello apicale dell'unità organizzativa rappresenta dunque il primo atto della specifica procedura e dovrà rivestire la forma di un provvedimento dirigenziale, recante data e contenuto certo. La nomina dunque dovrà essere adottata:
(a) per l'affidamento di lavori, soggetti a programmazione – e dunque di importo pari o superiore 100.000,00 Euro – prima del progetto di fattibilità economica;
(b) per l'affidamento di lavori, non soggetti a programmazione – e dunque di importo inferiore a 100.000,00 Euro – contestualmente alla determina a contrarre o comunque nell'atto di avvio del singolo intervento;

---

[9] Sulla controversa portata applicativa delle Linee Guida si rimanda a C. Borgia, *Linee Guida ANAC: natura giuridica e portata applicativa*, in *ItaliaAppalti*, 2018.
[10] Il Consiglio di Stato (parere del 2 agosto 2016 n. 1767) ha chiarito che le Linee Guida n. 3 hanno portata vincolante nella parte in cui attuano l'art. 31, comma 5, del codice, e una funzione di orientamento e *moral suasion* nella parte in cui forniscono un'esegesi dell'art. 31 nel suo complesso (solo per tale seconda parte sono adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, codice).
[11] Tale norma testualmente prevede che "*Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti*".

ISSN 2036-7821

(c) per i servizi e le forniture, contestualmente alla determina a contrarre.
Il ruolo potrà essere rivestito esclusivamente da soggetti che non si trovino nelle condizioni di cui all'art. 42, comma 2, del codice ("*conflitto di interesse*"). Inoltre, l'incarico non potrà essere ricoperto da soggetti condannati (anche con sentenza non passata in giudicato) per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale[12], stante il divieto espresso contenuto nell'art. 35-bis del d.lgs. 165/2001, applicabile, tra gli altri, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture (tenuto conto che la funzione è assegnata dal dirigente preposto all'unità organizzativa responsabile).
Tutte le funzioni assegnate al RUP dovranno in ogni caso essere svolte nel rispetto del d.P.R. n. 62/2013 ("codice di comportamento dei dipendenti pubblici") nonché del codice di comportamento e del piano triennale di prevenzione della corruzione adottati dalla singola amministrazione.
Importante rilevare che l'ufficio di RUP è obbligatorio, ciò significa che non può essere rifiutato.
La compatibilità tra le funzioni di componente e presidente della commissione giudicatrice, secondo quanto previsto dall'art. 77, comma 4, del codice, deve essere valutata "*con riferimento ad ogni singola procedura*"; tale previsione (come si osserverà di seguito) è stata oggetto di recenti modifiche legislative ad opera del Correttivo e di numerosi, oscillanti, interventi giurisprudenziali (che pare abbiano trovato una definizione).
La funzione di RUP può coincidere anche con quella di progettista o di direttore lavori o di direttore dell'esecuzione, a condizione del possesso di una serie di requisiti quali *(i)* il titolo di studio richiesto dalla normativa per l'esercizio dell'attività, *(ii)* un'esperienza almeno triennale o quinquennale a seconda del grado di complessità dell'intervento, *(iii)* una specifica formazione acquisita nell'ambito (da parametrare ad opera del dirigente responsabile). Tuttavia tali funzioni saranno incompatibili, nei casi di lavori di rilevante complessità e di particolare importanza

[12] Si tratta dei "delitti contro la pubblica amministrazione" ovvero: peculato (art. 314); peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316), malversazione a danno dello Stato (art. 316 bis), indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 ter), Concussione (art. 317), corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319), corruzione in atti giudiziari (art. 319 ter), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 quater), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320), istigazione alla corruzione (art. 322), peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale e degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322 bis), abuso d'ufficio (art. 323), utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragione di ufficio (art. 325), rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio (art. 326), Rifiuto e omissione di atti d'ufficio (art. 328), rifiuto o ritardo di obbedienza commesso da un militare o da un agente della forza pubblica (art. 329), interruzione d'un servizio pubblico o di pubblica necessità (art. 331), sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa (art. 334), violazione colposa di doveri inerenti alla custodia di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa (art. 335).

ISSN 2036-7821

sotto il profilo architettonico, ambientale, storico artistico e tecnologico, nonché nei progetti integrati e negli interventi di importo superiore a € 1.500.000, ipotesi in cui la funzione di RUP dovrà essere esercitata da un soggetto diverso dal progettista e/o dal direttore dei lavori.

3.2. I requisiti

Ai fini dell'individuazione concreta dei soggetti che all'interno di un'organizzazione potranno assumere la funzione di RUP, l'ANAC ha precisato con dovizioso dettaglio[13] i requisiti di professionalità nonché i titoli di studio necessari distinguendo tra gli appalti di lavori e di servizi e per le forniture.

In particolare il RUP dovrà essere in possesso di una specifica formazione, soggetta ad aggiornamento costante nonché aver maturato un'adeguata esperienza professionale nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo[14]. Tale attività deve essere stata prestata:

i. alle dipendenze di stazioni appaltanti nel ruolo di RUP o nello svolgimento di mansioni nell'ambito tecnico amministrativo;

ii. anche nell'esercizio di attività di lavoro autonomo, subordinato o di consulenza in favore di imprese operanti nell'ambito di lavori pubblici o privati.

Con particolare riferimento agli appalti e alle concessioni di lavori:

i. per gli importi inferiori a € 1.000.000 il RUP deve essere almeno in possesso di diploma rilasciato da istituto tecnico superiore di II grado al termine di corso di studi quinquennale e deve avere acquisito un'anzianità professionale di almeno 10 anni nell'ambito dell'affidamento di appalti o concessioni di lavori;

ii. per gli importi pari o superiori a € 1.000.000 e inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria deve essere in possesso di laurea triennale in materie specialistiche rilevanti in relazione attività da svolgere (e.g. Ingegneria, Architettura, Scienze e Tecnologie Agrarie etc.) e abilitazione all'esercizio della professione. In ogni caso dovrà possedere un'anzianità di servizio almeno quinquennale nell'ambito dell'affidamento. Potranno svolgere le funzioni di RUP anche i tecnici che posseggano il sopra indicato diploma e che abbiano maturato un'anzianità di servizio ed un esperienza di almeno 15 anni nell'ambito dell'affidamento di appalti e di concessioni di lavori;

iii. per gli importi superiori alle soglie di rilevanza comunitaria deve essere in possesso di una Laurea magistrale o specialistica in materie tecniche e abilitato all'esercizio della professione. Dovrà inoltre possedere un'anzianità di servizio almeno quinquennale nell'ambito dell'affidamento di appalti e di concessione di lavori.

[13] *Cfr.* Linee Guida ANAC n. 3.

[14] Per una disamina approfondita dei requisiti per essere nominati RUP si rimanda al commento dell'art. 31 contenuto in, L.R. PERFETTI, a cura di, *Codice dei Contratti Pubblici*, cit..

ISSN 2036-7821

L'ANAC ha inoltre stabilito che, a prescindere dall'importo del contratto, il RUP, per i lavori particolarmente complessi[15] dovrà possedere anche la qualifica di Project Manager[16] essendo necessario ad avviso dell'Autorità "*enfatizzare le competenze di pianificazione e gestione dello sviluppo degli specifici progetti, anche attraverso il coordinamento di tutte le risorse a disposizione , e gli interventi finalizzati ad assicurare l'unitarietà dell'intervento, il raggiungimento degli obiettivi nei tempi e nei costi previsti, la qualità della prestazione e il controllo dei rischi*"[17].

3.3. Carenza in organico

In tutti i casi in cui la Stazione Appaltante non abbia al suo interno soggetti qualificati per l'incarico da svolgere e comunque non dotati della professionalità necessaria, il Codice, al comma 11 dell'art. 31[18], prevede in via del tutto residuale, la possibilità di nominare quale RUP un dipendente che non abbia i requisiti richiesti, in tal caso tuttavia l'amministrazione dovrà affidare lo svolgimento delle attività di supporto ai dipendenti che siano in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP, ovvero, in mancanza, a soggetti esterni alla stazione appaltante.

Sulla base di tale meccanismo, la stazione appaltante prima di attribuire l'incarico di supporto a soggetti esterni, dovrà verificare al suo interno la disponibilità di risorse che sinergicamente possano raggiungere i requisiti minimi richiesti per lo svolgimento delle funzioni di RUP.

Evidentemente l'eventuale affidamento esterno di tali compiti di supporto – tale meccanismo è immaginato, si ribadisce, come ipotesi residuale – dovrà avvenire tramite le procedure ad evidenza pubblica previste dal Codice e sarà finalizzato ad individuare soggetti dotati delle specifiche competenze tecniche, economico-finanziarie, amministrative, carenti all'interno della stazione appaltante. Detti soggetti dovranno, inoltre, essere dotati di un'adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali. Sul punto il Codice ribadisce il divieto di frazionamento artificioso delle prestazioni, che in tal modo potrebbero essere illegittimamente sottratte alle procedure ivi previste.

Diversamente nel caso dei lavori attinenti all'ingegneria e all'architettura (per i quali il RUP dovrà essere necessariamente un tecnico), qualora nell'organico della stazione appaltante non vi siano soggetti dotati della professionalità necessaria, le competenze

---

[15] Secondo la definizione di cui all'art. 1, comma 3, lett. oo) "*i lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali*"

[16] Ciò avverrà al decorrere dalla data in vigore del nuovo sistema di qualificazione di cui all'art. 38 del d.lgs. 50/2016.

[17] Per un confronto con i requisiti richiesti in capo al RUP nella previgente disciplina, C. SILVESTRO, *Requisiti del responsabile unico del procedimento per la realizzazione di lavori pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, IV, 460.

[18] Nello stesso senso le Linee Guida n. 3 ANAC.

ISSN 2036-7821

relative saranno attribuite direttamente al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.

3.4. Il ruolo del RUP

Una volta individuato, il RUP gode di un'autonomia operativa assai ampia nell'ambito del procedimento.

Il rapporto tra il dirigente e il funzionario incaricato di svolgere le funzioni proprie di responsabile unico del procedimento, non può propriamente definirsi "gerarchico", poiché il RUP acquisisce nell'ambito del procedimento un'autonomia funzionale che è indispensabile per svolgere il proprio ruolo.

Il RUP, con la propria nomina, acquisisce una propria responsabilità in conseguenza della quale deve essergli garantita una piena autonomia per il corretto svolgimento della funzione.

Tuttavia tale punto, essendo particolarmente problematica la definizione dei confini tra i poteri del RUP (soprattutto quando non sia un dirigente dotato di prerogative gestionali) e quelli del dirigente responsabile del servizio/settore, sarà oggetto di successivo approfondimento. Sono, difatti, sorti dubbi in merito alla possibilità che il RUP emani atti amministrativi conclusivi del procedimento (ovvero atti che chiudano sotto il profilo tecnico-amministrativo il procedimento o i sotto-procedimenti ad esso assegnati – *e.g.* ammissioni, esclusioni, verifica dell'anomalia dell'offerta) che impegnino l'amministrazione verso l'esterno, specie quando il RUP medesimo non coincida con il dirigente/responsabile del servizio/settore competente e non abbia, pertanto i relativi compiti dirigenziali.

Oltre alle funzioni sopra sommariamente indicate (integrate dai compiti di dettaglio individuati dell'ANAC), il Codice – come anticipato – contiene una clausola generale di chiusura, in forza della quale si prevede che il RUP debba svolgere tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

In definitiva, in estrema sintesi, la funzione principale del RUP è quella di evitare l'inerzia della stazione appaltante e di verificare e dare impulso a tutte le attività occorrenti per il corretto svolgimento delle varie fasi in cui si articola il complesso procedimento che va dalla programmazione alla verifica finale.

Sulla scorta delle considerazioni appena svolte dovrebbe risultare confermato quanto in precedenza affermato ovvero che il RUP ha un ruolo di assoluta centralità in tutte le fasi della procedura.

4. I compiti del RUP nella fase di affidamento

ISSN 2036-7821

Come visto, l'ANAC ha dedicato al RUP le Linee Guida n. 3. In tale documento vengono indicati i relativi compiti nella fase dell'affidamento. In particolare viene specificato che il RUP:

i. Verifica la documentazione amministrativa.

Tale controllo è svolto direttamente dal RUP, da un seggio di gara istituito *ad hoc* ovvero da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, se presente nell'organico della stazione appaltante[19]. In ogni caso al RUP spetta il compito di esercitare una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni che effettua.

ii. Valuta le offerte anormalmente basse.

Ove il criterio sulla base del quale si procede all'aggiudicazione sia quello del minor prezzo, la stazione appaltante indica nel bando di gara se la verifica di congruità dell'offerta è rimessa direttamente al RUP ovvero, se quest'ultimo, nel caso in cui siano richieste valutazioni complesse o che richiedano specifiche competenze, "debba o possa" avvalersi di una struttura di supporto di cui all'art. 31, comma 9, del Codice[20] o di una commissione nominata *ad hoc* (diversa da quella di cui all'art. 77 del Codice). Nella sostanza, secondo ANAC, il RUP, in tal caso, potrà effettuare direttamente tale valutazione, salvo che in ragione della complessità sia necessario (o opportuno[21]) avvalersi di un supporto.

Ove, diversamente, il criterio sulla base del quale si procede all'aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con l'eventuale[22] supporto della commissione di gara nominata ex art. 77 del Codice.

Per completezza, si specifica che l'ANAC ha stabilito che il RUP, in fase di affidamento, "*propone all'amministrazione aggiudicatrice i sistemi di affidamento dei lavori, la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare; nel caso di procedura competitiva con negoziazione e di procedura negoziata senza pubblicazione del bando, promuove il confronto competitivo e garantisce la pubblicità dei relativi atti, anche di quelli successivi all'aggiudicazione*".

---

[19] Precisa l'ANAC nelle Linee Guida n. 3 che tale scelta sarà effettuata "*sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante*".

[20] Secondo cui "*La stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento. Con la medesima finalità, nell'ambito della formazione obbligatoria, organizza attività formativa specifica per tutti i dipendenti che hanno i requisiti di inquadramento idonei al conferimento dell'incarico di RUP, anche in materia di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture*".

[21] E' controverso se tale se tale scelta sia rimessa ad una valutazione discrezionale del RUP, oppure alla legge di gara. Sul punto si veda *infra* § 5.3.2.

[22] Come si vedrà *infra* § 5.3.2, ad avviso dell'ANAC (*cfr.* Bando-tipo n. 1/2017) la scelta di avvalersi o meno della Commissione di gara rientra tra le facoltà del RUP.

ISSN 2036-7821

Inoltre, si riportano di seguito gli ulteriori compiti che l'Autorità anti-corruzione attribuisce al responsabile unico all'interno di questa fase della procedura. Il RUP:

- convoca e presiede, nelle procedure ristrette e nei casi di partenariato per l'innovazione e di dialogo competitivo, ove ne ravvisi la necessità, un incontro preliminare per l'illustrazione del progetto e per consentire osservazioni allo stesso;
- richiede all'amministrazione aggiudicatrice la nomina della commissione nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indicando se ricorrono i presupposti per la nomina di componenti interni o per la richiesta all'ANAC di una lista di candidati, ai sensi dell'art. 77, comma 2, del Codice;
- promuove l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori e accerta sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, la sussistenza delle condizioni che giustificano l'affidamento dell'incarico a soggetti esterni all'amministrazione aggiudicatrice;
- accerta e certifica, sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, le situazioni di carenza in organico in presenza delle quali le funzioni di collaudatore sono affidate a soggetti esterni alla stazione appaltante;
- provvede all'acquisizione e al successivo perfezionamento del CIG secondo le indicazioni fornite dall'Autorità;
- raccoglie, verifica e trasmette all'Osservatorio dell'ANAC gli elementi relativi agli interventi di sua competenza anche in relazione a quanto prescritto dall'articolo 213, comma 3, del Codice;
- raccoglie i dati e le informazioni relativi agli interventi di sua competenza e collabora con il responsabile della prevenzione della corruzione in relazione all'adempimento degli obblighi prescritti dall'articolo 1, comma 32, della legge n. 190/2012 s.m.i..

Dalle indicazioni di dettaglio fornite dall'ANAC – che vanno ad integrare le competenze essenziali indicate dal Codice che, come visto, in sostanza si "limita" ad affermare, elencando una serie di compiti esemplificativi, che il RUP in quanto "motore" del procedimento ha funzioni istruttorie nelle fasi cruciali della procedura fino all'affidamento – emerge una competenza del RUP ad adottare tutti i provvedimenti definitivi "intermedi" ed interni al procedimento (quali, ad esempio, le ammissioni e le esclusioni e la verifica dell'anomalia dell'offerta). Ciò prescindendo da considerazioni relative alla circostanza che la funzione del responsabile unico venga svolta da un soggetto con funzioni dirigenziali. Tale impostazione, come si vedrà *infra*, risulta essere suffragata anche dalla recente giurisprudenza.

ISSN 2036-7821

5. Questioni maggiormente problematiche

Nonostante la trattazione normativa, come integrata dall'ANAC, risulti essere esaustiva nel delineare l'istituto del RUP permangono, tuttavia, alcuni problemi aperti[23].

Si passeranno, dunque, in rassegna alcune delle questioni maggiormente problematiche, sulle quali si è soffermata la giurisprudenza, al fine di delimitare e definire i confini della figura del RUP sia dal punto di vista soggettivo (incompatibilità) che da quello oggettivo (competenze).

5.1. Il RUP Presidente o componente della commissione giudicatrice

Questione decisamente dibattuta è quella relativa alla compatibilità tra il ruolo di RUP e quello di componente e di Presidente della commissione di aggiudicazione istituita ai sensi dell'art. 77 del Codice.

Il tema di fondo è, all'evidenza, quello di garantire un'esigenza di terzietà tra i soggetti che predispongono gli atti di gara e gestiscono l'istruttoria procedimentale (ovvero vengono chiamati alla concreta applicazione della *lex specialis*) e coloro i quali debbano selezionare la miglior offerta: tale esigenza è particolarmente sensibile nelle ipotesi in cui l'appalto venga aggiudicato per mezzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, posto che in questo caso la valutazione è caratterizzata da rilevanti profili di discrezionalità tecnica che dovrebbero essere scevri da condizionamenti. Detta esigenza è, peraltro, coerente con la *ratio* generalmente sottesa a tutte le cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (sulla quale si rimanda al Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13).

La prima versione dell'art. 77, comma 4, del Codice secondo cui "*i Commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*" era stata interpretata dalla giurisprudenza come introduttiva di un innovativo (rispetto alla disciplina previgente) regime di incompatibilità automatica tra il ruolo di RUP e quello di Presidente e componente di commissione di gara.

L'incompatibilità del Presidente di Commissione a svolgere incarichi relativi al contratto da affidare era espressamente esclusa nella vigenza del d.lgs. 163/2006. Com'è noto, infatti il d.lgs. 163/2006 all'art. 84, comma 4, disponeva espressamente che "*i Commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*".

Una parte della giurisprudenza cogliendo tale elemento di diversità aveva dunque optato per un'esclusione secca tra la funzione di RUP e quella di Presidente e di componente di commissione di gara. Detta esclusione era stata peraltro ritenuta di

[23] *Cfr.* L.R. PERFETTI, a cura di, *Codice dei Contratti Pubblici*, cit.; O. CUTAJAR – A. MASSARI, *Il codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2018.

ISSN 2036-7821

immediata applicazione, non essendo condizionata all'effettiva istituzione dell'albo dei commissari "esterni"[24] previsto dall'art. 77, comma 2, del Codice (in questo senso TAR Lazio-Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325, TAR Lombardia-Brescia, sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306)[25].

Questa lettura era stata peraltro suffragata dalla stessa ANAC che, nel primo schema delle Linee Guida n. 3, aveva optato per un'automatica incompatibilità tra le due funzioni. Nel testo definitivo della prima versione delle Linee Guida, tuttavia, tale previsione era stata "alleggerita", alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1797/2016, nel senso che era stato previsto che "*il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissione*".

Contemporaneamente si era formato un opposto orientamento giurisprudenziale che, in linea con l'indirizzo formatosi nella vigenza del d.lgs. 163/2006, affermava che non sussisteva alcuna automatica incompatibilità e che, anzi, le due funzioni fossero compatibili, salvo che non sussistesse – e ne fosse stata fornita dimostrazione – un'incompatibilità in concreto (in questo senso TAR Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660, TAR Puglia-Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24, TAR Emilia Romagna-Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87, TAR Umbria, sez. I, 30 marzo 2018, n. 192).

E' stato un successivo intervento del legislatore ad aver escluso in modo tombale qualsiasi ipotesi di automatica incompatibilità. Difatti con il Correttivo, integrando il sopra riportato art. 77, comma 4, il legislatore ha precisato che "*la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*".

Tale intervento legislativo ha, dunque, rimesso all'amministrazione la valutazione in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione di gara, fornendo un supporto all'esegesi della nuova norma che era già emersa in giurisprudenza e dando, sostanzialmente, continuità all'orientamento pregresso formatosi sul riportato art. 84 del d.lgs. 163/2006 Codice, secondo cui va escluso qualunque automatismo nella valutazione dell'eventuale incompatibilità del RUP a far parte della commissione di gara (in funzione di Presidente o di componente). Sicché la valutazione deve essere operata caso per caso dall'amministrazione e può essere superata esclusivamente per mezzo di una dimostrazione in concreto dell'incompatibilità del RUP.

Particolarmente chiara in questo senso è la decisione del Consiglio di Stato n. 6082/2018[26] che ha escluso la descritta incompatibilità in un'ipotesi in cui non sussistevano "*elementi specifici*" e "*atti in concreto*" né era stato addotto "*alcun*

[24] Con comunicato del Presidente dell'ANAC del 9 gennaio 2019 è stato differito al 15 aprile 2019, il termine di avvio del sistema dell'Albo dei commissari di gara di cui all'art. 78 del Codice a causa del numero esiguo degli iscritti, non idoneo a consentire il regolare svolgimento delle gare.

[25] Orientamento confermato anche dalla dottrina, *cfr.* S. USAI, *La nomina della Commissione di Gara nel periodo transitorio fino all'istituzione dell'albo dei commissari*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, 599.

[26] *Cfr.* Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082.

ISSN 2036-7821

dirimente elemento probatorio idoneo" a dimostrare che il RUP/Presidente di commissione avesse "*concretamente partecipato alla fase preliminare della formazione degli atti di gara*" e avesse "*svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito*" (nello stesso senso Cons. Stato 2536/2018[27]).

Tale pronuncia, probabilmente al fine di fornire una bussola all'interprete nell'ardua operazione valutativa sull'incompatibilità in concreto tra le funzioni di RUP/componente e Presidente di commissione, ha richiamato i principi della precedente giurisprudenza, secondo cui:

1. la garanzia di trasparenza e imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza in commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto (Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438);
2. la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, "*al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi*" e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2014, n. 2191);
3. per predisposizione della legge di gara deve intendersi non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione quanto un'effettiva capacità di definirne autonomamente il contenuto "*con valore unicamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che il suo contenuto vincolante sia riferibile esclusivamente al funzionario*" (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 255 e 23 marzo 2015, n. 1565);
4. ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo il disposto normativo (precedentemente art. 84, comma 4, d.lgs. 163/2006 e attualmente art. 77, comma 4, d.lgs. 50/2016) essere interpretato in senso restrittivo in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 255);
5. detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242 e 23 marzo 2017, n. 1320);
6. in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi *ex se* dall'appartenenza del funzionario/componente della commissione, alla struttura organizzativa preposta – nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione – all'appalto medesimo (Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

[27] *Cfr*. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2536.

ISSN 2036-7821

Detto orientamento è condiviso anche dalla recentissima giurisprudenza dei TAR territoriali e dello stesso Consiglio di Stato che conferma che, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016, può essere nominato Presidente e componente della commissione anche il RUP, non violando le regole di imparzialità il cumulo tra le due funzioni, salvo che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (in questo senso, TAR Lazio-Roma, 22 febbraio 2019, n. 2420, Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2019, n. 193).
Nello stesso senso pare essersi, da ultimo, determinata la stessa ANAC pronunciatasi su un'istanza di precontenzioso in merito all'affidamento di un servizio per il quale si era chiesto se il RUP potesse legittimamente sostituire il Presidente in una seduta della commissione (delibera ANAC n. 59 del 30 gennaio 2019[28]).

5.2. Aspetti operativi sull'incompatibilità in concreto. Rapporti tra i poteri del RUP e quelli del Responsabile del servizio nella predisposizione degli atti di gara.

Nonostante l'approdo giurisprudenziale appena descritto, permangono numerosi dubbi interpretativi, non essendo agevole comprendere *(i)* in cosa debba consistere il comportamento del RUP affinché possa considerarsi lesa la sua terzietà, posto che solo ove ciò avvenga potrà venire in rilievo una concreta ipotesi di incompatibilità delle funzioni, e, da punto di vista speculare *(ii)* in cosa debba concretarsi l'onere probatorio dell'operatore economico che intenda far valere una situazione di incompatibilità delle funzioni del RUP con quelle del Presidente/componente di commissione di gara.
Ipotesi esemplificativa per comprendere la "scivolosità" del tema è quella dell'incompatibilità discendente dall'aver predisposto gli atti di gara, da intendersi secondo la giurisprudenza non come mera collaborazione bensì nel senso di aver avuto un ruolo decisivo nella predisposizione della legge di gara (in questo senso, Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2536[29]). Tale ipotesi rientra tra quelle attività che ad avviso del giudice amministrativo sono idonee ad interferire sul merito della valutazione ovvero che sono in grado di incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte potendo condizionarne l'esito.
Concentreremo l'attenzione sull'ipotesi (maggiormente problematica) in cui il dirigente/responsabile del servizio e il RUP non coincidano.

[28] Ove ha affermato che "*ai sensi dell'art. 77, comma 4, secondo periodo non vi è incompatibilità automatica tra la funzione di commissario di gara e quella di RUP, nel caso di specie intervenuto in sostituzione del Commissario medesimo, impossibilitato a partecipare*".
[29] Secondo cui "*l'incompatibilità è configurabile solo per i commissari che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, in grado cioè di incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte potendo condizionarne l'esito*".

ISSN 2036-7821

Ove il RUP non sia anche il responsabile del servizio/settore (ipotesi che, come visto, è quella prevista in via generale dal Codice), il responsabile unico, anche se di ruolo dirigenziale, si trova in rapporto di sostanziale dipendenza rispetto al dirigente/responsabile del servizio, che rappresenta il suo superiore gerarchico.
Il RUP in questo caso svolge una funzione di istruttore che propone la legge di gara, senza poterla approvare con rilevanza esterna. A sua volta si potrà avvalere di altri soggetti per la redazione dei documenti tecnici (quali ad esempio il capitolato) o per la predisposizione del bando o della lettera d'invito. In tale ipotesi il RUP svolge un (rilevante) ruolo di sintesi di un lavoro che, soprattutto in ipotesi caratterizzate da grande complessità, può coinvolgere numerosi soggetti, all'esito del quale presenta una proposta al dirigente/responsabile del servizio.
E' dunque quest'ultimo a porre in essere l'atto a valenza esterna (su proposta del RUP) che impegna la stazione appaltante. Sicché sarà il responsabile del servizio ad approvare formalmente gli atti di gara essendo l'unico soggetto competente in quanto dotato di poteri gestionali/dirigenziali.
La giurisprudenza si è interrogata sull'effettivo contributo decisorio del responsabile del servizio, ritenendo che si tratti di un mero compito d'ufficio privo di rilevanza sostanziale (si tratta dell'orientamento prevalente, da ultimo sostenuto da Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2018, n. 2835).
In altre parole, sebbene il potere decisorio sia rimesso al responsabile del servizio e non al RUP (essendo la sua azione limitata alla proposta), la giurisprudenza dominante considera tale attività come meramente formale o "d'ufficio" e non come una "reale" approvazione degli atti. Si rileva, tuttavia, che in dottrina è stato – ragionevolmente – osservato che l'orientamento appena descritto non è pienamente condivisibile in quanto, in realtà, tale potere decisorio non può essere considerato un mero compito d'ufficio[30]. Ciò in quanto il dirigente/responsabile del servizio può respingere, motivatamente, l'approvazione della proposta del RUP e suggerire modifiche giungendo, se del caso, anche alla revoca dell'incarico (con congrua motivazione), adottando direttamente la legge di gara.
Già da quanto visto emerge che sia quantomeno arduo distinguere all'interno delle competenze dei due soggetti – senza considerare la pluralità di soggetti che nelle ipotesi più complesse possono partecipare alla predisposizione della legge di gara – l'apporto di ciascuno, posto che la competenza formalmente decisoria (con conseguenziale controllo/verifica di tipo formale – e anche sostanziale) spetta al dirigente/responsabile del servizio che non potrà sottrarsi a tale compito ritenendo che l'unico soggetto responsabile della procedura sia il RUP.

[30] In questo senso S. USAI, *L'incompatibilità del RUP da "inferenze" nelle funzioni della commissione di gara*, in *Lexitalia.it*, 2018.

ISSN 2036-7821

Da altro punto di vista, si osservi che la terzietà del RUP potrebbe essere condizionata anche nel caso in cui, pur non avendo esercitato una competenza decisoria nell'adozione della legge di gara, abbia sostanzialmente predisposto i medesimi. Anche per tale ragione appare non agevole comprendere in concreto quando l'apporto del RUP (o del responsabile del servizio) possa ritenersi decisivo nella predisposizione della legge di gara.

A ciò si aggiunga che la sola circostanza che il RUP abbia partecipato in maniera decisiva (in funzione di soggetto "istruttore" proponente) alla predisposizione della legge di gara potrebbe non essere sufficiente a determinarne l'incompatibilità alla nomina a Presidente/componente della commissione giudicatrice posto che sarà comunque necessario un *quid pluris*: la dimostrazione che tale apporto sia in grado di incidere (ovvero secondo la definizione giurisprudenziale "*idoneo ad interferire*") sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte, condizionandone l'esito. Tale conclusione è in linea con la giurisprudenza richiamata al precedente paragrafo che tende ad escludere qualunque automatismo. Dunque la sola predisposizione da parte del RUP della proposta di legge di gara – anche se decisiva nella determinazione del contenuto – non può essere sufficiente ad escludere la sua partecipazione alla Commissione.

Ebbene, è evidente che la sola presenza del RUP nella commissione è idonea a condizionare in ogni caso (fisiologicamente e anche in accezione positiva) gli esiti della valutazione della stessa[31]. D'altronde la presenza di ciascun componente di un organo che opera collegialmente ne condiziona l'esito. E ciò anche quando il voto non sia decisivo: si pensi anche solo al caso in cui due commissari su tre propendano per una soluzione e il RUP ne proponga una diversa e riesca a farla prevalere. Da differente punto di vista tale condizionamento potrebbe essere integrato anche nell'ipotesi in cui non partecipi direttamente come componente alla commissione medesima ma, ad esempio, venga nominato segretario, o, comunque – anche nell'ipotesi in cui non partecipi in alcuna forma ai lavori della commissione – nel mero esercizio della propria funzione di "motore" del procedimento.

Bisognerebbe dunque spingersi ad individuare in cosa debba consistere detto condizionamento (secondo la giurisprudenza "*l'interferenza*") limitando alle ipotesi nelle quali lo stesso possa essere considerato "patologico", l'incompatibilità del RUP/Presidente o componente di commissione.

Da tale considerazione discendono due ordini di valutazioni:

i. da un lato, diviene particolarmente arduo l'onere probatorio ricadente sull'operatore economico privato che voglia contestare l'incompatibilità di un RUP che l'abbia valutato dopo avere partecipato alla predisposizione degli atti di gara. E' lecito domandarsi, difatti, da quali documenti un soggetto estraneo

[31] *Ibidem*

ISSN 2036-7821

all'amministrazione possa comprendere in cosa sia consistito l'apporto concreto del RUP nella predisposizione degli atti di gara e se lo stesso sia potenzialmente idoneo a condizionarne in modo patologico il giudizio in sede di commissione. I documenti "naturali" che dovrebbero dare atto di eventuali condizionamenti sono i verbali di gara, ma pare ragionevole ipotizzare che in tali verbali della commissione non si faccia alcun riferimento a detti dettagli;

ii. dall'altro lato, è discutibile la scelta del legislatore di rimettere alla stazione appaltante la valutazione sull'eventuale incompatibilità tra RUP e Presidente/componente di commissione gara. Questa scelta appare poco garantistica dell'esigenza di terzietà tra chi predispone gli atti di gara (e gestisce l'istruttoria procedimentale) e chi debba successivamente selezionare la miglior offerta. D'altronde la presenza del RUP in commissione potrebbe essere giustificata dall'amministrazione anche solo disconoscendo l'apporto decisorio del medesimo, rilevando che il RUP non abbia approvato la legge di gara oppure in quanto la proposta dello stesso sia stata successivamente modificata (ad esempio sui criteri di valutazione) dal dirigente/responsabile del servizio. In tal ultimo caso l'incompatibilità potenziale potrebbe spostarsi sul responsabile del servizio che, dunque, non potrebbe presiedere la commissione di gara (né, invero, parteciparvi quale componente).

Alla luce di quanto detto, la questione si sposta dalla definizione dell'apporto decisivo alla predisposizione della legge di gara a quella dell'interferenza patologica idonea a condizionare la valutazione della commissione. Ciò in quanto è a tale interferenza che ci si dovrà riferire *(i)* da un lato nell'ambito della prova circostanziata che dovrà essere fornita per dimostrare la sussistenza di una concreta incompatibilità tra RUP e Presidente/componente della commissione aggiudicatrice e *(ii)* dall'altro nella motivazione dell'atto di nomina della commissione di gara.

Sul punto va registrata l'assenza di indicazioni specifiche da parte della giurisprudenza e dell'ANAC.

5.3. I poteri del RUP in sede di approvazione dei provvedimenti intermedi della procedura ad evidenza pubblica: le ammissioni/esclusioni e la verifica dell'anomalia.

Ulteriore questione problematica, riguarda la definizione delle competenze del RUP in sede di approvazione degli atti della procedura relativi alla fase di affidamento quali, ad esempio, la valutazione della documentazione amministrativa, con conseguenziale adozione dei provvedimenti di esclusione/ammissione degli operatori economici che non risultassero in regola rispetto alle disposizioni della legge di gara e la verifica dell'anomalia, con conseguente estromissione dalla procedura del potenziale aggiudicatario.

ISSN 2036-7821

A tal proposito, si è ritenuto che il RUP, ben possa procedere all'emanazione di tali atti intermedi, esercitando un proprio autonomo potere e ciò anche laddove questo soggetto non coincida con il dirigente/responsabile del servizio/settore competente e non abbia funzioni dirigenziali. In tal senso è orientata sia l'ANAC[32] che la più recente giurisprudenza, di seguito esaminata.

Tuttavia detta possibilità solleva dubbi pratico/operativi nelle ipotesi in cui il RUP non disponga di quei poteri gestionali che gli consentirebbero di impegnare l'amministrazione verso l'esterno.

In particolare tale prerogativa del RUP si pone in contrasto *(i)* con le disposizioni del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (nel seguito "T.U. Pubblico Impiego")[33] e del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (nel seguito "T.U. Enti locali")[34] secondo cui questo tipo di atti (a valenza esterna) sono di competenza esclusiva dirigenti e *(ii)* con la legge generale sul procedimento amministrativo. E infatti l'art. 6, comma 1, lett. e) della legge 241/1990 prevede che il responsabile del procedimento "*adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*". Anche detta norma, infatti, precisa che la prerogativa dell'adozione del "provvedimento finale" è esclusivamente del dirigente al quale sono attribuite le competenze gestionali.

Il modello immaginato dalla 241/1990, in sostanza, impedisce ad un soggetto sprovvisto di prerogative dirigenziali di adottare atti in grado di impegnare l'amministrazione d'appartenenza verso l'esterno. Tali atti, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, competono al dirigente e negli enti privi di dirigenti, al responsabile del servizio individuato con decreto del capo dell'amministrazione. Anche in giurisprudenza (non in materia di appalti pubblici) la questione risulta chiaramente specificata[35]: il TAR Toscana puntualizza, infatti, che "*la stabile attribuzione a funzionari privi qualifica dirigenziale del compito di adottare atti amministrativi con rilevanza esterna contrasta con il disposto dell'art. 17, comma 1 bis, del*

[32] Sul punto si vedano le Linee Guida n. 3 nella parte richiamata *supra* § 4

[33] Il riferimento normativo essenziale è l'art. 4, commi 2 e 3 del TU Pubblico Impiego ai sensi del quale "*ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno … Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati*". Il comma 3 precisa inoltre che "*le attribuzioni del dirigente indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative*".

[34] Il riferimento normativo essenziale è l'art. 107, comma 2, secondo cui "*Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108*".

[35] *Cfr.* T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 18 dicembre 2017, n. 157.

ISSN 2036-7821

D.Lgs. n. 165/2001 (T.A.R. Toscana, Sez. III, n. 1700/2015)". Il giudice chiarisce che il provvedimento firmato da un soggetto non competente, che non abbia le prerogative gestionali per dare valenza esterna all'atto, deve considerarsi assolutamente "*nullo e non semplicemente annullabile*".
Ebbene, l'attuale disciplina del RUP (costituita dal Codice, come integrata e specificata dalle Linee Guida n. 3), pare – parzialmente – discostarsi da questa configurazione. In questo senso in dottrina è stato osservato che tale configurazione "*sembra introdurre un "modello" di azione amministrativa diverso ed ulteriore rispetto alla dinamica di azione del responsabile del procedimento come disciplinata dalla legge 241/1990*"[36].

5.3.1 Le ammissioni e le esclusioni ad esito della verifica della documentazione amministrativa

La questione dei poteri del RUP ad adottare il potere di esclusione e di ammissione alla procedura è stata recentemente oggetto di analisi da parte della giurisprudenza.
Il TAR Veneto[37] è stato interrogato sulla legittimità di un provvedimento di esclusione adottato dal dirigente/responsabile del servizio in luogo del responsabile unico del procedimento.
Il giudice, aderendo alla tesi della parte ricorrente, ha ritenuto che tale provvedimento fosse illegittimo in quanto emanato in violazione dell'art. 31 del Codice che, unitamente alle Linee Guida n. 3, rimette alla competenza del RUP l'emanazione di tale provvedimento. Il TAR rammenta che il responsabile unico è il soggetto posto a presidio del procedimento ad evidenza pubblica a cui spettano tutti i compiti delle relative fasi che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti. Nel caso esaminato non vi era alcuna attribuzione a soggetti diversi dal RUP della competenza ad emanare il provvedimento di esclusione.
Ad avviso del giudice la propria conclusione trova conferma in un orientamento giurisprudenziale consolidato formatosi già nel vigore del d.lgs. 163/2006[38]. Il Collegio ritiene che tale impostazione coglie la "*volontà del legislatore (racchiusa nella richiamata disposizione) di identificare nel responsabile unico del procedimento il dominus della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti*" (TAR Veneto-Venezia, sez. I, n. 695/2018) e appare

[36] S.USAI, *Responsabile del procedimento e RUP: un doppio modello di azione amministrativa*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, 2, 170. L'Autore ritiene – ragionevolmente – che tale configurazione non emerga pacificamente dal Codice e che è stata "introdotta" per opera degli interventi dell'ANAC.
[37] *Cfr*. TAR Veneto-Venezia, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695.
[38] *Cfr.*TAR Campania-Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884, Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983.

ISSN 2036-7821

perfettamente coerente con quanto precisato dal Consiglio di Stato, pronunciatosi sullo schema di decreto correttivo del Codice[39].

Nello stesso senso – anche se da prospettiva differente – si è pronunciato di recente il TAR Campania[40] che nell'esame di un ricorso avverso un verbale di seggio di gara con il quale era stata disposta l'esclusione di un operatore economico (all'esito della valutazione della documentazione amministrativa per mancato possesso dei requisiti economico finanziari), ne ha pronunciato l'inammissibilità, in quanto proposto avverso atto endoprocedimentale. Ad avviso del Collegio, infatti, "*la lesione del bene giuridico anelato dal concorrente escluso in sede di gara per mancanza dei requisiti partecipativi deve ritenersi posticipata all'adozione dell'atto conclusivo del segmento procedimentale indirizzato alla verifica del possesso dei requisiti dei candidati*". Tale segmento procedimentale si conclude solo ad esito "*dell'ulteriore controllo del RUP sulla regolarità dell'operato svolto dalla Commissione di gara*" con il quale "*viene definitivamente decretata l'estromissione dalla gara dei concorrenti risultati privi dei requisiti richiesti ed approvato l'elenco delle imprese ammesse a partecipare al confronto concorrenziale, assoggettato all'avviso di trasparenza di cui all'art. 29, comma 1, D.lgs. 50/2016*".

In altre parole anche per il richiamato TAR la competenza all'emanazione dei provvedimenti di esclusione rientra tra le prerogative del RUP, posto che l'art. 31 del Codice attribuisce direttamente a tale soggetto il compito di adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate ed a formalizzare all'esterno gli atti della procedura. Anche ad avviso della citata giurisprudenza detta competenza si estende, pertanto, all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara. Si giunge a questa conclusione richiamando un orientamento del Consiglio di Stato che è stato da quest'ultimo definito "pacifico" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983 e giurisprudenza ivi richiamata).

Dirimente sul punto anche la posizione espressa dalle Linee Guida ANAC n. 3 (sulle quali ci si è già soffermati *supra* § 4). Ad avviso dell'ANAC, difatti, il controllo della documentazione amministrativa è svolto dal RUP e, anche nel caso in cui la stazione appaltante decida di demandare tale controllo ad un seggio di gara istituito ad hoc oppure ad un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, il Responsabile del procedimento è chiamato in ogni caso ad esercitare una funzione di coordinamento e controllo, "*finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure*" e successivamente "*ad adottare le decisioni conseguenti alle valutazione effettuate*".

In ragione degli autorevoli orientamenti del Consiglio di Stato e dei TAR esaminati e della posizione di ANAC, non parrebbe che possano sussistere dubbi in ordine alla

[39] *Cfr.* Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 25 settembre 2017, n. 2040 nel quale risulta confermata "*l'assoluta centralità del ruolo del RUP nell'ambito dell'intero ciclo dell'appalto, nonché le cruciali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell'azione amministrativa che ne ispirano la disciplina codicistica*".

[40] *Cfr.* TAR Campania-Napoli, 31 gennaio 2019, n. 467.

ISSN 2036-7821

competenza del RUP ad adottare "provvedimenti intermedi" della procedura selettiva, anche nell'ipotesi in cui lo stesso non coincida con il responsabile del servizio e non sia dotato di funzioni dirigenziali.

5.3.2 La verifica dell'anomalia ed il conseguente provvedimento di estromissione

Medesimo ragionamento può essere fatto per la verifica dell'anomalia e per i conseguenti provvedimenti di estromissione dalla procedura del potenziale aggiudicatario. Anche tali provvedimenti paiono, difatti, rientrare tra quelli "intermedi" che, ad avviso della giurisprudenza e dell'ANAC, indubbiamente rientrano tra le prerogative del RUP[41].

In questo senso, infatti, nella sezione relativa alla verifica dell'anomalia dell'ultimo Bando tipo[42] si legge che "*Al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della commissione, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse*" per concludere che il RUP, dopo aver richiesto giustificazioni ed aver attivato il contradditorio con l'operatore economico interessato, "*esclude* (…) *le offerte che, in base all'esame degli elementi forniti con le spiegazioni risultino, nel complesso, inaffidabili*" e procede alla proposta di aggiudicazione.

Sempre in merito alla verifica dell'anomalia pare utile segnalare che, in coerenza con le Linee Guida n. 3 e con il sopra-riportato passaggio del Bando-tipo, il RUP diviene il *dominus* di tale segmento procedurale, rientrando tra le sue facoltà la scelta di avvalersi o meno della Commissione di gara. Da ciò discenderebbe, secondo la ricostruzione dell'ANAC[43], che a differenza di quanto avveniva in passato, l'intervento dell'organo collegiale sia divenuto solo eventuale e viene deciso dal RUP.

Diversamente nella previgente disciplina (nel vigore del d.lgs. 163/2006), in accordo con quanto era emerso in giurisprudenza, il passaggio del RUP attraverso la Commissione, nella fase di verifica dell'anomalia costituiva un atto dovuto e obbligatorio. In questo senso si era pronunciato, invero per una fattispecie per la quale trovava già applicazione il nuovo codice (ma precedente all'ultimo aggiornamento delle linee guida n. 3 e alla riportata versione del Bando tipo n. 1), il

[41] Si rammenta che l'ANAC ai sensi del comma 5 dell'art. 31 del d.lgs. 50/2016 ha definito con le proprie Linee Guida n. 3 la "disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP" includendo espressamente tra i compiti del RUP la verifica di cui si tratta.

[42] Bando-tipo n. 1/2017 approvato dall'ANAC con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, ai sensi dell'art. 213, comma 2 del d.lgs. 50/2016, recante lo "*Schema di disciplinare di gara per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo*" pubblicato in G.U. – Serie Generale 22 dicembre 2017, n. 298.

[43] Ciò in linea con quanto indicato dal Bando-tipo n. 1/2017.

ISSN 2036-7821

TAR Campania[44], precisando che il RUP prima di adottare qualunque decisione in merito all'anomalia avrebbe dovuto acquisire obbligatoriamente il parere (non vincolante) della Commissione. Ad avviso di tale giurisprudenza il supporto dell'organo collegiale era necessario in quanto la Commissione rappresenta il soggetto competente ad esaminare le componenti tecniche dell'offerta. Ciò con la conseguenza che dal "mancato passaggio" in Commissione discenderebbe l'illegittimità della decisione assunta dal RUP.
Sul punto, prendendo atto del "nuovo orientamento" dell'ANAC, non resta che attendere i nuovi sviluppi giurisprudenziali.

5.4 Gli eventuali poteri del RUP in sede di adozione dei provvedimenti conclusivi della procedura: aggiudicazione e revoca degli atti di gara.

Le medesime conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza in merito alle prerogative del RUP ad adottare atti "intermedi" a rilevanza esterna non si ritrovano in ordine alla individuazione del soggetto competente all'adozione dei provvedimenti conclusivi della procedura selettiva, quali l'aggiudicazione e il provvedimento di revoca degli atti di gara.
Partendo dall'ultima questione (la revoca degli atti di gara), si osserva che si è di recente pronunciato il TAR Lazio[45] che, interrogato (da parte di una società che riteneva di aver presentato l'offerta migliore) sulla competenza di un RUP ad adottare un provvedimento di revoca degli atti di una gara bandita da RFI S.p.a., ne ha stabilito l'illegittimità per violazione dell'art. 31 del Codice, in quanto tale norma non contempla e non attribuisce espressamente detto potere al responsabile unico.
La citata decisione è di particolare interesse in quanto, pur trattando di una vicenda di revoca, svolge considerazioni di carattere generale circa la competenza del RUP ad adottare provvedimenti finali. Ad avviso del TAR è fondata la questione sollevata dalla società ricorrente in relazione all'incompetenza del RUP all'adozione di un atto finale della procedura ad evidenza pubblica. E ciò in quanto la delega formale fornita al RUP da parte del dirigente/responsabile del servizio non può, in ogni caso, "*esorbitare dai limiti prescritti dal decreto legislativo n. 50 del 2016*" che, come abbiamo visto, all'art. 31, prevede che "*il RUP svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti*". Ad avviso del giudice la riportata norma non contempla tra le competenze assegnate al RUP quelle all'adozione del provvedimento finale riferendosi, esclusivamente, a compiti di impulso, di istruttoria e di proposta.

[44] *Cfr.* TAR Campania-Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884.
[45] *Cfr.* TAR Lazio-Roma, Sez. III, 4 dicembre 2018, n. 11781.

ISSN 2036-7821

La lettura fornita dalla giurisprudenza in esame è indubbiamente compatibile con la regola generale contenuta all'art. 6, comma 1, lett. e) della legge 241/1990[46]. Tale norma, infatti, come visto, precisa che la prerogativa dell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento è esclusivamente del dirigente al quale sono attribuite le competenze gestionali.

Il riferimento giurisprudenziale espresso avendo riguardo alla revoca degli atti di gara si ritiene possa essere esteso a tutti i provvedimenti conclusivi della procedura. Tra questi possono farsi rientrare *(i)* l'atto con il quale la stazione appaltante decida di non aggiudicare la commessa (naturalmente ove ne sussistano i presupposti) e *(ii)* il provvedimento di aggiudicazione.

Tali provvedimenti infatti non si ritiene possano essere adottati direttamente dal RUP – non dotato delle relative competenze gestionali – che si dovrà "limitare", nell'esercizio dei propri compiti di impulso, di istruttoria e di proposta, a predisporre la proposta di provvedimento (ovvero, rispettivamente, il provvedimento di non assegnazione della commessa e la "proposta di aggiudicazione") corredata dell'apparato motivazionale, così da consentire al soggetto competente (ovvero il dirigente responsabile del servizio/settore) l'adozione del provvedimento "finale" conclusivo della procedura.

In relazione alla "proposta di aggiudicazione" detta conclusione pare indirettamente suffragata anche da recente giurisprudenza del Consiglio di Stato[47] secondo cui a seguito dei lavori della Commissione, è il RUP a dover esercitare i suoi poteri di verifica e di controllo nell'esercizio di una sua "*tipica funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione (in tal senso ex multis, Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36)*". Ad ogni modo, ad avviso del Consiglio di Stato, il RUP è l'"organo deputato" al controllo "*non solo di legittimità ma anche di merito dell'operato della commissione giudicatrice al fine di verificare la rispondenza dell'offerta presentata agli obiettivi di interesse pubblico da conseguire attraverso il contratto posto a gara*".

Il tema, ha un grande impatto in termini operativi, aiutando a comprendere come si distribuiscono nell'ambito della fase di aggiudicazione di una gara pubblica le competenze tra la Commissione, il RUP, e il Dirigente responsabile del settore/servizio.

Ebbene, in linea con quanto visto, con sforzo di sintesi, si può affermare che: la Commissione dispone di un potere di valutazione tecnica delle offerte, rientrando nelle sue attribuzioni la redazione della graduatoria sulla base dei punteggi attribuiti

[46] Secondo cui il responsabile del procedimento "adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale".

[47] *Cfr.* Consiglio di Stato, sez. V, 11 ottobre 2018, n. 6725.

ISSN 2036-7821

(cfr. art. 77 del Codice), il RUP, nell'ambito della propria funzione di supervisione, istruttoria e di controllo, ha il compito di redigere la proposta di aggiudicazione[48] (cfr. art. 33, comma 1 del Codice), e il Dirigente responsabile del servizio, dovrà emanare l'atto che impegna la Stazione Appaltante verso l'esterno (art. 32, comma 5 del Codice[49]), ovvero il provvedimento di aggiudicazione.

Da ciò discende una diretta conseguenza in ordine all'individuazione del termine di impugnazione. E, infatti, essendo la Stazione Appaltante, in persona del dirigente responsabile del servizio, l'unico soggetto legittimato ad emanare l'atto finale che impegna l'amministrazione verso l'esterno, bisognerà aver riguardo al solo provvedimento di aggiudicazione, e più precisamente alla relativa data di notificazione (comunicazione o piena conoscenza) al fine dell'individuazione del *dies a quo* per il calcolo della decorrenza del termine di impugnazione.

Sicché, ai fini del decorso di tale termine, non rilevano: *(i)* secondo solido indirizzo giurisprudenziale pregresso[50], la presenza del rappresentante dell'operatore economico candidato alla seduta di gara ove vengono comunicati i punteggi dell'offerta tecnica e dell'offerta economica dei candidati[51]; *(ii)* la conoscenza della

---

[48] In questo senso in Dottrina S. USAI, *La proposta di aggiudicazione compete al RUP e non alla commissione di gara*, in *Gazzetta degli Enti locali*, 30 maggio 2017 secondo cui "*la proposta di aggiudicazione si atteggia come atto complesso che implica l'intervenuto controllo da parte del RUP, che provvederà alla predisposizione di un atto specifico da approvare da parte dell'organo competente della stazione appaltante che altri non può essere se non il dirigente/responsabile del servizio*". In senso difforme in Giurisprudenza va segnalato TAR Lazio, Roma sez. II-ter, 10 maggio 2017, n. 5613/2017, che attribuisce tale competenza alla commissione di gara. Tuttavia tale conclusione non sposta i termini della questione in esame.

49 Secondo cui "*La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione*".

[50] *Cfr.* T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 novembre 2016, n.11092: "*Ai fini dell'impugnazione degli atti di gara, la presenza di un delegato di un'impresa concorrente alle operazioni di gara di apertura delle offerte tecniche e di quelle economiche, nonché di aggiudicazione provvisoria, non determina per la suddetta impresa il dies a quo per la proposizione del ricorso, atteso che solo l'aggiudicazione definitiva produce, nei confronti dei partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario, un effetto lesivo (consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della Stazione Appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione della gara); sì che solo dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva (in quanto unico atto conclusivo della procedura selettiva, in relazione al quale sorge un onere di tempestiva impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari) e di tutti gli elementi di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 79, d.lg. n. 163 del 2006 decorrono i termini per l'impugnazione di quegli atti che hanno portato all'aggiudicazione provvisoria (avente, in ogni caso, natura di mero atto endoprocedimentale, la cui autonoma impugnazione costituisce una mera facoltà)*".

[51] *Cfr.* Consiglio di Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442 secondo cui peraltro nemmeno la pubblicazione della delibera di aggiudicazione sull'albo pretorio della Stazione Appaltante sarebbe di per sé idonea a far decorrere il termine di impugnazione di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa riferimento alla ricezione della comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, del d.lgs. 50/2016: "*Inoltre, quanto alla presenza della signora Bertoli di Euroristorazione, che avrebbe così conoscenza in tale circostanza dei punteggi attribuiti dalla Commissione all'offerta tecnica di Euroristorazione, deve ritenersi che, se è vero che l'art. 76 d.lgs. n. 50-2016 non prevede le forme di comunicazione dell'aggiudicazione come esclusive e tassative e dunque non incide sulle regole generali del processo amministrativo in tema di decorrenza dei termini di impugnazione dalla data di notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza dell'atto (con la conseguenza che lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con altre forme), è altresì vero che il codice dei contratti attribuisce esclusivamente alla stazione appaltante la competenza*

ISSN 2036-7821

proposta di aggiudicazione[52]. Tali circostanze, difatti, rappresentano esclusivamente manifestazioni di fasi endo-procedimentali. Come noto, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, del codice del processo amministrativo è inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione e degli altri atti endo-procedimentali, essendo tali atti privi di immediata lesività[53]. Diversamente l'unico atto impugnabile è quello conclusivo della procedura selettiva e il termine di impugnazione potrà iniziare a decorrere esclusivamente dalla piena conoscenza del medesimo[54].

Tornando al tema in esame dei poteri del RUP si può affermare, in definitiva, che l'attuale disciplina (come integrata dall'ANAC e interpretata dalla recente giurisprudenza) si sia orientata verso una distinzione tra atti "intermedi" a rilevanza esterna (quali ammissioni, esclusioni, valutazione dell'anomalia e conseguenti estromissioni) e atti "finali" (quali provvedimento di aggiudicazione e di non aggiudicazione, revoca degli atti gara). Come esaminato, soltanto gli atti rientranti nella prima categoria paiono rientrare tra i compiti specifici attribuiti al RUP. Da tale assunto discendono due ordini di valutazioni:

---

all'aggiudicazione della gara (art. 32, comma 5), rientrando nelle attribuzioni della commissione giudicatrice (art. 77) e/o del RUP (art. 31) soltanto la redazione della graduatoria sulla base dei punteggi attribuiti e, conseguentemente, la proposta di aggiudicazione (art. 33, comma 1).

Pertanto, la presenza di un rappresentante dell'impresa ricorrente nella seduta pubblica del 21 marzo 2017 nel corso della quale è stata data comunicazione dei punteggi dell'offerta tecnica ottenuti dalle ditte concorrenti, sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche, è stata stilata la graduatoria finale ed è stato dichiarato che l'offerta classificatasi al primo posto in graduatoria era quella della ditta controinteressata, è affatto irrilevante ai fini della determinazione del dies a quo per la proposizione del ricorso, atteso, appunto, che solo dalla piena conoscenza della aggiudicazione, quale atto conclusivo della procedura selettiva - piena conoscenza che nel caso di specie risulta acquisita dalla ricorrente soltanto a seguito della comunicazione (ex art. 76 del codice dei contratti) del provvedimento adottato dalla stazione appaltante, decorrono i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione (e ciò senza contare che non è stata fornita alcuna prova che la rappresentante dell'impresa presente fosse anche dotata di effettivi poteri rappresentativi)". In termini Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5859; TAR Lombardia, sez. I, 10 settembre 2018, n. 2056; TAR Lazio, sez. III, 27 luglio 2018, n. 8511.

[52] Cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 17 maggio 2018, n.539: "*Fermo restando che il d.lg. n. 50 del 2016 non prevede più l'atto di aggiudicazione provvisoria e il provvedimento di aggiudicazione definitiva, ma, ai sensi degli art. 32, comma 5, e 33, comma 1, disciplina la proposta di aggiudicazione e il provvedimento conclusivo di aggiudicazione, e che « l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti », è inammissibile il ricorso nel caso in cui, dall'analisi dei dati fattuali e giuridici, non è dubitabile che, allo stato, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva, secondo l'inattuale terminologia adoperata dalla disciplina di gara, bensì solo l'aggiudicazione provvisoria, equivalente alla c.d. proposta di aggiudicazione*". In termini *ex pluribus*: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 6 aprile 2018, n. 928.

53 In tema della decorrenza del termine per impugnare e sulla disciplina di cui all'art. 120, comma 5, M. CORTESE, *Il rito super-speciale ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.*, in questa rivista, fascicolo n. 11-12/2018 in corso di pubblicazione.

[54] *Cfr*. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 gennaio 2018, n.107: "*La comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, che deve essere fatta d'ufficio immediatamente (e comunque non oltre gg. 5) da parte della Stazione Appaltante, nel riferirsi all'"aggiudicazione" (non ulteriormente qualificata), si riferisce all'atto conseguente all'approvazione dell'organo competente e non alla "proposta di aggiudicazione" (di cui all'art. 33) o "aggiudicazione provvisoria" secondo la terminologia del Codice previgente. La proposta di aggiudicazione, peraltro, fa nascere una mera aspettativa in capo all'interessato alla positiva definizione del procedimento stesso, in quanto in essa non si individua il provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo per sua natura un'efficacia destinata ad essere superata. Non a caso l'art. 204 del nuovo Codice Appalti sancisce espressamente l'inammissibilità della impugnazione della proposta di aggiudicazione di cui agli artt. 32 e 33 del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016*".

ISSN 2036-7821

i. è dubbia l'attribuzione di tali prerogative in capo al RUP posto che, nell'ipotesi (prevista come generale) in cui detta figura non corrisponda al Dirigente/responsabile del servizio, si attribuirebbe ad un soggetto non competente, in quanto non dotato di prerogative gestionali, il potere di emanare atti con valenza esterna impegnativi della stazione appaltante, in sostanziale violazione delle regole generali sul procedimento amministrativo contenute nella legge n. 241/1990 oltre che di quelle in tema di dirigenza pubblica sancite dal T.U. Pubblico Impiego e dal T.U. Enti locali;

ii. è dubbia la stessa distinzione tra atti "intermedi" a rilevanza esterna e atti "finali" posto che i primi alla stregua dei secondi impegnano la stazione appaltante verso l'esterno. A conferma di ciò si rileva che entrambe le categorie sono suscettibili di autonoma impugnazione (si pensi al provvedimento di esclusione o a quello d'ammissione ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, come anche al provvedimento di aggiudicazione o di revoca degli atti di gara). Sicché per le medesime ragioni che conducono la giurisprudenza ad escludere la possibilità del RUP ad emanare i provvedimenti "finali" in quanto esorbitanti "*dai limiti prescritti dal decreto legislativo n. 50 del 2016*" (TAR Lazio-Roma, Sez. III, 4 dicembre 2018, n. 11781), potrebbero essere ragionevolmente utilizzate per escludere dalle prerogative del RUP l'emanazione dei provvedimenti "intermedi", posto che anche questi ultimi sono connotati di definitività (e, dunque, non potrebbero essere posti in essere da soggetti sprovvisti dei corrispondenti poteri gestionali/dirigenziali). Di conseguenza i compiti RUP potrebbero più correttamente (rispetto al contesto ordinamentale) essere ricondotti a "*tutti*" gli atti endo-procedimentali "*relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice*" ovvero alle attività di impulso, di istruttoria e di proposta che non impegnano l'amministrazione verso l'esterno.

ISSN 2036-7821

Il divieto di bis in idem tra ordinamento nazionale ed europeo

di Angelo Terracciano*

(Dottore in Giurisprudenza)

Sommario

1.Premessa. – 2. Le fonti europee: l'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. – 3. Il delicato rapporto tra ne bis in idem "europeo" e il c.d. "doppio binario sanzionatorio" dei reati tributari.

Abstract

The ne bis in idem is a principle governed by supranational legal systems and envisaged by the Italian penal procedure code. Often the European Courts intervened to define a uniform application of the "European" ne bis in idem in the legal systems of the signatory States. Moreover, the Grand Chamber has decided on the existence of several proceedings deriving from the same fact through the judgment A. and B. c. Norway; furthermore, this decision has produced effects mostly for the Italian cases of the "double track" of verification of criminal offenses, in particular when an administrative/sanctioning procedure was also activated beyond the criminal trial.

1.Premessa

Il brocardo "*ne bis in idem*" racchiude il principio secondo il quale nessuno debba essere processato due volte per il medesimo fatto; nei sistemi di *Common law* tale principio è conosciuto anche come *double jeopardy*[1].

In determinati Stati[2] è riconosciuto come un diritto costituzionalmente garantito. Occorre premettere che il principio in esame muta le sue ragioni d'essere al variare del sistema processuale penale vigente. Nello specifico quello inquisitorio, ad esempio, non accettava l'applicazione del principio del *ne bis in idem* poiché la logica sottesa a tale sistema processuale rifiutava l'apposizione di limiti al potere dell'organo inquisitorio-giudicante[3].

Il divieto di essere giudicati e/o processati due volte per il medesimo fatto trova, peraltro, terreno fertile con l'avvento del sistema accusatorio, il quale si fonda anche sul rispetto di termini, tempi e forme; elementi tra i quali il *ne bis in idem* risulta avere particolare rilevanza.

Occorre precisare, altresì, che dietro quello che sembrerebbe un concetto chiaro e a tratti scontato se ne cela uno decisamente più ampio e discusso, un principio di così fondamentale importanza da essere cristallizzato non soltanto nel codice di procedura penale all'art. 649 ma soprattutto nelle carte e convenzioni sovranazionali poste a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo[4].

Un principio di rilevanza sovranazionale ed internazionale che è stato recepito nell'ordinamento italiano con l'introduzione del nuovo codice di procedura penale del 1988, e di fatto col passaggio da un sistema processuale fondamentalmente votato ai caratteri inquisitori ad uno di natura più spiccatamente accusatoria, ma che ancora oggi non è rinvenibile nel testo della Costituzione Italiana.

Detto concetto consente di operare una ampia riflessione dal respiro tanto Europeo quanto interdisciplinare giacché il *ne bis in idem* è con cadenza costante al centro di questioni sostanziali e processuali trattate dalle Corti nazionali ed europee, e con altrettanta frequenza è al centro dell'annoso dibattito che coinvolge i reati tributari, o meglio quei casi in cui si verifica il cosiddetto "doppio binario" sanzionatorio, cioè in casi nei quali la legislazione nazionale prevede un doppio livello di tutela, penale e amministrativo[5].

---

[1] Concas Alessandra, "Il significato della locuzione latina ne bis in idem", in Diritto.it

[2] Tra gli altri Stati Uniti, Canada, Messico, Argentina.

[3] Concas Alessandra, "Il significato della locuzione latina ne bis in idem", in Diritto.it

4 Evidente è il riferimento all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nonché all'art. 50 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

5"*Corte Costituzionale: il principio del ne bis in idem ha carattere processuale*", in www.giurdanella.it , 17.05.2016.

2. Le fonti europee: l'art. 4 del protocollo n. 7 della Cedu e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

Nell'applicazione e nell'interpretazione giurisprudenziale del principio del *ne bis in idem* un ruolo fondamentale è svolto dalle disposizioni della CEDU e della Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E.

L'art. 4 del protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nel testo prodotto in lingua inglese è rubricato *"Right not to be tried or punished twice"*. L'incipit della rubricazione dell'articolo in parola è già indicativa della portata del concetto, difatti la norma fin da subito chiarisce che l'individuo ha il **diritto** a non essere giudicato o punito due volte. L'articolo in analisi consta di tre paragrafi, e disciplina tre diversi aspetti chiave del principio del *ne bis in idem*, dei quali l'ultimo, a sua volta, prevede ulteriori tre "sottoaspetti"[6].

Dal dettato normativo del primo paragrafo dell'art. 4 prot. 7 CEDU si evince che il diritto a non essere tratto a giudizio e/o condannato due volte si limita ai soli processi penali. Tuttavia la giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'uomo ha precisato che la qualificazione giuridica del processo in base al diritto nazionale non può essere l'unico criterio di rilevanza per l'applicabilità del principio del *ne bis in idem*, giacché, se così fosse, l'applicazione di questa disposizione sarebbe lasciata alla discrezione degli Stati firmatari della Convenzione di guisa che i risultati che ne dovessero derivare sarebbero decisamente incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione stessa[7].

La Corte ha sostenuto che la nozione di processo penale presente nel testo dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere interpretata nel rispetto dei principi generali sanciti dagli articoli 6 e 7 della Convenzione per la salvaguardia dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

La giurisprudenza consolidata della Corte[8], per giunta, ha individuato tre criteri, comunemente noti come "criteri Engel", utili a classificare un processo come penale.

Il primo criterio inerisce l'individuazione del fatto come fattispecie delittuosa, o meglio come "reato", secondo la legge nazionale. Il secondo attiene alla natura stessa del reato mentre il terzo criterio involge la tipologia e la gravità della pena cui rischia di soggiacere l'individuo.

Il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi. Va da se che se uno dei due procedimenti per cui viene sollevata la questione del *ne bis in idem* non sono considerati di natura penale dalla Corte, il reclamo ai sensi

6 È quanto si evince dalla "*Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights*" - *Right not to be tried or punished twice Updated* on 31 December 2018, pag. 5, in www.echr.coe.int.

7Ibidem pag. 7 – dalla sentenza Sergey Zolotukhin v. Russia n.14939/03. Judgment 10.2.2009 [GC].

8 Si vedano, tra le altre, le sentenze: Engel e altri v. Paesi Bassi; Sergey Zolotukhin v. Russia; Jussila v. Finlandia.

dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 è dichiarato inammissibile *ratione materiae* poiché incompatibile ai sensi dell'articolo 35 paragrafo 3 della Convenzione[9].

Nella seconda parte del paragrafo 1 dell'art. 4 Prot. 7, la relazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo datata 31.12.2018, rinviene un ulteriore elemento chiave della disciplina europea del principio del *ne bis in idem*. Essa, difatti, focalizza l'attenzione sul dato normativo del "*same offence*"[10] chiarendo il diritto a non essere giudicato e/o condannato due volte per il medesimo fatto.

La Corte ha riconosciuto di aver adottato[11], in passato, diverse interpretazioni del concetto di "*same offence*"[12], talvolta ponendo l'accento sull'identità dei fatti indipendentemente dalla loro caratterizzazione giuridica[13], altre volte ponendolo sulla classificazione legale, accettando l'idea che gli stessi fatti potrebbero dar luogo a diversi reati[14]; oppure, infine, ponendo l'accento sull'esistenza o meno di elementi essenziali comuni a entrambe le offese[15].

Dopo aver esaminato la portata del diritto di non essere giudicato e punito due volte come stabilito in altri strumenti internazionali[16] la Corte ha ritenuto opportuno interpretare il dettato dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 come il divieto di perseguire o processare un individuo per il secondo "reato" nella misura in cui quest'ultimo è sorto dai medesimi fatti o da fatti identici che erano "sostanzialmente" identici a quelli posti alla base della prima infrazione[17].

Per determinare se i fatti di entrambi i procedimenti siano identici o sostanzialmente i medesimi occorre prendere in considerazione ed esaminare le dichiarazioni di fatto riguardanti sia il reato per il quale l'individuo era già stato processato che il reato di cui è accusato.

La Corte, a tal proposito, ha sottolineato che è irrilevante quali parti delle nuove accuse siano state alla fine accolte o respinte nel successivo procedimento, in quanto l'articolo 4 del Protocollo n. 7 è volto a salvaguardare l'individuo da un nuovo procedimento piuttosto che a vietare un secondo giudizio (che sia di condanna o assoluzione). La Corte pertanto ha ritenuto che al fine di capire se si incorra in un *bis*

---

9 In materia le sentenze: Paksas v. Lituania [GC], § 69, Seražin v. Croatia (dec.), §§ 91-92.

10Integralmente: "*The non bis in idem principle prohibits prosecution or trial for the same offence*", in "*Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights*" - *Right not to be tried or punished twice Updated* on 31 December 2018, pag. 11, in www.echr.coe.int.

11 Ibidem pag. 11.

12 Sergey Zolotukhin v. Russia n.14939/03. Judgment 10.2.2009 [GC].

13 Orientamento interpretativo de "lo stesso comportamento" - *idem factum*, Sent. Gradinger v. Austria, § 55.

14 L'interpretazione fornita dalla Corte è di *"concours ideal d'infractions"*, si veda Sent. Oliveira v. Svizzera, §§ 25-29.

15 Si veda la Sent. Franz Fischer v. Austria.

16 Tra gli altri: Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ; Convenzione americana sui Diritti umani.

17 Si veda a tal proposito anche la sentenza A e B c. Norvegia [GC].

in idem, l'indagine dovrebbe concentrarsi su quei fatti che costituiscono un insieme di circostanze concrete che coinvolgono lo stesso imputato e che sono inestricabilmente collegate insieme nel tempo e nello spazio, e la cui esistenza deve essere dimostrata al fine di irrogare una pena o comunque perseguire penalmente l'individuo.[18]
Lo scopo dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 è di vietare la ripetizione di procedimenti penali per i quali si sia addivenuti già ad una decisione definitiva[19], ma non si limita solo a riconoscere tale diritto poiché esso va interpretato in maniera estensiva nel senso che l'articolo in parola tutela l'individuo dalla possibilità di essere processato due volte per il medesimo fatto. Tale interpretazione si applica anche nel caso in cui l'individuo sia stato precedentemente assolto[20].
Altro discorso è quello relativo alla pendenza di procedimenti paralleli, difatti, a tenore della giurisprudenza europea, l'articolo 4 del protocollo n. 7 non vieta la c.d. *litis pendens*, ossia la sussistenza di diversi procedimenti determinati dallo stesso fatto storico ma che mirano a perseguire obbiettivi o ad irrogare sanzioni di natura differente; in poche parole i due procedimenti pendenti non rispondono entrambi ai criteri stabiliti dalla Corte, elementi di cui si è ampiamente discusso in precedenza. Difatti, in una situazione del genere, non si può affermare che l'individuo sia perseguito più volte "per un reato per il quale sia stato assolto o condannato precedentemente21 ".

La disciplina europea del principio del ***ne bis in idem*** *è stata consolidata ulteriormente dall'adozione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea (la c.d. Carta di Nizza), le cui norme, per effetto del Trattato di Lisbona, hanno assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi dell'Unione.*
Di particolare rilevanza in materia è l'art. 50 della Carta, che per disciplinare il divieto di doppio giudizio sancisce che: "***Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge***".
In effetti la norma poc'anzi citata, a differenza del disposto dell'art. 4 del prot. n. 7 della CEDU, prevede una più ampia forma di tutela del divieto di ***bis in idem*** giacché essa "va oltre la necessità di richiamare l'applicazione del principio

18 Integralmente: "*The non bis in idem principle prohibits prosecution or trial for the same offence*", in "*Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights*" - *Right not to be tried or punished twice Updated* on 31 December 2018, pag. 11, in www.echr.coe.int.

19 Il Protocollo n. 7, che a sua volta rimanda alla Convenzione europea sulla Validità Internazionale delle sentenze penali, una decisione è definitiva se essa è connotata della forza di cosa giudicata, e cioè quando la decisione sia divenuta irrevocabile, cioè quando non è possibile esperire ulteriori rimedi ordinari (in merito si veda la Sentenza Sergey Zolotukhin c. Russia [GC], § 107).
20 Sergey Zolotukhin c. Russia [GC], §§ 110-111, in relazione ad un'assoluzione in seguito al seconda serie di procedimenti
21 Garaudy c. Francia (dec.)

nelle singole disposizioni pattizie e lo configura come una garanzia generale da invocare nello spazio giuridico europeo ogni qual volta, anche in un diverso Stato membro, si sia formato un giudicato penale sul medesimo fatto nei confronti della stessa persona"[22].

La norma in esame, soprattutto alla luce di un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, va interpretata nel senso più autentico di Unione di Stati giacché lascia intendere che la sentenza, di condanna o assoluzione, emessa da uno Stato membro abbia valenza di sentenza dell'Unione Europea e pertanto spieghi pari effetti in ognuno degli Stati dell'U.E.[23], ossia è come se fosse stata emessa da ognuno di essi.

Il giudice nazionale ha, di conseguenza, l'arduo compito di assicurare la costante ed uniforme tutela dei diritti fondamentali dell'individuo tra cui quello a non essere processato due volte per il medesimo fatto[24], tenendo conto delle vicende giudiziarie medesime per le quali, eventualmente, il prevenuto sia stato processato già in altro Stato membro.

3. Il delicato rapporto tra il *ne bis in idem* "europeo" e le sanzioni tributarie nell'ordinamento italiano.

La giurisprudenza italiana, oramai da anni, è intenta a risolvere la questione inerente l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* "europeo" e, a tal proposito, merita particolare attenzione la sentenza della Corte Costituzionale del 24 gennaio 2018, n. 43, Pres. Red. Lattanzi, che nel risolvere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 c. 1 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU, ha posto a fondamento della propria decisione una importante pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo , la sentenza A. e B. c. Norvegia.

I giudici costituzionali hanno, infatti, evidenziato il carattere vincolante della sentenza della Corte europea con la quale si è assistito ad un sostanziale cambio di orientamento della Corte stessa. Con tale pronuncia, in effetti, si è passati dalla impossibilità in capo agli Stati di attivare per il medesimo fatto due procedimenti indipendenti e paralleli che sfociassero in altrettanti provvedimenti finali, alla possibilità conferita agli stessi di poter coordinare tali procedimenti nel tempo e nell'oggetto di guisa che, questi ultimi, possano reputarsi nella sostanza come

---

[22] Gittardi Irene "La miccia è accesa: la Corte di Cassazione fa diretta applicazione dei principi della carta di Nizza in materia di ne bis in idem" -Nota a Cass., sez. VI, sent. 15 novembre 2016 (dep. 21 dicembre 2016), n. 54467, Pres. Rotundo, Rel. Fidelbo, Ric. Resneli- in Diritto Penale Contemporaneo Fascicolo 4/2017.

[23] Cass., sez. VI, sent. 15 novembre 2016 (dep. 21 dicembre 2016), n. 54467, Pres. Rotundo, Rel. Fidelbo, Ric. Resneli.

24 Gittardi Irene "La miccia è accesa: la Corte di Cassazione fa diretta applicazione dei principi della carta di Nizza in materia di ne bis in idem" -Nota a Cass., sez. VI, sent. 15 novembre 2016 (dep. 21 dicembre 2016), n. 54467, Pres. Rotundo, Rel. Fidelbo, Ric. Resneli- in Diritto Penale Contemporaneo Fascicolo 4/2017.

preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena complessivamente irrogata[25].
Pertanto, alla luce della pronuncia della Corte sovranazionale, si profila, come rilevato dalla Corte Costituzionale, una situazione in cui risulta meno probabile considerare come *bis in idem* quei casi in cui si assista al c.d. "doppio binario sanzionatorio" per il medesimo fatto, evento non si rara frequenza nell'accertamento di illeciti tributari dai risvolti amministrativi e penali.
In materia occorre tener presente anche la sentenza della Terza Sezione della Suprema Corte di Cassazione del 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 6993, che pronunciandosi sulla compatibilità del sistema sanzionatorio tributario col *ne bis in idem* europeo, alla luce della sentenza della Corte Europea A. e B. contro Norvegia, ha chiarito e meglio definito il criterio della *sufficiently close connection in substance and time*[26].
Quest'ultimo era un criterio già presente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e che la sentenza precedentemente citata ha strutturato nella forma più definita di un test, identificando i c.d. *material factors*, elementi chiave per la sua sussistenza. C'è chi ha visto in questo "mutamento" in test del predetto criterio un possibile ridimensionamento del campo di applicazione della garanzia convenzionale ed un abbandono di quegli orientamenti fortemente garantistici che avevano invece contrassegnato l'evoluzione della giurisprudenza della Corte. Una lettura alternativa dell'intervento della Corte Europea consente di intravedere nel criterio della "*sufficiently close connection*" il tentativo di bilanciare il diritto al *ne bis in idem* con una serie di diritti degli individui (e non solo interessi degli Stati) che trovano piena tutela nell'efficacia della risposta sanzionatoria alle condotte di evasione fiscale[27].
Gli indici di cui è necessario tener conto nel *test* sono quelli esaminati nel paragrafo precedente e definiti anche dalla relazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di *ne bis in idem*. In effetti la valutazione del giudice volta ad addivenire al giudizio inerente la sussistenza di un doppio giudizio (vietato) deve avvenire riguardo ai seguenti punti:

- sugli scopi dei procedimenti aperti per il medesimo fatto;

[25] Galluccio Alessandra: "Ne Bis In Idem E Reati Tributari: La Consulta Restituisce Gli Atti Al Giudice A Quo Perché Tenga Conto Del Mutamento Giurisprudenziale Intervenuto Con La Sentenza A. E B. C. Norvegia", in Diritto Penale Contemporaneo, 13 marzo 2018.
[26] Così Francesco Andrea Tripodi in "ne bis in idem e sanzioni tributarie: la corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time", contributo pubblicato nel fascicolo 3/2018, in Diritto Penale Contemporaneo del 16 marzo 2018.
[27] Perrone, A. (2018). IL CRITERIO DELLA "SUFFICIENTLY CLOSE CONNECTION" ED IL SUO RAPPORTO CON IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM SANZIONATORIO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU. DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA, LXXXIX(3), 1128-1158.

- sulla prevedibilità dello sdoppiamento dei procedimenti volti a perseguire determinate condotte criminose;
- sulla eventuale duplicazione della raccolta e nella valutazione della prova;
- sulla sanzione irrogata all'esito del procedimento che si conclude per primo ed in particolare se essa sia stata assunta tenuto conto della sussistenza dell'altro procedimento, in modo da assicurare l'esigenza di complessiva proporzionalità della pena.[28]

L'ampia giurisprudenza europea e nazionale in materia, ha consentito di delineare chiaramente la valenza assoluta e la diretta applicabilità nei sistemi nazionali delle norme della CEDU e della CDFUE.

Per quanto si sia cercato di ordinare e chiarire, anche attraverso l'inserimento di indici definiti per l'espletamento del test, la questione inerente la risoluzione del rapporto tra doppio binario sanzionatorio dei reati tributari e l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* appare ancora oggi decisamente confusa.

In definitiva può dirsi che il cammino della giurisprudenza nazionale volto ad assicurare al divieto di secondo giudizio sancito dall'art. 649 c.p.p. un'applicazione coerente con i le garanzie fornite dalla norme sovranazionali[29] prosegue in maniera incerta e non proprio costante[30].

La pronuncia della Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso A e B c. Norvegia ha posto in essere ulteriori "dubbi interpretativi rendendo in tal guisa maggiormente ardua l'armonizzazione con gli ordinamenti sovranazionali"[31].

Allo stato pare difficile giungere ad un equilibrio interpretativo perfettamente determinato o determinabile, vero è che la soluzione al problema interpretativo va necessariamente commisurato al rispetto della c.d. legalità processuale, elemento quest'ultimo riconosciuto anche dalla Corte europea come principio generale dell'ordinamento e che trova la sua fonte nell'art. 111 comma 1 Cost[32].

---

[28] Francesco Andrea Tripodi in "ne bis in idem e sanzioni tributarie: la corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time", contributo pubblicato nel fascicolo 3/2018, in Diritto Penale Contemporaneo del 16 marzo 2018.

[29] artt. 4, prot. 7, Cedu e 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

[30] Non sono addebitabili esclusivamente al giudice nazionale le cause di questa incertezza giacché, come si è avuto modo di affrontare nel corso dell'articolo, anche la giurisprudenza europea si è rivelata altalenante fino a compiere un vero e proprio testa coda nell'interpretazione del principio del ne bis in idem nel diritto europeo vivente con la sentenza A. e B. contro Norvegia.

[31] Cassibba F.: "Disorientamenti giurisprudenziali in materia di ne bis in idem", in processo penale e giustizia.

[32] Ibidem.