

Corso Magistratura III edizione

LEZIONI DEL CORSO IN RELAZIONE ALLE ULTIME TRACCE ESTRATTE

Sommario

DIRITTO CIVILE	4
GLI ARGOMENTI RICHIESTI DALLA TRACCIA DI DIRITTO CIVILE SONO STATI AFFRONTATI NUMEROSE VOLTE NEL CORSO DELL'ANNO SIA NEKLE SINTESI REDATTE DAL DOCENTE SIA NEL CORSO DELLE LEZIONI FRONTALI, E, DA ULTIMO, NELLA FULL IMMERSION DEL 10 GIUGNO 2026.....	4
TRANSAZIONE (ESTRATTO DELLA SINTESI DEL DOCENTE SUI CONTRATTI TIPICI) ...	4
SINTESI CONTRATTO ILLECITO E TRANSAZIONE (ESTRATTO DELLA SINTESI PATOLOGIE DEL CONTRATTO E DEL RAPPORTO)	9
SINTESI SU CONTRATTO ILLECITO ALLA LUCE DELLE SEZIONI UNITE 2026 (ESTRATTO DELLA SINTESI SULLA PARTE SPECIALE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO).	15
TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DI DIRITTO CIVILE 27.03.2026.....	20
CONTRATTO DI ACCERTAMENTO E TRANSAZIONE. TRANSAZIONE SU TITOLO Nullo.....	20
TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DELLA FULL IMMERSION DI DIR. CIV.10.06.2026 SU TRANSAZIONE E NEGOZIO DI ACCERTAMENTO	20
TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE D FULL IMMERSION DI DIR. CIV.10.06.2026 SU TRANSAZIONE AVENTE AD OGGETTO UN TITOLO Nullo O ILLECITO.....	23
TRASCRIZIONE DELLA FULL IMMERSION – LEZ. DIR. CIV.10.06.2026 SU ABUSO DEL CONTRATTO DI ACCERTAMENTO. DIFFERENZE CON LA TRANSAZIONE.....	27
SINTESI SU TRANSAZIONE E OBBLIGAZIONI SOLIDALI (ESTRATTO DELLA SINTESI SU OBBLIGAZIONI SOLIDALI)	30
TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE RELATIVA ALL'OPEN DAY 15.09.2025 DAL TITOLO “IL REGIME DELL'ERRORE NEL CONTRATTO DI ACCERTAMENTO. DIFFERENZE CON LA TRANSAZIONE”	35
DIRITTO AMMINISTRATIVO	52
GLI ARGOMENTI RICHIESTI DALLA TRACCIA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO SONO STATI AFFRONTATI NUMEROSE VOLTE NEL CORSO DELL'ANNO SIA NEKLE SINTESI REDATTE DAL DOCENTE SIA NEL CORSO DELLE LEZIONI FRONTALI, DA ULTIMO, CON UN APPROFONDIMENTO MIRATO, NELLA FULL IMMERSION DEL 13 GIUGNO 2027.....	52
IL PRINCIPIO DI INESAURIBILITÀ DEL POTERE E LE SUE DEROGHE (IL PRINCIPIO DEROGATORIO DELLA CONSUMAZIONE DEL POTERE) (ESTRATTO DALLA SINTESI SULLE CATEGORIE FONDAMENTALI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO).....	52
TERMINE DEI PROCEDIMENTI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI .	54
LA RILEVANZA DEL CONTRADDITTORIO NEI PROCEDIMENTI SANZIONATORI DINANZI ALLE AUTORITÀ INDIPENDENTI (ESTRATTO DELLA SINTESI SU AUTORITÀ INDIPENDENTI).	60

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DI FULL IMMERSION DI DIR. AMM. 13.06.2026. NATURA DEI TERMINI DELLA FASE ISTRUTTORIA E DELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO ANTITRUST.....	62
LA RILEVANZA DEL CONTRADDITTORIO NEI PROCEDIMENTI SANZIONATORI DINANZI ALLE AUTORITÀ INDIPENDENTI (ESTRATTO DELLA SINTESI SU AUTORITÀ INDIPENDENTI)	71
PENALE	73
GLI ARGOMENTI RICHIESTI DALLA TRACCIA DI DIRITTO CIVILE SONO STATI AFFRONTATI NUMEROSE VOLTE NEL CORSO DELL'ANNO SIA NEKLE SINTESI REDATTE DAL DOCENTE SIA NEL CORSO DELLE LEZIONI FRONTALI, DA ULTIMO, CON UN ANALITICO APPROFONDIMENTO, NELLA FULL IMMERSION DEL 5 GIUGNO 2026.....	73
TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DI FULL IMMERSION 05.06.2026 BANCAROTTA PROPRIA E IMPROPRIA DA REATO SOCIETARIO, NATURA DELLA SENTENZA DICHARATIVA DELL'ISOLVENZA, BANCAROTTA RIPARATA, VANTAGGI COMPESATIVI INFRAGRUPPO.....	73
TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DI FULL IMMERSION 05.06.2026 BANCAROTTA RIPARATA E VANTAGGI COMPENSATIVI INFRAGRUPPO	81
SINTESI REATI FALLIMENTARI (ESTRATTO DELLA SINTESI RELATIVA AI REATI DI PARTE SPECIALE)	85
SINTESI SULLA BANCAROTTA RIPARATA E VANTAGI COMPESATIVI.....	91
TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DIR. PEN. 10.04.2026 BANCAROTTA PROPRIA E IMPROPRIA DA REATO SOCIETARIO E NATURA DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO	93
SINTESI BANCAROTTA IMPROPRIA DA REATO SOCIETARIO E SUCCESSIONE DI LEGGI.....	96

DIRITTO CIVILE

GLI ARGOMENTI RICHIESTI DALLA TRACCIA DI DIRITTO CIVILE SONO STATI AFFRONTATI NUMEROSE VOLTE NEL CORSO DELL'ANNO SIA NEKLE SINTESI REDATTE DAL DOCENTE SIA NEL CORSO DELLE LEZIONI FRONTALI, E, DA ULTIMO, NELLA FULL IMMERSION DEL 10 GIUGNO 2026

TRANSAZIONE (ESTRATTO DELLA SINTESI DEL DOCENTE SUI CONTRATTI TIPICI)

Il primo comma dell'art. 1965 c.c. definisce la transazione come "il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere".

Nell'ambito dell'autonomia privata, esiste una pluralità di strumenti mediante i quali i soggetti possono **prevenire o definire conflitti giuridici senza ricorrere all'intervento del giudice**. Tra questi strumenti, la transazione rappresenta il modello paradigmatico, non tanto per la sua frequenza applicativa, quanto per la chiarezza con cui esprime la funzione tipica della categoria: la composizione della lite attraverso un accordo tra le parti.

Ciò consente di **distinguere nettamente tali atti dalla sentenza giudiziale**: mentre quest'ultima realizza la composizione del conflitto attraverso un accertamento autoritativo della conformità di una posizione al diritto oggettivo, la transazione realizza lo stesso risultato prescindendo da qualsiasi accertamento e fondandosi esclusivamente sul consenso delle parti. In altri termini, la sentenza stabilisce chi ha ragione; la transazione rende irrilevante stabilirlo.

Questa differenza segna profondamente **la natura dell'istituto**.

La transazione si colloca, per così dire, in uno spazio intermedio tra il diritto sostanziale e il processo: da un lato presuppone una situazione giuridica controversa; dall'altro la risolve senza attivare il meccanismo dell'accertamento giudiziale. La definizione codicistica dell'art.1965 c.c. riflette questa impostazione, individuando nella

transazione il contratto con cui le parti, mediante reciproche concessioni, pongono fine a una lite già insorta o prevengono una lite futura. La norma evidenzia immediatamente i due elementi costitutivi della fattispecie: la lite e le reciproche concessioni. Tuttavia, la portata di tali elementi è tutt'altro che intuitiva e richiede un'attenta elaborazione concettuale.

La lite, innanzitutto, non coincide con qualsiasi situazione di incertezza o di contrasto di interessi. Al riguardo, occorre distinguere tra conflitto economico e conflitto giuridico: solo quest'ultimo è rilevante ai fini della transazione. Il conflitto economico, tipico dei rapporti di scambio, è fisiologico e viene normalmente risolto attraverso la stipulazione di contratti; il conflitto giuridico, invece, nasce dall'affermazione di una pretesa fondata (almeno soggettivamente) su una norma giuridica e dalla contestazione di tale pretesa da parte dell'altro soggetto. È dunque la dialettica tra pretesa e contestazione a generare la lite.

Particolarmente significativa è la ricostruzione del concetto di pretesa. Essa non viene identificata con il diritto soggettivo, né con l'azione processuale, ma assume una dimensione autonoma sul piano del fatto: è l'affermazione, da parte di un soggetto, di un'esigenza di tutela, accompagnata dalla volontà di subordinare l'interesse altrui al proprio. In questa prospettiva, la **pretesa può esistere anche indipendentemente dalla sua fondatezza.**

Ciò comporta una conseguenza di grande rilievo: la transazione può operare anche su diritti inesistenti o infondati, poiché ciò che rileva non è la verità giuridica della situazione, ma la sua rappresentazione conflittuale da parte dei soggetti coinvolti.

La lite può essere attuale o potenziale. È attuale quando è già stata introdotta in giudizio; è potenziale quando la contrapposizione si è manifestata solo sul piano extragiudiziale. Tuttavia, anche la lite potenziale richiede una contrapposizione concreta: non basta una generica possibilità di conflitto. In questo senso, l'autore respinge con decisione l'idea, talvolta affacciata in giurisprudenza, che la transazione possa essere utilizzata per eliminare situazioni di mera incertezza (*res dubia*). L'incertezza, in quanto stato psicologico, è irrilevante; ciò che conta è l'esistenza di un conflitto effettivo.

Accanto alla lite, il secondo elemento essenziale della transazione è costituito dalle **reciproche concessioni**. Esse rappresentano lo strumento attraverso cui le parti superano il conflitto, trasformandolo in un nuovo assetto di interessi. La concessione implica sempre un sacrificio, una rinuncia parziale rispetto alla posizione originariamente sostenuta. Tuttavia, questo sacrificio deve essere valutato in rapporto alla pretesa e non al diritto effettivo. Ne deriva che l'indagine sulla fondatezza delle pretese è irrilevante anche ai fini della qualificazione delle concessioni: ciò che conta è che ciascuna parte arretri rispetto alla propria posizione iniziale.

Il carattere della reciprocità è essenziale: una concessione unilaterale non è sufficiente a integrare una transazione. Al tempo stesso, non è richiesta alcuna equivalenza economica tra le concessioni. La transazione, infatti, non è un contratto commutativo in senso stretto, ma uno strumento di composizione del conflitto, nel quale lo squilibrio tra le prestazioni può essere pienamente giustificato dalla volontà delle parti di evitare i rischi e i costi del contenzioso.

Un ulteriore limite alla transigibilità è rappresentato dalla **disponibilità dei diritti**. La transazione può avere ad oggetto soltanto diritti di cui le parti possono disporre; in caso contrario, il contratto è nullo. Questo limite non incide sulla configurabilità della lite, ma sul piano della validità dell'accordo, che presuppone il potere di incidere sul rapporto oggetto di conflitto.

La causa della transazione consiste nella composizione della lite e quindi nella neutralizzazione del conflitto.

In linea generale, **l'effetto tipico sul rapporto litigioso è di tipo modificativo**: le parti ridefiniscono il contenuto del rapporto in modo da eliminare il conflitto. **Tuttavia, non si esclude che la transazione possa avere effetti più incisivi, fino all'estinzione del rapporto originario.**

L'evidenziazione che la transazione sia un negozio dispositivo e non di accertamento è un risultato cui si è giunti solo dopo il superamento, da parte della dottrina più recente, dell'inesatto accostamento tra il negozio di accertamento e la transazione (per

l'approfondimento della questione si rinvia alla lezione relativa all'open day), determinato da un equivoco di fondo, secondo cui presupposto della transazione sarebbe la sola presenza della res dubia, ovvero l'incertezza della situazione giuridica preesistente.

Invero, la transazione è **composizione contrattuale di una controversia attuale o potenziale e il suo contenuto si traduce in un regolamento di interessi idoneo a modificare e/o a sostituire una situazione preesistente**; il negozio di accertamento, invece, sebbene consista in un regolamento di interessi, ha un differente scopo rispetto alla transazione: esso vuole imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio, con effetti preclusivi pro futuro. A differenza dalla transazione, con la quale le parti modificano la disciplina di un rapporto mediante reciproche concessioni, in modo che ciascuna subisca un sacrificio, con il negozio di accertamento le parti rimuovono i dubbi e le incertezze relativi ad un determinato rapporto giuridico con una regolamentazione nuova, ma corrispondente alla situazione precedente.

Quanto all'efficacia, si è osservato come il negozio di accertamento abbia effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo, rendendo definitive ed immutabili le situazioni già in stato di obiettiva incertezza, in quanto vincola le parti ad attribuire ad esse gli effetti che risultano dall'accertamento e preclude ogni loro pretesa, ragione ed azione in contrasto con esso.

In questo contesto, si inserisce la figura della **transazione novativa**, che si verifica quando le parti intendono sostituire integralmente il rapporto preesistente con uno nuovo. In tal caso, accanto all'effetto compositivo della lite, si producono effetti estintivi e costitutivi: il **rapporto originario viene meno e viene sostituito da un nuovo rapporto, fondato sulla transazione**. Affinché ciò avvenga, è necessario che sussista una volontà inequivoca delle parti (**animus novandi**) e un contenuto oggettivamente diverso (**aliquid novi**). **L'effetto novativo comporta conseguenze rilevanti sul piano della disciplina, tra cui l'irrisolvibilità della transazione, giustificata dall'esigenza di evitare la reviviscenza del rapporto estinto.**

Un ulteriore profilo di grande interesse riguarda la possibilità, espressamente prevista dall'art. 1965, comma 2, di estendere le reciproche concessioni a rapporti estranei alla

controversia. Le parti possono quindi comporre la lite non intervenendo direttamente sul rapporto litigioso, ma incidendo su altri rapporti tra loro intercorrenti. Questa possibilità rappresenta una manifestazione particolarmente significativa dell'autonomia privata e trova giustificazione nel favor per la composizione delle controversie. La transazione si configura così come uno schema aperto, capace di accogliere al proprio interno una pluralità di effetti giuridici, senza che ciò comporti una commistione di cause o la perdita della sua identità funzionale. La disciplina speciale della transazione, contenuta negli artt.1966 ss. c.c., è caratterizzata da numerose deroghe alle regole generali del contratto, tutte orientate a garantire la stabilità dell'accordo. In tema di forma, la legge richiede la prova scritta, salvo il caso di diritti immobiliari, per i quali è necessaria la forma scritta ad substantiam.

In materia di vizi del consenso, l'art.1969 esclude l'annullabilità per errore di diritto relativo alle questioni oggetto della lite, in quanto la transazione presuppone l'abbandono di ogni accertamento sulla fondatezza delle pretese. Analogamente, l'art. 1970 esclude la rescissione per lesione, poiché lo squilibrio tra le prestazioni è fisiologico e non incompatibile con la funzione del contratto.

Altre disposizioni disciplinano ipotesi specifiche di invalidità. La transazione è annullabile quando una parte non è consapevole della temerarietà della lite, poiché in tal caso viene meno la correttezza del processo negoziale.

Questa distinzione trova riscontro anche sul piano positivo. L'indice ermeneutico si rinviene nell'**art. 1971 c.c.**, relativo al contratto di transazione, che stabilisce la possibilità di impugnare la transazione quando una parte sia incorsa in errore riguardo a una lite temeraria.

Interpretando la norma a contrario, se ne ricava che, se le parti sono consapevoli, possono validamente **transigere anche una lite temeraria**, ossia una lite artificiosa o addirittura creata ad arte.

Da questa considerazione la dottrina (**Rodolfo Sacco**) ha tratto la coerente conclusione che la transazione possa costituire uno strumento idoneo a **eludere il requisito della causa** di cui all'art. 1325 c.c.

La transazione su titolo nullo è, ai sensi dell'art. 1972, c.c., annullabile, mentre è nulla la transazione su titolo illecito.

Da tale previsione si ricava, per il tramite di una interpretazione a contrario, che le parti possono consapevolmente transigere anche in relazione ad un contratto nullo (purché non illecito).

Trattasi, quest'ultima, di una differenza fondamentale rispetto al contratto di accertamento.

È, invece, sempre nulla la transazione che abbia ad oggetto un titolo illecito. In tutte queste ipotesi si coglie il tentativo del legislatore di bilanciare due esigenze contrapposte: da un lato, la stabilità dell'accordo transattivo; dall'altro, la tutela contro situazioni patologiche che ne comprometterebbero la legittimità.

Nel complesso, la transazione non mira ad accertare la realtà giuridica, ma a sostituirla con un nuovo assetto di interessi costruito dalle parti. In questo senso, la transazione rappresenta uno degli strumenti più significativi attraverso cui l'ordinamento riconosce e valorizza l'autonomia privata nella gestione dei conflitti, trasformando la contrapposizione giuridica in un equilibrio negoziale e contribuendo, al tempo stesso, alla pacificazione dei rapporti sociali.

SINTESI CONTRATTO ILLECITO E TRANSAZIONE (ESTRATTO DELLA SINTESI PATOLOGIE DEL CONTRATTO E DEL RAPPORTO)

Una risalente tradizione di pensiero propone di distinguere, su tali basi, il contratto illegale (art. 1418, comma 1, c.c.) dal contratto illecito (seconda parte del comma 2 dell'art. 1418 c.c., con riferimento alla causa e all'oggetto illeciti, al motivo illecito determinante e comune, alla frode alla legge e alla condizione illecita).

Secondo tale distinzione, mentre il contratto illecito sarebbe sempre nullo, il contratto meramente illegale (c.d. nullità virtuale) sarebbe nullo solo quando la legge non preveda un rimedio diverso (annullabilità, rescindibilità), come testualmente dispone l'art. 1418, comma 1, c.c. Il primo si configura quando il negozio contrasta con una norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.; il secondo, invece, ricorre quando il contrasto investe

direttamente uno degli elementi essenziali o funzionali del contratto — causa, oggetto, motivo comune o condizione — secondo quanto emerge dalla seconda parte del comma 2 della medesima disposizione.

La differenza non è meramente classificatoria, ma riflette un diverso giudizio di valore espresso dall'ordinamento. Nel contratto meramente illegale, infatti, la violazione della norma imperativa non implica necessariamente una riprovazione del risultato negoziale in sé considerato: ciò che viene in rilievo è piuttosto l'inosservanza di una prescrizione legale, senza che l'assetto di interessi perseguito sia intrinsecamente incompatibile con i principi dell'ordinamento. Diversamente, nel contratto illecito il disvalore colpisce proprio il risultato dell'operazione negoziale, ossia l'assetto di interessi che le parti intendono realizzare. In tale ipotesi, l'ordinamento manifesta una reazione più intensa, che parte della dottrina ha efficacemente qualificato in termini di "nullità politica", proprio per sottolineare come la sanzione non si limiti a colpire una difformità formale o procedurale, ma investa il contenuto sostanziale dell'accordo.

Da questa diversa qualificazione discendono rilevanti conseguenze sul piano della disciplina applicabile. In particolare, mentre nei contratti meramente illegali possono trovare spazio strumenti di conservazione del negozio, quali la conversione o altre tecniche volte a salvaguardarne gli effetti compatibili con l'ordinamento, tali meccanismi risultano generalmente preclusi nei contratti illeciti, proprio perché l'assetto di interessi perseguito è, in radice, incompatibile con i valori giuridici tutelati.

Questa distinzione, elaborata in dottrina, ha una sua precisa ragione, poiché consente di concettualizzare il fatto che alle fattispecie riconducibili **al paradigma del c.d. contratto illecito non si applica una serie di norme che, invece, trova applicazione nelle fattispecie di contratto semplicemente illegale.**

La differenziazione tra contratto illecito e contratto illegale non risponde, dunque, solo a un'esigenza di chiarezza e di precisione concettuali, ma si accompagna anche — il che la rende, in qualche modo, non soltanto consentita, ma altresì, come si diceva, obbligata — all'introduzione di una disciplina parzialmente diversa, a seconda che la nullità del

contratto consegua all'illiceità della causa o dell'oggetto ovvero dipenda da altre ragioni e, in particolare, risulti ai sensi del comma 1 dell'art. 1418 c.c.

Così, l'art. 2126 c.c. attribuisce rilievo, fino alla sentenza dichiarativa della nullità, alle prestazioni effettuate in esecuzione di un contratto di lavoro nullo, legittimando il lavoratore a richiedere e/o a trattenere la retribuzione, ma esclude tale disciplina nelle ipotesi in cui la nullità del contratto dipenda dall'illiceità della causa o dell'oggetto. **Ancora, l'art. 2332 c.c.** stabilisce che la nullità di una società di capitali può essere pronunciata successivamente all'iscrizione della società soltanto quando ne sia illecito l'oggetto, e non negli altri casi di violazione di norme imperative. **Infine, l'art. 1972 c.c. non ammette la transazione su titolo illecito, mentre considera soltanto annullabile la transazione avente ad oggetto un titolo affetto da nullità per causa diversa dall'illiceità.**

La dottrina e la giurisprudenza ampliano poi la differenziazione tra le fattispecie di illiceità della causa o dell'oggetto e le altre ipotesi di negozio *contra legem*, allorché riferiscono solo alle prime, e non anche alle seconde, le norme che fanno genericamente riferimento al contratto illecito o, viceversa, ritengono applicabili solo alle seconde, e non anche alle prime, le norme che consentono variamente la "conservazione", la "conversione" o la "conferma" degli effetti di un negozio nullo.

Tali importanti differenze di regime tra il contratto meramente illegale e il contratto illecito impongono la necessità di rinvenire un solido criterio di distinzione tra le due categorie di contratti.

Il problema è complicato dal fatto che, in entrambi i casi, può venire in rilievo il contrasto con una norma imperativa.

Sul punto si contrappongono due orientamenti di fondo.

Secondo una prima ricostruzione, il criterio distintivo tra contratto illegale e contratto illecito dipenderebbe dalla diversa natura della norma o del principio imperativo con cui il contratto eventualmente contrasti.

In tale prospettiva, c'è chi distingue tra norme proibitive e norme meramente imperative (o ordinarie). Tale soluzione è stata criticata sulla base della considerazione secondo cui sono incerti i criteri attraverso i quali si cerca di individuare l'una o l'altra categoria di norme.

Secondo la ricostruzione preferibile, la distinzione tra contratto illegale e contratto illecito si rinviene, piuttosto, nel fatto che l'illiceità ricorre solo quando il contrasto con norme imperative riguarda la causa, l'oggetto, il motivo determinante e comune o la condizione, mentre in tutti gli altri casi si avrebbe mera illegalità.

Tale conclusione trova fondamento nella considerazione per cui, nelle predette ipotesi, elementi cruciali del contratto si pongono in irrimediabile contrasto con i valori dell'ordinamento, il che rende coerente un regime più rigoroso.

Il concetto di illiceità esprime, infatti, una contraddizione del contratto rispetto ai valori di fondo dell'ordinamento più intensa di quella espressa dalla mera illegalità.

Solo nel caso dell'illiceità l'ordinamento manifesta una riprovazione per il risultato che il contratto mira a realizzare.

Non sarebbe, ad esempio, possibile convertire un contratto con causa illecita, in quanto la rideterminazione dei suoi effetti nei limiti imposti dall'art. 1424 c.c. non sarebbe in grado di emendarlo dal contrasto con la norma o il principio imperativo che ha dato causa alla sua nullità, posto che la manipolazione degli effetti negoziali lascerebbe comunque permanere gli assetti patrimoniali (o, se del caso, personali) che l'ordinamento non vuole si producano. Allo stesso modo, il divieto di transazione su un titolo nullo, che l'art. 1972 c.c. prevede nel caso in cui l'invalidità dipenda dall'illiceità del contratto, si spiega con la permanenza, che la transazione di per sé implica, di assetti negoziali che la norma o il principio violati si propongono di impedire.

Da questo punto di vista, dunque, la questione dell'illiceità del contratto, in quanto distinta dalla sua mera illegalità, dipende dalla circostanza che il dispositivo negoziale introduca

una circolazione della ricchezza che l'ordinamento ritiene irrimediabilmente intollerabile e che, proprio per questo, deve in ogni caso essere impedita o rimossa.

Al riguardo si evidenzia che l'autonoma rilevanza del comma 1 (e della prima parte del comma 2, dedicata alle nullità c.d. strutturali) rispetto alla seconda parte del comma 2 si coglie considerando che solo i casi di contrarietà a norme imperative che non incidano sulla causa del contratto (o sull'oggetto, o sui motivi comuni) potrebbero determinare, nelle ipotesi previste dalla legge, conseguenze diverse dalla nullità, e ciò è dovuto alla loro minore intrinseca disapprovazione da parte dell'ordinamento.

Una parte della dottrina qualifica la nullità per illiceità come "**nullità politica**" (**ROPPO**), proprio per evidenziarne il maggior grado di disvalore alla luce dell'ordinamento giuridico.

Di recente, la categoria del contratto illecito è stata rispolverata **dalle Sezioni Unite nel 2023** in occasione dell'esame del quesito relativo alla sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa.

A tal fine rileva il passaggio in cui le Sezioni Unite hanno affermato che: «Resta preclusa la possibilità di agire ex art. 2041 c.c., anche in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico».

Da tale passaggio si ricava, infatti, che la Cassazione a Sezioni Unite distingue tra contratto meramente illegale (per carenza ab origine dei presupposti fondanti la domanda c.d. principale, come nel caso di contratto nullo), rispetto al quale ammette l'azione di arricchimento, e contratto illecito, rispetto al quale non ammette l'azione di arricchimento senza causa.

La ragione di fondo che ha portato le Sezioni Unite a rievocare la distinzione in esame risiede proprio nella considerazione che, nei casi di illiceità, consentire l'azione di arricchimento equivarrebbe a eludere il rigoroso giudizio di disapprovazione dell'ordinamento.

Di recente, la Terza Sezione della Cassazione, con sentenza 20/01/2025, n. 1284, ha ritenuto che tale passaggio meriti un approfondimento, poiché residuano sullo sfondo non pochi aspetti controversi, pur dopo l'autorevole arresto delle Sezioni Unite del 2023.

La questione specifica che ha generato il dubbio è se, in caso di nullità di un contratto stipulato dalla Pubblica Amministrazione per difetto di forma scritta, possa essere proposta l'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. In particolare, occorre stabilire se tale ipotesi rientri nel paradigma del contratto illecito, per violazione di norme imperative o per contrarietà all'ordine pubblico, ostativo all'ammissibilità della suddetta azione, ovvero nella fattispecie di "inesistenza ab origine" del titolo contrattuale, rispetto alla quale l'azione di arricchimento sarebbe esperibile.

Tale questione è stata, nel 2025, rimessa alle Sezioni Unite per la relativa composizione.

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite, non pare che il contratto privo della forma ad substantiam possa rientrare nel paradigma del contratto illecito, che costituisce l'oggetto della nuova rimessione alle Sezioni Unite.

Nel caso del contratto stipulato dalla P.A. privo della forma ad substantiam, infatti, non si versa nell'ipotesi di un contratto illecito, bensì in quella della c.d. nullità strutturale (di cui all'art. 1418, comma 2, prima parte, c.c.), con la conseguenza che dovrebbe ammettersi l'azione di arricchimento senza causa.

In tal senso è, del resto, orientata la giurisprudenza prevalente, che, nelle ipotesi di esecuzione di contratti della P.A. nulli per vizio di forma, ammette l'azione di arricchimento.

Del resto, se un contratto della P.A. è nullo per difetto di forma, ciò comporta precisamente che il soggetto impoverito dalla sua esecuzione – sia esso il privato o la stessa P.A. – non dispone di un'azione contrattuale da far valere.

Più in generale, in sede di teoria generale, vengono definite come meramente ordinarie, e non imperative, le norme che stabiliscono i requisiti di forma necessari per la validità del contratto. Diverso è, nelle due categorie di norme, il modo di operare e il significato stesso del limite posto dalla legge all'atto di autonomia privata: le norme imperative vietano il regolamento di interessi che le parti hanno pattuito proprio in considerazione degli effetti che esso è diretto a produrre; le norme c.d. ordinarie, invece, non vietano gli effetti del contratto, ma stabiliscono i requisiti che consentono a quest'ultimo di produrli.

SINTESI SU CONTRATTO ILLECITO ALLA LUCE DELLE SEZIONI UNITE 2026 (ESTRATTO DELLA SINTESI SULLA PARTE SPECIALE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO).

La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 11513 del 2026 si colloca all'interno del complesso dibattito relativo ai rapporti tra nullità contrattuale, tutela dell'affidamento e operatività dell'azione generale di arricchimento senza causa, affrontando in particolare il delicato problema della sua applicabilità nell'ambito dei rapporti contrattuali intercorsi con la Pubblica Amministrazione. La decisione assume una rilevanza sistematica di notevole portata poiché interviene in un settore nel quale si confrontano, da un lato, le esigenze di legalità, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa e, dall'altro, il principio generale che vieta il consolidarsi di spostamenti patrimoniali privi di giustificazione causale.

La controversia trae origine da un rapporto di utenza idrica instaurato tra un Comune e un privato in assenza della forma scritta richiesta *ad substantiam* per i contratti della Pubblica Amministrazione. L'ente locale, dopo aver erogato il servizio idrico e richiesto il pagamento dei relativi consumi, aveva invocato, in via subordinata, il rimedio previsto dall'art. 2041 c.c., sostenendo che il privato si fosse comunque avvantaggiato della prestazione ricevuta. La questione sottoposta alle Sezioni Unite riguardava, pertanto, la possibilità per la Pubblica Amministrazione di agire mediante l'azione di arricchimento senza causa quando il contratto posto a fondamento del rapporto sia affetto da nullità per difetto della forma prescritta dalla legge.

L'analisi della Corte prende le mosse dalla natura dell'azione generale di arricchimento, tradizionalmente qualificata come rimedio sussidiario e residuale. Tale qualificazione non rappresenta una mera caratteristica procedurale, bensì esprime una precisa opzione di politica legislativa. L'art. 2041 c.c. è infatti destinato a operare esclusivamente nei casi in cui l'ordinamento non predisponga altri strumenti tipici di tutela, svolgendo una funzione di chiusura del sistema e impedendo che si consolidino trasferimenti patrimoniali privi di una causa giustificatrice. La sussidiarietà dell'azione, tuttavia, non può essere interpretata in modo tale da trasformare l'istituto in uno strumento idoneo ad aggirare norme imperative o a neutralizzare le conseguenze che l'ordinamento ricollega alla violazione di interessi pubblici fondamentali. In questa prospettiva, la Corte evidenzia come il principio di sussidiarietà sia funzionale alla tutela della certezza del diritto, alla coerenza sistematica dell'ordinamento e al rispetto delle scelte legislative in materia di invalidità negoziale.

Muovendo da tali premesse, le Sezioni Unite sviluppano il nucleo centrale del proprio ragionamento attraverso una distinzione concettuale destinata ad assumere valore generale. La nullità del contratto, infatti, non costituisce un fenomeno unitario e omogeneo, poiché le ragioni che ne determinano l'insorgenza possono essere profondamente diverse sotto il profilo assiologico e sistematico. La Corte distingue, pertanto, tra nullità meramente strutturali e nullità derivanti da una situazione di illiceità.

Nella prima categoria rientrano le ipotesi in cui il contratto difetti di uno degli elementi richiesti dalla legge per la sua valida formazione, come accade nei casi di mancanza della forma prescritta *ad substantiam* o di assenza di un requisito essenziale del negozio. In tali situazioni il contratto è certamente invalido, ma non esprime necessariamente un contenuto contrario ai valori fondamentali dell'ordinamento. La nullità, in altri termini, deriva da una carenza strutturale del negozio e non dall'illiceità dell'interesse perseguito dalle parti. Proprio per tale ragione, secondo la Corte, non vi sono ostacoli di principio all'applicazione dell'art. 2041 c.c., purché ne ricorrano tutti i presupposti.

Diversa è invece la situazione nelle ipotesi di nullità per illiceità, quali quelle riconducibili a una causa illecita, a un oggetto illecito, alla frode alla legge o alla violazione di norme

penali. In tali casi il contratto non è semplicemente invalido, ma è portatore di un contenuto incompatibile con i valori fondamentali protetti dall'ordinamento. **La Corte attribuisce a queste fattispecie un particolare disvalore, rilevando che l'illiceità non si limita a incidere sulla struttura del negozio, bensì investe direttamente la meritevolezza degli interessi perseguiti.**

Da ciò deriva l'impossibilità di consentire al soggetto che abbia eseguito una prestazione nell'ambito di un rapporto illecito di recuperare indirettamente quanto perduto mediante l'azione di arricchimento. Ammettere una simile tutela significherebbe infatti neutralizzare gli effetti della sanzione civilistica e, indirettamente, riconoscere una protezione economica a comportamenti che l'ordinamento intende invece reprimere.

La Corte richiama, a sostegno di tale impostazione, una serie di ipotesi paradigmatiche, tra cui i negozi posti in essere in frode alla legge e le prestazioni contrarie al buon costume. In tutte queste situazioni emerge la necessità di evitare che l'azione generale di arricchimento si trasformi in un meccanismo di recupero economico degli effetti di attività radicalmente incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento.

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso dei contratti della Pubblica Amministrazione, le Sezioni Unite affrontano il tema della forma scritta. L'ordinanza di rimessione aveva sostenuto che la prescrizione della forma scritta per i contratti pubblici svolga una funzione di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, quali la trasparenza dell'azione amministrativa, il controllo della spesa pubblica, il buon andamento e la corretta gestione delle risorse collettive. Da ciò si era prospettata la possibilità di equiparare il difetto di forma a un'ipotesi di illiceità, con la conseguente esclusione dell'azione di arricchimento.

Le Sezioni Unite respingono però tale ricostruzione. Pur riconoscendo l'elevato rilievo degli interessi pubblici sottesi alla prescrizione della forma scritta, la Corte osserva che la sua violazione non trasforma automaticamente il contratto in un negozio illecito. Il difetto di forma determina certamente la nullità del contratto, ma non implica che la prestazione eseguita sia intrinsecamente contraria all'ordinamento. La nullità rimane pertanto

confinata sul piano strutturale e non assume quel particolare disvalore che caratterizza le ipotesi di illiceità. Da questa premessa deriva la conclusione secondo cui il patrimonio pubblico non può essere legittimamente arricchito a danno del privato soltanto perché il contratto risulta invalido per mancanza della forma prescritta.

La decisione si inserisce inoltre nel percorso evolutivo della giurisprudenza in materia di arricchimento nei confronti della Pubblica Amministrazione. In passato, infatti, l'ammissibilità dell'azione era subordinata al cosiddetto riconoscimento dell'utilità della prestazione da parte dell'ente pubblico. Tale impostazione, progressivamente abbandonata e definitivamente superata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 10798 del 2015, attribuiva un rilievo decisivo alla manifestazione di volontà dell'amministrazione. L'indirizzo più recente, invece, valorizza il carattere oggettivo dell'arricchimento, individuando il presupposto dell'azione nell'effettivo incremento patrimoniale conseguito dall'ente, indipendentemente da qualsiasi riconoscimento formale della sua utilità. L'art. 2041 c.c. viene così configurato come una clausola generale volta a riequilibrare situazioni di ingiustificato vantaggio economico, secondo una logica sostanziale piuttosto che formalistica.

La Corte persegue quindi un delicato bilanciamento tra esigenze apparentemente contrapposte. Da una parte permane la necessità di garantire il rispetto delle regole che disciplinano l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e di salvaguardare i principi di legalità, buon andamento e controllo della spesa pubblica. Dall'altra, tuttavia, non può essere ignorata l'esigenza di evitare che l'amministrazione tragga un vantaggio economico privo di giustificazione causale. Il punto di equilibrio viene individuato nella possibilità per la Pubblica Amministrazione di opporsi all'azione di arricchimento dimostrando di avere rifiutato la prestazione oppure di non aver avuto la possibilità di impedirne l'esecuzione per mancanza di consapevolezza. In tal modo si evitano sia i fenomeni di arricchimento imposto sia il rischio che il privato possa unilateralmente interferire nell'organizzazione amministrativa per poi pretendere un corrispettivo.

Particolarmente significativo appare il richiamo all'art. 191 del d.lgs. n. 267 del 2000. Tale disposizione prevede che, in assenza di adeguata copertura contabile, gli enti locali non assumano validamente obbligazioni nei confronti dei terzi. Le Sezioni Unite sottolineano tuttavia che la disciplina contabile non è finalizzata a rendere inattaccabile l'arricchimento dell'amministrazione. L'ordinamento, infatti, prevede specifici meccanismi di responsabilità nei confronti del funzionario che abbia agito in violazione delle regole contabili, dimostrando così che la tutela dell'equilibrio finanziario dell'ente non coincide con la legittimazione di un vantaggio patrimoniale privo di causa.

Un ulteriore profilo di rilievo sistematico concerne il rapporto tra l'azione di ripetizione dell'indebito e l'azione di arricchimento. La Corte ribadisce che il rimedio restitutorio previsto dall'art. 2033 c.c. conserva carattere prioritario e che il ricorso all'art. 2041 c.c. è consentito soltanto quando la ripetizione sia strutturalmente impraticabile fin dall'origine. Non è sufficiente, pertanto, che il soggetto interessato abbia lasciato prescrivere il proprio diritto o sia incorso in una decadenza; occorre invece che il rimedio restitutorio risulti ontologicamente inidoneo a ripristinare la situazione patrimoniale precedente. Ciò accade tipicamente nelle prestazioni di fare, nei servizi già eseguiti o nei casi in cui il bene oggetto della prestazione sia stato consumato e non possa essere restituito in natura.

Alla luce di tali principi, la soluzione del caso concreto appare coerente con l'impostazione generale adottata dalle Sezioni Unite. L'acqua erogata dal Comune era stata integralmente consumata dall'utente e non risultava quindi suscettibile di restituzione materiale. L'azione di ripetizione dell'indebito si rivelava, per sua natura, impraticabile. In assenza di un diverso rimedio tipico e trattandosi di una nullità derivante esclusivamente dal difetto di forma, la Corte ha ritenuto che l'unico strumento utilizzabile fosse l'azione generale di arricchimento senza causa prevista dall'art. 2041 c.c.

La sentenza si segnala dunque per avere fornito una ricostruzione organica del rapporto tra invalidità contrattuale e arricchimento senza causa, valorizzando il diverso significato sistematico delle varie forme di nullità. Essa afferma con chiarezza che la nullità derivante dalla violazione delle regole formali che disciplinano l'attività negoziale della Pubblica

Amministrazione non può essere assimilata alle ipotesi di illiceità negoziale e non giustifica, di per sé sola, il consolidamento di un vantaggio patrimoniale privo di causa. Ne emerge una concezione dell'art. 2041 c.c. quale strumento di giustizia correttiva e di riequilibrio patrimoniale, capace di operare anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, purché nel rispetto della sua funzione sussidiaria e senza compromettere i principi fondamentali dell'ordinamento.

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DI DIRITTO CIVILE 27.03.2026

CONTRATTO DI ACCERTAMENTO E TRANSAZIONE. TRANSAZIONE SU TITOLO NULLO

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DELLA FULL IMMERSION DI DIR. CIV.10.06.2026 SU TRANSAZIONE E NEGOZIO DI ACCERTAMENTO

Sempre sul piano della collocazione sistematica degli effetti del contratto deve essere ricondotto anche il negozio di accertamento, tema già affrontato diffusamente altrove. Anche qui, trattandosi di una figura non espressamente disciplinata dalla legge, la discussione ha investito innanzitutto la sua stessa ammissibilità.

Una posizione risalente, riconducibile a Santoro-Passarelli, negava l'ammissibilità del negozio di accertamento, sul presupposto che la capacità di accertare un diritto spettasse soltanto al giudice. Tale impostazione è stata superata e oggi il dibattito si concentra, in estrema sintesi, su due tesi di fondo.

Secondo una prima tesi (ROPPO), il negozio di accertamento avrebbe effetti meramente processuali, consistenti nell'inversione dell'onere della prova: si tratterebbe, in sostanza, di uno schema assimilabile al riconoscimento di debito, con effetto di *relevatio ab onere probandi*.

Secondo un'altra tesi (GIORGIANNI), più accreditata, il negozio di accertamento produce invece effetti preclusivi, nel senso che serve a precludere alle parti la possibilità di contestare in futuro l'oggetto dell'accertamento. Le parti, accertando che la situazione giuridica sta in un determinato modo, si precludono reciprocamente, per il futuro, la possibilità di dimostrare che essa stia diversamente.

L'unico limite è costituito dal cosiddetto difetto causale, che ricorre quando si dimostri che l'accertamento è avvenuto in assenza del presupposto dell'incertezza di una situazione precedente. Se si dimostra che quella situazione precedente non esisteva affatto, il negozio di accertamento è privo di causa. Se invece il negozio preesistente da accertare esisteva ed è stato accertato secondo determinati contenuti, non sarà più possibile contestare che l'accertamento abbia fissato un contenuto diverso rispetto a quello risultante dal negozio di accertamento.

Questa possibilità, invece, residua se si aderisce alla prima tesi, quella del negozio di accertamento con effetti meramente processuali, perché in tal caso l'inversione dell'onere della prova dà luogo soltanto a una presunzione relativa, superabile dimostrando che il negozio oggetto di accertamento aveva un contenuto diverso da quello risultante dal successivo atto di accertamento.

La tesi degli effetti preclusivi consente anche di chiarire meglio, rispetto alla tesi processuale, la distinzione tra negozio di accertamento e confessione. Aderendo alla tesi processuale, la distinzione tende a sbiadire, poiché l'unica differenza starebbe nel fatto che la confessione riguarda fatti, mentre il negozio di accertamento riguarda diritti; il regime, tuttavia, sarebbe simile, essendo entrambi caratterizzati da effetti di natura processuale.

Accogliendo invece la tesi, riconducibile a Giorgianni, del negozio di accertamento con effetti preclusivi, la distinzione con la confessione diviene netta, perché il negozio di accertamento è un negozio giuridico, cui si applica il relativo regime, mentre la confessione è, secondo la tesi più accreditata, un atto giuridico in senso stretto. Inoltre, il primo produce effetti preclusivi, la seconda soltanto effetti processuali.

Accolta questa tesi, si pone però un problema di distinzione con un'altra figura di confine, la transazione. La differenza è più agevole se si aderisce alla tesi del negozio di accertamento con effetti meramente processuali, poiché in tal caso il negozio di accertamento determina soltanto la *relevatio ab onere probandi*, mentre la transazione implica un *aliquid datum, aliquid retentum* e produce effetti sostanziali, modificando in senso costitutivo la posizione originaria.

Se invece si accoglie la tesi più persuasiva del negozio di accertamento con effetti preclusivi, la distinzione con la transazione diviene più sottile, ma permane. La transazione, infatti, recide il nesso di derivazione causale con la situazione di partenza: essa ha proprio la funzione di superare la situazione iniziale, anche se poi si dovesse scoprire che quella situazione iniziale, in linea di principio, non esisteva affatto. È per questo che la transazione può costituire anche uno strumento di elusione della causa del contratto.

Un'ulteriore differenza riguarda le modalità di formazione delle due figure. La transazione presuppone una lite e implica che le parti raggiungano una posizione mediana tra due pretese contrapposte; il negozio di accertamento, invece, presuppone una situazione di incertezza, non necessariamente una lite. L'incertezza, infatti, può essere anche unilaterale e non implica, di per sé, la contrapposizione di due pretese.

Inoltre, il negozio di accertamento non determina necessariamente la fissazione di un punto di equilibrio mediano tra due posizioni: può anche avvantaggiare integralmente una parte rispetto all'altra, soprattutto se si aderisce alla tesi degli effetti preclusivi, la quale non richiede una necessaria corrispondenza tra il contenuto dell'originario negozio oggetto di accertamento e quello del successivo negozio di accertamento.

La transazione, invece, si caratterizza sempre per i suoi effetti costitutivi, mentre il negozio di accertamento ha soltanto effetti preclusivi. Anche quando la transazione non sia novativa, essa non consente, in linea di principio, di rimettere in discussione il rapporto originario semplicemente dimostrando che l'oggetto della transazione fosse inesistente; ciò spiega, ad esempio, la disciplina dell'impugnazione della transazione su titolo nullo e quella della transazione temeraria.

Se le parti sono d'accordo, la transazione consente comunque di superare la situazione iniziale con effetti costitutivi e non soltanto preclusivi. Certamente, quando la transazione è novativa, il distacco dal rapporto originario è ancora più evidente, poiché la novazione estingue il rapporto precedente e ne costituisce uno nuovo. Tuttavia, anche al di fuori della transazione novativa, la transazione mantiene una funzione costitutiva generale, che incide sul titolo originario in misura più o meno intensa.

Diversamente, nel negozio di accertamento, se viene annullato il contratto accertato, il successivo negozio di accertamento diviene privo di causa, essendo stato posto in essere sulla base di un contratto poi travolto.

Il regime è dunque differente: il negozio di accertamento ha soltanto effetto preclusivo e resta strettamente legato, sul piano causale, al negozio accertato; la transazione ha invece causa propria, mira a superare la lite e recide il nesso causale con il precedente negozio. Perciò la transazione non è un negozio con causa esterna, mentre il negozio di accertamento, nella prospettiva degli effetti preclusivi, può essere inteso come un negozio con causa esterna, fondata sull'esigenza di stabilizzare una situazione incerta.

Da questa diversa funzione deriva anche un regime di impugnazione peculiare della transazione, che trova la sua massima espressione nella transazione novativa, ma conserva rilievo anche nella transazione non novativa.

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE D FULL IMMERSION DI DIR. CIV.10.06.2026 SU TRANSAZIONE avente ad oggetto un TITOLO NULLO O ILLECITO

Viene infine in rilievo l'art. 1972 c.c., che ammette la transazione su titolo nullo, ma non quando il titolo è impregnato di un disvalore così elevato da qualificarsi come illecito.

È quindi molto importante stabilire bene quando si versi in una categoria piuttosto che nell'altra, cioè quando si sia davanti a un **contratto meramente illegale oppure a un contratto illecito**.

Nel dibattito si registra una fondamentale contrapposizione di opinioni.

Un primo orientamento dottrinale sostiene che occorrerebbe distinguere sulla base della natura della norma violata. Nell'ambito delle norme imperative si distinguerebbero norme dotate di un maggiore grado di cogenza, di un maggiore grado di disvalore. È lo stesso ragionamento già indicato come falso principio a sostegno della tesi della nullità virtuale. Esso non orienta l'interprete, perché un ragionamento analogo viene utilizzato proprio per distinguere il contratto illegale dal contratto illecito.

Si afferma che esisterebbero norme maggiormente cogenti, che addirittura dovrebbero chiamarsi proibitive, mentre esisterebbero altre norme soltanto imperative, che ordinano di non fare qualcosa, ma non lo proibiscono. La distinzione tra norme ordinarie e norme proibitive non è però realmente spiegabile.

Per questa ragione, la dottrina più recente e la giurisprudenza, come ribadito dalle Sezioni Unite del 2026, distinguono tra illiceità e illegalità sulla base delle norme e, segnatamente, dei riferimenti al contratto illecito che si ricavano dalle norme. Quando a essere illecito è uno degli elementi richiamati, cioè la causa, l'oggetto, il motivo comune o la condizione, si ha contratto illecito. Negli altri casi si ha una mera illegalità.

La questione è stata rimessa al centro del dibattito in relazione all'arricchimento senza causa, perché nel 2023 le Sezioni Unite avevano affermato che il contratto illecito, ossia la nullità per illiceità, rientra tra i casi nei quali non è possibile agire con l'azione di arricchimento senza causa.

Si era posto, quindi, il problema di capire se la stipula di un contratto con la pubblica amministrazione privo della forma scritta rientrasse nel concetto di contratto meramente illegale o di contratto illecito. Le Sezioni Unite, nel 2026, hanno escluso che si tratti di un

contratto illecito, affermando che si tratta di un contratto meramente illegale, nullo per mancanza di un elemento di carattere strutturale del contratto, cioè la forma.

Non basta che si tratti di una norma imperativa, quale certamente è la norma che impone la forma scritta per i contratti della pubblica amministrazione. Cionondimeno, le Sezioni Unite affermano che quella norma non riguarda l'oggetto o la causa, ma riguarda un elemento, la forma, rispetto al quale il legislatore non si è premurato di stabilire che, analogamente agli altri elementi, la sua mancanza possa porsi a base di un contratto illecito. La sua mancanza è stata presa in considerazione tra gli elementi strutturali: si tratta, quindi, di una nullità strutturale e, dunque, di una mera illegalità.

La conseguenza è che, quando il contratto è invece illecito, non è possibile l'arricchimento senza causa. Questa conseguenza è espressione della tendenza a generalizzare il regime relativo ai contratti immorali.

Nell'ambito dei contratti illeciti è possibile individuare una specificazione rappresentata dal contratto immorale, che si ricava dall'art. 2035 c.c., relativo alla prestazione contraria al buon costume. Chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume, non può ripetere quanto ha pagato.

La critica rivolta alle Sezioni Unite del 2023, quando hanno affermato che non si può applicare l'arricchimento senza causa al contratto illecito in generale, e non solo al contratto immorale, è quella di estendere a tutti i contratti illeciti una regola che il legislatore si è premurato di stabilire solo nei confronti dei contratti immorali. Si potrebbe osservare che, se il legislatore avesse voluto estendere questa regola anche agli altri contratti illeciti, l'avrebbe prevista in relazione alla categoria dell'illiceità, e non lo ha fatto.

Si replica, però, che bisogna capire quale sia la ratio che ispira l'art. 2035 c.c., norma diversamente interpretata in dottrina. La dottrina tradizionale ne dà un'interpretazione moraleggiante, richiamando il principio *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*. Secondo questa impostazione, non si può chiedere la restituzione di una prestazione immorale perché, per farlo, si dovrebbe allegare di aver svolto una prestazione immorale

e quindi palesare l'immoralità della propria prestazione. Si tratta di un'interpretazione etica della norma, non più seguita dalla dottrina moderna.

La dottrina più moderna si rifà, invece, a una spiegazione fondata sull'analisi economica del diritto. La norma avrebbe una funzione di prevenzione generale: la sua funzione sarebbe quella di dissuadere dal porre in essere condotte immorali, lasciando operare la sanzione consistente nell'impossibilità di ripetere quanto prestato.

In un recente contributo si afferma che, se la norma viene interpretata in questo modo, essa avrebbe una capacità espansiva tale da porsi a fondamento di una regola applicabile all'intero contratto illecito. Questa spiegazione non convince pienamente, ma esiste e può essere riportata.

Contro queste considerazioni vi è il fatto che il legislatore ha voluto ritagliare, nell'ambito del contratto illecito, una particolare specie di illiceità, evidentemente ritenuta più grave della mera illiceità, prevedendo l'art. 2035 c.c.

In secondo luogo, non ammettere l'arricchimento senza causa e la ripetizione significherebbe mantenere, almeno in parte, un assetto di interessi che invece l'intera categoria del contratto illecito mira a far venir meno. Se si afferma che il contratto illecito non è suscettibile di conversione e non è suscettibile di conservazione, perché esprime un disvalore così netto da non consentire nemmeno di salvarne una parte, occorre comprendere perché dovrebbe essere salvata la prestazione.

Il legislatore, se volesse, potrebbe estendere la regola all'intero contratto illecito sulla base dell'analisi economica del diritto. Potrebbe affermare che è talmente importante evitare la conclusione di questi contratti che, se vengono conclusi, il soggetto deve assumersi tutte le responsabilità, senza poter ottenere nemmeno la restituzione. Ciò sarebbe possibile. Convince meno, invece, l'idea che questa estensione possa essere operata in via interpretativa a tutti i contratti illeciti. Tuttavia, una parte della dottrina ritiene che, interpretando così l'art. 2035 c.c., esso possa essere considerato espressione di un principio generale.

TRASCRIZIONE DELLA FULL IMMERSION – LEZ. DIR. CIV.10.06.2026 SU ABUSO DEL CONTRATTO DI ACCERTAMENTO. DIFFERENZE CON LA TRANSAZIONE

Il contratto può rivolgersi sia al futuro sia al passato, come accade nel negozio di accertamento, che si rivolge al passato ma produce effetti preclusivi *pro futuro*.

Oggi il dibattito non riguarda più tanto l'ammissibilità del negozio di accertamento, quanto i suoi effetti. Si contendono il campo due fondamentali orientamenti: le teorie dichiarative e le teorie del contratto di accertamento ad effetti preclusivi.

Le teorie dichiarative sostengono che dal contratto di accertamento derivino effetti meramente processuali, secondo il modello della *relevatio ab onere probandi*, a immagine del riconoscimento di debito e della promessa di pagamento.

La conseguenza sarebbe che gli effetti si produrrebbero soltanto sul piano della prova, che verrebbe facilitata, ma sarebbe sempre possibile dimostrare che le cose stanno diversamente rispetto a quanto risulta dalla presunzione probatoria. Sarebbe quindi sempre ammessa la prova contraria, non solo nel senso, pacifico, di poter dimostrare che si è accertato qualcosa che non era mai esistito, circostanza che dà luogo a una chiara nullità del negozio di accertamento, ma anche nel senso di poter dimostrare che ciò che esisteva era diverso da quanto accertato.

Questa tesi è oggi minoritaria sia in dottrina sia in giurisprudenza. Dottrina e giurisprudenza convergono ormai sulla tesi, elaborata da Michele Giorgianni, del negozio di accertamento ad effetti preclusivi.

Con il negozio di accertamento, le parti si vincolano a rispettare il nuovo assetto di interessi delineato nel negozio di accertamento. Il rapporto, così come accertato, non può più essere contestato, se non nell'ipotesi limite in cui il negozio accertato non esistesse affatto.

Il negozio di accertamento resta infatti un negozio con causa esterna: la sua causa risiede nell'esistenza di un negozio da accertare. Se manca il negozio da accertare, viene meno la causa.

Sotto questo profilo, il negozio di accertamento, **a differenza della transazione** e della confessione, non consente di aggirare totalmente il requisito causale, fingendo confessioni relative a fatti mai avvenuti o liti mai esistite. Transazione e confessione sono strumenti attraverso i quali si può eludere il requisito della causa; il negozio di accertamento, invece, conserva un ineliminabile nesso causale con il negozio accertato.

Questo non significa, però, che il negozio di accertamento abbia solo efficacia dichiarativa: esso produce effetti preclusivi.

La logica, prima ancora del diritto, lo dimostra. Se le parti, prima di stipulare un negozio di accertamento, dovessero essere certe di ciò che stanno accertando e se, ove emergesse successivamente che quella certezza non esisteva, potessero rimettere in discussione tutto, si finirebbe per pretendere dalle parti di accertare esattamente l'oggetto delle cose accertate. Ma, se le parti fossero già in grado di accertare esattamente quel rapporto, non avrebbero alcuna esigenza di stipulare un negozio di accertamento, perché mancherebbe l'incertezza.

Le parti accertano qualcosa proprio perché si trovano in una situazione di incertezza e vogliono porvi fine, non attraverso reciproche concessioni, come nella transazione, ma mediante un accertamento. Ne deriva che le parti si vincolano a quel nuovo assetto di interessi, che per loro è preclusivo.

Restano salvi la nullità per difetto di causa e il caso in cui il nuovo negozio sia esso stesso affetto da vizi. Se, ad esempio, il soggetto stipula il negozio di accertamento in stato di incapacità di intendere e di volere, potrà impugnare il negozio. Non potrà, però, impugnare l'errore inconsapevole di carattere contenutistico, cioè il fatto di scoprire, dopo il negozio di accertamento, che il negozio accertato prevedeva qualcosa che egli non conosceva. Diversamente verrebbero meno gli effetti preclusivi del negozio di accertamento.

La questione dell'abuso si pone quando il negozio accertato conteneva una clausola abusiva o era affetto da una nullità di protezione. Occorre stabilire se le parti possano stipulare un negozio di accertamento precludendosi la possibilità di far valere la nullità di protezione.

Il problema è quindi l'utilizzo del contratto di accertamento come strumento di abuso negoziale, volto ad aggirare le tutele. Il professionista potrebbe costringere il consumatore a stipulare un contratto di accertamento nel quale si dà atto che la clausola è stata oggetto di trattativa individuale, mentre in realtà non lo è stata.

Le clausole abusive nei contratti dei consumatori sono quelle che, in contrasto con la buona fede, determinano un significativo squilibrio di diritti e obblighi e non sono state oggetto di trattativa individuale. La trattativa individuale ha normalmente efficacia sanante, salvo il caso di alcune nullità, cioè le cosiddette nullità della lista nera.

È chiaro che tale aggiramento non può avvenire, perché sarebbe in contrasto con la nullità di protezione. I principi relativi al negozio di accertamento consentono già di evitare questo risultato.

La nullità di protezione è una nullità che incide anche sul piano causale del contratto. Se il contratto è affetto da nullità di protezione, si potrebbe osservare che esso non è ancora stato invalidato e produce, *medio tempore*, effetti. Tuttavia, non vi è dubbio che le parti possano far valere questa nullità.

In tal senso si può argomentare anche dall'efficacia ultrattiva della nullità di protezione, recentemente riconosciuta dalle Sezioni Unite addirittura con riferimento ai casi di formazione del giudicato. A maggior ragione non si può ritenere che un contratto di accertamento produca effetti maggiori di una sentenza giudiziale.

L'abuso potrebbe essere sventato anche in relazione alle forme di pressione esercitate per ottenere la stipula del contratto di accertamento: in tal caso sarebbe sufficiente impugnare il negozio di accertamento, ad esempio se affetto da violenza.

SINTESI SU TRANSAZIONE E OBBLIGAZIONI SOLIDALI (ESTRATTO DELLA SINTESI SU OBBLIGAZIONI SOLIDALI)

Conforme al criterio della estensione degli effetti favorevoli e della non estensione di quelli favorevoli è anche quello che rimette alla volontà delle parti la possibilità di decidere se avvalersi della transazione stipulata da uno di essi (1304), ovvero di una sentenza pronunciata nei riguardi di altro condebitore o concreditore.

E in effetti, in caso di transazione, non è possibile stabilire ex ante se l'esito di tale vicenda negoziale sarà favorevole o sfavorevole per gli altri condebitori.

Coerentemente con le delineate premesse, è invece esclusa qualsivoglia estensione ai consorti di vicende personali ad uno solo di essi, e segnatamente della facoltà di opporre alla controparte le eccezioni personali.

Sulla base delle coordinate in precedenza delineate in relazione all'obbligazione solidale, occorre interrogarsi in ordine agli effetti della transazione del debito solidale, la quale è espressamente regolata esclusivamente con riferimento all'intero debito o credito solidale.

L'art. 1304 c.c. regola la fattispecie della transazione conclusa dal creditore con uno dei propri debitori solidali, disponendo che l'accordo dispieghi i propri effetti tra creditore e condebitore transigente, e non verso i condebitori estranei, che tuttavia hanno facoltà di profittare della transazione (la stessa regola si applica se è uno dei concreditori a transigere col debitore). Va in via preliminare osservato che i contenuti della disposizione, introdotta con il codice del 1942, sono coerenti con il principio di relatività degli effetti del contratto (di transazione). Essi, inoltre, appaiono conformi al principio, che informa in generale il regime delle vicende dell'obbligazione solidale, della tendenziale non comunicabilità degli atti pregiudizievoli e dell'estensione di quelli vantaggiosi, posto che tale principio non può operare in via meccanica laddove, come fisiologicamente accade per in relazione al contratto di transazione (che, come noto, consiste in reciproche concessioni tra le parti), gli atti non siano dotati di quelle caratteristiche obiettive che permettano di stabilire a priori se essi possono nuocere o giovare ai soggetti del rapporto.

Ma se questa è la ragione della scelta del legislatore, non stupisce, altresì, che l'art. 1304 c.c., consenta ai condebitori solidali non transigenti di avvalersi— analogamente a quanto si prevede in relazione ai giudicati — degli effetti della transazione ogni qual volta ritengano che l'assetto di sacrifici reciproci conseguente alla transazione sia per loro favorevole.

La norma in esame contempla la fattispecie in cui il singolo condebitore e il singolo concreditore compirebbero atti di disposizione riguardanti l'intero complesso dei rapporti solidali, compresi i rapporti di cui sono titolari gli altri condebitori o concreditori, sicché sarebbe normale la necessità di una dichiarazione di questi ultimi affinché il contratto possa produrre effetti nei loro confronti, senza che, per questo, si possa ritenere che essi divengano parte della transazione stessa: si tratterebbe, in altri termini, di una semplice estensione degli effetti della transazione.

Dall'eventuale ricorrenza della dichiarazione di voler profittare della transazione conclusa da un proprio condebitore solidale discende una conseguenza operativa importante: il creditore che abbia transatto con uno solo dei debitori si assume il rischio di non potere chiedere la parte residua del suo credito ai condebitori non transigenti. In via esemplificativa, il creditore che abbia rinunciato a pretendere l'intero credito di 150 da uno dei condebitori per ottenere, subito e senza eccezioni, 120 non potrebbe certamente fare valere la residua porzione di credito (pari a 30) verso gli "altri" condebitori solidali quando questi ultimi dichiarino di avvalersi della transazione.

Diversamente dall'ipotesi appena esaminata, i condebitori (o i concreditori) non transigenti potrebbero però non aderire alla transazione: eventualità che ricorre ad esempio quando, a differenza del consorte transigente, essi ritengano la pretesa creditoria (o l'eccezione avanzata dal debitore ad uno dei consorti) non fondata (nell'an ovvero nel quantum definito in via transattiva). Le conclusioni raggiunte evidenziano allora come il creditore che transiga con uno dei condebitori sul debito solidale non possa soddisfare il proprio interesse a conservare l'azione per la residua parte del credito originario: con certezza nel caso di profittamento.

Al riguardo, occorre domandarsi se il creditore possa, con apposita pattuizione, garantire un simile interesse, non espressamente tutelato dall'art. 1304 c.c. .

Una pattuizione siffatta suscita perplessità che sono state condivise dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2011. Invero, nei fatti, un patto di riserva del credito ha l'effetto di impedire ai condebitori non transigenti l'esercizio del diritto potestativo — assicurato dall'art. 1304 di avvalersi dell'avvenuta transazione.

Certo si può discutere se un tale patto sia nullo per violazione diretta o indiretta (negozio in frode alla legge) di una norma imperativa (art. 1304), come reputa taluno, ovvero inefficace, in base al rilievo per cui gli effetti del contratto, per loro natura, non possono incidere su diritti di terzi, ma pochi dubbi sussistono in ordine alla sua non vincolatività per i debitori non transigenti.

Ma una tale soluzione ha un senso, anzi si impone, quando il creditore richieda al debitore transigente l'esecuzione dell'intero debito solidale. Potrebbe non esserlo, invece, quando la transazione abbia ad oggetto la sola porzione di debito del condebitore transigente (o la porzione di credito di tino dei concreditori). Si pensi all'ipotesi in cui il creditore vanti un credito pari a 1500 nei confronti di tre diversi debitori (obbligati per pari quote) e la transazione con uno solo di essi sia conclusa per 300.

Possibile, in un simile caso, che i contraenti non siano addivenuti alla transazione dell'intero debito ma piuttosto abbiano **deciso di transigere solo in relazione alla quota di debito imputabile al singolo debitore transigente**: come la regola della solidarietà non impedisce al creditore di richiedere il pagamento parziario al singolo condebitore, allo stesso modo le parti potrebbero disporre in via transattiva della sola quota di un condebitore.

Con una conseguenza rilevante: l'impossibilità per i condebitori, che certo non possono avvalersi di un contratto non avente ad oggetto il rapporto “comune”, di giovare dei meccanismi di cui all'art. 1304 c.c.

In realtà, si potrebbe obiettare che l'art. 1304 c.c. non contempla esplicitamente la possibilità della transazione sulla sola quota, ma solo quella che ha ad oggetto l'intero debito.

Tuttavia, oggi, secondo l'opinione del tutto prevalente — in dottrina come in giurisprudenza — creditore e debitore possono limitare l'oggetto della transazione alla quota di pertinenza del condebitore (o concreditore) transigente. In particolare, nessun argomento di segno contrario si può desumere dalla mancata esplicita previsione, da parte dell'art. 1304 c.c., di una transazione sulla quota del debito (credito) solidale, contrariamente a quanto dispongono gli artt. 1300 e 1301 c.c. in punto di novazione e remissione.

In verità, a sostegno della tesi che nega la possibilità di una transazione si è da parte di taluno tratto argomento dalla pretesa natura unitaria dell'obbligazione solidale. In realtà, aderendo, per le ragioni sopra evidenziate, all'opinione che rinviene, nella formula dell'obbligazione solidale, un fascio di autonomi rapporti obbligatori collegati, non sorgono ostacoli a ritenere che uno dei rapporti uniti nel vincolo solidale possa estinguersi, secondo una qualche modalità, conservandosi il debito solidale degli altri, detratta la quota del primo debitore.

In definitiva la transazione può sempre avere ad oggetto anche la sola quota del condebitore (o del concreditore) transigente. Ma se è possibile disporre della quota del debito solidale, in tale caso è del tutto normale che gli effetti di un simile atto di disposizione non possano estendersi ai consorti estranei al medesimo: un tale effetto “espansivo” postula, infatti, che sia dato apprezzare un quid che consente di collegare un atto necessariamente connotato dalla relatività degli effetti a soggetti ad esso estranei. Quando ciò non accada, come nel caso della transazione pro quota, non si vede in base a quale legittimazione i condebitori non transigenti potrebbero avvalersi, ai sensi dell'art. 1304, degli effetti di un atto del tutto estraneo alla propria sfera giuridica

Dall'accoglimento di tale premessa si fa discendere un corollario operativo importante quanto ai problemi che si stanno esaminando: se la disciplina dell'art. 1304 non opera quando la transazione abbia ad oggetto la porzione di debito

imputata ad uno dei condebitori, al creditore basterebbe transigere sulla sola quota del condebitore per conservare diritti sulle quote residue.

Né, questa volta, ci troveremmo di fronte ad un artificio ad eludere l'operatività dell'art. 1304. Ciò in quanto l'apposizione al negozio di transazione di un patto che limita la transazione alla quota non costituisce un espediente che consente di riservare al creditore i diritti sul residuo verso gli altri debitori, impedendo il loro profitto. Si tratta invece, di un negozio che realizza interessi diversi da quelli perseguiti per il tramite di una transazione sull'intero debito (l'unica espressamente regolata) e che comporta, per il creditore, una più limitata soddisfazione dei propri interessi. Stando alla fattispecie sopra ipotizzata in cui il debito di 1500 si divide per pari quote tra tre debitori, uno dei quali transige sulla propria quota per 300, di tutta evidenza la conservazione del residuo credito passa per una particolarmente importante riduzione (rispetto al credito solidale) della pretesa verso il debitore transigente; simmetricamente, quest'ultimo si renderà disponibile a pagare una somma che sembra prima facie non rappresentativa dell'intero debito (come invece avrebbe potuto essere transigendo, per ipotesi, a 1200).

All'atto della conclusione del contratto, non vi è allora indifferenza, né per il creditore né per il debitore transigente, tra transazione sull'intero e transazione sulla quota; ed alla difformità sostanziale segue la normale (e non strumentale) diversa disciplina delle due fattispecie.

Limitando la transazione alla quota di debito del debitore transigente il creditore mantiene allora l'azione nei riguardi degli altri debitori: tuttavia, anche in questo caso, non si assicura integralmente il credito residuo.

Transigendo sulla quota il creditore rinuncia, infatti, ad ogni pretesa ulteriore con riguardo a quella quota: potrà così richiedere agli altri debitori l'intero credito, detratta la quota di debito imputabile al debitore transigente.

Così nel caso dei tre debitori chiamati in solido (e per pari quote) a versare 1500 al creditore, a seguito della transazione a 300 sulla quota di uno dei tre, il creditore avrà azione per 1000, vale a dire per le quote non transatte, nei confronti degli altri due; al

contrario, se potesse beneficiare di un patto (invece nullo o comunque inefficace) di riserva del credito, avrebbe avuto diritto a 1200.

Su analoghe basi argomentative, la pronunzia delle Sezioni Unite n. 30174 del 2011 ha avuto modo di precisare che un tale esito deve trovare correzione nel caso (peculiare) in cui la transazione sulla quota abbia ad oggetto un ammontare superiore alla quota medesima, rispetto alla quale, per ragioni di carattere equitativo, l'intero valore transatto andrebbe detratto dal credito attivabile presso i condebitori non transigenti. Se nulla impedisce, allora, di prospettare una transazione che abbia ad oggetto la quota del debito solidale, si deve ulteriormente indagare come, tecnicamente, la transazione sulla quota si ripercuota sulla complessiva obbligazione solidale.

Si è già detto che il debito (od il credito) in tale caso si riduce per il valore originario della quota transatta; resta da capire secondo quali modalità siano effettivamente tenuti i condebitori non transigenti. La giurisprudenza, al riguardo, evoca l'idea della “rinunzia” ovvero della “rottura” della solidarietà. La transazione limitata alla quota del debitore “riduce il debito originario dell'importo corrispondente alla quota transatta e scioglie il vincolo solidale fra lo stipulante e gli altri condebitori, determinare lo scioglimento della solidarietà passiva rispetto al debitore che vi aderisce.

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE RELATIVA ALL'OPEN DAY 15.09.2025 DAL TITOLO “IL REGIME DELL'ERRORE NEL CONTRATTO DI ACCERTAMENTO. DIFFERENZE CON LA TRANSAZIONE”

La scelta di questa traccia risulta opportuna, in quanto è plausibile che un simile argomento possa effettivamente costituire oggetto di prova nel concorso in magistratura. Negli ultimi anni, infatti, il concorso è mutato: per un certo periodo di tempo le tracce erano calibrate su aspetti spiccatamente giurisprudenziali, facendo spesso riferimento a pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione o dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, talvolta emesse poco prima delle prove concorsuali. In tali casi, la

possibilità di svolgere adeguatamente la traccia dipendeva in modo decisivo dalla conoscenza o meno di quella specifica sentenza.

A differenza di quel periodo, oggi il concorso in magistratura è tornato ad assumere la sua fisionomia tradizionale, in cui la prova ha la funzione di selezionare i candidati sulla base della loro capacità di argomentare sul piano sistematico. Non si tratta di un mero mutamento di orientamento della Commissione, ma di un effetto della riforma legislativa, la quale impone che le tracce sollevino immancabilmente questioni generali.

Ciò rende ancora più fondamentale la capacità del candidato di individuare le categorie ordinanti attorno alle quali costruire un regime giuridico da applicare a fattispecie concrete. Continuare a studiare solo secondo approcci puramente giurisprudenziali – come avviene in alcuni manuali specifici per concorsi – espone invece al rischio di un insuccesso quasi certo, poiché non si fornisce un quadro sistematico della materia.

Il contratto di accertamento è un negozio atipico, in quanto manca nel codice civile una disciplina organica che lo regoli. Al più, può dirsi nominato ma atipico, poiché occorre distinguere tra nominatività e tipicità: la prima si ha quando vi è una mera previsione normativa che menziona il negozio; la seconda, invece, richiede l'esistenza di una disciplina compiuta nello schema del codice.

Con la riforma del titolo sulla trascrizione e l'introduzione dell'art. 2643, n. 12-bis, c.c., che contempla l'accertamento in sede di mediazione in materia di usucapione, il contratto di accertamento può dirsi nominato. Tuttavia, ciò non modifica la sostanza del problema: manca ancora un regime giuridico organico. Come accade in altri casi, ciò genera un inevitabile dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che investe innanzitutto la stessa ammissibilità della figura.

Nel negozio di accertamento tutto è incerto, a partire dalla sua stessa ammissibilità; eppure si tratta di un istituto che risponde a un'esigenza chiara: quella di creare certezza giuridica nei rapporti tra privati. È un'esigenza che si avverte anche sul piano comparatistico. In ordinamenti come quello tedesco (BGB), ma anche in altri

sistemi, si riconosce la necessità di strumenti che oggettivino i valori giuridici, perché il sistema può funzionare solo se tali valori diventano stabili e conoscibili. Istituti come la trascrizione, la prescrizione e l'usucapione rispondono a questa logica di oggettivazione dei valori giuridici, meritevoli di tutela.

L'elaborazione della figura del negozio di accertamento si deve, in ambito comparatistico, alla dottrina tedesca del XIX secolo, ossia alla pandettistica. **La prima sistemazione si deve a Savigny**, che parlava di «surrogati delle sentenze», nella misura in cui il contratto di accertamento svolge la funzione di eliminare l'incertezza esistente tra le parti di un negozio originario.

Successivamente, **la sistemazione più compiuta è stata fornita da Barr**, che ha enucleato la cosiddetta tesi costitutiva: secondo questa impostazione, il contratto di accertamento avrebbe una funzione non meramente dichiarativa, ma costitutiva di un nuovo assetto giuridico, rimuovendo le incertezze pregresse.

Viene quindi sottolineata l'opportunità, in sede concorsuale, di citare gli autori. Sebbene qualcuno sollevi obiezioni – come l'argomento secondo cui nelle sentenze non si citano mai gli studiosi – va osservato che il tema concorsuale è altra cosa rispetto alla sentenza e non esiste alcun divieto normativo in tal senso. Un'ulteriore obiezione sostiene che citare gli autori potrebbe «irritare» la Commissione, come se si volesse presupporre che essa non conosca i riferimenti dottrinali. Tuttavia, questo argomento non è fondato: la Commissione conosce certamente gli autori e il candidato deve mostrare di padroneggiare quante più nozioni possibili.

L'esperienza dimostra che coloro che hanno seguito questo metodo – citando anche i riferimenti dottrinali più rilevanti, come quelli della dottrina tedesca – hanno ottenuto votazioni elevate nei concorsi. Pertanto, la citazione degli autori è un elemento che rafforza l'affidabilità e l'autorevolezza del candidato.

Tornando al contratto di accertamento, si ribadisce che la prima vera sistemazione compiuta, ad opera di Barr, ha posto le basi della tesi costitutiva, destinata a influenzare l'intero dibattito dottrinale sulla natura e sugli effetti di tale contratto.

Si tratta del contratto con cui le parti manifestano la volontà di rimuovere un'incertezza relativa al rapporto originario. L'autore Barr sostenne per la prima volta che il negozio di accertamento operava nel senso di costituire una nuova base giuridica del rapporto derivante dal contratto di base, sostituendo quest'ultimo. In tale prospettiva, il nuovo rapporto si sostituiva all'originario, dando luogo a quella che nel BGB è stata poi codificata come figura del negozio di accertamento astratto, ossia un contratto che prescinde anche dalla causa del contratto originario oggetto di accertamento.

A questa impostazione **si contrappose, sempre in Germania, l'orientamento di Becker, il quale sostenne la teoria dichiarativa:** il negozio di accertamento non innova le situazioni giuridiche oggetto del primo contratto, ma si limita a chiarire gli aspetti incerti, mantenendo ferma la struttura contenutistica del rapporto originario.

Questa contrapposizione di opinioni ha avuto un peso rilevante perché è stata ripresa in Italia dalla dottrina, chiamata a confrontarsi con una figura non disciplinata espressamente dal legislatore. Il primo grande contributo italiano è quello di **Francesco Santoro Passarelli, il quale negò l'ammissibilità del contratto di accertamento,** sostenendo che fosse incompatibile la funzione di accertare con il *proprium* del negozio giuridico.

Il negozio giuridico, infatti, è per definizione una manifestazione di volontà diretta a produrre una modificazione giuridica delle situazioni soggettive. Se invece, come accade nell'accertamento, si guarda retrospettivamente al passato senza innovare la realtà, non si può parlare di negozio giuridico in senso proprio. Di qui la tesi radicale di Passarelli sull'inammissibilità del contratto di accertamento.

Tuttavia, tale posizione è stata superata dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza. L'obiezione decisiva è di diritto positivo: l'art. 1321 c.c., nel definire il contratto, stabilisce che esso serve non solo a costituire, ma anche a regolare rapporti giuridici. Proprio

facendo leva sul termine «regolare», la dottrina dominante ha ritenuto di poter ricondurre in questa definizione anche il contratto di accertamento.

È stata altresì abbandonata, in Italia, la teoria costitutiva del negozio di accertamento, che in Germania è stata addirittura codificata. Tale teoria, infatti, supposeva che il contratto di accertamento avesse la funzione di innovare la realtà giuridica e di produrre effetti dispositivi rispetto al rapporto generato dal contratto primario.

La ragione del suo superamento è ancora una volta normativa: nell'ordinamento italiano, diversamente da quello tedesco, non è possibile prescindere dalla causa del contratto. L'art. 1325 c.c. richiede la presenza della causa in ogni contratto; per il combinato disposto con l'art. 1324 c.c., tale principio si estende anche ai negozi unilaterali. Ammettere un negozio di accertamento costitutivo significherebbe, quindi, ammettere la possibilità di compiere atti di disposizione patrimoniale privi di causa, in contrasto con il sistema italiano.

Da ciò è derivata una contrapposizione fondamentale tra due teorie:

1. la teoria dichiarativa, sostenuta autorevolmente da Enzo Roppo nel suo trattato sul diritto dei contratti, secondo cui il negozio di accertamento non innova le situazioni giuridiche, ma svolge una funzione meramente probatoria;
2. la teoria costitutiva, progressivamente abbandonata.

Secondo la teoria dichiarativa, il contratto di accertamento opera una *relevatio ab onere probandi*, ossia un'inversione dell'onere della prova, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 1988 c.c. in tema di riconoscimento di debito. La differenza tra riconoscimento di debito e negozio di accertamento è soltanto strutturale: il primo è un atto unilaterale, il secondo è un negozio bilaterale. Sul piano degli effetti, invece, essi sono equivalenti, poiché entrambi producono un effetto probatorio.

Per comprenderlo, occorre richiamare i principi in tema di onere della prova. L'art. 2697 c.c., rifacendosi alla tradizione romanistica, stabilisce che *onus probandi incumbit ei qui dicit*,

non ei qui negat: la prova spetta a chi afferma un diritto, non a chi lo nega. Dunque, normalmente, è il creditore che deve provare il fatto costitutivo del proprio diritto.

L'art. 1988 c.c., invece, introduce un'inversione dell'onere della prova, liberando il creditore dall'onere di dimostrare il proprio diritto e trasferendolo al debitore, il quale dovrà provare che le cose non stanno come presunto. Si tratta, però, di una presunzione relativa (*iuris tantum*), e quindi superabile con prova contraria.

La dottrina più accreditata, con riferimento al riconoscimento di debito, ritiene addirittura che esso non sia un atto negoziale, bensì una mera dichiarazione di scienza, produttiva di effetti esclusivamente sul piano processuale.

Già da queste considerazioni si comprendono le critiche che possono essere mosse a una simile impostazione sotto il profilo sistematico. In primo luogo, aderire a questa tesi significherebbe negare al negozio di accertamento una reale autonomia concettuale, poiché lo si ridurrebbe a una figura già espressamente prevista dall'ordinamento: il riconoscimento di debito. In secondo luogo, si finirebbe per impoverire la figura sul piano concettuale, risolvendola unicamente nel rafforzare la posizione probatoria del creditore, dispensandolo dall'onere di dimostrare il proprio diritto.

Proprio per tali ragioni, la giurisprudenza più recente ha aderito a una quarta impostazione, elaborata in Italia da Michele Giorgianni, maestro di Cesare Massimo Bianca. Giorgianni elaborò per la prima volta la tesi **degli effetti preclusivi del contratto di accertamento**.

Questo sviluppo prende le mosse dagli studi di teoria generale di Angelo Falzea, il quale, in una voce dell'Enciclopedia del diritto, aveva già individuato, accanto agli effetti dichiarativi e agli effetti costitutivi, anche la categoria degli effetti preclusivi. Giorgianni applicò tale concetto al contratto di accertamento, giungendo alla conclusione che esso produce l'effetto di porre fuori contestazione l'incertezza relativa al negozio primario.

Che cosa significa? Significa che le parti, una volta concluso un contratto di accertamento, non possono più contestare l'oggetto del loro accordo, neppure in sede giudiziale, anche

qualora in seguito emergesse una difformità tra il contenuto del negozio originario e quello accertato.

L'effetto preclusivo deriva dal concetto di «regolare i rapporti giuridici», contenuto nell'art. 1321 c.c.: il contratto di accertamento serve a fissare in modo incontestabile il contenuto del rapporto primario.

Questa teoria, tuttavia, evita il rischio che aveva condotto al rigetto della teoria costitutiva, ossia quello di slegare il negozio di accertamento dal rapporto originario fino al punto di consentire una forma di astrazione dalla causa. Al contrario, nella teoria degli effetti preclusivi permane un collegamento causale tra i due negozi.

Ne consegue che l'assenza del rapporto da accertare o dell'incertezza originaria determina la nullità del contratto di accertamento per difetto di causa. Non avrebbe senso, infatti, accertare un rapporto inesistente o una situazione già certa.

Non a caso, Giorgianni è anche l'autore che per primo ha introdotto in Italia la categoria dei negozi con causa esterna, paradigma al quale può essere ricondotto anche il negozio di accertamento. Come nel pagamento traslativo, la causa del negozio di accertamento si rinviene in un altro atto, ossia nel negozio primario oggetto dell'accertamento. L'assenza di tale causa si riflette sul contratto di accertamento, determinandone la nullità.

Nel nostro ordinamento, infatti, non è ammissibile un negozio astratto. Come spiegano Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova nel loro volume sul contratto, le parti non possono sostituire, ad esempio, una donazione o una compravendita con un semplice negozio di accertamento, eludendo i requisiti causali e, nel caso della donazione, anche quelli formali.

Alla luce di ciò, si individuano quattro tesi principali sulla natura del contratto di accertamento:

1. la tesi costitutiva, di derivazione tedesca;
2. la tesi dichiarativa, anch'essa presente nel BGB;
3. la tesi negazionista di Santoro-Passarelli;

4. la tesi degli effetti preclusivi, elaborata da Giorgianni.

Quest'ultima tesi appare la più convincente, ma può essere sostenuta solo dopo aver criticato le altre tre impostazioni; altrimenti ci si limiterebbe a un'esposizione mnemonica e manualistica, priva di reale comprensione sistematica.

Il punto successivo è verificare se il negozio di accertamento, così come elaborato prima dalla dottrina tedesca e poi da quella italiana, possa aspirare a diventare nel nostro ordinamento una categoria ordinante, cioè un centro attorno al quale costruire un regime giuridico applicabile a una pluralità di fattispecie.

Le applicazioni concrete sono numerose:

- i negozi con i quali le parti accertano i confini di un fondo;
- gli accordi che riconoscono un'avvenuta lesione della legittima in ambito successorio (accordi di reintegrazione);
- gli accordi che accertano servitù implicite;
- il riconoscimento di un figlio naturale.

Tutte queste fattispecie sono state ricondotte al contratto di accertamento. Ciò è possibile solo se alla figura viene conferita una dignità sistematica, ossia la capacità di costituire una categoria ordinante del sistema.

Per comprendere il negozio di accertamento è quindi necessario confrontarlo con le figure di confine. La tesi dichiarativa, ad esempio, tende a schiacciare il negozio di accertamento sul riconoscimento di debito, applicandogli lo stesso regime e riducendo così l'autonomia e la portata concettuale dell'istituto. Ma, se i medesimi effetti si possono ottenere già con un negozio unilaterale, quale utilità avrebbe il negozio di accertamento?

Le prime figure da esaminare sono la confessione e il riconoscimento del debito.

La confessione (art. 2730 c.c.) è considerata dalla maggior parte della dottrina una dichiarazione di scienza, non un negozio giuridico, anche se il punto resta controverso.

Ne è prova una traccia concorsuale di qualche anno fa, nella quale si chiedeva di applicare alla confessione il regime della simulazione, il quale presuppone che essa possa essere trattata come negozio o, almeno, che vi si possano applicare in via analogica i principi del negozio giuridico.

La confessione produce l'effetto di una prova legale, vincolando il giudice a ritenere accertato il fatto oggetto della dichiarazione, anche se resa in sede stragiudiziale.

Da queste considerazioni emerge una prima differenza rispetto al negozio di accertamento: la confessione riguarda fatti, mentre il negozio di accertamento riguarda rapporti giuridici e situazioni soggettive. Inoltre, la confessione si rivolge essenzialmente al giudice, vincolandolo con una presunzione *iuris et de iure*, mentre il negozio di accertamento ha come causa quella di rimuovere l'incertezza tra le parti, producendo effetti sostanziali e non soltanto processuali. Anche aderendo alla teoria dichiarativa, la distinzione resta evidente, poiché la confessione verte su fatti, mentre il negozio di accertamento verte su rapporti giuridici.

Il confronto con l'art. 1988 c.c. (riconoscimento del debito) pone invece maggiori difficoltà. Secondo la teoria dichiarativa, il negozio di accertamento avrebbe la stessa funzione del riconoscimento di debito: entrambi produrrebbero effetti probatori, ma con una differenza strutturale, essendo il primo un negozio bilaterale e il secondo un negozio unilaterale.

Tuttavia, la distinzione diventa netta se si aderisce alla teoria degli effetti preclusivi: nel riconoscimento del debito, infatti, si ha soltanto un'inversione dell'onere della prova, mediante una presunzione relativa, superabile dal debitore; nel negozio di accertamento con effetti preclusivi, invece, le parti sono vincolate in modo sostanziale e non possono più discutere della corrispondenza tra il contenuto del rapporto originario e quello accertato.

Si comprende quindi come, secondo la ricostruzione di Giorgianni, il negozio di accertamento con effetti preclusivi si distingua nettamente sia dalla confessione sia dal riconoscimento di debito.

Il banco di prova principale di tutte queste costruzioni è però il confronto con la transazione. Ci si deve chiedere se vi sia realmente spazio per il negozio di accertamento come figura autonoma, distinta dalla transazione.

La transazione presuppone l'esistenza di una lite: una pretesa e la sua contestazione. La sua causa è proprio la composizione della lite. Il negozio di accertamento, invece, presuppone qualcosa di meno: la presenza di una *res dubia*, ossia un'incertezza, che non necessariamente si traduce in una lite.

Pertanto, se si accogliesse la teoria costitutiva (oggi minoritaria), la distinzione con la transazione diverrebbe pressoché inesistente. Se invece si accoglie la teoria degli effetti preclusivi, la differenza si mantiene: la transazione compone una lite, mentre il negozio di accertamento elimina un'incertezza, anche in assenza di conflitto.

Sul piano delle modalità di composizione della lite, la transazione opera attraverso le cosiddette reciproche concessioni (*liquid datum* e *liquid retentum*). Ciò significa che le parti devono collocarsi su una posizione intermedia rispetto a quella originaria, trovandosi, per così dire, «a metà strada».

Nel negozio di accertamento, invece, ciò non è necessario: l'incertezza iniziale può essere risolta senza che le parti debbano modificare le rispettive pretese per convergere su un punto mediano. Tuttavia, queste distinzioni hanno carattere meramente descrittivo e non appaiono decisive. Anche qualora fossero presenti reciproche concessioni, il contratto potrebbe comunque qualificarsi come negozio di accertamento.

La vera distinzione tra transazione e accertamento non risiede, dunque, nei presupposti o nelle modalità di composizione della lite, bensì nella causa.

- La transazione ha la funzione di comporre la lite, recidendo il rapporto oggetto della lite dal negozio primario che lo aveva generato.
- Il negozio di accertamento, invece, mantiene un collegamento con il negozio originario, che resta il suo fondamento causale.

Questa distinzione trova riscontro anche sul piano positivo. L'indice ermeneutico si rinviene nell'art. 1971 c.c., relativo al contratto di transazione, che stabilisce la possibilità di impugnare la transazione quando una parte sia incorsa in errore riguardo a una lite temeraria. Interpretando la norma *a contrario*, se le parti sono consapevoli, possono validamente transigere anche una lite temeraria, ossia una lite artificiosa o addirittura creata ad arte.

Da questa considerazione la dottrina (si pensi a Rodolfo Sacco) ha tratto la conclusione che la transazione possa costituire uno strumento idoneo a eludere il requisito della causa di cui all'art. 1325 c.c.

Il discorso cambia radicalmente per il contratto di accertamento. Anche aderendo alla teoria degli effetti preclusivi, il legame con il negozio originario resta essenziale. Se il rapporto da accertare non esiste, o se non è mai stato incerto, il contratto di accertamento è nullo per difetto di causa.

Il negozio di accertamento, infatti, ha uno sguardo duplice:

- retrospettivo, perché guarda al passato per risolvere un'incertezza effettiva;
- prospettico, almeno secondo la teoria degli effetti preclusivi, perché mira a rendere incontestabile per il futuro il contenuto del negozio così come accertato.

Questa duplice funzione sarà più chiara quando si affronterà la questione specifica del regime dell'errore nel contratto di accertamento.

Richiamando il concetto di Savigny, secondo cui il negozio di accertamento costituirebbe un surrogato della sentenza, è possibile confrontare il negozio di accertamento con la sentenza e con l'arbitrato irrituale.

La sentenza risolve le incertezze giuridiche attraverso una tutela eteronoma e secondaria: il giudice afferma il diritto in giudizio applicando le norme primarie. Essa si impone alle parti con una forza cogente che il contratto di accertamento non può raggiungere. Infatti, anche aderendo alla teoria degli effetti preclusivi, il contratto di accertamento, pur rendendo incontestabile il contenuto dell'accordo, resta comunque impugnabile entro determinati limiti.

La differenza è dunque chiara: la sentenza appartiene alla categoria dell'eterotutela cogente, mentre il negozio di accertamento rientra in quella dell'autotutela negoziale.

Un'ulteriore distinzione può essere condotta con i concetti di riproduzione negoziale e ripetizione negoziale, nozioni di origine dottrinale ma rilevanti anche in giurisprudenza.

- La riproduzione è quella che Francesco Carnelutti definiva la «prova della prova»: ad esempio, un contratto stipulato oralmente viene successivamente riformulato per iscritto, senza mutarne il contenuto, con l'unico scopo di rafforzarne la prova. È evidente la vicinanza di questo concetto alla teoria dichiarativa del negozio di accertamento, che limita gli effetti al piano probatorio.
- La ripetizione negoziale è più complessa. Consiste nella formulazione di una seconda manifestazione di volontà negoziale, successiva alla prima. Qui l'intento non è solo quello di rafforzare la prova, ma di sovrapporre una nuova volontà alla precedente. Questo fenomeno solleva questioni controverse: quale volontà prevale se divergono? Quali sono il *tempus* e il *locus* della stipulazione rilevanti anche ai fini della competenza territoriale? Sul punto, dottrina e giurisprudenza non hanno raggiunto risultati univoci, rimettendo la valutazione all'interpretazione del caso concreto.
 - Se l'intento è quello di modificare la prima volontà, prevale la seconda.
 - Se invece si vuole soltanto garantire maggiore certezza, si rientra nella logica della riproduzione, con effetti probatori.

La differenza rispetto al negozio di accertamento, in particolare nella ricostruzione di Giorgianni fondata sugli effetti preclusivi, è netta: il contratto di accertamento non

produce soltanto un rafforzamento probatorio, ma realizza una vera e propria messa fuori contestazione del rapporto giuridico. Dopo la conclusione di un negozio di accertamento, non è più possibile sostenere che le cose stessero diversamente da quanto accertato.

Ciò spiega perché l'*actio finium regundorum* rispetto a confessione, riconoscimento di debito, transazione, sentenza, arbitrato, riproduzione e ripetizione negoziale consenta di riconoscere al negozio di accertamento una dignità autonoma quale figura giuridica, soprattutto se si aderisce alla teoria degli effetti preclusivi. A questo punto, in un elaborato concorsuale, occorrerebbe passare a un inquadramento della figura sul piano della fattispecie e degli effetti, per poi trarre le conclusioni in punto di regime giuridico.

- **Causa:** tutte le teorie concordano nel ritenere che la causa del negozio di accertamento sia quella di rimuovere l'incertezza che affligge il negozio primario.
- **Meritevolezza della tutela:** poiché si tratta di un negozio atipico, occorre richiamare l'art. 1322, comma 2, c.c., che impone di verificare la meritevolezza degli interessi perseguiti. Sul punto la dottrina (ad esempio, Francesco Galgano) ritiene pacifica tale meritevolezza: l'interesse tutelato è quello della certezza giuridica, considerata un valore che l'ordinamento promuove mediante istituti quali arbitrato, transazione, trascrizione, usucapione e prescrizione.
- **Collegamento causale:** il negozio di accertamento appartiene alla categoria dei negozi con causa esterna, poiché la sua causa risiede nel negozio primario oggetto dell'accertamento. Da ciò discende che, in assenza di quel rapporto o di un'effettiva situazione di incertezza, il negozio di accertamento è nullo per difetto di causa.

Se il negozio originario non esiste, oppure esiste ma il fatto è certo e le parti fingono soltanto di trovarsi in una situazione di incertezza, allora si pongono due sole alternative: o si configura una nullità per difetto di causa, oppure una simulazione del negozio di accertamento. In un ordinamento come quello italiano, che presuppone necessariamente la causalità degli spostamenti patrimoniali, non può ammettersi un negozio che recida il nesso causale con l'atto originario; altrimenti si finirebbe per legittimare spostamenti patrimoniali privi di causa.

Quanto all'oggetto del negozio di accertamento, la questione non è scontata. Esso riguarda diritti e rapporti giuridici, non i fatti (a differenza della confessione).

Resta da chiarire se possano essere accertati tutti i diritti e, in particolare, se sia ammissibile un negozio di accertamento unilaterale avente a oggetto diritti reali. Non si dubita che il negozio di accertamento possa essere unilaterale, ma si discute se tale unilateralità possa riguardare anche i diritti reali. Sul punto esiste un indice normativo: una disposizione in materia di enfiteusi (art. 969 c.c.) consente il riconoscimento del fondo enfiteutico. Tuttavia, si tratta di una norma eccezionale e, pertanto, non idonea a fondare una regola generale. Per questo motivo, la giurisprudenza prevalente nega l'ammissibilità di un accertamento unilaterale dei diritti reali, ritenendo incompatibile la relatività tipica del negozio di accertamento, efficace soltanto inter partes, con l'assolutezza e l'opponibilità erga omnes proprie dei diritti reali.

Un ulteriore corollario è che, secondo la tesi prevalente, il negozio di accertamento non è trascrivibile. La trascrizione, infatti, serve a regolare i conflitti tra titoli e presuppone un atto dispositivo incidente sulla circolazione dei diritti. Se il negozio di accertamento avesse soltanto funzione probatoria, secondo la tesi dichiarativa, non avrebbe senso trascriverlo.

La questione è sorta in particolare con riferimento agli accordi di accertamento dell'usucapione. Secondo la tesi tradizionale, non avrebbe senso trascrivere un negozio che accerta l'avvenuta usucapione, poiché il conflitto tra un acquisto a titolo originario e un acquisto a titolo derivativo si risolve comunque a favore del primo. Pertanto, la trascrizione del negozio sarebbe superflua, poiché l'usucapiente prevarrebbe comunque sull'avente causa dello stipulante.

Tuttavia, questa ricostruzione è stata rimessa in discussione da un intervento legislativo: l'art. 2643, n. 12-bis, c.c., che consente la trascrizione dell'accertamento dell'usucapione nell'ambito degli accordi di mediazione. Tale previsione normativa dimostra che la trascrizione del negozio di accertamento, almeno in alcune ipotesi, è oggi possibile.

Questa norma ha sollevato numerose questioni, in particolare:

1. È una norma eccezionale oppure è suscettibile di applicazione analogica?

È vero che la trascrizione è caratterizzata da tipicità, ma non in senso assoluto. L'ordinamento prevede infatti che siano trascrivibili anche gli atti che producono i medesimi effetti di altri atti per i quali la trascrizione è già contemplata. Dunque, se l'effetto degli accordi di mediazione coincide con quello del negozio di accertamento, si può sostenere la generale trascrivibilità di quest'ultimo.

2. Questa previsione normativa ha fornito un ulteriore argomento a favore della tesi degli effetti preclusivi di Giorgianni.

La collocazione della norma non è avvenuta nell'ambito della trascrizione con funzione di mera pubblicità-notizia (art. 2651 c.c.), bensì all'interno dell'art. 2643 c.c., il quale, letto congiuntamente all'art. 2644 c.c., disciplina la trascrizione ai fini dell'opponibilità ai terzi. Ciò dimostra la volontà del legislatore di attribuire a tali accordi non una funzione dichiarativa di mera pubblicità-notizia, bensì un'efficacia sostanziale sul piano dell'opponibilità.

Di conseguenza, la dottrina più attenta ha ravvisato in questa scelta legislativa un riconoscimento implicito del negozio di accertamento quale figura idonea a produrre un effetto che, pur non essendo costitutivo in senso stretto, assume una valenza lato sensu dispositiva, collocandosi nella prospettiva della messa fuori contestazione del contenuto del negozio originario.

Il regime dell'errore nel contratto di accertamento rappresenta la questione centrale, poiché consente di comprendere fino in fondo le conseguenze delle diverse teorie sulla natura del negozio di accertamento. Sul punto, la dottrina ha espresso posizioni molto diversificate:

- da chi ritiene che l'errore rilevi sempre;
- a chi sostiene che l'errore non rilevi mai, essendo semmai esperibile lo strumento, ben più radicale, della nullità per difetto di causa, anziché quello dell'annullabilità.

Si tratta di un argomento che costituisce la vera "spina nel fianco" della costruzione teorica, ma che è essenziale per comprendere se e quando l'errore possa invalidare il contratto.

Il ragionamento prende le mosse dal confronto con la transazione: se nella transazione, che presenta una natura più ampia e caratteri costitutivi, l'errore di diritto non rileva, a maggior ragione non dovrebbe rilevare nel negozio di accertamento, che ha una funzione più limitata.

Un punto fermo riguarda la nullità del negozio di accertamento quando l'errore verte sull'inesistenza del rapporto originario o sulla mancanza di una reale situazione di incertezza. Su questo concordano tutte le teorie, poiché esiste un legame causale ineliminabile tra negozio di accertamento e negozio primario: se quest'ultimo non esiste, oppure se non vi era alcuna incertezza, il contratto di accertamento è nullo.

I veri problemi sorgono con riferimento all'errore sul contenuto del negozio di accertamento, ossia sulla difformità tra il contenuto accertato e quello del negozio originario.

Secondo la tesi dichiarativa, che assimila l'accertamento a un riconoscimento di debito bilaterale, l'effetto consiste soltanto nell'inversione dell'onere della prova. Di conseguenza, si ammette che l'errore sul contenuto rilevi, poiché resta sempre possibile dimostrare che le cose non stavano come accertato.

Tuttavia, questa conclusione genera un'aporia logica. Se la validità del negozio di accertamento dipendesse dalla perfetta simmetria contenutistica con il negozio originario, ciò implicherebbe che le parti dovessero conoscere esattamente il contenuto del negozio primario. Ma, se lo conoscevano con certezza, non avrebbe avuto alcun senso stipulare un contratto di accertamento.

In altri termini, esigere la perfetta conformità tra il contenuto del negozio originario e quello del negozio di accertamento significa negare in radice la ragion d'essere di quest'ultimo, il quale nasce proprio per rimuovere una situazione di incertezza.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

GLI ARGOMENTI RICHIESTI DALLA TRACCIA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO SONO STATI AFFRONTATI NUMEROSE VOLTE NEL CORSO DELL'ANNO SIA NELLE SINTESI REDATTE DAL DOCENTE SIA NEL CORSO DELLE LEZIONI FRONTALI, DA ULTIMO, CON UN APPROFONDIMENTO MIRATO, NELLA FULL IMMERSION DEL 13 GIUGNO 2027

IL PRINCIPIO DI INESAURIBILITÀ DEL POTERE E LE SUE DEROGHE (IL PRINCIPIO DEROGATORIO DELLA CONSUMAZIONE DEL POTERE) (ESTRATTO DALLA SINTESI SULLE CATEGORIE FONDAMENTALI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO)

Secondo l'insegnamento tradizionale, una delle caratteristiche del potere amministrativo discrezionale è quella della sua tendenziale inesauribilità.

In forza del principio di inesauribilità, il potere amministrativo non si estingue per effetto del decorso del tempo, ragione per cui esso può essere esercitato un numero indefinito di volte e tale esercizio può intervenire in ogni tempo per la cura degli interessi pubblici.

Secondo l'impostazione tradizionale, è necessario che il potere amministrativo sia inesauribile, poiché l'amministrazione deve essere sempre posta nelle condizioni di curare l'interesse pubblico. Tale esigenza sussiste anche nelle ipotesi in cui l'amministrazione abbia inizialmente esercitato male il potere ovvero sia rimasta inerte nel suo esercizio (CANNADA BARTOLI).

Questa impostazione è efficacemente espressa dall'idea secondo cui la funzione amministrativa, intesa come potere amministrativo in senso ampio, non si esaurisce con l'esercizio del potere nella singola fattispecie, ma risponde alla necessità che la pubblica amministrazione agisca, svolga i propri compiti e

persegua gli interessi pubblici in posizione di supremazia, in modo tempestivo, efficace e continuativo (ORSI BATTAGLINI).

Argomenti a sostegno di tale tradizionale impostazione sono comunemente tratti dal principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., che postula la massimizzazione dell'interesse pubblico e, dunque, il principio di continuità dell'azione amministrativa nella cura dell'interesse pubblico.

Il primo ambito applicativo della tesi tradizionale dell'inesauribilità del potere amministrativo è quello del mancato esercizio del potere entro il termine normativamente assegnato. In applicazione di tale principio, si è infatti sempre ritenuto che la violazione del termine di conclusione del procedimento e l'omesso esercizio tempestivo del potere entro il termine medesimo non determinino la consumazione del potere dell'amministrazione. **Il termine di conclusione del procedimento, positivizzato in via generale dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990, è pertanto qualificato come ordinatorio, salvo che la legge disponga diversamente.**

Un costante orientamento giurisprudenziale afferma infatti che, in assenza di una specifica disposizione che qualifichi espressamente il termine come perentorio, prevedendo la perdita del potere di provvedere da parte dell'amministrazione una volta spirato il termine (come avviene, ad esempio, nel nuovo art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990, che sancisce espressamente l'inefficacia di alcune specifiche tipologie di provvedimenti adottati oltre la scadenza del termine legale), il termine stesso deve intendersi come meramente ordinatorio.

Ne consegue che il suo superamento non determina l'illegittimità dell'esercizio del potere, ma integra, piuttosto, un'ipotesi di inerzia dell'amministrazione, sindacabile mediante l'azione avverso il silenzio (actio contra silentium). Tale impostazione trova ulteriore fondamento proprio nei principi di continuità e di inesauribilità dell'azione amministrativa.

TERMINE DEI PROCEDIMENTI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

La questione in esame diviene più complessa allorquando si controverta di poteri sanzionatori. La questione della perentorietà o meno dei termini dei procedimenti sanzionatori si pone anche per il fatto che la legge n. 689 del 1981 non prevede espressamente un termine del procedimento sanzionatorio, ma soltanto un termine di prescrizione quinquennale entro il quale poter adottare la sanzione.

Il problema nasce dal fatto che, secondo una larga parte degli interpreti, consentire l'adozione del provvedimento finale entro il lungo termine prescrizionale equivarrebbe ad esporre l'incolpato ad un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa.

Secondo un orientamento tradizionale, sostenuto dalla Cassazione, il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, anche se stabilito dalla stessa amministrazione procedente, non avrebbe carattere perentorio, ma soltanto ordinatorio, in difetto di un'esplicita previsione legislativa che espressamente correli al suo superamento un effetto decadenziale. La conseguenza che discende da tale impostazione è quella secondo cui la violazione del termine di conclusione del procedimento non giustificerebbe di per sé l'illegittimità della sanzione.

La Corte di cassazione ha seguito almeno due strade per sostenere che il termine per la conclusione dei procedimenti sanzionatori, le cui controversie appartengono alla giurisdizione ordinaria, non è (e non può essere) perentorio.

Secondo un primo percorso argomentativo, tale conclusione troverebbe giustificazione nel fatto che l'art. 2 della legge generale sul procedimento non si applicherebbe ai procedimenti sanzionatori, disciplinati dalla legge n. 689 del 1981, dato che le disposizioni di questa legge costituirebbero un diritto speciale, un sistema organico e compiuto.

La richiamata soluzione non deve essere stata considerata esaustiva dalla stessa Cassazione, la quale, sempre a Sezioni Unite, l'ha in un secondo tempo superata prendendo atto che, sovente, specie **con riguardo ai procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti (in particolare AGCM)**, i regolamenti delle autorità prevedono un termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, sia pure senza qualificarlo come espressamente perentorio. Ebbene, anche in tali casi, secondo un granitico orientamento della Cassazione, il termine del procedimento sanzionatorio, anche se stabilito dalla stessa amministrazione procedente, non avrebbe carattere perentorio, ma soltanto ordinatorio, in difetto di un'esplicita previsione legislativa che espressamente correli al suo superamento un effetto decadenziale.

Secondo un opposto e più recente orientamento del Consiglio di Stato, invece, nei procedimenti sanzionatori da parte delle autorità indipendenti il termine di conclusione del procedimento (che, in assenza di una specifica previsione legale, dovrebbe rinvenirsi in quello residuale previsto dalla legge n. 241 del 1990) **dovrebbe sempre avere natura perentoria**, indipendentemente da un'espressa qualificazione in tal senso da parte di una fonte legislativa.

Diversi sono gli argomenti valorizzati a sostegno di questa seconda impostazione.

In primo luogo, si osserva che il procedimento sanzionatorio delle autorità indipendenti si configurerebbe in termini di specialità rispetto alla legge n. 241 del 1990, di modo che, in base al criterio di specialità, non dovrebbe trovare applicazione ai procedimenti sanzionatori il pacifico principio secondo cui, a meno che non vi sia un'espressa previsione legislativa che lo qualifichi come tale, correlando al superamento di un termine un effetto decadenziale, i termini del procedimento amministrativo sono sempre ordinatori.

In secondo luogo, l'orientamento in esame si sofferma fondamentalmente sul concetto di tempo nel procedimento amministrativo, alla luce delle garanzie che l'ordinamento deve assicurare ai privati nell'ambito dei procedimenti sanzionatori.

La ragione di tale specialità viene, in particolare, rinvenuta nella considerazione per cui il tempo dell'azione amministrativa non può essere considerato uniforme rispetto a tutti i sistemi di relazione tra amministrazione e amministrato.

Nella prospettiva in esame, il tempo nel procedimento non può essere valutato secondo gli stessi canoni quando a venire in rilievo è l'esercizio di un potere sanzionatorio, ovvero quando l'amministrazione agisce nell'esercizio di una potestà che si proietta con maggiore intensità sulla sfera privata.

Questo perché:

- a) il decorso del tempo rende più complesso per l'amministrazione provare l'illecito;**
- b) diminuisce le possibilità che il privato possa offrire prova contraria;**
- c) infine, perché il procedimento sanzionatorio, di per sé, rappresenta una "pena" per l'amministrato.**

Ne deriva che l'esercizio del potere sanzionatorio dovrà necessariamente garantire che l'accertamento dell'illecito sia il più possibile vicino rispetto alla sua punizione, perché il tempo nei procedimenti sanzionatori deve essere interpretato non solo alla luce dell'esigenza punitiva che ne è alla base, ma anche di altri interessi, in primo luogo quello della certezza dei rapporti giuridici e delle esigenze difensive del destinatario del procedimento stesso.

In tale ottica, si osserva che l'eventuale annullamento del provvedimento tardivamente adottato, infatti, non potrà certo restituire al privato il bene giuridico rappresentato dal tempo di cui l'amministrazione ha abusato e che egli ha irrimediabilmente perso. Ne deriva che il potere sanzionatorio deve considerarsi sottoposto a decadenza qualora non sia esercitato entro un termine previsto dalla legge o fissato dall'autorità, che, in tal senso, deve dunque sempre considerarsi perentorio.

Questo perché il decorso del tempo rende più complesso per l'amministrazione provare l'illecito, diminuisce le possibilità che il privato possa offrire prova contraria e, infine, **perché il procedimento sanzionatorio, di per sé, rappresenta una "pena" per l'amministrato.**

Infine, si osserva che la qualificazione giuridica dei termini di conclusione dei procedimenti sanzionatori non può non tenere conto delle peculiari caratteristiche che connotano l'azione delle autorità indipendenti. Queste, pur nelle significative differenze che caratterizzano il loro operare, come visto, esercitano funzioni che sfuggono alla tradizionale tripartizione dei poteri, assommando funzioni di regolazione e vigilanza a competenze quasi giurisdizionali (accertamento dei fatti, contestualizzazione della regola nel caso concreto ed eventuale applicazione di sanzioni).

L'assenza di legittimazione democratica diretta, come noto, rende necessario rafforzare la partecipazione ai procedimenti in questione (a maggior ragione se avviati d'ufficio e destinati a comprimere la sfera giuridica privata) da parte dei soggetti interessati, "recuperando" almeno in parte la caduta della legalità sostanziale attraverso una legalità di tipo procedurale. L'ampliamento delle garanzie partecipative a favore dei privati, inoltre, si deve anche (e soprattutto) a spinte sovranazionali, in particolare conseguenti alla sentenza della **Corte europea dei diritti dell'uomo relativa al caso Grande Stevens del 2014**, nel quale è stata affrontata la conformità del procedimento sanzionatorio della Consob ai principi **dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU**.

Per quanto qui rileva, occorre ricordare che i giudici di Strasburgo hanno ritenuto, in linea di principio, applicabili anche ai procedimenti sanzionatori condotti dalle autorità amministrative indipendenti nazionali le medesime garanzie previste in caso di accuse penali, interpretando la nozione di **"sanzione penale" in senso sostanziale**, così da ricomprendervi anche misure che, al di là della qualificazione loro riconosciuta dall'ordinamento interno, siano in grado di incidere fortemente sulla sfera giuridica dei destinatari. Ne è derivato un netto ampliamento del concetto di giusto procedimento rispetto a quanto tradizionalmente inteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane, cui

è stata generalmente estranea una configurazione del procedimento amministrativo in senso para-giurisdizionale.

La Corte EDU ha, inoltre, riconosciuto che la possibilità di impugnare in sede giurisdizionale, dinanzi a un organo indipendente e imparziale, la sanzione irrogata compenserebbe il mancato rispetto del giusto procedimento nella fase precedente all'irrogazione della sanzione, di modo che il procedimento si configurerebbe comunque come legittimo ab origine. Secondo tale ricostruzione, con riferimento alle sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano in realtà natura sostanzialmente penale, gli Stati sarebbero infatti liberi di scegliere se **assicurare tutte le garanzie di cui all'art. 6 CEDU** nella fase amministrativa **oppure sottoporre il provvedimento sanzionatorio a un successivo sindacato giurisdizionale pieno.**

L'accostamento al concetto di sanzione penale sostanziale condurrebbe a superare il principio secondo cui il decorso del termine conclusivo del procedimento non esaurisce normalmente il potere amministrativo nel caso concreto, finendo quindi per assoggettare il potere a decadenza. Ne deriva che i termini finali dei procedimenti amministrativi che si concludono con un provvedimento restrittivo per il destinatario, letti alla luce dei principi convenzionali europei, non possono che essere considerati perentori, a meno che la legge non li qualifichi espressamente come ordinatori al fine di tutelare interessi prevalenti rispetto a quelli dell'equo processo.

A favore della tesi della perentorietà dei termini può, inoltre, essere valorizzato anche un **recente arresto della Corte costituzionale del 2021**. L'oggetto della questione di costituzionalità riguardava l'assenza, nella disciplina generale sulle sanzioni amministrative pecuniarie di cui alla legge n. 689 del 1981, della previsione di un termine di conclusione del procedimento.

Pur dichiarando la questione inammissibile, poiché, ad avviso della Corte costituzionale, il suo accoglimento avrebbe comportato l'invasione, da parte della Consulta, di un ambito affidato alla discrezionalità del legislatore, la decisione in esame aderisce nella sostanza all'orientamento da ultimo richiamato, dimostrando in modo esauriente che, nel

procedimento sanzionatorio, «l'esigenza di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, da parte dei consociati, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri assume una rilevanza del tutto peculiare».

In particolare, secondo la decisione della Consulta, il principio di legalità impone che la legge «deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere».

L'intera motivazione è infatti tesa a dimostrare che il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio è costituzionalmente necessario e che, nel diritto positivo, esso non risulta fissato.

A fronte di tali contrapposti orientamenti, si registra nel diritto vivente un orientamento mediano, secondo il quale, benché in linea generale il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio sia ordinatorio, il suo decorso potrebbe in concreto rappresentare un elemento sintomatico di eccesso di potere laddove non sia stato rispettato per negligenza. Conseguenza dell'adesione a questa tesi è il riconoscimento al giudice di un potere di valutazione, caso per caso, della "ragionevolezza" del tempo di cui l'autorità ha avuto necessità, in concreto, per irrogare la sanzione, in rapporto a quello che aveva previsto di impiegare in origine.

Aderendo, da ultimo, a quest'ultimo orientamento, **il Consiglio di Stato, con l'ordinanza 26 agosto 2024, n. 7243, ha sospeso un giudizio in materia di legittimità di una sanzione antitrust, chiedendo alla Corte di giustizia dell'Unione europea** «se gli articoli 41 e 47 CDFUE e l'art. 6 CEDU ostino a una disciplina quale quella nazionale che, in materia di vigilanza su intese restrittive della libertà di concorrenza, ai fini dell'esercizio dei poteri sanzionatori e fermo restando l'esercizio dei poteri conformativi, non prevede espressamente la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento fissato **dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato** con la comunicazione di contestazione degli addebiti, consentendo all'Autorità di prorogare unilateralmente detto termine di conclusione, con atti di proroga motivati, al sopravvenire

di circostanze che determinano un ampliamento oggettivo o soggettivo dell'accertamento».

LA RILEVANZA DEL CONTRADDITTORIO NEI PROCEDIMENTI SANZIONATORI DINANZI ALLE AUTORITÀ INDIPENDENTI (ESTRATTO DELLA SINTESI SU AUTORITÀ INDIPENDENTI).

In termini generali, la centralità del contraddittorio nei procedimenti innanzi alle autorità indipendenti può spiegarsi essenzialmente per due ragioni.

Anzitutto, vi è il fatto, più volte in precedenza rimarcato, che nel conferire i poteri alle autorità indipendenti il legislatore non riesce a tipizzare fattispecie precise, ma ricorre alla tecnica dei concetti giuridici indeterminati o dei principi generali. Si verifica, pertanto, inevitabilmente una caduta della legalità sostanziale e ciò richiede, nei limiti sopra visti, un bilanciamento mediante il rafforzamento delle garanzie procedurali, che servono anche, e specificamente, ad aiutare a concretizzare il concetto indeterminato nel confronto con gli interessati.

In secondo luogo, le autorità indipendenti, com'è noto, soffrono di una carenza di legittimazione democratica, perché non sono sottoposte al potere di indirizzo del Governo, ma sono raccordate in modo più debole al circuito della responsabilità politica attraverso il legame con il Parlamento, al quale devono riferire sull'attività svolta e il quale ben potrebbe incidere sul loro statuto giuridico, in caso di grave insoddisfazione in relazione al loro operato, modificando le norme primarie.

Pertanto, la partecipazione nei procedimenti regolatori e il contraddittorio in quelli individuali servono a legittimare maggiormente il potere. Infatti, se una sanzione viene irrogata all'esito di un procedimento in cui l'interessato ha avuto pieno modo di svolgere le proprie difese, la decisione risulta più accettabile, e l'accettabilità produce una maggiore legittimazione.

Si distingue, al riguardo, tra contraddittorio orizzontale e contraddittorio verticale.

Questa distinzione, ormai recepita anche dalla giurisprudenza amministrativa, è importante per stabilire i livelli di tutela e le facoltà attribuite alle parti anche nel confronto con il decisore.

Nei procedimenti sanzionatori, il contraddittorio ha una natura essenzialmente verticale, come chiarito dalla giurisprudenza, perché coinvolge l'autorità che esercita il potere e il soggetto nei cui confronti potrà essere irrogata, ove venga accertata una violazione, la sanzione.

Nel caso delle autorità indipendenti, interviene però la regola, prevista dalla legislazione italiana sulla base degli esempi anglosassoni, di porre una separazione più netta tra gli uffici istruttori e quelli decisionali, in modo da introdurre un elemento di orizzontalità del contraddittorio tra il soggetto destinatario del procedimento sanzionatorio e gli uffici istruttori, davanti a un decisore in qualche misura terzo.

Se, in virtù della separazione organizzativa, si possono contestare in modo pieno le risultanze degli uffici istruttori dell'autorità davanti al collegio, quest'ultimo può far recuperare almeno in parte al procedimento quell'elemento di paritarietà delle parti (ufficio istruttore e impresa). Tuttavia, si tratta talora di un riequilibrio più formale che sostanziale, atteso che l'ufficio istruttore e il collegio che decide fanno comunque parte di un'unica istituzione. Così la Corte costituzionale, nel 2019, proprio muovendo da tale considerazione, ha negato all'Autorità antitrust la natura di giudice a quo.

Il contraddittorio orizzontale è, invece, quello che si realizza dinanzi a un giudice terzo e imparziale.

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Grande Stevens, in particolare, ha affermato che sussiste una certa fungibilità tra procedimento e processo. Le carenze sotto il profilo della garanzia del contraddittorio nell'ambito del procedimento davanti alle autorità indipendenti possono essere compensate ove la fase processuale di contestazione della sanzione irrogata sia affidata a un giudice dotato di *full jurisdiction*, che, come visto, si traduce nell'adesione al modello del sindacato di maggiore attendibilità.

Aderendo, da ultimo, a quest'ultimo orientamento, il Consiglio di Stato, con l'ordinanza 26 agosto 2024, n. 7243, ha sospeso un giudizio in materia di legittimità di una sanzione antitrust, chiedendo alla Corte di giustizia dell'Unione europea «se gli articoli 41 e 47 CDFUE e l'art. 6 CEDU ostino a una disciplina quale quella nazionale che, in materia di vigilanza su intese restrittive della libertà di concorrenza, ai fini dell'esercizio dei poteri sanzionatori e, fermo restando l'esercizio dei poteri conformativi, non prevede espressamente la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento fissato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con la comunicazione di contestazione degli addebiti, consentendo all'Autorità di prorogare unilateralmente detto termine di conclusione, con atti di proroga motivati, al sopravvenire di circostanze che determinano un ampliamento oggettivo o soggettivo dell'accertamento».

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DI FULL IMMERSION DI DIR. AMM. 13.06.2026. NATURA DEI TERMINI DELLA FASE ISTRUTTORIA E DELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO ANTITRUST

Occorre poi svolgere alcune considerazioni sulle ultime questioni relative al termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, **tema che si collega al principio di consumazione del potere, che abbiamo più volte trattato durante l'anno.**

Nessuno dubita che i termini di conclusione del procedimento amministrativo siano normalmente da considerare ordinatori, salvo espresse previsioni legislative di segno diverso. Si pensi all'articolo 2, comma 8-bis, quando richiama specifiche ipotesi rispetto alle quali afferma che, se il parere arriva fuori termine, è inefficace.

Per il resto, vige ancora la regola secondo cui i termini del procedimento ordinario hanno natura ordinatoria.

Il problema si pone invece con riguardo alla natura dei termini di conclusione del procedimento sanzionatorio delle autorità indipendenti e, segnatamente, con riferimento al procedimento sanzionatorio antitrust.

La questione nasce dal fatto che la disciplina generale delle sanzioni amministrative, contenuta nella legge n. 689 del 1981, non prevede un termine entro il quale debba concludersi il procedimento e debba essere adottato il provvedimento sanzionatorio. Stabilisce soltanto un termine di prescrizione quinquennale del potere di irrogare la sanzione.

Da ciò deriva un interrogativo fondamentale: l'amministrazione può esercitare il proprio potere sanzionatorio in qualsiasi momento, purché entro il termine di prescrizione quinquennale, oppure è tenuta a concludere il procedimento entro un termine la cui scadenza determini la perdita del potere?

Per lungo tempo, soprattutto la giurisprudenza della Corte di cassazione ha sostenuto che il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust abbia, al pari degli altri termini del procedimento amministrativo, natura ordinatoria e non perentoria.

Nella prospettiva in esame, il semplice decorso del termine non comporterebbe, quindi, la perdita del potere sanzionatorio.

Secondo questa impostazione occorrerebbe, dunque, una previsione espressa per dedurre la perentorietà del termine sanzionatorio, previsione che, in questo caso, manca.

La conseguenza di questa prima impostazione è che la conclusione del procedimento poco prima della prescrizione quinquennale non determinerebbe alcun problema.

Il Consiglio di Stato, in senso opposto, di recente, con più sentenze, ha ritenuto che il termine debba essere considerato, invece, perentorio.

Lo ha fatto evidenziando, anzitutto, la differenza di fondo tra i procedimenti sanzionatori in senso stretto e gli altri procedimenti amministrativi.

Nei procedimenti sanzionatori in senso stretto il tempo assume un valore diverso.

Il tempo non può essere considerato allo stesso modo in tutti i procedimenti amministrativi. Quando l'amministrazione esercita un potere che, come quello sanzionatorio, incide in modo così afflittivo sul destinatario, il trascorrere del tempo assume una valenza diversa e costituisce già di per sé una pena, un'afflizione.

Restare per molto tempo sottoposti a un procedimento sanzionatorio è, di per sé, una forma di afflizione.

Inoltre, la lunghezza temporale del procedimento sanzionatorio determina ulteriori problemi, perché riduce la possibilità di difesa e la possibilità di ricostruire come siano effettivamente avvenuti i fatti. Con il tempo diminuisce l'affidabilità delle testimonianze, si disperdono le prove e si riducono le possibilità difensive.

Il dibattito si è sviluppato soprattutto con riguardo ai procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti e, segnatamente, con riferimento al procedimento sanzionatorio antitrust.

Il problema è acuito anche dal fatto che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dal caso Grande Stevens, qualifica queste sanzioni come sostanzialmente punitive.

Anche il formante giurisprudenziale del Consiglio di Stato fa leva su questo aspetto: si tratta di sanzioni punitive e il destinatario non può restare indefinitamente sottoposto a procedimento.

In questo quadro va menzionata un'importante sentenza della Corte costituzionale del 2021, alla quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale della legge n. 689

del 1981, nella parte in cui non prevede un termine generale di conclusione del procedimento.

La Corte costituzionale, pur dichiarando la questione inammissibile, perché un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità avrebbe determinato un vuoto legislativo e pur ritenendo necessario l'intervento del legislatore per risolvere il problema, ha svolto affermazioni di principio importanti, nel senso di avvalorare la tesi del Consiglio di Stato sulla perentorietà dei termini.

La questione interpretativa attiene, in primo luogo, all'individuazione di un termine entro il quale concludere il procedimento.

Ciò in quanto alcune autorità indipendenti hanno regolamenti che prevedono termini; altre, come l'Antitrust, individuano il termine di volta in volta con riferimento al singolo procedimento. In ultima analisi, in assenza di termini espressi, potrebbe venire in rilievo anche il termine generale di trenta giorni previsto dalla legge n. 241 del 1990.

Secondo la tesi avallata anche dalla Corte costituzionale nella decisione menzionata, anche laddove dovesse trovare applicazione il menzionato articolo 2, tale termine muterebbe natura e, contrariamente a quanto tradizionalmente si ritiene, esso dovrebbe considerarsi perentorio, perché non tutti i procedimenti sono uguali. In tale prospettiva, non si potrebbe affermare, con riferimento ai procedimenti sanzionatori, ciò che si afferma in generale per i procedimenti amministrativi, ossia che la legge n. 241 del 1990 prevede normalmente termini ordinatori.

E questo perché, come detto, nei procedimenti sanzionatori cambia totalmente la natura del procedimento.

La conseguenza del superamento del termine, secondo questo secondo orientamento, è la consumazione del potere.

La questione si è poi complicata, perché, secondo un terzo orientamento, sostenuto di recente dal Consiglio di Stato e da ultimo recepito dalla Corte di

giustizia dell'Unione europea con sentenze recentissime, occorrerebbe accedere a una soluzione di tipo mediano.

Secondo quest'ultimo orientamento, occorrerebbe distinguere tra violazione irragionevole del termine e violazione ragionevole del termine, cioè il caso in cui sussistano esigenze che portano l'amministrazione a superare il termine del procedimento non arbitrariamente, ma perché emergono esigenze istruttorie che impongono il superamento del termine.

Questa questione è di particolare rilievo perché si colloca all'incrocio tra due esigenze fondamentali.

Da un lato, occorre garantire il destinatario del potere sanzionatorio, affinché sappia che entro termini certi la sua vicenda sarà esaurita, al fine di garantire le sue esigenze difensive.

Dall'altro lato, non bisogna dimenticare l'esigenza di garantire l'effettività del procedimento sanzionatorio antitrust.

L'Autorità garante deve spesso svolgere istruttorie complesse, acquisire elementi probatori articolati e coordinarsi con altri organismi. In questa prospettiva, in alcuni casi, sono necessari tempi lunghi.

Se vi fossero termini troppo rigidi e invalicabili, si rischierebbe di paralizzare l'attività delle autorità e, quindi, la possibilità di realizzare la tutela antitrust. Si paralizzerebbe, in ultima analisi, l'enforcement antitrust.

La Corte di giustizia, con alcune recenti sentenze, cerca di mediare tra queste due esigenze, aderendo alla tesi mediana sopra esposta.

Questa tesi fa leva sull'esigenza di non pregiudicare l'enforcement antitrust.

Tanto premesso, la prima questione si è posta con riferimento al termine della fase preistruttoria.

L'articolo 14 della legge n. 689 del 1981 prevede che la contestazione degli illeciti amministrativi debba essere effettuata entro determinati termini, che decorrono dalla conoscenza della violazione.

La questione è stabilire se tale disciplina sia integralmente applicabile anche ai procedimenti antitrust e se abbia natura decadenziale.

Una delle difficoltà maggiori riguarda l'individuazione del momento iniziale della decorrenza del termine.

La giurisprudenza ha chiarito più volte che l'Autorità garante della concorrenza normalmente non acquisisce immediatamente la conoscenza completa di un illecito. L'attività dell'Autorità segue, infatti, di regola il percorso della segnalazione, della valutazione preliminare, dell'apertura dell'istruttoria e delle successive attività.

La fase della preistruttoria è quindi centrale. Essa consiste in una fase preliminare interna, che serve a verificare se esistano elementi tali da giustificare l'avvio dell'istruttoria.

Tuttavia, **questa fase preistruttoria non può trasformarsi surrettiziamente in una vera e propria istruttoria occulta.** Le attività istruttorie più invasive devono, dunque, essere svolte solo dopo l'apertura formale del procedimento.

Sul punto è intervenuta nel 2025 la Corte di giustizia, nel caso Caronte & Tourist, con riferimento al quale la Corte è stata chiamata a valutare una disciplina nazionale antitrust italiana.

La disciplina impone l'avvio dell'istruttoria, quindi l'avvio del procedimento, entro novanta giorni e considera sufficiente, per far decorrere tale termine, la conoscenza degli elementi essenziali dell'illecito.

Essa collega al mancato rispetto del termine l'annullamento del provvedimento.

La Corte di giustizia ha dichiarato questa norma, così come interpretata, incompatibile con il diritto dell'Unione europea e con il principio di effettività.

Secondo la Corte di giustizia, un termine così rigido, riferito alla fase preistruttoria, rischia di rendere ineffettiva l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE in materia antitrust.

Occorre quindi distinguere due questioni: la prima riguarda il termine preistruttorio; la seconda riguarda il termine di conclusione dell'istruttoria vera e propria.

Quanto al termine preistruttorio, un termine decadenziale rigido rischia di distorcere le priorità investigative, perché le autorità antitrust devono poter scegliere quali casi trattare prioritariamente. La presenza di un termine decadenziale rigido e molto breve costringerebbe l'Autorità a seguire l'ordine cronologico delle segnalazioni.

Vi sarebbe, inoltre, un pregiudizio alla cooperazione europea, perché l'applicazione del diritto della concorrenza non può essere "a macchia di leopardo" nei diversi ordinamenti, ma deve coordinarsi anche con le discipline degli altri Stati.

La conferma di questa prima decisione si rinviene in una successiva decisione relativa al caso *Trenitalia*, anch'esso italiano, nel quale si è affermato che l'annullamento automatico di un procedimento sanzionatorio per ragioni puramente temporali può determinare fenomeni di impunità incompatibili con il diritto dell'Unione.

Questo riguarda il termine preistruttorio.

La soluzione che si ricava da tali decisioni è dunque nel senso che il termine della preistruttoria può essere superato, purché ne siano evidenziate le ragioni.

Trova quindi conferma il terzo orientamento, mediano, sopra indicato con riferimento al termine della fase preistruttoria.

Con riferimento, invece, al termine di conclusione dell'istruttoria vera e propria, ci si domanda se il termine fissato dall'Autorità, come avviene per l'Autorità antitrust nella comunicazione dell'addebito, debba essere considerato perentorio.

Il sistema è il seguente: terminata la preistruttoria, viene contestato l'addebito, perché si decide di iniziare la vera e propria istruttoria, e viene comunicato al destinatario che, entro un determinato termine, l'Autorità dovrà decidere se applicare la sanzione.

Questo è ciò che accade per l'Antitrust.

La stessa questione si pone anche per ARERA, che prevede regolamenti con i quali stabilisce i termini.

In ultima analisi, se non vi fosse neppure un regolamento, si applicherebbe il termine residuale di trenta giorni previsto dalla legge n. 241 del 1990.

Anche con riferimento al termine del procedimento è stata di recente argomentata la tesi della perentorietà del termine, secondo cui, superato il termine, il potere si estingue per consumazione del potere.

Tuttavia, la Corte di giustizia, nel 2026, con la sentenza sul caso Imballaggi Piemontesi, ha disatteso quest'ultima impostazione.

La Corte ha chiarito che il termine indicato nella comunicazione degli addebiti non può essere considerato sempre perentorio, ma può essere prorogato unilateralmente, purché il differimento sia adeguatamente motivato.

La Corte spiega, nella decisione in esame, anche quando la proroga è legittima: quando aumenta nel tempo il numero delle imprese coinvolte, perché durante l'istruttoria possono emergere nuovi collegamenti; quando si amplia l'oggetto delle indagini; quando emergono nuovi elementi istruttori; quando la complessità del caso richiede ulteriori approfondimenti.

Il nuovo parametro indicato dalla Corte può essere definito come quello del termine ragionevole.

Non trova dunque più applicazione la tesi tradizionale della Cassazione, secondo cui il termine è sempre ordinatorio e può essere violato impunemente; ma viene, al contempo,

disattesa anche la più recente impostazione secondo cui il potere si consuma solo perché viene superato il termine.

Il parametro di riferimento diventa il termine ragionevole.

La sentenza Imballaggi Piemontesi del 2026 segna, anche con riferimento alla fase istruttoria del procedimento sanzionatorio antitrust, un passaggio teorico decisivo, perché sostituisce alla logica della perentorietà, che pure aveva trovato riscontro in alcune decisioni del Consiglio di Stato, la logica della ragionevolezza temporale.

Non conta più il rispetto formale del termine originariamente fissato. Conta invece la ragionevole durata complessiva del procedimento. Il parametro diventa quello della giustificazione offerta al superamento del termine.

Il ragionamento potrebbe, in astratto, essere esteso anche alle sanzioni di altre autorità indipendenti, ma ciò presupporrebbe un passaggio non scontato: occorrerebbe dimostrare che anche quelle sanzioni siano sostanzialmente punitive.

Il parametro degli Engel criteria è ormai fondamentale e, sebbene tali criteri siano alternativi, il profilo decisivo è spesso rappresentato dal grado di afflittività della sanzione. Non sempre le sanzioni di ARERA raggiungono soglie così elevate. Teoricamente, dunque, l'estensione sarebbe possibile, ma non automatica.

Rispetto all'ultimo orientamento della Corte di giustizia, si può dire, in un'ottica sistematica, che la Corte abbia avallato la posizione mediana del Consiglio di Stato.

Il caso Caronte & Tourist si riferiva alla fase preistruttoria e, anche con riferimento alla preistruttoria, la Corte ha affermato che, se il superamento del termine è motivato, il termine può essere oltrepassato. Con la successiva sentenza Imballaggi Piemontesi analoga conclusione è stata argomentata anche con riferimento alla fase istruttoria del procedimento sanzionatorio antitrust.

Dunque, su entrambi i profili, sia sul termine preistruttorio sia sul termine di conclusione dell'istruttoria, la Corte di giustizia dà ragione all'orientamento mediano del Consiglio di Stato, che segue la logica della ragionevolezza temporale.

LA RILEVANZA DEL CONTRADDITTORIO NEI PROCEDIMENTI SANZIONATORI DINANZI ALLE AUTORITÀ INDIPENDENTI (ESTRATTO DELLA SINTESI SU AUTORITÀ INDIPENDENTI)

In termini generali, la centralità del contraddittorio nei procedimenti innanzi alle autorità indipendenti può spiegarsi essenzialmente per due ragioni.

Anzitutto, vi è il fatto, più volte in precedenza rimarcato, che, nel conferire i poteri alle autorità indipendenti, il legislatore non riesce a tipizzare fattispecie precise, ma ricorre alla tecnica dei concetti giuridici indeterminati o dei principi generali. Si verifica, pertanto, inevitabilmente una caduta della legalità sostanziale e ciò richiede, nei limiti sopra visti, un bilanciamento mediante il rafforzamento delle garanzie procedurali, che servono anche, e specificamente, ad aiutare a concretizzare il concetto indeterminato nel confronto con gli interessati.

In secondo luogo, le autorità indipendenti, com'è noto, soffrono di una carenza di legittimazione democratica, perché non sono sottoposte al potere di indirizzo del Governo, ma sono raccordate in modo più debole al circuito della responsabilità politica attraverso il legame con il Parlamento, al quale devono riferire sull'attività svolta e il quale ben potrebbe incidere sul loro statuto giuridico, in caso di grave insoddisfazione in relazione al loro operato, modificando le norme primarie.

Pertanto, **la partecipazione nei procedimenti regolatori e il contraddittorio in quelli individuali servono a legittimare maggiormente il potere.** Infatti, se una sanzione viene irrogata all'esito di un procedimento in cui l'interessato ha avuto pieno modo di svolgere le proprie difese, la decisione risulta più accettabile, e l'accettabilità produce una maggiore legittimazione.

Si distingue, al riguardo, tra contraddittorio orizzontale e contraddittorio verticale.

Questa distinzione, ormai recepita anche dalla giurisprudenza amministrativa, è importante per stabilire i livelli di tutela e le facoltà attribuite alle parti anche nel confronto con il decisore.

Nei procedimenti sanzionatori, il contraddittorio ha una natura essenzialmente verticale, come chiarito dalla giurisprudenza, perché coinvolge l'autorità che esercita il potere e il soggetto nei cui confronti potrà essere irrogata, ove venga accertata una violazione, la sanzione.

Nel caso delle autorità indipendenti interviene, però, la regola, prevista dalla legislazione italiana sulla base degli esempi anglosassoni, di porre una separazione più netta tra gli uffici istruttori e quelli decisionali, in modo da introdurre un elemento di orizzontalità del contraddittorio tra il soggetto destinatario del procedimento sanzionatorio e gli uffici istruttori, davanti a un decisore in qualche misura terzo.

Se, in virtù della separazione organizzativa, si possono contestare in modo pieno le risultanze degli uffici istruttori dell'autorità davanti al collegio, quest'ultimo può far recuperare almeno in parte al procedimento quell'elemento di paritarietà delle parti (ufficio istruttore e impresa). Tuttavia, si tratta talora di un riequilibrio più formale che sostanziale, atteso che l'ufficio istruttore e il collegio che decide fanno comunque parte di un'unica istituzione. Così la Corte costituzionale, nel 2019, proprio muovendo da tale considerazione, ha negato all'Autorità antitrust la natura di giudice a quo.

Il contraddittorio orizzontale è, invece, quello che si realizza dinanzi a un giudice terzo e imparziale.

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Grande Stevens, in particolare, ha affermato che sussiste una certa fungibilità tra procedimento e processo. Le carenze sotto il profilo della garanzia del contraddittorio nell'ambito del procedimento davanti alle autorità indipendenti possono essere compensate ove la fase processuale di

contestazione della sanzione irrogata sia affidata a un giudice dotato di *full jurisdiction*, che, come visto, si traduce nell'adesione al modello del sindacato di maggiore attendibilità.

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DI DIR. AMM.23.01.2026 NEL CORSO DELLA QUALE, NELL'AMBITO DELLA SPIEGAZIONE RELATIVA ALLE AUTORITA INDIPENDENTI, SONO STATI AFFRONTATI I TEMI DELLA TUTELA PROCEDIMENTALE NEL PROCEDIMENTO ANTITRUST

PENALE

GLI ARGOMENTI RICHIESTI DALLA TRACCIA DI DIRITTO CIVILE SONO STATI AFFRONTATI NUMEROSE VOLTE NEL CORSO DELL'ANNO SIA NEKLE SINTESI REDATTE DAL DOCENTE SIA NEL CORSO DELLE LEZIONI FRONTALI, DA ULTIMO, CON UN ANALITICO APPROFONDIMENTO, NELLA FULL IMMERSION DEL 5 GIUGNO 2026

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DI FULL IMMERSION 05.06.2026 BANCAROTTA PROPRIA E IMPROPRIA DA REATO SOCIETARIO, NATURA DELLA SENTENZA DICCHARATIVA DELL'ISOLVENZA, BANCAROTTA RIPARATA, VANTAGGI COMPESATIVI INFRAGRUPPO

I reati fallimentari, insieme ai reati tributari, costituiscono le fattispecie più tradizionali del diritto penale dell'economia. Essi si traducono essenzialmente nei reati di bancarotta, che si articolano, da un lato, nella bancarotta fraudolenta e nella bancarotta semplice, a seconda dell'elemento soggettivo, e, dall'altro, nella bancarotta patrimoniale e documentale, a seconda dell'oggetto materiale della condotta.

La bancarotta fraudolenta è connotata dal dolo, mentre la bancarotta semplice è costruita su un rimprovero colposo. La bancarotta documentale riguarda le falsità, le distruzioni, le

sottrazioni o le irregolarità relative alle scritture contabili; la bancarotta patrimoniale attiene invece alla distrazione, alla dissipazione, all'occultamento, alla distruzione o all'appropriazione di beni appartenenti al patrimonio dell'impresa.

La questione del bene giuridico tutelato dai reati di bancarotta è stata tradizionalmente controversa. Una prima impostazione valorizzava l'idea dell'economia pubblica, muovendo dalla considerazione che il fallimento di una società può produrre effetti a catena sulle altre imprese, in ragione delle interrelazioni esistenti nel mercato. Il dissesto di un soggetto economico può infatti propagarsi ad altri operatori, coinvolti nei rapporti commerciali e finanziari con l'impresa fallita.

In una prospettiva diametralmente opposta, di carattere processualistico, riconducibile a Pietro Nuvolone, si riteneva che il bene giuridico presidiato dalle fattispecie di bancarotta fosse l'amministrazione della giustizia. Tale tesi muoveva dall'idea che, con la sentenza dichiarativa di fallimento, si apre una procedura concorsuale collettiva affidata al curatore, diretta a recuperare e distribuire le risorse in favore dei creditori secondo la *par condicio creditorum*. Gli atti di bancarotta sarebbero quindi offensivi perché ostacolano il buon esito della procedura esecutiva collettiva.

La tesi che ha riscosso maggiori consensi individua però il bene giuridico principale nella garanzia patrimoniale dei creditori. Gli atti di bancarotta mettono a rischio la possibilità dei creditori di soddisfarsi sul patrimonio dell'imprenditore o della società. Pur potendo sussistere profili di offesa all'economia pubblica o all'amministrazione della giustizia, il nucleo centrale della tutela è dato dalla protezione del ceto creditorio.

La questione sistematica principale del reato di bancarotta riguarda la funzione della sentenza dichiarativa di fallimento. Occorre stabilire se essa sia un evento del reato, una condizione oggettiva di punibilità o un elemento di diversa natura. La norma prevede la responsabilità penale quando il soggetto è dichiarato fallito, e ciò ha generato annose questioni dogmatiche.

Le impostazioni fondamentali possono essere ricondotte a tre prospettive. La prima, classica e riconducibile a Cesare Pedrazzi, qualifica la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione oggettiva di punibilità estrinseca. La seconda la considera come elemento essenziale del reato e, quindi, come evento in senso stretto. La terza, intermedia, cerca di recuperare il principio di offensività, senza tuttavia trasformare necessariamente la sentenza dichiarativa in evento del reato.

La tesi della condizione oggettiva di punibilità estrinseca, sostenuta da Pedrazzi, è ancora oggi quella prevalente e, dopo alcune oscillazioni, è stata recepita in modo stabile dalla Cassazione, in particolare a partire dalla sentenza sul caso Santoro. Secondo tale impostazione, la sentenza dichiarativa di fallimento non è l'evento in senso tecnico del reato di bancarotta. Il fatto offensivo si esaurisce nella condotta dell'agente, che riduce o mette in pericolo la garanzia patrimoniale dei creditori. La sentenza dichiarativa interviene solo come condizione esterna di punibilità.

La ragione di questa costruzione è duplice. Da un lato, il legislatore vuole evitare di ingerirsi nella gestione dell'impresa fino a quando le condotte dell'imprenditore non si traducano in un rischio rilevante per la garanzia dei creditori. Dall'altro lato, prima della sentenza dichiarativa di fallimento, gli stessi creditori possono ancora confidare nel recupero del credito, in una situazione di impresa ancora *in bonis*. La punibilità è quindi rimessa a una valutazione di opportunità, espressa dalla sentenza dichiarativa di fallimento, ma il disvalore del fatto è già presente nella condotta che mette in pericolo il ceto creditorio.

La bancarotta è, in questa prospettiva, un reato di pericolo privo di evento. La sentenza dichiarativa di fallimento non contribuisce al disvalore del fatto, ma condiziona soltanto la punibilità per ragioni estrinseche. Il fatto, nella sua gravità, risale al comportamento del soggetto che, diminuendo la garanzia patrimoniale generica, espone a pericolo le ragioni dei creditori.

Sul piano sistematico, questa opzione interpretativa trova conferma nella bancarotta impropria da reato societario. In tale fattispecie, quando la bancarotta

deriva, ad esempio, da una falsificazione di bilancio penalmente rilevante, il legislatore richiede espressamente un nesso di causalità tra il reato societario e il fallimento. Ciò significa che, in quella specifica ipotesi, il fallimento assume il ruolo di evento in senso stretto. Proprio il confronto con questa disciplina conferma che, nelle ipotesi ordinarie di bancarotta, la sentenza dichiarativa di fallimento non può essere considerata evento del reato: dove il legislatore ha voluto richiedere un rapporto causale, lo ha detto espressamente.

L'adesione alla tesi di Pedrazzi produce due corollari fondamentali. Il primo è che la sentenza dichiarativa di fallimento non deve rientrare nel fuoco del dolo. Le condizioni oggettive di punibilità estrinseche, infatti, non richiedono un legame psicologico con il soggetto agente. Dopo la sentenza della Corte costituzionale sul principio di colpevolezza e la successiva elaborazione sulle condizioni di punibilità, deve distinguersi tra elementi che incidono sul disvalore del fatto e condizioni esterne, che attengono solo alla punibilità.

Il secondo corollario è che i fatti di bancarotta possono essere commessi anche a notevole distanza temporale dalla sentenza dichiarativa di fallimento. La sentenza dichiarativa assume quasi il ruolo di presupposto processuale di cui il giudice penale deve prendere atto, senza poterla sindacare, trattandosi di un provvedimento emesso da altro giudice. Tale profilo è stato valorizzato anche nelle riflessioni sulla successione mediata di norme penali e sulla nozione di imprenditore fallibile, come emerso nella giurisprudenza relativa alla riforma del diritto fallimentare e alla sentenza Rizzoli.

La tesi di Pedrazzi è stata, nella sostanza, sempre seguita dalla giurisprudenza, ma non sempre nella terminologia. A partire da una storica sentenza delle **Sezioni Unite del 1958**, la Cassazione ha formalmente rifiutato la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione estrinseca di punibilità, definendola invece **condizione di esistenza del reato**. Secondo quella pronuncia, non si sarebbe in presenza di un fatto tipico, antigiusuridico e colpevole, ma non punibile; la sentenza dichiarativa sarebbe una condizione senza la quale il reato non esiste.

Questa affermazione, se portata alle sue coerenti conseguenze, avrebbe dovuto condurre a qualificare la sentenza dichiarativa di fallimento come evento del reato, con necessità di accertare il nesso causale e l'elemento soggettivo rispetto ad essa. Tuttavia, la stessa giurisprudenza, dopo aver parlato di condizione di esistenza del reato, applicava in concreto il regime proprio delle condizioni estrinseche di punibilità: non richiedeva né il rapporto di causalità né il legame soggettivo tra la condotta e la dichiarazione di fallimento.

Per molti anni si è quindi determinato uno scollamento tra la dottrina prevalente, favorevole alla tesi della condizione oggettiva estrinseca di punibilità, e la giurisprudenza, che utilizzava una diversa etichetta nominalistica ma applicava le medesime regole operative della tesi di Pedrazzi. La nozione di «condizione di esistenza del reato» non produceva, in concreto, l'applicazione del regime dell'evento, perché la Cassazione continuava a escludere la necessità del nesso causale e dell'elemento soggettivo.

Questo assetto è stato rimesso in discussione dalla sentenza Corvetta del 2012, che ha preso sul serio l'idea della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo del reato. La sentenza Corvetta ha sostenuto che, se la dichiarazione di fallimento è condizione di esistenza del reato, allora essa deve essere qualificata come evento, con la conseguente necessità di accertare il nesso causale e l'elemento soggettivo.

Tale impostazione è più vicina al principio di offensività, perché restringe l'area del penalmente rilevante. Se occorre dimostrare che l'atto distrattivo ha causalmente determinato il fallimento e che il soggetto si è rappresentato tale esito, sarà difficile punire condotte poste in essere molti anni prima della sentenza dichiarativa, quando la crisi o l'insolvenza non erano ancora concretamente prevedibili.

La sentenza Corvetta è però rimasta isolata. La giurisprudenza successiva è tornata, questa volta in modo esplicito, alla tesi della condizione estrinseca di punibilità. Si possono così individuare tre fasi: una prima fase, in cui la giurisprudenza parlava di condizione di esistenza del reato ma applicava il regime della condizione estrinseca; una seconda fase, rappresentata dalla sentenza Corvetta, che qualifica la dichiarazione di fallimento come evento in senso tecnico; una terza fase, oggi prevalente, che torna espressamente alla

qualificazione della sentenza dichiarativa come condizione oggettiva estrinseca di punibilità, cioè alla tesi sostenuta da Pedrazzi. **Accanto a queste posizioni, la dottrina ha elaborato una tesi intermedia, riconducibile a Nuvolone e poi ripresa da altri autori, secondo cui la bancarotta non richiede di qualificare la sentenza dichiarativa di fallimento come evento del reato, ma il principio di offensività impone che la condotta venga posta in essere in una fase in cui la società si trovi già in una situazione di crisi o, quantomeno, di insolvenza.**

Questa impostazione distingue la fase fisiologica dell'impresa dalla fase patologica. Finché l'impresa opera in condizioni normali, certe operazioni patrimoniali possono rientrare nella fisiologia della gestione. Diverso è il caso in cui emergano indici di allarme, segnali di crisi o di insolvenza. I concetti di crisi e insolvenza, da tempo elaborati dalla dottrina, sono oggi entrati nel lessico del Codice della crisi d'impresa, che distingue la crisi, quale situazione di difficoltà prospettica, dall'insolvenza, quale incapacità di adempiere regolarmente alle obbligazioni.

Questa tesi mediana appare più coerente con il principio di offensività, perché evita di punire condotte poste in essere quando la società era pienamente *in bonis* e non vi era alcun concreto pericolo per i creditori. Essa consente di attribuire rilevanza penale alle condotte distrattive o preferenziali solo quando esse si collocano in una fase di crisi, di insolvenza o, comunque, di significativa prossimità al dissesto.

La Cassazione, tuttavia, anche a Sezioni Unite e poi con la sentenza *Santoro*, ha ormai assunto una posizione stabile a favore della qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione oggettiva estrinseca di punibilità. L'argomento principale è quello già valorizzato da Pedrazzi: *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Quando il legislatore ha voluto qualificare il fallimento come evento del reato di bancarotta, lo ha fatto espressamente, come nella bancarotta impropria da reato societario. Dove non lo ha fatto, deve ritenersi che abbia seguito una logica diversa.

Alla luce del bene giuridico protetto, cioè la garanzia del ceto creditorio, l'atto distrattivo può mettere in pericolo le ragioni dei creditori anche se realizzato a notevole distanza

temporale dal fallimento e anche se, al momento della condotta, la società non era ancora in stato di insolvenza. Da questa qualificazione discende, sul piano sostanziale, che non occorre il dolo rispetto alla dichiarazione di fallimento e, sul piano probatorio, che possono rilevare anche condotte distrattive poste in essere molto tempo prima.

Una specifica fattispecie è la bancarotta preferenziale, che si caratterizza per il fatto che il soggetto qualificato favorisce alcuni creditori a discapito di altri, ad esempio pagando un creditore in una situazione che poi sfocerà nel fallimento. La bancarotta preferenziale pone particolari problemi rispetto alla tesi della sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione oggettiva estrinseca di punibilità.

Il pagamento di un creditore prima di un altro, in una situazione fisiologica dell'impresa, è un fatto del tutto normale. Ogni giorno gli imprenditori pagano alcuni creditori prima di altri, senza che ciò possa essere considerato penalmente rilevante. La rilevanza penale della bancarotta preferenziale dipende, quindi, dal contesto in cui il pagamento viene effettuato: esso diviene problematico solo quando si colloca in una situazione di insolvenza o di prossimità al dissesto, perché in quel momento altera la *par condicio creditorum*.

La tesi della condizione oggettiva estrinseca di punibilità mostra qui un limite. Mentre nella bancarotta patrimoniale per distrazione si può almeno sostenere che l'uscita ingiustificata di un bene dal patrimonio sociale metta in pericolo i creditori anche in prospettiva futura, nella bancarotta preferenziale il pagamento di un creditore è, di per sé, un atto fisiologico. Se lo si scollega completamente dalla situazione di insolvenza, si rischia di punire operazioni ordinarie e lecite.

La tesi tradizionale mostra, quindi, criticità sotto due profili. In primo luogo, rischia di estendere eccessivamente la punibilità a condotte lontane dal dissesto e scarsamente offensive. In secondo luogo, con riferimento alla bancarotta preferenziale, rischia di colpire operazioni fisiologiche dell'attività d'impresa, se realizzate in un contesto non ancora caratterizzato da insolvenza o da concreti indici di crisi.

I reati fallimentari si caratterizzano anche come disposizioni a più fattispecie. Essi rappresentano un esempio di norme miste, talora cumulative e talora alternative. Nei diversi commi possono essere previste fattispecie autonome; all'interno dello stesso comma, invece, possono essere indicate diverse modalità alternative di realizzazione di un'unica condotta penalmente rilevante. Ad esempio, distrazione, dissipazione e distruzione sono modalità alternative che possono integrare un unico reato.

La bancarotta patrimoniale consiste nella distrazione, appropriazione, dissipazione o distruzione di beni ed è posta a tutela del ceto creditorio. La bancarotta documentale, invece, può essere considerata una sorta di falso contabile fallimentare, autonoma rispetto alla bancarotta patrimoniale. La bancarotta preferenziale viola la *par condicio creditorum*, favorendo alcuni creditori rispetto ad altri.

La pluralità di fatti di bancarotta può determinare l'applicazione della circostanza dei più fatti di bancarotta. Formalmente si tratta di una circostanza aggravante, come tale soggetta al bilanciamento tra circostanze. Nella sostanza, però, essa rappresenta una forma speciale di continuazione nei reati, perché presuppone la commissione di più fatti che, sul piano ontologico, mantengono una loro pluralità.

Da questa qualificazione sostanziale discendono conseguenze rilevanti. Se la circostanza dei più fatti di bancarotta viene intesa come forma speciale di continuazione, occorre richiamare il regime proprio del reato continuato, anche con riferimento ai limiti derivanti dal divieto di *reformatio in peius* in appello e alla possibilità di riqualificare il trattamento sanzionatorio quando il giudice di secondo grado non condivida la qualificazione operata dal giudice di primo grado.

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DI FULL IMMERSION 05.06.2026 BANCAROTTA RIPARATA E VANTAGGI COMPENSATIVI INFRAGRUPPO

La giurisprudenza più recente, tuttavia, recupera una dimensione maggiormente conforme al principio di offensività attraverso la figura della **bancarotta riparata**. Se l'atto distrattivo può essere penalmente rilevante anche se compiuto molto prima del fallimento, deve però riconoscersi al soggetto la possibilità di eliminare l'offesa prima della dichiarazione di fallimento, reintegrando il patrimonio sociale e neutralizzando il pericolo per i creditori.

La bancarotta riparata consente, dunque, di evitare una punizione formalistica quando la condotta distrattiva sia stata effettivamente neutralizzata prima della sentenza dichiarativa.

La reintegrazione del patrimonio elide l'offesa e impedisce di ritenere sussistente il reato, in coerenza con il principio di offensività.

Il tema dei vantaggi compensativi emerge soprattutto nelle operazioni infragruppo, nelle quali una singola operazione può apparire svantaggiosa se valutata atomisticamente, ma assumere un senso economico se considerata nella prospettiva complessiva del gruppo. Può accadere, ad esempio, che l'amministratore di una società appartenente al gruppo compia un'operazione vantaggiosa per un'altra società del medesimo gruppo, determinando apparentemente un danno alla prima società.

La teoria dei **vantaggi compensativi** è una teoria economica che l'**art. 2634, comma 3, c.c.** rende rilevante anche nel campo penale. Essa impone di verificare se l'operazione, complessivamente analizzata nella dimensione del gruppo, assuma un significato economico tale da compensare il danno apparentemente arrecato alla singola società appartenente al gruppo.

La valutazione non deve dunque essere soltanto atomistica, ma deve considerare se l'operazione si inserisca in una logica complessiva di gruppo idonea a compensare lo svantaggio immediato subito dalla singola società. Tuttavia, **la Cassazione richiede che i vantaggi compensativi siano fondati su elementi sicuri**, concreti e non meramente

ipotetici. Non basta invocare genericamente l'interesse di gruppo; occorre dimostrare che il vantaggio compensativo sia reale e idoneo a elidere il danno patrimoniale.

Si pone poi il problema se l'art. 2634, comma 3, c.c., che codifica la teoria dei vantaggi compensativi in materia di infedeltà patrimoniale, possa applicarsi anche oltre tale fattispecie. La giurisprudenza, nei fatti, risponde positivamente, anche quando non richiama espressamente tale norma. Ciò accade, ad esempio, in materia di **bancarotta fraudolenta per distrazione**, attraverso il concetto di **bancarotta riparata**, sopra esposto.

La bancarotta riparata si configura quando l'apparente operazione distrattiva viene elisa da una successiva reintegrazione del patrimonio, tale da neutralizzare l'offesa. La costruzione della bancarotta riparata può essere letta sia come applicazione analogica in bonam partem della logica sottesa ai vantaggi compensativi, sia come espressione del **principio di offensività**, perché, se il patrimonio viene effettivamente reintegrato prima del momento rilevante, viene meno l'offesa tipica al bene giuridico tutelato dalla bancarotta.

La teoria dei vantaggi compensativi, già esaminata con riferimento all'infedeltà patrimoniale, viene applicata dalla Cassazione anche nell'ambito dei gruppi societari e, in particolare, rispetto alle distrazioni infragruppo. Operazioni che, se valutate isolatamente, potrebbero apparire distrattive e penalmente rilevanti, possono assumere un diverso significato se considerate nella logica complessiva del gruppo.

La Cassazione valorizza, in questo ambito, **il principio di offensività e una logica di compensazione tra operazioni**. Se il risultato complessivo dell'operazione infragruppo è positivo o quantomeno neutro, e non determina un effettivo pregiudizio per il patrimonio destinato alla garanzia dei creditori, può venir meno l'offesa tipica richiesta dalla bancarotta. In questa prospettiva, la teoria dei vantaggi compensativi e la figura della bancarotta riparata operano come strumenti di contenimento della responsabilità penale, impedendo che la fattispecie venga applicata in modo meramente formale e sganciato dalla concreta lesione o messa in pericolo del bene giuridico.

La giurisprudenza più recente, tuttavia, recupera una dimensione maggiormente conforme al principio di offensività attraverso la figura della bancarotta riparata. Se l'atto distrattivo

può essere penalmente rilevante anche se compiuto molto prima del fallimento, deve però riconoscersi al soggetto la possibilità di eliminare l'offesa prima della dichiarazione di fallimento, reintegrando il patrimonio sociale e neutralizzando il pericolo per i creditori.

La bancarotta riparata consente, dunque, di evitare una punizione formalistica quando la condotta distrattiva sia stata effettivamente neutralizzata prima della sentenza dichiarativa di fallimento. **La reintegrazione del patrimonio elide l'offesa e impedisce di ritenere sussistente il reato, in coerenza con il principio di offensività.**

Il tema dei vantaggi compensativi emerge soprattutto nelle operazioni infragruppo, nelle quali una singola operazione può apparire svantaggiosa se valutata atomisticamente, ma assumere un senso economico se considerata nella prospettiva complessiva del gruppo. Può accadere, ad esempio, che l'amministratore di una società appartenente al gruppo compia un'operazione vantaggiosa per un'altra società del medesimo gruppo, determinando apparentemente un danno alla prima società.

La teoria dei vantaggi compensativi è una teoria economica che l'art. 2634, comma 3, c.c. rende rilevante anche nel campo penale. Essa impone di verificare se l'operazione, complessivamente analizzata nella dimensione del gruppo, assuma un significato economico tale da compensare il danno apparentemente arrecato alla singola società appartenente al gruppo.

La valutazione non deve, dunque, essere soltanto atomistica, ma deve considerare se l'operazione si inserisca in una logica complessiva di gruppo idonea a compensare lo svantaggio immediato subito dalla singola società. Tuttavia, la Cassazione richiede che i vantaggi compensativi siano fondati su elementi sicuri, concreti e non meramente ipotetici. Non basta invocare genericamente l'interesse di gruppo; occorre dimostrare che il vantaggio compensativo sia reale e idoneo a elidere il danno patrimoniale.

Si pone poi il problema se l'art. 2634, comma 3, c.c., che codifica la teoria dei vantaggi compensativi in materia di infedeltà patrimoniale, possa applicarsi anche oltre tale fattispecie. La giurisprudenza, nei fatti, risponde positivamente, anche quando non

richiama espressamente tale norma. Ciò accade, ad esempio, in materia di bancarotta fraudolenta per distrazione, attraverso il concetto di bancarotta riparata, sopra esposto.

La bancarotta riparata si configura quando l'apparente operazione distrattiva viene neutralizzata da una successiva reintegrazione del patrimonio, tale da eliminare l'offesa. La costruzione della bancarotta riparata può essere letta sia come applicazione analogica in bonam partem della logica sottesa ai vantaggi compensativi, sia come espressione del principio di offensività, perché, se il patrimonio viene effettivamente reintegrato prima del momento rilevante, **viene meno l'offesa tipica al bene giuridico tutelato dalla bancarotta.**

Un ulteriore profilo sistematicamente rilevante è quello della confisca nei reati societari, prevista dall'art. 2641 c.c. Il tema della confisca è particolarmente importante, perché si colloca al centro di numerose questioni attuali: la confisca per equivalente nel concorso di persone, la confisca per sproporzione, sia nella versione allargata sia nella versione delle misure di prevenzione, e le più recenti pronunce della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite.

La teoria dei vantaggi compensativi, già esaminata con riferimento all'infedeltà patrimoniale, viene applicata dalla Cassazione anche nell'ambito dei gruppi societari e, in particolare, rispetto alle distrazioni infragruppo. Operazioni che, se valutate isolatamente, potrebbero apparire distrattive e penalmente rilevanti, possono assumere un diverso significato se considerate nella logica complessiva del gruppo.

La Cassazione valorizza, in questo ambito, il principio di offensività e una logica di compensazione tra operazioni. Se il risultato complessivo dell'operazione infragruppo è positivo o, quantomeno, neutro e non determina un effettivo pregiudizio per il patrimonio destinato alla garanzia dei creditori, può venir meno l'offesa tipica richiesta dalla bancarotta. In questa prospettiva, la teoria dei vantaggi compensativi e la figura della bancarotta riparata operano come strumenti di contenimento della responsabilità penale, impedendo che la fattispecie venga applicata in modo meramente formale e sganciato dalla concreta lesione o messa in pericolo del bene giuridico.

SINTESI REATI FALLIMENTARI (ESTRATTO DELLA SINTESI RELATIVA AI REATI DI PARTE SPECIALE)

Per quanto riguarda, infine, i reati fallimentari, si è precisato che la recente riforma della crisi d'impresa non ha inciso sulle fattispecie tradizionali, in particolare su quelle previste dagli articoli 216 e 217 della legge fallimentare, come confermato espressamente dallo stesso legislatore.

Queste norme delineano un sistema articolato di reati, nel quale si individuano disposizioni a più fattispecie (c.d. disposizione a più norme), come accade con l'art. 216, che contempla:

- bancarotta patrimoniale (es. distrazione, distruzione, appropriazione);
- bancarotta documentale;
- bancarotta preferenziale.

Queste tre forme costituiscono reati distinti, anche se, all'interno di ciascuna categoria, si possono avere diverse modalità alternative di realizzazione della fattispecie incriminatrice, senza che ciò implichi la moltiplicazione dei reati.

La bancarotta preferenziale punisce l'amministratore che, in situazione di insolvenza, violi la *par condicio creditorum*, favorendo arbitrariamente alcuni creditori.

La bancarotta documentale, invece, può essere considerata come una sorta di «falso in bilancio fallimentare», in quanto consiste nella manomissione, alterazione o soppressione della documentazione contabile, spesso in funzione strumentale alla commissione della bancarotta patrimoniale. Per questa ragione, le due fattispecie sono spesso contestate congiuntamente, anche se, in astratto, conservano autonomia strutturale e offensiva.

La commissione di più fatti di bancarotta dà luogo a una circostanza aggravante espressamente prevista nell'ambito della disciplina della bancarotta, la quale si configura come un'aggravante formale, suscettibile di bilanciamento con eventuali circostanze

attenuanti. Tuttavia, sotto il profilo sostanziale, essa costituisce una forma di continuazione «speciale» tra più reati e ciò incide profondamente sulla sua qualificazione giuridica.

Come noto, la continuazione è un istituto che consente un'unificazione delle pene in presenza di una pluralità di reati unificati da un medesimo disegno criminoso. In termini sistematici, essa rileva solo *in bonam partem*, ovvero a favore del reo. Infatti, qualora il suo riconoscimento comporti effetti pregiudizievoli (ad esempio, ai fini sanzionatori), deve essere esclusa, trattandosi comunque di reati ontologicamente distinti.

Ciò è stato recentemente riaffermato anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, in un caso concernente la diversa riduzione della pena in caso di giudizio abbreviato per contravvenzioni e delitti. In quell'occasione, si è ritenuto che la diversa natura dei reati imponesse la loro separazione, proprio per applicare il principio del *favor rei* e, dunque, massimizzare il beneficio derivante dalla scelta del rito speciale.

Lo stesso principio vale anche per i più fatti di bancarotta: si tratta, sì, di una circostanza aggravante formale, ma fondata su una sostanziale continuazione tra reati distinti (es. bancarotta documentale e patrimoniale). In termini pratici, ciò comporta che:

- non opera il principio del *ne bis in idem* qualora un soggetto sia già stato giudicato per una condotta (es. bancarotta documentale) e successivamente venga contestata un'altra condotta (es. bancarotta patrimoniale), trattandosi di reati diversi;
- non opera il divieto di *reformatio in peius* in secondo grado, se il giudice del grado successivo rivaluta l'unificazione o la pluralità delle condotte ai fini del trattamento sanzionatorio, come avviene anche per le altre forme di continuazione.

Un'altra questione ricorrente attiene alla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento, sulla quale si è soffermata ampiamente la dottrina, in particolare Cesare Pedrazzi, autore di un'opera classica sul reato di bancarotta.

Secondo una risalente sentenza delle Sezioni Unite, la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce una «condizione di esistenza del reato».

Da questa impostazione, a rigore, avrebbe dovuto discendere che:

- la sentenza dichiarativa di fallimento è un elemento costitutivo del reato, e non mero presupposto;
- la condotta antecedente (es. la distrazione di beni) deve essere causalmente collegata all'insolvenza che ha condotto alla dichiarazione di fallimento;
- conseguentemente, il dolo del reato di bancarotta deve ricomprendere anche la rappresentazione e la volontà del fallimento stesso, in quanto effetto della propria condotta.

In tale prospettiva, dunque, l'autore del reato deve prevedere e volere non solo l'atto distrattivo in sé, ma anche il fatto che esso determinerà (o concorrerà a determinare) l'insolvenza irreversibile dell'impresa, sfociando nella dichiarazione giudiziale di fallimento.

Questa impostazione, al di là del riferimento al concetto di condizione di esistenza del reato, non è stata accolta dalla giurisprudenza, la quale tende a negare che:

- il fallimento costituisca, almeno nella bancarotta propria, un elemento costitutivo;
- occorra un nesso causale diretto tra la condotta e la dichiarazione di fallimento, essendo sufficiente che l'atto sia stato compiuto in costanza di insolvenza o in vista di essa;
- il dolo debba estendersi fino a ricomprendere anche la dichiarazione di fallimento, essendo sufficiente la consapevolezza della condotta distrattiva e della sua idoneità ad arrecare pregiudizio alla massa dei creditori.

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha conosciuto, a partire dalle Sezioni Unite del 1956, un'evoluzione interpretativa significativa in tema di bancarotta e dichiarazione di fallimento. In quell'occasione, la Corte iniziò a utilizzare l'espressione "condizione di

esistenza del reato". Tuttavia, pur senza evocare esplicitamente l'istituto delle condizioni oggettive di punibilità, la Corte finiva con l'applicare proprio quella categoria, ma lo faceva in modo surrettizio, senza dichiararlo apertamente. Questa impostazione, nella sua fase iniziale, è stata oggetto di critiche severe da parte della dottrina.

La giurisprudenza mantenne tale orientamento per circa quarant'anni, fino all'introduzione della fattispecie di bancarotta impropria da reato societario, che rappresenta una quarta tipologia di bancarotta, nella quale il fallimento è causalmente connesso a un reato societario precedente, tipicamente il falso in bilancio. È il caso in cui, ad esempio, un soggetto falsifica il bilancio per mantenere in vita artificialmente una società già in dissesto, come accaduto nel caso Parmalat, e la condotta finisce per determinare il fallimento. In tale contesto, il legislatore richiede espressamente un nesso di causalità tra il reato societario e il fallimento, introducendo così una distinzione sistematica rispetto alle altre ipotesi di bancarotta.

Da ciò si è tratto, con riferimento alla bancarotta propria, un argomento a contrario: se il legislatore ha previsto il nesso causale in un'ipotesi specifica, ma non lo ha richiesto nelle altre, ciò significa che non sempre esso è necessario.

A rompere questo schema interpretativo fu la sentenza Corvetta del 2012, che rappresentò una rottura radicale con l'indirizzo consolidato. In quella decisione, la Corte accoglie esplicitamente la tesi secondo la quale la dichiarazione giudiziale di fallimento costituisce l'evento del reato, e non una mera condizione esterna. In tale prospettiva, la dichiarazione di fallimento diviene un elemento costitutivo del fatto tipico e, come tale, deve essere sorretta da un nesso causale e da un elemento soggettivo, nella specie il dolo, trattandosi di un evento in senso tecnico.

Tale interpretazione si inserisce nel solco della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, nota per avere ridefinito la portata del principio di colpevolezza e per avere escluso la legittimità delle cosiddette condizioni oggettive di punibilità intrinseche, se non collegate quantomeno alla colpa dell'agente. In quella pronuncia — pur occupandosi formalmente solo dell'ignoranza della legge penale ex art. 5 c.p. — la Corte aveva

affermato un principio sistematico di rilievo: tutti gli elementi essenziali del fatto tipico devono essere ancorati almeno alla colpa del soggetto attivo.

A chiarire ulteriormente questo orientamento fu la successiva sentenza n. 1085 del 1988 (sul furto d'uso), che identificò espressamente quali siano gli elementi significativi della fattispecie: quelli che contrassegnano il disvalore del fatto tipico e che, dunque, non possono restare avulsi dall'elemento soggettivo dell'agente. In particolare, la Corte operò una distinzione tra condizioni oggettive di punibilità estrinseche, che non attengono al disvalore del fatto e quindi non esigono un elemento soggettivo, e condizioni oggettive intrinseche, che invece lo richiedono.

In questa cornice teorica si inserisce la portata innovativa della sentenza Corvetta, che, trattando la dichiarazione di fallimento come evento in senso tecnico, arrivava alla conclusione che essa richiede sia un dolo sia un nesso di causalità. Tuttavia, tale pronuncia è rimasta isolata, come un caso eccezionale, e non è stata seguita.

Nel 2017, infatti, la Cassazione è tornata all'orientamento precedente e, per la prima volta, in modo esplicito, ha qualificato la dichiarazione di fallimento come una condizione oggettiva di punibilità estrinseca. In tale prospettiva, non si richiedono né dolo né causalità, poiché si tratterebbe di un dato esterno, privo di rilevanza rispetto al disvalore della fattispecie penale.

La differenza fondamentale, secondo questa impostazione, risiede proprio nel confronto con la bancarotta da reato societario, nella quale, invece, il nesso causale è espressamente richiesto e, con esso, anche un elemento soggettivo di tipo doloso.

A questa nuova stabilizzazione giurisprudenziale si è contrapposta la critica di una parte della dottrina, che ha messo in luce come tale ricostruzione trascuri il ruolo centrale del concetto di "stato di insolvenza". In particolare, secondo una parte della dottrina più recente, nella bancarotta, specie se preferenziale, l'elemento dell'insolvenza assume un valore determinante ai fini dell'offensività della condotta, principio cardine del diritto penale. Secondo tale tesi, se si prescinde dal contesto dell'insolvenza, la condotta di

pagamento preferenziale di un creditore rispetto ad altri risulta priva di rilevanza penale, perché, in condizioni di solvibilità, tale comportamento sarebbe del tutto legittimo, tanto sul piano civilistico quanto su quello penalistico.

La ratio dell'incriminazione, infatti, risiede nella necessità di salvaguardare la massa attiva del fallimento, assicurando il rispetto del principio di *par condicio creditorum*, ovvero la proporzionalità nei pagamenti tra tutti i creditori. Se manca lo stato di insolvenza, non vi è alterazione di tale principio e, dunque, la condotta resta priva di offensività. Pertanto, la dimenticanza o la marginalizzazione del concetto di insolvenza nella giurisprudenza recente, che si limita a qualificare la dichiarazione di fallimento come condizione estrinseca, rappresenta, per Masullo, un vulnus sistematico che non può essere trascurato.

E allora — osserva con acutezza tale dottrina — ciò sta a significare che è proprio la situazione di insolvenza a conferire disvalore alla fattispecie della bancarotta, in particolare a quella preferenziale. Ne deriva che tale elemento non può essere considerato irrilevante, né tantomeno ridotto a mera condizione estrinseca di punibilità, come ha sostenuto una parte della giurisprudenza.

Diversa, invece, è la questione con riferimento alla bancarotta patrimoniale. In questo caso, infatti, il discorso cambia radicalmente. Tale forma si caratterizza per la presenza di distrazioni patrimoniali, cioè per il fatto che il soggetto compie atti dispositivi illeciti, come, ad esempio, far sparire somme di cassa. In questi casi, la giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare che la dichiarazione di fallimento può intervenire anche a distanza di anni, senza che ciò infici la configurabilità del reato. Infatti, non è necessario un collegamento temporale immediato tra la distrazione e il fallimento: quel fallimento, anche se sopraggiunto molto tempo dopo, rimane causalmente riconducibile a quelle condotte distrattive.

Il soggetto passivo della bancarotta patrimoniale è, in ogni caso, il ceto creditorio, e ciò spiega perché si tratti di un reato fallimentare: la lesione si consuma nei confronti dei creditori, titolari del bene giuridico protetto dalla norma. Dunque, già le sole distrazioni configurano una lesione penalmente rilevante, anche in assenza dell'insolvenza immediata.

SINTESI SULLA BANCAROTTA RIPARATA E VANTAGGI COMPESATIVI

Un'ulteriore riflessione è riservata alla teoria dei vantaggi compensativi, la quale assume rilievo soprattutto nella disciplina della bancarotta in presenza di gruppi societari. Tradizionalmente, il diritto penale fallimentare non ha riconosciuto rilevanza giuridica al gruppo societario, considerandolo una realtà esclusivamente economica. Di conseguenza, gli atti dispositivi infragruppo — ad esempio, quelli mediante i quali la capogruppo trasferisce risorse a una controllata a svantaggio di un'altra — venivano trattati come distrazioni patrimoniali, penalmente rilevanti in quanto tali.

Tuttavia, la più recente giurisprudenza della Cassazione ha modificato questo approccio, valorizzando il **principio di offensività** e riconoscendo, in presenza di specifici presupposti, una valenza giuridica alla nozione di gruppo societario. Questo mutamento si fonda, tra l'altro, sull'elaborazione della cosiddetta bancarotta riparata, figura di origine giurisprudenziale. In questa ipotesi, l'imprenditore compie un atto distrattivo, ma successivamente realizza un'operazione di segno contrario che compensa integralmente il pregiudizio arrecato alla massa attiva. In tal caso, pur sussistendo formalmente gli estremi del reato (atto distrattivo e successivo fallimento), non si integra alcuna fattispecie penalmente rilevante, in ossequio al principio di offensività, poiché manca una lesione effettiva del ceto creditorio.

L'innovazione della più recente giurisprudenza consiste nell'estendere questo concetto di bancarotta riparata alla dimensione del gruppo societario. Si ammette, infatti, che, qualora una singola società del gruppo subisca un atto infragruppo apparentemente distrattivo, ma trovi nella strategia complessiva del gruppo una contropartita adeguata, tale operazione non integri reato, purché siano rispettati alcuni precisi presupposti.

In particolare, la Cassazione richiede che la singola società interessata dall'atto distrattivo tragga un vantaggio compensativo effettivo, tale da non pregiudicare concretamente la tutela dei suoi creditori, i quali — è bene ricordarlo — possono rivalersi esclusivamente

sul patrimonio di quella specifica società e non su quello delle altre società del gruppo, nonostante l'unitarietà della direzione.

Questo è il nodo centrale della questione: ai fini dell'offensività, rileva non tanto l'apparente spostamento di risorse, quanto l'equilibrio finale tra vantaggi e svantaggi per la singola società, poiché è a tutela dei suoi creditori che si struttura la fattispecie penale. Pertanto, solo qualora si accerti una contropartita reale ed equilibrata, l'operazione infragruppo può non integrare una bancarotta per distrazione.

A sostegno di questa impostazione si pongono anche i più recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di cash pooling, o contratto di tesoreria, meccanismo attraverso il quale la capogruppo gestisce in modo accentrato le risorse finanziarie dell'intero gruppo. Anche in questo caso, la Cassazione ha affermato che non ogni spostamento di fondi tra società del gruppo costituisce automaticamente una distrazione penalmente rilevante, purché sia riscontrabile un sistema compensativo idoneo a preservare gli interessi dei creditori delle singole società coinvolte.

Quando si **verifica un'operazione finanziaria all'interno di un gruppo societario**, in particolare mediante un contratto di cash pooling, può emergere il problema della distrazione infragruppo, soprattutto qualora una società del gruppo subisca un apparente depauperamento a vantaggio di un'altra. **Il cash pooling** è, in sostanza, un contratto mediante il quale la capogruppo gestisce centralmente la tesoreria e la liquidità dell'intero gruppo societario, operando una compensazione tra le varie società partecipanti.

La Cassazione, sulla scia del ragionamento relativo alla teoria dei vantaggi compensativi, ha ritenuto che anche in tale ambito possa trovare applicazione tale teoria, ma soltanto a condizione che il contratto di cash pooling sia «trasparente». Per trasparenza si intende che il contratto deve prevedere ex ante i criteri oggettivi in base ai quali la capogruppo gestirà le risorse finanziarie del gruppo, indicando con chiarezza modalità operative, garanzie e principi di riequilibrio. Solo in presenza di tali presupposti è possibile escludere la rilevanza penale di operazioni apparentemente distrattive, poiché sarà possibile

verificare se la singola società abbia effettivamente ricevuto una contropartita adeguata, preservando così gli interessi del proprio ceto creditorio.

TRASCRIZIONE DELLA LEZIONE DIR. PEN. 10.04.2026 BANCAROTTA PROPRIA E IMPROPRIA DA REATO SOCIETARIO E NATURA DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO

Le condizioni oggettive di punibilità costituiscono un istituto storicamente legato all'*ancien régime* e alla discrezionalità del sovrano, che decideva, a fronte di un fatto già meritevole di pena, di subordinare la concreta punizione, per ragioni di opportunità politico-criminale, al verificarsi di un evento ulteriore che prescindesse dalle capacità di dominio dell'autore del reato. Sotto questo profilo esse presentano una certa similitudine con le cause di non punibilità, ma i due istituti vanno nettamente distinti. Le une fondano la punibilità; le altre la escludono. Se il tema riguarda soltanto le cause di non punibilità, è un errore trattare anche delle condizioni oggettive di punibilità, salvo citarle, per differenza, al solo scopo di distinguere i due istituti e di mettere in luce che l'anello di congiunzione tra essi sta solo nelle ragioni di opportunità politico-criminale o, se si vuole, nella logica della sussidiarietà esterna.

Il principio di sussidiarietà vede la sanzione penale come *extrema ratio* e può spingere il legislatore, da un lato, a sacrificare la punizione per tutelare controinteressi ritenuti meritevoli, e, dall'altro, a subordinare la punizione al verificarsi di eventi ulteriori. L'analogia tra i due istituti, tuttavia, finisce qui, perché poi essi operano in direzioni opposte.

Il tema delle condizioni intrinseche ed estrinseche di punibilità ha subito una forte evoluzione per effetto della sentenza n. 1085 del 1988, quella relativa al furto d'uso, che ha chiarito che gli elementi più significativi della fattispecie sono quelli che contrassegnano il disvalore del fatto e che devono essere collegati soggettivamente al soggetto almeno per colpa. Muovendo da questa premessa, dottrina e giurisprudenza hanno chiarito che la tradizionale distinzione tra condizioni intrinseche ed estrinseche può essere mantenuta, se si vuole, solo sul piano convenzionale, ma non ha più reale senso sul piano della disciplina.

Le cosiddette condizioni intrinseche, infatti, proprio perché determinano una progressione dell'offesa e contribuiscono a contrassegnare il disvalore del fatto, devono riflettersi nell'elemento soggettivo e finiscono per essere, in realtà, veri e propri elementi costitutivi del reato. Si pensi all'incendio di cosa propria, dove il pericolo era tradizionalmente qualificato come condizione intrinseca di punibilità: esso non può essere governato dall'articolo 44 c.p. come una vera condizione oggettiva di punibilità, ma deve riflettersi nel dolo del soggetto, perché senza il pericolo non si integra il reato.

Le condizioni estrinseche, invece, sono fatti ulteriori, futuri ed esterni al disvalore del fatto, che si innestano su un fatto già tipico, antigiusuridico e colpevole, quindi già meritevole di pena, e servono a verificare non la meritevolezza della pena, ma il bisogno di punire concretamente quel fatto. Rispondono cioè a una logica diversa, che non riguarda la struttura offensiva del reato ma l'opportunità di attivare la sanzione penale.

L'articolo 44 c.p. non spiega però né se esso si riferisca anche alle cosiddette condizioni intrinseche — questione oggi sostanzialmente risolta in senso negativo dopo il 1988 — né come si individuino concretamente le condizioni oggettive di punibilità. Non basta, a questo scopo, un criterio meramente letterale. Non si può cioè ritenere che ogni volta che la fattispecie incriminatrice utilizzi formule del tipo “se dal fatto deriva” si sia in presenza di una vera condizione oggettiva di punibilità. Il criterio decisivo è teleologico: occorre chiedersi quale sia la ratio di quella locuzione e se ciò che ne deriva contribuisca o meno a contrassegnare il disvalore della fattispecie. Se la risposta è sì, si è in presenza di una condizione intrinseca, cioè in realtà di un elemento costitutivo; se la risposta è no, si è in presenza di una vera condizione oggettiva di punibilità.

La questione si è posta in modo paradigmatico con riferimento alla sentenza dichiarativa di fallimento nel reato di bancarotta patrimoniale propria per distrazione.

Sulle orme di autorevole dottrina, una celebre dottrina degli anni Cinquanta qualificava la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione di esistenza del reato di bancarotta. Con questa espressione si alludeva, in realtà, almeno nelle intenzioni della dottrina che l'aveva elaborata, all'idea di considerare la dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo del reato di bancarotta per distrazione.

Per circa cinquant'anni, però, la giurisprudenza, pur utilizzando quella stessa formula, non ne traeva le conseguenze sistematiche coerenti. Parlava di condizione di esistenza del reato, ma poi sosteneva che non occorresse l'elemento soggettivo in rapporto alla dichiarazione di fallimento. In altri termini, se il soggetto, compiendo la distrazione, non rappresentava nemmeno a titolo di dolo eventuale la futura dichiarazione di fallimento, ciò non rilevava: la distrazione, seguita anche a distanza di anni dal fallimento, bastava ugualmente. Si trattava, in sostanza, di una vera frode delle etichette: la si chiamava condizione di esistenza, ma la si disciplinava come una condizione oggettiva di punibilità.

Con la decisione Corvetta, invece, la Cassazione affermò, per la prima volta, che la sentenza dichiarativa di fallimento fosse, anche rispetto alla bancarotta propria, un elemento costitutivo del reato e che, quindi, il soggetto dovesse rappresentarsela, sia pure a titolo di dolo eventuale, come possibile conseguenza della distrazione. Questa pronuncia, però, è rimasta isolata. La giurisprudenza successiva ha preferito uscire da quell'equivoco terminologico e chiamare ormai apertamente la sentenza dichiarativa di fallimento, nella bancarotta per distrazione, una condizione oggettiva di punibilità.

Questa conclusione non è priva di fondamento, perché, sul piano sistematico, la si può ricavare dal confronto con la bancarotta impropria da reato societario, cioè con l'ipotesi in cui la bancarotta derivi da un presupposto reato societario, come le false comunicazioni sociali. In quest'ultima fattispecie, la previsione normativa richiede espressamente un legame causale tra reato societario e fallimento, tale da riflettersi anche nel dolo dell'autore.

Da ciò si può argomentare a contrario che, nelle ipotesi di bancarotta propria per distrazione, la sentenza dichiarativa di fallimento costituisca una mera condizione oggettiva di punibilità.

SINTESI BANCAROTTA IMPROPRIA DA REATO SOCIETARIO E SUCCESSIONE DI LEGGI

Un esito totalmente abolitivo, come vedremo, si determina, in primo luogo, qualora si instauri tra le norme che si avvicendano nel tempo una relazione normativa di **"eterogeneità"**.

Si suole designare questo caso come quello della c.d. *abolitio criminis* o **"abolizione secca"** di una figura criminosa. In presenza di due norme poste sullo stesso livello gerarchico, emanate in tempi diversi, che prevedono, in relazione alla stessa fattispecie astratta (classe di fattispecie), conseguenze giuridiche incompatibili (sanzione penale/assenza di sanzione penale), va applicata la norma successiva nel tempo. Ne consegue che la norma proveniente dalla fonte anteriore deve considerarsi abrogata. Si tratta, inoltre, di un'antinomia di tipo assoluto: le due norme che si avvicendano nel tempo disciplinano classi di fattispecie che si sovrappongono interamente, prevedendo conseguenze giuridiche incompatibili tra loro; ad esempio, una norma qualifica come penalmente illecita una determinata fattispecie astratta, mentre la successiva qualifica come penalmente lecita la medesima fattispecie.

In secondo luogo, si verifica un esito totalmente abolitivo anche nel caso della **"sostituzione"** di una figura di reato con un'altra (di solito basata sulla c.d. **"riformulazione"** della fattispecie incriminatrice), che presenta un contenuto strutturalmente **"eterogeneo"**.

Quando, invece, tra le norme che si avvicendano nel tempo si instaura una **relazione normativa di specialità**, non potrà mai esservi un esito totalmente abolitivo dell'incriminazione sostituita o riformulata.

Va però, a tale ultimo riguardo, delineata una distinzione. Se, come più comunemente accade, tra le norme che si avvicendano nel tempo si instaura un rapporto normativo di **"genere → specie"**, si determina il fenomeno della c.d. *abolitio criminis* parziale. La norma speciale introdotta successivamente circoscrive (o, meglio, restringe) l'area applicativa della

norma generale ormai espunta. In pratica, come è stato rilevato in dottrina (GAMBARDELLA), la norma speciale posteriore priva di efficacia la norma generale anteriore rispetto a quelle condotte che non sono più comprese nel perimetro della norma speciale vigente.

Si pensi alla controversia, che sarà successivamente esaminata, risolta dalle Sezioni Unite penali **Giordano** nel 2003 (n. 25887/2003), **in relazione alla riformulazione del delitto di bancarotta impropria da reato societario (art. 223, comma 2, n. 1, 1. fall.), a seguito del d.lgs. n. 61 del 2002**. A una norma generale è succeduta una norma speciale: sono stati infatti introdotti i requisiti specializzanti dell'evento di danno, costituito dal dissesto societario, e del collegamento causale tra esso e l'illecito penale-societario.

La vicenda riguardante l'abrogazione parziale di una norma incriminatrice è regolata, per la porzione normativa abrogata, dal comma 2 dell'art. 2 c.p. (archiviazione, immediato proscioglimento o, se vi è stata condanna definitiva, revoca della sentenza di condanna); mentre, per la parte che continua a essere vigente, è disciplinata dal comma 4 dell'art. 2 c.p. (applicazione della disciplina più favorevole al reo, purché non sia stata già pronunciata una sentenza di condanna irrevocabile).

Se, invece, viene in rilievo un rapporto di **"specie → genere"** (diacronico), si registrerà una piena continuità normativa per il frammento di fattispecie astratta coincidente, mentre la porzione nuova (accresciuta) della norma incriminatrice varrà soltanto per i **"fatti futuri"** (comma 1 dell'art. 2 c.p.). In questa ipotesi, infatti, gli astratti fatti già puniti dalla norma speciale continuano a essere sanzionati penalmente attraverso la successiva norma generale, che ne aggiunge degli ulteriori. Si pensi, ad esempio, al caso della riformulazione dell'art. 318 c.p., oggi rubricato come **"corruzione per l'esercizio della funzione"**, mentre prima della riforma del 2012 era intitolato **"corruzione per un atto d'ufficio"**: nella nuova versione restano le classi di condotte già sanzionate e ne sono state aggiunte di nuove.

Quanto, infine, alla regola intertemporale contenuta nel comma 4 dell'art. 2 c.p., essa prende in esame una situazione diversa rispetto all'*abolitio criminis* disciplinata dal comma 2.

Nell'ipotesi del comma 4, infatti, non si configura una vera e propria antinomia, perché le norme penali che si avvicendano nel tempo non sono strutturalmente incompatibili tra loro, né connettono alla medesima fattispecie astratta conseguenze giuridiche inconciliabili (come, ad esempio, nel fenomeno della depenalizzazione).

In quest'ultimo contesto, pur non determinandosi un'antinomia in senso proprio, la regola contenuta nel comma 4 dell'art. 2 c.p. è comunque destinata ad armonizzare le norme succedutesi nel tempo e a evitare contrasti tra di esse. Si può allora parlare, in senso ampio, di un conflitto di norme, che va risolto mediante il criterio di preferenza della norma penale più favorevole.