

Davide Amadei

RIFLESSIONI SULL'ACCERTAMENTO NEGOZIALE E GIURISDIZIONALE DELL'USUCAPIONE

SOMMARIO: 1. La trascrizione dell'accordo di accertamento dell'usucapione. – 2. Lo Studio 718-2013/C del Consiglio Nazionale del Notariato. – 3. Accordo negoziale e accertamento giudiziale. – 4. Il timore della frode negoziale. – 5. Efficacia dell'accertamento e posizione dei terzi. – 6. Usucapione, pignoramento, ipoteca. – 7. La vendita di un bene usucapito senza accertamento. – 8. Sintesi conclusiva.

1. – Con l'art. 84-*bis* della legge 9 agosto 2013, n. 98, di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, è stato introdotto un nuovo numero, dopo il 12), nel testo dell'art. 2643 c.c., dedicato agli atti suscettibili di trascrizione nei registri immobiliari, con la seguente dizione: «12-*bis*) gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato»¹.

Si è tentato così di risolvere legislativamente il conflitto interpretativo sorto con l'approvazione e l'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 sulla mediazione: nel rendere soggetta la materia dei diritti reali alla mediazione obbligatoria, si era posto il problema della risoluzione negoziale della controversia sulla proprietà acquistata per usucapione, soprattutto in punto di trascrizione del verbale di conciliazione².

La novella e la prassi, precedente e successiva ad essa, consentono di svolgere alcune considerazioni di carattere generale e sistematico, poiché circolano affermazioni e commenti che, incidendo sui rapporti tra diritto sostanziale e processo in materia di situazioni soggettive disponibili, destano rilevanti perplessità.

¹ La disposizione legislativa citata, con le questioni interpretative ed applicative che pone, non sarà oggetto specifico del presente scritto; si intende solo prendere le mosse da essa per affrontare alcuni temi, di respiro sistematico, relativi all'accertamento della proprietà acquisita per usucapione.

² Si leggano, ad esempio, DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1297; L. LORENZINI-F. LORENZINI, *La trascrivibilità del verbale di mediazione in tema di usucapione* (nota a Trib. Roma, 22 luglio 2011), in *Vita not.*, 2012, 689. Dopo la novella, da ultimo, SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 217; v. anche DE DONATO, *La trascrizione dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2014, 123; CASTRONUOVO, *Brevi note in tema di usucapione e trascrizione dopo il decreto del fare*, *ivi*, 1261; FERRARI, *La trascrizione dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione*, *ivi*, 1269.

Da parte di alcuni giudici di merito si è affermato che l'accertamento della proprietà acquistata per usucapione con valenza *erga omnes* è atto riservato al giudice, potendo l'autonomia negoziale soltanto accertare l'usucapione con effetti limitati alle parti³.

Deve perciò escludersi la mediazione, che è riservata alle controversie su diritti disponibili, e non può avere il medesimo effetto della sentenza in quanto non è possibile trascrivere il negozio di accertamento della proprietà⁴, e poiché comunque nel caso delle azioni di usucapione non può la sentenza essere surrogata dall'accordo⁵.

Più in generale, l'accordo amichevole raggiunto nel procedimento di mediazione avente a oggetto l'accertamento dell'intervenuta usucapione, stante la sua natura di negozio di mero accertamento, non costituisce – nel vigente sistema di diritto privato – titolo idoneo alla trascrizione, non realizzando alcun effetto costitutivo, traslativo o modificativo⁶.

Ma si è anche affermato il contrario: l'accordo di mediazione che contenga l'accertamento dell'usucapione ha ad oggetto il diritto reale, ma non il fatto attributivo di esso per cui «la parte che si vedrà trasferito il bene lo acquisterà a titolo derivativo in quanto lo strumento utilizzato per la traslazione è il verbale di mediazione, e non a titolo originario come invece nel caso di accertata usucapione mediante sentenza», per cui l'accordo medesimo è trascrivibile dell'art. 2643, n. 13, c.c. essendo una transazione traslativa⁷.

Se non la confusione, l'eterogeneità delle opinioni regna sovrana e nega quella certezza del diritto di cui ogni operatore ha bisogno.

2. – Non è esente da ambiguità neppure il Consiglio Nazionale del Notariato, che nella seduta del 31 gennaio 2014 ha approvato lo Studio 718-2013/C su *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, redatto dall'area scientifica del medesimo Consiglio proprio a seguito dell'inserimento nell'art. 2643 c.c. del numero 12-*bis*.

Al di là delle (interessanti) argomentazioni in punto di negozio di accertamento in generale, e di accertamento dell'usucapione in particolare, non convincono alcune argomentazioni a proposito della efficacia della sentenza e del con-

³Trib. Roma, 8 febbraio 2012, in *Rep. Foro it.*, 2012, «Conciliazione in genere», n. 169.

⁴Trib. Palermo-Bagheria, 30 dicembre 2011, in *Giur. merito*, 2012, 1078, che ha comunque ritenuto obbligatorio il tentativo di mediazione trattandosi di «controversia in materia di diritti reali» ai sensi del comma 1 dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010.

⁵Trib. Varese, 2 dicembre 2011, in *Giur. merito*, 2012, 1079, per il quale «l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 deve essere interpretato *secundum constitutionem* e deve, dunque, essere esclusa la mediazione obbligatoria là dove essa verrebbe imposta nella consapevolezza che i litiganti non potrebbero comunque pervenire a un accordo conciliativo, come appunto nel caso delle azioni di usucapione».

⁶Trib. Catania, 24 febbraio 2012, in *Rep. Foro it.*, 2012, «Conciliazione in genere», n. 174; Trib. Roma, 8 febbraio 2012, cit.; Trib. Roma, 22 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2012, 1081.

⁷Trib. Como-Cantù, 2 febbraio 2012, in *Giur. merito*, 2012, 1077.

tratto, nonché del ruolo della giurisdizione rispetto all'autonomia negoziale delle parti sui diritti disponibili.

Vi si legge che l'accordo conciliativo sulla usucapione riguarda «le sole parti», è inopponibile ai terzi e «rappresenta un *minus* rispetto all'usucapione giudizialmente accertata» (paragrafo 4, p. 9); inoltre, mentre «la sentenza di accertamento dell'usucapione ha la forza di radicare un diritto nuovo in capo all'usucapiente al quale i terzi non potranno opporre i loro diritti in base alle regole fissate negli artt. 2644 e 2650 c.c., l'accordo conciliativo attribuirà all'usucapiente un diritto che potrà far valere nei confronti dei terzi nei limiti dei diritti spettanti all'usucapito e nel rispetto delle regole sulla continuità delle trascrizioni» (p. 10, in alto).

Poi, si ribadisce la funzione “sacrale” del giudice, affermando che «in assenza di un accertamento giudiziario e quindi di un soggetto terzo ed imparziale garante della legittimità e correttezza dei diritti e pretese rivendicate su un bene immobile, gli effetti prodotti da un accordo rimesso alla libera autonomia privata non potranno in alcun modo danneggiare terzi che vantino legittimi titoli rimasti estranei all'accordo»: pare di capire che, grazie alla funzione del giudice, la sentenza può danneggiare terzi, ciò che invece l'accordo negoziale non può fare.

Si rinviene poi anche un'altra considerazione piuttosto originale: secondo lo Studio «in un eventuale accordo conciliativo sarà una parte a scegliersi la controparte nei cui confronti accertare l'usucapione, in assenza di qualunque controllo giudiziale»; come se invece, nel processo, fosse il giudice ad individuare e scegliere la controparte dell'attore. Così, per il caso di un bene usucapito in proprietà, si afferma che la domanda di usucapione obbliga la parte ad una integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i proprietari (...) mentre «tutto ciò resta al di fuori di un accordo conciliativo governato esclusivamente dalla volontà delle parti al di fuori di qualunque controllo da parte di un terzo imparziale». Del resto – si ritiene – «all'accertamento giudiziale, rispetto all'accordo conciliativo, è assicurata una diversa valenza in ragione della diversa garanzia che è in grado di assicurare la sentenza».

Dunque, a ben vedere, se ne ricava, oltre all'efficacia *erga omnes* della sentenza, che il diritto di proprietà acquistato per usucapione è divenuto indisponibile, visto che soltanto con una sentenza si può accertarlo con pieni effetti che non si possono affatto ottenere in via negoziale!

3. – Le questioni, anche di respiro sistematico e teorico generale, che si pongono sono varie.

Si possono prendere le mosse dalla distinzione affermata tra accertamento dell'usucapione solo tra le parti ed accertamento dell'usucapione *erga omnes*, attingibile esclusivamente mediante la sentenza.

Reiteratamente la giurisprudenza di merito e lo studio del Consiglio Nazionale del Notariato postulano una disomogeneità di effetti, ritenuta fondamentale, tra accertamento per accordo negoziale tra le parti e accertamento giudiziale, con il controllo del giudice (unico «garante della legittimità e correttezza dei di-

ritti e pretese rivendicate su un bene immobile») della proprietà acquisita per usucapione.

Per affrontare questo tema, innanzitutto è bene essere chiari sull'oggetto di tali accertamenti: in entrambi i casi si fissa in modo vincolante tra le parti l'esistenza del diritto di proprietà, di cui l'usucapione è la fattispecie costitutiva. Non si tratta dunque di accertare, da parte del giudice in sentenza o delle parti nel negozio, un mero fatto (o, meglio, un complesso di fatti) qual è l'usucapione, bensì, appunto, di fissare per il futuro le regole di condotta delle parti sulla proprietà del bene, sui rapporti sostanziali, sul diritto soggettivo.

Si ricordi, in proposito, che l'usucapione è una fattispecie di acquisto a titolo originario del diritto di proprietà su un bene posseduto continuativamente per venti anni (art. 1158 c.c.). Tale acquisto, del tutto autonomo dal diritto del precedente proprietario, si realizza *ipso jure*, automaticamente, nel momento in cui, con il compimento del periodo di tempo previsto, si completa la fattispecie: nasce *ex novo* la proprietà in capo all'usucapiente, in forza del fatto-usucapione, composto da possesso e decorso del tempo⁸.

Così, la relativa azione giudiziale è di mero accertamento di un diritto già sorto sul piano sostanziale (per cui, tra l'altro, affermare che la sentenza di accertamento dell'usucapione «ha la forza di radicare un diritto nuovo in capo all'usucapiente», come nello Studio del Notariato citato, rappresenta un grave fraintendimento dell'istituto).

E non si può ormai più dubitare che sia ammissibile un negozio di accertamento⁹ che abbia ad oggetto un diritto reale, quale la proprietà (anche immobiliare) o altro diritto¹⁰ sorto in forza dell'usucapione.

Poi, è decisivo rilevare che il diritto di proprietà è tipicamente un diritto sul piano sostanziale senz'altro disponibile: da secoli le facoltà che ne caratterizzano struttura e contenuto sono quella di godere (del bene che ne è oggetto) e quella di disporre, per cui forse la proprietà è la situazione sostanziale disponibile per eccellenza. Dunque, in relazione ad un diritto di proprietà sono validi ed efficaci gli atti negoziali che lo costituiscono, modificano, estinguono, regolano.

La disponibilità del diritto di proprietà è il perno attorno al quale debbono ruotare tutte le considerazioni in ordine all'accertamento negoziale e/o giudiziale dell'acquisto per usucapione.

Infatti, in materia di diritti disponibili l'intervento del giudice è sempre eventuale e sussidiario: le parti si rivolgono al giudice nel momento in cui non riescono a regolare da sé, con la propria attività negoziale, i loro rapporti sostanziali-

⁸ Sull'istituto dell'usucapione possono vedersi SACCO, *Usucapione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, 561 ss.; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile. II. Diritti Reali*, Torino, 1988, 392 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, IX ed., Napoli, 2001, 235, 241 ss.

⁹ Sull'ammissibilità del negozio di accertamento nel nostro ordinamento si veda, in via decisiva, l'opera di FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, in part. 326 ss. (nonché, sulle caratteristiche dell'accertamento come fissazione, 81 ss.; sugli effetti dell'accertamento, 270 ss.); più in generale, per riferimenti, DE DONATO, *La trascrizione*, cit., 126 ss.

¹⁰ Sul punto FORNACIARI, *op. cit.*, 58 ss., 218.

li, ed il giudice non può dare più di quello che le parti avrebbero potuto ottenere per conto proprio sul piano negoziale sostanziale se fossero state d'accordo¹¹.

Si tratta di un principio fondamentale, che sta alla base della esistenza stessa, nel nostro ordinamento, dei mezzi di risoluzione negoziale delle controversie, di istituti come la transazione, la conciliazione, la mediazione, anche obbligatoria (d.lgs. n. 28/2010), e l'arbitrato, definito dal lodo quale atto privatistico che produce gli effetti della sentenza.

Affermare che la sentenza sull'usucapione fornisce una tutela, sul diritto di proprietà, che le parti sul piano sostanziale con propria attività negoziale non potrebbero mai darsi, significa minare in radice il funzionamento di questi meccanismi.

Si noti qui anche un'inversione logica, compiuta da qualche giudice di merito: l'accertamento dell'usucapione è riservato al giudice, per produrre effetti *erga omnes* e poter consentire la trascrizione, e *pertanto* la relativa situazione sostanziale è indisponibile; ma è proprio quest'ultima qualificazione che è prioritaria, fondante, distintiva, non viceversa, non potendosi affermare che una situazione è indisponibile perché su di essa è sempre necessario l'intervento del giudice.

E sarebbe un grosso problema anche di economia processuale, poiché la affermata divergenza di effetti tra atto privato e sentenza può inibire le parti dal rivolgersi ad un notaio per redigere un semplice e veloce negozio di accertamento dell'usucapione trascrivibile, e costringerle a percorrere sempre e comunque la via giurisdizionale (sia pure, come spesso accade, essendo l'attore d'accordo con il convenuto che magari resta contumace o si costituisce e rende pacifici tutti i fatti per andare subito a sentenza).

In ogni caso, ed in generale, deve ritenersi tramontata da tempo la qualificazione quasi sacrale del giudice con la visione della giurisdizione come centrale, immancabile, tale da far affermare al Consiglio del Notariato, nello Studio citato, e a qualche giudice, che soltanto tramite la sentenza si possono ottenere effetti di accertamento grazie alla funzione di garanzia e di controllo della legittimità e della correttezza delle pretese, che esclusivamente il giudice può effettuare nell'esercizio del suo potere autoritativo: è un colpo di coda di quella che può ritenersi una «malintesa statolatria»¹².

Si ribadisce che il giudice, quando si tratta di diritti disponibili, come nel caso del diritto di proprietà, non può mai dare di più di quanto le parti potrebbero ottenere per conto loro, con una loro attività negoziale stragiudiziale: si è precisato, dalla migliore dottrina, che la differenza tra la risoluzione negoziale autonoma e gli altri strumenti eteronomi, tra i quali la giurisdizione, «non sta nell'efficacia, che è sempre necessariamente la stessa e che consiste nella cosa giudica-

¹¹ Sul punto ad es. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2004, 45-46; LUISO, *Diritto processuale civile. Principi generali*, VII ed., Milano, 2013, 147; ID., *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, VII ed., Milano, 2013, 10 ss.

¹² Efficace dizione di LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione*, cit., 9.

ta sostanziale, quanto nella modalità di determinazione del contenuto dell'atto risolutivo della controversia»¹³.

In questo contesto, è senz'altro ammissibile un negozio di accertamento che abbia ad oggetto la fissazione delle regole di condotta delle parti in ordine al diritto di proprietà del quale l'usucapione è fattispecie costitutiva, così come il medesimo scopo può essere conseguito mediante una sentenza di accertamento del giudice dello Stato, senza alcuna differenza in punto di efficacia.

4. – Il timore che circola in alcune pronunce è quello che le parti, con un proprio accordo negoziale di accertamento dell'usucapione, possano far risultare una realtà nuova in frode ai terzi e ai creditori; ciò sarebbe scongiurato dall'accertamento con pronuncia giudiziale, poiché il giudice accerta comunque la "verità" controllando, quale garante terzo imparziale, i comportamenti ed i fatti rilevanti.

Si tratta di affermazioni non condivisibili e comunque contrarie alla natura ed alla funzione del processo civile in materia di diritti disponibili, sulla base di alcuni corollari di quanto si è precisato sopra, nel paragrafo precedente.

In primo luogo si deve osservare che nel processo su un diritto disponibile il giudice è vincolato alla *quaestio facti* delineata dalle parti, all'impostazione in fatto da esse fornita: se i fatti rilevanti sono pacifici tra le parti, il giudice non può che prenderne atto ed applicare a tali fatti la norma; non può certamente andare a cercare altri fatti, non introdotti in giudizio mediante l'attività di allegazione delle parti, né può pretendere la prova di fatti sull'esistenza dei quali non vi sia conflitto *inter partes*.

Ciò è sempre stato vero nel processo civile dominato dal principio dispositivo e dal principio di acquisizione, ma lo è ancor più oggi, dopo che la legge 18 giugno 2009, n. 69 ha consacrato nell'art. 115, comma 1, c.p.c. il principio di non contestazione, per cui se le parti sono d'accordo sull'esistenza di un fatto il giudice deve prenderlo per buono senza bisogno di prova.

Dunque, è lecito per le parti instaurare, d'accordo tra loro, un processo al solo fine di far emettere una sentenza di accertamento che si fondi su fatti pacifici: in relazione all'usucapione, potrebbero legittimamente attore e convenuto presentare negli atti introduttivi un quadro fattuale pacifico o concordato che integra la fattispecie, affinché il giudice ne tragga le conseguenze, applicando le relative norme.

Del resto, *a contrario* la conferma si trae dai processi in materia di situazioni indisponibili, dove l'intervento necessario del pubblico ministero serve proprio ad impedire la rilevanza dell'accordo delle parti sui fatti per indurre una regolamentazione delle situazioni giuridiche soggettive di cui sul piano sostanziale non possono disporre: il pubblico ministero svolge la funzione di integrare e supplire rispetto alle mancanze, volute o involontarie, delle parti, in funzione della realizzazione del-

¹³ Così, con la consueta chiarezza, LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione*, cit., 14. Sulla equiparazione tra effetti del contratto e della sentenza si vedano, dello stesso illustre Maestro, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, in part. 85, 101.

l'interesse pubblico alla completezza ed alla maggior conformità possibile della decisione alla situazione sostanziale preesistente ed alle norme di diritto.

Ma soprattutto, una considerazione fondamentale, per fugare i timori relativi alla eventuale frode dell'accertamento negoziale, è che la sentenza è revocabile così come l'atto negoziale, e viceversa.

Si può far riferimento ad un negozio di accertamento dell'usucapione stipulato tra due parti, di cui una sia debitrice di un terzo, allo scopo di far risultare che il bene usucapito non fa più parte delle attività del patrimonio del debitore aggredibili con espropriazione da quel terzo creditore.

E si pensi, specularmente, al processo in cui due soggetti, di cui uno è debitore di uno o più creditori, d'accordo tra loro facciano risultare fatti, pacifici e non bisognosi di prova, in forza dei quali il giudice, verificata l'usucapione, pronuncia una sentenza di accertamento della proprietà del bene in capo alla controparte del debitore: risulta che il bene non è più nel patrimonio di quest'ultimo, con diminuzione della garanzia generica del credito *ex art.* 2740 c.c. in pregiudizio dei creditori.

Ebbene, il creditore, che si ritenga leso, può senz'altro impugnare la sentenza con opposizione di terzo revocatoria, *ex art.* 404, comma 2, c.p.c., esattamente come può impugnare, con l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c., un atto negoziale concordato tra debitore e terzo per far "uscire" il bene dal patrimonio del primo verso il secondo¹⁴.

In altri termini, se fosse fraudolento un processo, instaurato dalle parti con dolo o collusione e definito da una sentenza dichiarativa dell'avvenuta usucapione, sarebbe ben possibile per il creditore proporre l'opposizione di terzo dell'art. 404, comma 2, c.p.c., detta per l'appunto «revocatoria».

Del resto, questo tipo di opposizione, a differenza di quella «ordinaria» del comma 1, è spesso qualificata come azione revocatoria applicata al processo¹⁵: è lo strumento che corrisponde, appunto, all'azione revocatoria *ex art.* 2901 c.c. contro un atto di disposizione sostanziale, quando la diminuzione patrimoniale consegue alla sentenza del giudice.

Ma allora, dev'esser chiaro che la sentenza che accerta l'usucapione (*rectius* la proprietà acquistata per usucapione) non è più forte, intangibile o "sacra" poiché emessa dal giudice, rispetto ad un atto negoziale che abbia il medesimo contenuto: ai sensi dell'art. 404, comma 2, c.p.c. la sentenza è revocabile così come lo è un atto negoziale in frode ai creditori.

Ritenere diversamente, tra l'altro, significherebbe svuotare di significato il medesimo art. 404, comma 2, c.p.c.: si potrebbe dire che sempre il giudice effettua

¹⁴Per l'applicazione dell'opposizione di terzo revocatoria in relazione al giudizio di accertamento dell'usucapione v. Trib. Arezzo-S. Sepolcro, 4 febbraio 2009, in *Riv. es. forz.*, 2010, 553, n. VANZ, *Usucapione e tutela del credito: il difficile connubio tra problemi sostanziali e diritto di difesa*; nonché, soprattutto, Cass., 18 settembre 2012, n. 15698, *ivi*, 2013, 418, n. FARINA, *Sentenza di accertamento dell'usucapione e tutela del creditore ipotecario pretermesso*.

¹⁵V. CECHELLA, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, 1995, 54 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti.

un controllo su ciò che le parti allegano e quindi non vi sarebbe mai spazio per una sentenza frutto di dolo o collusione tra le parti.

5. – Altra perplessità, che sorge dalla lettura dello Studio del Notariato, nonché dalle affermazioni contenute in alcune pronunce di legittimità e di merito, riguarda la posizione dei terzi rispetto all'atto di accertamento negoziale o giudiziale.

Si legge nello Studio citato che «l'accertamento giudiziale dell'usucapione, mediante una procedura controllata dal giudice, soggetto terzo per definizione, è *la sola strada che può essere percorsa* laddove le parti vogliono dare visibilità (mediante la prescritta pubblicità notizia) alla nuova situazione giuridica nata dall'usucapione e renderla opponibile ai terzi, quale acquisto a titolo originario» [corsivo nostro]; ed ancora: «i controlli sui presupposti dell'usucapione in contraddittorio possono essere svolti esclusivamente dall'Autorità Giudiziaria, non potendosi attribuire ad un accordo intercorso tra due privati la medesima valenza di una sentenza emessa all'esito di un procedimento rivolto a riconoscere ad un soggetto un diritto da valere non solo nei confronti di un soggetto scelto discrezionalmente dall'attore ma nei confronti di qualunque soggetto possa vantare pretese nei confronti di quel determinato bene secondo l'apprezzamento del giudice» (par. 5, p. 13).

A parte le affermazioni sul ruolo del giudice, per le quali vale quanto già osservato sopra, ne risulta che la sentenza, a differenza del contratto, può produrre un'efficacia *erga omnes*: l'accertamento giudiziale della proprietà, acquisita per usucapione, è vincolante non solo per le parti, ma altresì per tutti i terzi che entrino in contatto con costoro e con il bene, anche danneggiandoli.

Non è ovviamente questa la sede per ripercorrere l'affascinante storia dello studio dei limiti soggettivi del giudicato¹⁶. Basti soltanto ricordare che la sentenza può avere effetto soltanto per le parti, i loro eredi o aventi causa *post rem iudicatam*, in forza dell'art. 2909 c.c., o anche per coloro che in pendenza della lite si rendano successori del diritto controverso, ai sensi dell'art. 111 c.p.c. nonostante la mancata partecipazione al processo ed il mancato esercizio del diritto di difesa; ma per i terzi in generale la sentenza non produce effetti, neppure quando essi hanno acquistato una posizione dipendente (da quella oggetto del processo) prima della litispendenza.

In ogni caso, a prescindere da questi principi, forse dimenticati dai redattori dello Studio e delle pronunce di cui si dato atto sopra nei primi due paragrafi, occorre essere chiari: il negozio di accertamento (della proprietà) è inopponibile ad un terzo, che non ha partecipato alla stipulazione, così come non gli è opponibile una sentenza che non sia stata emessa nel suo contraddittorio.

Inoltre, l'usucapione di per sé, come fatto, rileva rispetto ai terzi interessati, creditori o aventi causa: se un soggetto perde il bene poiché dopo più di vent'anni di possesso da parte di un altro è maturata la fattispecie acquisitiva in capo a quest'ul-

¹⁶ Si vedano, per tutti, LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981; MENCHINI, *Il giudicato civile*, II ed., Torino, 2002, 171 ss.; PROTO PISANI, *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza. Una parabola di studi*, Milano, 2015.

timo, non ha più un elemento attivo nel proprio patrimonio ed i creditori ne subiscono le conseguenze, non potendo più pignorare quel bene.

I terzi, quali i creditori di colui che ha perduto la proprietà del bene, stanno dinnanzi alla fattispecie come sempre in ogni caso in cui un soggetto aliena un bene: tutti debbono rispettare la vendita, la fuoriuscita di un elemento attivo dal patrimonio, a meno che non vi siano i presupposti per un'azione revocatoria, che tolga effetti, relativamente al creditore attore, al negozio di alienazione. E lo stesso vale per gli aventi causa dell'usucapito, ai quali costui non ha trasferito alcunché poiché, a causa dell'usucapione, aveva perduto il proprio diritto.

E tutto questo avviene in forza dell'usucapione come fatto, come acquisto a titolo originario del diritto di proprietà in capo ad un soggetto e conseguente estinzione del diritto di proprietà di chi precedentemente ne era titolare, non invece in virtù di un accertamento (negoziale o giudiziale che sia) o della trascrizione o di qualche altro dato formale¹⁷.

6. – Strettamente connessa al tema che precede ed alla posizione di terzi titolari di diritti sul bene usucapito è la questione relativa ai rapporti tra usucapione, ipoteca e pignoramento, che la giurisprudenza è stata chiamata ad affrontare più spesso.

Si consideri la fattispecie di pignoramento di un bene che, nei registri immobiliari, risulta ancora di proprietà del debitore, ma che in realtà è stato già usucapito da altro soggetto.

Quando il creditore redige l'atto di pignoramento lo fa sulla base delle risultanze (formali) dei registri immobiliari; l'atto, poi, una volta notificato al debitore, viene trascritto contro costui ed a favore del creditore. In realtà, in capo al debitore non è stato pignorato alcunché: con il maturare dell'usucapione costui ha perso la proprietà del bene, che è invece sorta *ex novo* in capo al possessore usucapiente. Al momento del pignoramento questa fattispecie si è già realizzata, automaticamente, ed il diritto del debitore si è ormai estinto, non fa più parte del suo patrimonio utilmente aggredibile. Così, se l'espropriazione forzata va avanti e culmina nella vendita forzata, l'aggiudicatario non acquista alcunché: l'art. 2919 c.c. prevede che a costui si trasferisce quello che aveva il debitore esecutato al momento del pignoramento; se nulla aveva, nulla è trasferito.

L'usucapione è destinata a prevalere rispetto al pignoramento del bene, che formalmente è ancora (*rectius*: appare) del precedente proprietario, reso esecutato, ma di fatto sul piano sostanziale è ormai di un terzo: la posizione di costui, che ha usucapito ed è divenuto proprietario, è sostanzialmente inattaccabile.

Certamente, per la vincolatività *inter partes*, occorre un accertamento, una fissazione delle regole di condotta che consenta di non mettere più in discussione

¹⁷ Cass., 3 febbraio 2005, n. 2161, in *Giur. it.*, 2005, 2275, nota di PERATONER, *Usucapione e trascrizione*, per cui «il conflitto tra acquirente a titolo derivativo e acquirente per usucapione è sempre risolto a favore dell'usucapiente, indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta l'avvenuto acquisto a titolo originario e dall'antioriorità della trascrizione di essa o della relativa domanda rispetto alla trascrizione dell'acquisto a titolo derivato».

la proprietà e la sua titolarità. Ma, come risulta evidente dalla configurazione della fattispecie, è una tutela pur sempre di mero accertamento, così come lo sarebbe un negozio *inter partes* tra precedente proprietario e nuovo titolare usucapiente. Non è una sentenza costitutiva, che fonda un diritto di proprietà nuovo, per cui, affinché il pignoramento venga meno, occorre l'accertamento; l'acquisto per usucapione si è già realizzato, a prescindere dal suo accertamento o dalla sua dichiarazione, ed è dunque opponibile a chi vanti pretese sul bene fondate su un rapporto con il precedente proprietario.

Il terzo, proprietario in forza dell'usucapione, se vede pignorato il suo bene a carico del precedente proprietario, può senz'altro proporre opposizione di terzo *ex art. 619 c.p.c.*¹⁸ ma anche eventualmente azione di rivendicazione contro l'acquirente in vendita forzata (che non ha acquistato alcunché: si legga a conferma di ciò, oltre all'art. 2919 c.c., anche l'art. 2920 c.c.) o, addirittura, opposizione *ex art. 615 c.p.c.* alla esecuzione per rilascio promossa dall'aggiudicatario sulla base del decreto di trasferimento emesso in un'espropriazione a carico dell'usucapito¹⁹.

Si aggiunga che tutto ciò è conforme anche alla previsione dell'art. 2913 c.c., cui si ricollega l'art. 2919 c.c., che fa salvi degli effetti del possesso di buona fede: se dopo il pignoramento in qualche modo si realizza in capo ad un terzo un acquisto a titolo originario, anche eventualmente per usucapione, non si applica l'inopponibilità in cui gli effetti conservativi del pignoramento consistono, essendo l'acquisto del terzo slegato, autonomo, indipendente rispetto al diritto pignorato a

¹⁸È chiarissima in tal senso, ed anche in funzione di quanto precede nel testo, qui e nel paragrafo precedente, Cass., ord., 30 dicembre 2009, n. 27668, in *Foro it.*, 2011, I, 1476: «nell'espropriazione forzata immobiliare, il terzo che intende far valere l'acquisto per usucapione del bene pignorato è legittimato a proporre opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 619 c.p.c., a nulla rilevando che l'acquisto non risulti giudizialmente accertato o si sia verificato dopo il pignoramento»; conforme Cass., ord., 25 maggio 2010, n. 12790, *ivi*, 1475. Sul tema si veda anche Corte Cost., 29 giugno 2000, n. 219, in *Foro it.*, 2001, 1817, con nota di MICCOLIS, *Breve nota sulla efficacia ultra partes della sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione*.

¹⁹Cass., ord., 8 maggio 2009, n. 10609, in *Foro it.*, 2011, I, 1476, per cui «è ammissibile e deve essere esaminata nel merito l'opposizione proposta, ai sensi dell'art. 615 c.p.c., avverso l'esecuzione iniziata in base a decreto di trasferimento immobiliare, adottato in virtù dell'art. 586 c.p.c. a seguito di vendita forzata, quando l'opponente, nei cui confronti sia esercitata la pretesa esecutiva e chiesto il rilascio e che non si identifichi con il soggetto che ha subito l'espropriazione, si afferma proprietario del bene immobile oggetto del suddetto decreto in base ad acquisto fattone per usucapione ed asseritamente verificatosi anteriormente all'emissione del decreto di trasferimento in danno dell'espropriato». Sul punto si vedano anche Cass., 14 novembre 2000, n. 14733, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1002, che, oltre a negare ogni effetto interruttivo al processo di esecuzione promosso dai creditori nei confronti del (precedente) proprietario del bene (usucapito), ha anche coerentemente escluso che «il decreto di aggiudicazione emesso in questa sede possa prevalere sull'usucapione maturata in favore del possessore»; App. Cagliari, 15 giugno 2012, in *Riv. giur. sarda*, 2013, I, 7, n. CAMEDDA, *Trascrizione del pignoramento immobiliare ed usucapione – Brevi cenni sul conflitto tra acquirente per usucapione e acquirente per aggiudicazione*. Il principio era stato già chiaramente affermato da Cass., 28 gennaio 1985, n. 443, in *Rep. Foro it.*, «Trascrizione», n. 14, per cui la regola della prevalenza dell'usucapiente sull'acquirente a titolo derivativo, «indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta la usucapione e della anteriorità della trascrizione di essa o della relativa domanda rispetto alla trascrizione dell'acquisto a titolo derivativo», «trova applicazione anche in relazione all'acquisto di un bene per aggiudicazione in sede di esecuzione forzata, trattandosi di acquisto non originario bensì a titolo derivativo in quanto trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato».

carico dell'esecutato. In altri termini, l'usucapione, in quanto nascita della proprietà a titolo originario, rende il terzo indifferente ed insensibile rispetto alle vicende anche processuali, come il pignoramento e la successiva liquidazione forzata, riguardanti il diritto di proprietà del precedente titolare.

Le stesse considerazioni debbono valere anche per l'iscrizione di un diritto reale di garanzia.

Sicuramente, infatti, è iscritta male l'ipoteca concessa dal debitore su un bene del quale egli, a causa dell'usucapione già maturata in favore di altri, non è più proprietario: com'è noto, il diritto di proprietà in capo a chi costituisce l'ipoteca è pregiudiziale rispetto alla nascita del diritto reale di garanzia, dipendente; se il primo non esiste, non esiste neppure l'ipoteca.

Ma alla stessa conclusione deve giungersi per l'ipoteca iscritta prima del maturare dell'usucapione (a carico in ogni caso del proprietario debitore o datore d'ipoteca), da ritenere comunque inopponibile a colui che, poi, matura a suo favore l'acquisto per usucapione.

In funzione di ciò interviene la cosiddetta retroattività reale dell'usucapione²⁰, in forza della quale l'usucapiente è come se fosse stato proprietario fin dall'inizio del possesso *ad usucapionem*.

Il principio, riaffermato anche recentemente dalla Suprema Corte di legittimità²¹, era stato spesso affermato proprio in funzione della inefficacia di diritti reali di garanzia concessi dal precedente proprietario, nel senso che «l'usucapione compiutasi all'esito di possesso ventennale da parte di un soggetto privo di titolo trascritto estingue le ipoteche iscritte o rinnovate a nome del precedente proprietario, qualunque non ancora perente, tale effetto estintivo riconducendosi non già ad una presunta *usucapio libertatis* bensì all'efficacia retroattiva dell'usucapione stessa»²²; tra l'altro, «la concessione dell'ipoteca non interrompe la continuità del possesso, necessaria al perfezionamento della fattispecie acquisitiva a titolo originario»²³.

Così, quando matura il ventennio, con tutti gli altri presupposti per l'usucapione, avviene automaticamente l'acquisto a titolo originario del bene da parte dell'usucapiente; e questo acquisto è retroattivo nel senso che costui, poiché ha posseduto indisturbato da vent'anni, è come se fosse proprietario dal momento in cui la situazione possessoria si è instaurata.

Del resto, se il suo possesso è stato esclusivo, ininterrotto, incontestato, il proprietario originario si è evidentemente disinteressato del suo bene, ha lasciato

²⁰ Ma alle stesse conclusioni, in punto di concessione dell'ipoteca da parte dell'usucapito prima del maturare dell'usucapione, giunge anche chi nega che possa parlarsi di una vera e propria retroattività dell'acquisto a titolo originario: si veda, sul punto, anche per riferimenti, CRISTIANI, *Il problema della c.d. retroattività dell'usucapione*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 1302.

²¹ Cass., 23 dicembre 2015, n. 25964, in *Rep. Foro it.*, 2015, «Usucapione», n. 11.

²² Cass., 28 giugno 2000, n. 8792, in *Corr. giur.*, 2001, 520, n. SEVERI, *Sulla retroattività dell'acquisto effettuato per usucapione*. In argomento v. l'ampio ed argomentato Studio n. 859-2008/C del Consiglio Nazionale del Notariato, redatto da M. KROGH, *Usucapio libertatis e retroattività degli effetti dell'usucapione*. Più in generale GAZZONI, *op. cit.*, 242.

²³ Cass., 18 settembre 2012, n. 15698, cit.

che un altro lo possedesse, ne godesse in via esclusiva fino a maturare la fattispecie acquisitiva: se il proprietario “formale” ha dato il bene in garanzia consentendo ad un suo creditore di iscriverne ipoteca, nonostante il possesso altrui, lo ha fatto su un bene del quale si stava disinteressando, non avendo con esso più alcun contatto materiale.

Risultano così comprensibili le pronunce giurisprudenziali citate, che potrebbero altrimenti apparire particolarmente pesanti con riguardo alla posizione del creditore ipotecario: l’ipoteca, che per sorgere necessita dell’esistenza del diritto di proprietà in capo al costituente (debitore o terzo datore), in un rapporto di pregiudizialità-dipendenza, non esiste se, al momento della costituzione, non esiste la proprietà.

Il creditore ipotecario è dunque destinato a subire di fatto gli effetti dell’usucapione in quanto tale, indipendentemente dalla efficacia di una sentenza di accertamento eventualmente ottenuta dall’usucapiente: non è un problema di limiti soggettivi di questo giudicato²⁴, ma è l’usucapione di per sé che pregiudica il terzo, il quale, quando si è visto concedere l’ipoteca, non ha acquistato alcunché poiché non esisteva il diritto di proprietà (pregiudiziale) del concedente.

Se poi un giudizio di accertamento in effetti c’è, e l’ipotecario non vi partecipa, egli, così come ogni creditore o avente causa, può lamentarsi della fraudolenza del processo, in cui le parti abbiano fatto risultare una situazione in realtà non esistente o comunque voluta allo scopo di sottrarre ai creditori un bene aggredibile *ex art. 2740 c.c.*, ed è legittimato a farlo con l’apposito strumento dell’art. 404, comma 2, c.p.c.²⁵

In ogni caso, delle due l’una: o l’usucapione c’è, ed allora opera sul piano sostanziale, nel senso che l’ipoteca non è mai sorta, oppure non c’è e la sentenza che l’accerta (*rectius*: che intende farla apparire o risultare) è frutto della collusione delle parti, così da essere opponibile e revocabile; *tertium non datur*.

²⁴ Appaiono perciò forse eccessivi i problemi paventati da MICCOLIS, *Breve nota sull’efficacia*, cit., 1818, in part. 1822 ss.

²⁵ Sul punto si veda quanto concluso sopra. In giurisprudenza Cass., 18 settembre 2012, cit.: «il creditore ipotecario che non abbia partecipato al giudizio di accertamento dell’usucapione introdotto contro il proprietario formale, debitore ipotecario, subisce gli effetti della sentenza e, pertanto, è tenuto ad impugnarla nei modi e nelle forme di cui all’art. 404, 2° comma, c.p.c.». Di contrario avviso Trib. Massa, 25 febbraio 2016, reperibile in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2016, per cui «il giudizio *ex art. 619 c.p.c.* è un giudizio autonomo che segue le regole ordinarie, finalizzato ad accertare l’esistenza del diritto di proprietà o di un altro diritto reale del terzo sui beni pignorati; come tale, quindi, l’onere di provare la titolarità del diritto del terzo, quale fatto costitutivo della pretesa, è a carico dell’attore opponente; intrapresa dal creditore ipotecario, contro il suo debitore, procedura esecutiva immobiliare, l’opposizione di terzo *ex art. 619 c.p.c.*, fondata sull’usucapione della piena proprietà del bene pignorato ed ipotecato, non può essere decisa dal giudice dell’esecuzione riconoscendo efficacia di giudicato, anche nei confronti del creditore ipotecario, alla sentenza di accertamento dell’usucapione, resa all’esito di autonomo giudizio – peraltro solo pendente al momento della proposizione del ricorso *ex art. 619 c.p.c.* – intercorso, in via esclusiva, tra il debitore (titolare formale del diritto di proprietà) e l’usucapiente, non potendo detta sentenza spiegare effetti contro il creditore ipotecario ai sensi dell’art. 404, 2° comma, c.p.c., ciò che impone al giudice dell’opposizione all’esecuzione di considerare la sentenza *de qua*, con motivato e logico apprezzamento, solo come un’eventuale prova dell’intervenuta usucapione, in relazione alla cui sussistenza egli è, pertanto, tenuto a dare corso all’istruzione della causa».

È quindi coerente che l'usucapione come fatto prevalga sulla formalità della trascrizione o iscrizione nei registri immobiliari. Ed è per questi motivi, cioè la inesistenza del diritto pregiudiziale (la proprietà) quando dovrebbe nascere il diritto dipendente (l'ipoteca), che non si pongono questioni di trascrizione della domanda di accertamento dell'usucapione rispetto alla iscrizione dell'ipoteca o alla trascrizione del pignoramento: l'usucapione sul piano sostanziale è destinata comunque a prevalere e pregiudicare i creditori che hanno iscritto ipoteca o trascritto il pignoramento prima della proposizione della domanda di accertamento della proprietà acquistata, appunto, per usucapione²⁶.

7. – Per completare il quadro, è ora di tornare al diritto sostanziale e trarne alcuni criteri utili a mettere ulteriore ordine e a “chiudere il cerchio”.

Decisive indicazioni per la soluzione della questione provengono dalla importantissima sentenza della Corte di Cassazione che nel 2007 ha chiaramente ritenuto la validità del contratto di compravendita con cui viene trasferito il diritto di proprietà di un immobile usucapito dall'alienante senza che ciò sia mai stato giurisdizialmente accertato in contraddittorio con il precedente proprietario²⁷: la proprietà, sorta grazie all'usucapione, esiste ed è vendibile anche se non è stata mai dichiarata con sentenza.

Dunque, il fatto dell'usucapione rileva ed è opponibile, a prescindere dal suo accertamento e dal dato formale della trascrizione; il diritto di proprietà, acquistato a titolo originario, esiste e può essere reso oggetto di un atto di disposizione.

Già precedentemente la Corte di Cassazione²⁸ era andata in questa direzione interpretativa, ricostruendo anche la *ratio* di alcune scelte compiute dal legislatore nella redazione del codice civile: nello scrivere l'art. 2651 c.c. il legislatore ha escluso l'onere di trascrizione del “fatto” (usucapione, ad esempio) acquisitivo o estintivo del diritto di proprietà o altro diritto reale immobiliare, al tempo stesso non disponendo che la fattispecie (acquisitiva o estintiva) debba ritenersi incompiuta o comunque inefficace fino all'emissione della sentenza per il relativo accertamento. Soprattutto, la Corte chiaramente ha precisato che la disposizione sottende una precisa e consapevole opzione legislativa: con riguardo ai rapporti fra usucapiente e terzi, il diverso principio (previsto nell'art. 365 del Progetto della Commissione Reale), secondo cui «restano salvi i diritti acquistati dai terzi verso il vero proprietario anteriormente alla pubblicazione della domanda od eccezione tendente a far verificare la avvenuta prescrizione», è stato espressamente ripudiato (nella Relazione al Re, n. 1074). In altri termini, secondo la Cassazione, sulla base della «importanza fondamentale» dell'usucapione nell'ordinamento, si è escluso che l'usucapiente abbia l'onere, per avere la piena disponibilità di fatto del suo diritto, di provocare l'accertamento giurisdizionale dell'ac-

²⁶ Trib. Arezzo-S. Sepolcro, 4 febbraio 2009, in *Riv. es. forz.*, 2010, 553, n. VANZ, *Usucapione e tutela del credito: il difficile connubio tra problemi sostanziali e diritto di difesa*.

²⁷ Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485, in *Vita not.*, 2007, 840.

²⁸ Cass., 26 novembre 1999, n. 13184, in *Fallimento*, 2000, 1363, in motivazione.

quisto nei confronti di colui che per effetto dell'usucapione ha perduto il suo diritto.

Coerentemente, si afferma costantemente che il conflitto tra acquirente a titolo derivato e acquirente per usucapione è sempre risolto a favore dell'usucapiente, indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta l'avvenuto acquisto a titolo originario e dall'anteriorità della trascrizione di essa o della relativa domanda rispetto alla trascrizione dell'acquisto a titolo derivativo²⁹.

Si tratta di affermazioni fondamentali a conferma di quanto sin qui si è opinato, anche per negare fondatezza a quanto indicato dalla giurisprudenza citata in apertura e ritenuto dal Consiglio Nazionale del Notariato nello Studio di cui si è dato atto sopra.

8. – Sulla scorta delle proposte interpretative cui si è ritenuto di poter giungere, si può tornare al punto di partenza: non si deve dubitare della trascrivibilità dell'atto di accertamento negoziale della proprietà acquistata per usucapione, così come si può trascrivere la sentenza che reca il medesimo accertamento e così come oggi, per diritto positivo, si può trascrivere l'accordo raggiunto all'esito di un procedimento di mediazione con tale oggetto.

Più in generale, accertamento negoziale ed accertamento giudiziale della proprietà acquisita per usucapione producono i medesimi effetti, come in ogni caso di risoluzione di controversia su diritti disponibili o comunque di fissazione delle regole di condotta in ordine ad essi.

Così, l'acquisto per usucapione esiste del tutto a prescindere dal suo accertamento, negoziale o giudiziale, e l'usucapiente è proprietario e può comportarsi come tale senza che sia necessario accertarlo o trascrivere alcun atto: il bene è suo e, oltre a goderne come ha sempre fatto in forza del possesso, può disporne mediante compravendita o costituzione di diritti reali minori.

Come per ogni situazione giuridica soggettiva sostanziale, per rimuovere una incertezza e risolvere una controversia anche per la proprietà nata con l'usucapione può essere necessario accertarla e fissarla per il futuro, e ciò può avvenire con ogni strumento che rechi un accertamento, inteso correttamente, appunto, come fissazione, sia esso giudiziale o negoziale.

Finalmente, anche il legislatore, consapevolmente o meno, con la novella dell'art. 2643 c.c. ha adottato questa impostazione: sentenza dichiarativa ed accordo di accertamento della proprietà acquisita per usucapione sono fungibili, producono gli stessi effetti, vincolano ugualmente le parti sui loro comportamenti sostanziali, sono entrambi trascrivibili nei registri immobiliari.

²⁹ Cass., 3 febbraio 2005, n. 2161, cit.: «il principio dettato dall'art. 2644 c.c., con riferimento agli atti indicati nell'art. 2643, non risolve il conflitto tra acquisto a titolo originario e acquisto a titolo derivativo, ma unicamente quello tra più acquisti a titolo derivativo dal medesimo dante causa».

Marta Barafani

GLI ELEMENTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI NELLA GESTIONE DEL CREDITO E DEL DEBITO A DISPOSIZIONE DELL'AZIENDA SANITARIA

SOMMARIO: 1. I crediti e i debiti delle Aziende Sanitarie Locali nel quadro della “aziendalizzazione” operata dalla legge n. 502/1992 e successive modificazioni. – 2. La natura e l’origine delle situazioni creditorie e debitorie facenti capo all’Azienda Sanitaria Locale. – 3. Il problema del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle controversie riguardanti l’Azienda Sanitaria locale. – 4. I metodi stragiudiziali di composizione delle controversie come opportunità di deflazione del contenzioso. – 5. Il recupero dei crediti delle Aziende Sanitarie Locali. Dalla fase negoziale interna all’azione giudiziale.

1. – La riflessione sul tema della gestione dei crediti e dei debiti da parte delle aziende sanitarie locali presuppone sicuramente l’esigenza di fornire dei brevi cenni sulla natura giuridica di questi enti.

Come noto originariamente la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833) aveva costituito le c.d. “unità sanitarie locali”, strutturate come articolazioni operative, preposte all’erogazione delle prestazioni sanitarie in un determinato ambito territoriale, dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane, i quali concorrevano a comporre gli organi di vertice dell’unità sanitaria locale (art. 10)¹.

La normativa attualmente vigente, invece, definisce l’Azienda Sanitaria Locale, all’art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come un’azienda dotata di personalità giuridica pubblica e di autonomia imprenditoriale che opera nel quadro del Servizio Sanitario Nazionale.

La trasformazione delle vecchie “unità sanitarie locali” in “aziende sanitarie locali”, avvenuta per mezzo del sopracitato d.lgs. n. 502/1992, ha comportato un mutamento radicale nella natura degli enti del servizio sanitario i quali vengono ad essere configurati come soggetti con personalità giuridica pubblica, do-

¹Sull’evoluzione legislativa e istituzionale del sistema sanitario si veda CILIONE, *Diritto sanitario. Profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni*, Maggioli, 2003, 30 ss.; BOBBIO-MORINO (a cura di), *Lineamenti di diritto sanitario*, Padova, 2010, 3 ss.; AICARDI, *La Sanità*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003; BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2009; FERRARA, *L’ordinamento della sanità*, Torino, 2007.

tati di autonomia organizzativa, amministrativa, contabile, gestionale e tecnica ed è proprio in questa autonomia che prende forma il concetto di “aziendalizzazione”.

Il legislatore, successivamente, completa l'opera con il d.lgs. n. 229/1999, con cui viene attribuita alle suddette aziende² una vera e propria autonomia imprenditoriale, tanto che l'art. 3, comma 1-*bis*, impone alle Asl di adottare un atto aziendale di diritto privato che stabilisca le modalità di funzionamento e l'organizzazione dell'ente e l'art. 5 della medesima legge attribuisce loro la capacità di disporre del proprio patrimonio secondo il regime della proprietà privata³.

L'aspetto che emerge dal dato normativo è che l'Azienda Sanitaria, pur rimanendo un soggetto di natura pubblicistica tenuto a rispettare gli indirizzi generali e le linee guida contenuti nei piani sanitari regionali⁴, in sostanza si trova ad operare nel mercato come un imprenditore privato con tutte le conseguenze che ciò comporta per quanto riguarda la qualificazione, il regime giuridico e le modalità di gestione dei propri crediti e debiti.

Naturalmente bisogna pur sempre tenere presente la peculiarità insita nella natura stessa di questo tipo di azienda, dovuta alla tipologia di “prodotti” che la stessa è destinata a realizzare⁵, non dovendosi dimenticare che la Asl è prima di tutto una struttura funzionale all'erogazione di prestazioni sanitarie, in ossequio all'art. 32 Cost., per le quali deve assicurare il soddisfacimento dei livelli essenziali e il raggiungimento degli standard di salute previsti dalla programmazione nazionale e regionale.

Comunque, quale che sia l'oggetto di tale attività d'impresa, la conduzione di un'azienda in regime di concorrenza, da una parte richiede l'impiego di fattori di produzione e di risorse economiche, vale a dire costi che, se non appropriatamente assorbiti, danno origine a voci di debito a carico dell'ente; dall'altra de-

²Sul dibattito circa la natura giuridica delle Asl v. CASTIELLO-TENORE (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2012, 8 ss. Per la ricostruzione come enti strumentali della regione, opinione oggi prevalente, cfr. Corte Cost., 19 marzo 2007, n. 104, in www.cortecostituzionale.it; Cons. St., sez. V, 27 aprile 2003, n. 4306, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. VI, 21 settembre 2010, n. 6995, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2010, 9, 1927 (s.m.); Cass. civ., sez. lav., 27 maggio 2011, n. 11771, in *Guida al diritto*, 2011, 28, 62 (s.m). Nel senso che le Asl siano enti pubblici economici e, in quanto tali, privi di rapporti di dipendenza con l'ente pubblico, in questo caso l'ente locale, cui è collegato, cfr. LUGARESÌ, *Assetto organizzativo delle aziende sanitarie*, in *Sanità pubblica*, 1995, 98; in giurisprudenza T.A.R. Toscana, sez. II, 17 settembre 2003, n. 5101, in *Ragiufarm*, 2004, 79, 79; Trib. Napoli, 28 febbraio 2004, in *Ragiufarm*, 2004, 84, 27.

³Più ampiamente sul tema ANTONELLI, *L'azienda sanitaria locale: struttura e funzioni*, in *Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione*, a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bechelet”.

⁴In effetti l'art. 2 della legge riserva alle Regioni la competenza generale per la determinazione dei principi in materia di organizzazione e criteri di finanziamento del servizio sanitario regionale e lo stesso art. 5 al comma 5 prevede che le regioni emanino norme per la gestione economico finanziaria e patrimoniale delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, informate ai principi di cui al codice civile.

⁵L'espressione “prodotti sanitari” viene opportunamente utilizzata a questo proposito da PAVAN-GUGLIOTTA, *Il contributo degli indicatori di performance all'aziendalizzazione delle produzioni sanitarie*, in *Riv. dir. fin.*, fasc. 3, 2000, 509 ss.

termina ricavi che, se non immediatamente percepiti, assumono la veste di crediti di vario genere, per il cui recupero l'Azienda Sanitaria potrà attivarsi con diverse modalità.

Evidentemente, allora, la gestione dei debiti e dei crediti rappresenta un incumbente quotidiano, potremmo dire di ordinaria amministrazione, nell'ambito della *governance* di un'azienda sanitaria volta alla ricerca di un equilibrio tra costi e ricavi, nell'ottica del conseguimento, nei limiti del possibile, dell'autosufficienza economica.

2. – Come anticipato nel paragrafo precedente, l'organizzazione in forma aziendale della sanità pubblica che si è cercato di introdurre con la trasformazione delle Unità Sanitarie in Aziende Sanitarie Locali, improntate a criteri di maggiore economicità, efficienza ed autonomia patrimoniale, ha comportato la formazione di una logica imprenditoriale nella conduzione dell'attività che comporta la necessità di bilanciare costi e ricavi e, da un punto di vista giuridico, di gestire efficacemente i debiti e i crediti che fanno capo all'azienda.

È importante allora chiedersi quali siano le fonti e la natura dei crediti e debiti anzidetti, anche al fine di consentire l'individuazione, in ultima analisi, dei metodi giudiziali o stragiudiziali di composizione delle controversie ad esse inerenti.

Entrando un po' più nel dettaglio tra gli elementi attivi a disposizione dell'Azienda Sanitaria, bisogna sicuramente considerare le risorse attribuite con delibera regionale, i ricavi per prestazioni sanitarie fornite a pazienti regionali ed extraregionali e quelli per prestazioni erogate a favore di altre Aziende regionali, ad esempio nel campo della diagnostica strumentale e di laboratorio, delle consulenze, ecc.⁶.

In particolare, per quanto riguarda le prestazioni fornite a pazienti extraregionali, occorre specificare che queste ultime trovano la loro giustificazione nei principi generali del Sistema Sanitario Nazionale per cui, qualora un utente richieda una prestazione sanitaria⁷ in una struttura appartenente ad un'Azienda

⁶Per avere un'idea più dettagliata sulle fonti di finanziamento a disposizione delle aziende sanitarie, con particolare riferimento all'azienda sanitaria dell'Umbria si veda nella legge regionale 9 aprile 2015, n. 11 (Testo Unico in materia di Sanità e Servizi Sociali) l'art. 70 rubricato il quale al comma 1 recita: «Costituiscono fonti di finanziamento delle Aziende sanitarie regionali: a) le risorse destinate, ai sensi dell'art. 60, alle aziende sanitarie dalla Regione a titolo di fabbisogno standard; b) i ricavi ed i proventi derivanti da prestazioni sanitarie rese a soggetti pubblici e privati, compresi quelli di competenza relativi all'attività libero professionale ed ai servizi a pagamento, quelli provenienti da contratti e convenzioni nonché le quote di partecipazione alla spesa eventualmente poste a carico degli assistiti; c) i contributi di soggetti pubblici e privati; d) i proventi derivanti dalla gestione dei beni del patrimonio, ivi compresi quelli provenienti da lasciti, donazioni ed altri atti di liberalità ricevuti; e) i concorsi, i rimborsi, i recuperi ed altri introiti diversi ed eventuali».

⁷Si può trattare di diverse tipologie di prestazioni ad es. ricoveri residenziali o semiresidenziali e la relativa assistenza in presidi ospedalieri, case di cura o istituti specializzati, assistenza specialistica ambulatoriale, assistenza farmaceutica, trasporti con ambulanza o elisoccorso, cure termali, assistenza riabilitativa ecc. Generalmente i costi relativi all'assistenza e ai ricoveri in strutture vengono conteggiati col

Sanitaria diversa da quella nel cui territorio è residente, l'Azienda richiesta è tenuta a fornirla e, di conseguenza, si verifica una prestazione di servizio sanitario che genera un ricavo a favore della struttura erogatrice ed un costo per l'Asl di residenza del paziente dando luogo ad un'obbligazione di natura civilistica, anche se si deve pur sempre tener conto che, ovviamente, il fruitore del servizio compartecipa al suo costo attraverso il pagamento del ticket sanitario.

È dunque possibile immaginare che una parte consistente dei crediti e dei debiti della Azienda Sanitaria insediata in un determinato territorio, siano proprio collegati rispettivamente alle prestazioni sanitarie erogate a pazienti riferibili ad una differente Asl di appartenenza e alle prestazioni ricevute dai propri pazienti al di fuori del territorio di residenza.

In relazione poi ai i costi cui si è dianzi accennato, questi possono comprendere⁸ le spese sostenute per l'acquisizione di beni mobili o immobili necessari al funzionamento della struttura e per il suo mantenimento o manutenzione⁹, dunque gli appalti per la fornitura di beni e servizi, senza dimenticare gli stipendi e i contributi previdenziali e assistenziali dovuti al personale medico-sanitario, in alcuni casi i costi per il finanziamento di attività di ricerca, e le eventuali spese necessarie per far fronte sia alla necessità dell'azienda di instaurare procedimenti giudiziari per tutelare i propri interessi, sia alle azioni legali intraprese da soggetti privati o pubblici contro l'azienda sanitaria in ipotesi di responsabilità medica o responsabilità patrimoniale per debiti.

Nell'ambito dei costi e, conseguentemente, dei possibili debiti cui l'azienda sanitaria locale è tenuta a far fronte, senza dubbio hanno un ruolo fondamentale i contratti per la fornitura di beni e servizi¹⁰, i quali creano problemi consistenti visto l'allungamento dei tempi medi di pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni, nel nostro caso delle Asl, che si è registrato negli ultimi anni e che è stato oggetto di numerosi studi¹¹, nonché di contenziosi instaurati dai fornitori non pagati per il recupero dei propri cospicui crediti.

sistema c.d. DRG (raggruppamento omogeneo di diagnosi), un sistema che suddivide tutti i pazienti dimessi da una struttura ospedaliera o assistenziale in gruppi omogenei in base alle risorse impiegate, permettendo così di quantificare economicamente tali risorse e remunerare ciascun episodio di ricovero.

⁸L'elencazione avviene, evidentemente, a titolo esemplificativo e non esaustivo con riferimento alle voci più comuni, dato che le fonti di spesa, a seconda delle esigenze particolari del territorio e di ogni singolo presidio ospedaliero o sanitario, possono essere le più disparate.

⁹Bisogna ricordare, però, che le Aziende Sanitarie vengono originariamente dotate di un capitale proprio costituito da fabbricati, impianti, attrezzature, scorte di magazzino, ecc. e, successivamente, dagli apporti economici opportuni al finanziamento di nuovi investimenti. In effetti l'art 3, comma 5 della legge n. 502/1992 prescrive, tra le altre cose, che le regioni disciplinino il finanziamento delle unità sanitarie locali che tenga conto della natura aziendale delle stesse.

¹⁰Si può trattare ad es. dell'acquisizione di risorse strumentali come apparecchiature elettromedicali o informatiche, dei servizi di pulizia dei locali e lavanderia, della manutenzione dei propri beni mobili o immobili, della realizzazione di reparti o strutture ecc.

¹¹Si veda ad es. lo studio realizzato dal Centro Studi Assobiomedica, *I tempi medi di pagamento delle strutture sanitarie pubbliche e private*, in www.assobiomedica.it, n. 28, 2014, contenente dati relativi agli anni 2013 e precedenti.

I debiti che trovano la propria fonte in appalti e contratti di fornitura presentano caratteristiche peculiari rispetto ad altre categorie di obbligazioni di debito facenti capo alle Asl, dal momento che la materia è attualmente sottoposta alle regole previste dal Codice dei contratti pubblici, di recente riformulato integralmente con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50¹², e, quindi, coinvolge situazioni giuridiche soggettive qualificabili in termini di interesse legittimo e tutelabili avanti al giudice amministrativo.

In realtà la previgente disciplina aveva previsto, con l'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 229/1999, del comma 1-ter dell'art. 3, d.lgs. n. 502/1992, che ci fosse una diversificazione tra appalti al di sopra della soglia di rilevanza comunitaria e quelli al di sotto della soglia¹³; per questi ultimi, infatti, si stabiliva che fossero appaltati e contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale di organizzazione e funzionamento.

Successivamente l'art. 256, d.lgs. n. 163/2006, il vecchio codice dei contratti pubblici, con la formale abrogazione del comma 1-ter, ha provocato l'estensione delle norme del codice dei contratti pubblici anche agli appalti della sanità al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria.

Tuttavia, a causa dell'integrale abrogazione del d.lgs. n. 163/2006 sostituito dal sopracitato d.lgs. n. 50/2016, si deve ritenere che attualmente la Asl in quanto soggetto pubblico, sia tenuta ad osservare la disciplina prevista in quest'ultima normativa che prevede una distinzione tra appalti sopra soglia (art. 35) e sotto soglia (art. 36).

Ad ogni modo anche per gli appalti sotto soglia la possibilità di affidamento diretto sussiste soltanto quando il valore del contratto è inferiore ad € 40.000, e, in ogni caso, sempre nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 1 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità) e con l'osservanza dei successivi artt. 37 e 38.

In sostanza, possiamo ritenere che, sebbene sia stata reintrodotta, nel campo degli appalti della sanità, una differenza tra quelli sopra soglia e sotto soglia, comunque vi sono regole di trasparenza e pubblicità cui non si può mai ovviare e, pertanto, l'aggiudicazione di un appalto per la fornitura di beni o servizi ad una azienda sanitaria locale avverrà tendenzialmente sempre attraverso un procedimento amministrativo, all'esito del quale si avrà l'emanazione di un atto-provvedimento¹⁴, con l'ovvia conseguenza per cui le impugnazioni degli atti appartenenti all'*iter* procedimentale dovranno essere proposte innanzi agli organi della giustizia amministrativa.

Oltre al sopracitato contratto d'appalto, cui l'azienda ricorre per procurarsi

¹² Sul tema si veda MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, IV ed., Milano, 2011.

¹³ Per l'individuazione degli importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria si vedano ora gli artt. 35 e 36, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁴ Sulla procedura per il conferimento degli appalti della sanità si veda CASTIELLO-TENORE (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, cit., 261 ss.

le forniture, i beni e i servizi necessari per lo svolgimento delle proprie funzioni interne, riveste un ruolo significativo anche la concessione di pubblico servizio che si realizza allorché la gestione del servizio sanitario pubblico è trasferita ad un soggetto privato concessionario (ad es. casa di cura, laboratorio privato ecc.) che assume gli obblighi e le caratteristiche dell'ente pubblico, andando a sostituirsi alla pubblica amministrazione e agendo verso l'esterno in nome e per conto della stessa, con diritto al rimborso delle prestazioni sanitarie erogate.

Ciò accade nell'ambito del c.d. accreditamento delle strutture sanitarie private di cui agli artt. 8-ter e ss., d.lgs. n. 502/1992 cui la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie assegnano, per l'appunto, la qualifica di concessione di pubblico servizio¹⁵.

L'accreditamento delle strutture sanitarie private si attua attraverso un procedimento descritto dagli artt. 8-ter e ss., d.lgs. n. 502/1992.

In estrema sintesi la procedura di accreditamento prevede tre fasi successive: inizialmente bisogna acquisire l'autorizzazione ex art. 8-ter da parte del Comune competente all'esercizio di attività sanitarie, in seguito si passa al vero e proprio accreditamento ex art. 8-*quater* conferito, sulla base di apposita istanza del privato, da parte della Regione che riconosce ai soggetti già autorizzati a norma dell'art. 8-ter lo *status* di potenziali erogatori di prestazioni per conto del Servizio Sanitario Nazionale, infine le aziende sanitarie locali e la Regione stipulano contratti con le strutture private accreditate ai sensi dell'art. 8-*quinquies* nei quali si stabilisce, tra le altre cose, anche *il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate* (comma 2, lett. d)¹⁶.

Volendo tracciare una linea di confine tra le due fattispecie sopra descritte, occorre dire che i contratti di appalto per forniture, benché siano sottoposti alla disciplina ad evidenza pubblica del d.lgs. n. 50/2016 (pur con differenziazioni di cui si è detto sopra), in quanto posti in essere da un soggetto pubblico, per l'appunto la Asl, sono comunemente fatti rientrare nella categoria dei contratti *iure privatorum*¹⁷, e sono soggetti, per quanto non espressamente previsto dal codice dei contratti pubblici o dai capitoli d'appalto generali e speciali, alle norme del codice civile¹⁸. Ciò è dovuto al fatto che si ha a che fare con un'acquisizione di beni o servizi che è meramente funzionale a garantire il funzionamento materiale interno dell'azienda sanitaria stessa, senza alcun trasferimento di funzioni all'esterno.

¹⁵ Così ad es. BOBBIO-MORINO, *Lineamenti di diritto sanitario*, cit., 122, CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., 204; PIOGGIA-DUGATO-RACCA-CIVITARESE-MATTEUCCI, *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008, 348. In giurisprudenza Cass. civ., sez. un., 25 giugno 2002, n. 9284, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1095; Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2004, n. 241, in *Ragiusan*, 2004, 241/2, 62.

¹⁶ Tali contratti rivestono grande importanza perché, pur potendosi erogare prestazioni sanitarie per conto del Servizio Sanitario pubblico sulla base del solo accreditamento ex art. 8-*quater*, soltanto gli operatori privati che abbiano stipulato appositi accordi contrattuali possono agire addebitando i relativi costi al Sistema Sanitario Nazionale ex art. 8-*sexies*, d.lgs. n. 502/1992.

¹⁷ CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., 203 ss. spec. 204; CASTIELLO-TENORE, *op. cit.*, 482.

¹⁸ PIOGGIA-DUGATO-RACCA-CIVITARESE-MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione*, cit., 316 ss., spec. 317.