



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2421-5414
ISBN XXX-XX-XXXXXX-XX-X

Rivista n° 1 / Gennaio 2022 Trimestrale



WWW.DEIUSTITIA.IT

Rivista scientifica Anvur

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Dott. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Prof. Amedeo Arena - Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia - Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Pres. Francesco Caringella - Prof. Avv. Gianluca Cascella - Avv. Gabriella De Maio - Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Pres. Luigi Maruotti - Dott.ssa Daniela Messina - Dott. Andrea Napolitano - Prof.ssa Anna Papa - Dott. Giacomo Palombino - Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Prof.ssa Laura Solidoro - Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo - Dott. Francesco Zappatore - Dott. Pierluigi Zarra

Comitato di referaggio: Prof.ssa Francesca Angiolini - Prof.ssa Maria Consiglia Botta - Prof. Antonio Cilento - Prof. Alberto De Vita - Prof. Fabrizio Rippa - Prof.ssa Francesca Salerno - Prof. Vincenzo Verdicchio

Comitato di redazione: Dott.ssa Abruzzi Leandra - Avv. Francesco Bottiglieri - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gaetano del Giudice - Dott. Giuseppe Di Meglio - Avv. Davide Giordano - Dott. Francesco Iazeolla - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott.ssa Ilaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Cons. Andrea Migliozzi - Avv. Ferdinando Migliozzi - Dott.ssa Edda Napolitano - Avv. Gianluca Pirozzi - Avv. Nicolò Rubino - Avv. Marina Sfarzo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 - 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'intervento nel processo amministrativo.
di Rossella Coppola

Pag. 4

Lo strumento dello Smart working nella Pubblica Amministrazione: un primo bilancio.
di Piera Guglielmini

Pag. 37

Domanda ostensiva de executivis: l'implacabile tensione esistente tra tutela del "know-how" aziendale dell'aggiudicataria e del "need to know" della concorrente nel diritto dei contratti pubblici.
di Gianpiero Gaudiosi

Pag. 55

PARTE II – DIRITTO CIVILE

La parabola evolutiva della buona fede e poteri di intervento del giudice sul contratto.
di Edvige Centore

Pag. 73

La libertà formale del pactum fiduciae nel tortuoso iter di riconoscimento della "cittadinanza giuridica" al fenomeno fiduciario.
di Raffaele Ambrosino

Pag. 107

Danno da lesione del rapporto parentale: un tema (troppo) dibattuto.
di Carlo Giordano e Luigi Lalla

Pag. 122

PARTE III – DIRITTO PENALE

Il controverso paradigma dell'abuso d'ufficio fino alla riforma del 2020.
di Cristina Lauritano e Roberta Chiummariello

Pag. 137

Diffamazione su Facebook: la prova logica sulla provenienza di un post è condizione sufficiente ai fini di condanna.
di Pierluigi Zarra

Pag. 159

Le ragioni della previsione normativa della pena.
di Marta Fioretti

Pag. 164

PARTE IV – FOCUS

Il ruolo dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali della pubblica amministrazione.

di Gennaro Dezio

Pag. 172

L'intervento nel processo amministrativo

Di Rossella COPPOLA*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Uno sguardo al processo civile. **3.** Intervento e Costituzione: l'intervento come strumento di attuazione dei principi del giusto processo. **4.** I legittimati all'intervento. **5.** La problematica delle tipologie di intervento esperibili. **6.** Conclusioni.

ABSTRACT: This work wants to analyze the institution of intervention in the administrative process, through a constitutional reading of it, focusing on the normative data, doctrinal and jurisprudential elaborations and comparisons between civil and administrative trials.

1. Introduzione.

Ancora oggi, dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, l'intervento in sede giudiziale costituisce un istituto piuttosto problematico. Ciò in quanto il legislatore, con il d.lgs. 104 del 2010, non ha provveduto a dedicare ad esso quella disciplina dettagliata e completa che ci si auspicava.

Pertanto, allo scopo di colmare la lacunosa regolamentazione legislativa, è stato inevitabile il richiamo agli orientamenti invalsi in dottrina e in giurisprudenza e alla normativa processuale civilistica dettata in tema di intervento.

Nonostante la genericità delle disposizioni contenute nell'attuale Codice, appare evidente l'intenzione del legislatore di introdurre anche in sede processuale amministrativa uno strumento idoneo a dare attuazione al principio del contraddittorio sancito dall'art. 111 della Costituzione.

Tuttavia, l'individuazione dei terzi legittimati all'esperimento di un simile strumento costituisce un aspetto ancora molto spinoso dell'istituto in esame, cui si aggiunge la problematica delle categorie di intervento ammesse in ambito processuale-amministrativo, attesa la ritrosia manifestata in dottrina e in giurisprudenza a traslare automaticamente e *in toto* le tipologie spiegabili in sede civilistica.

L'individuazione dei legittimati all'intervento ha risentito fortemente della concezione del processo amministrativo quale giudizio di impugnazione di un

* Tirocinante ex art. 73 l. 98/2013 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.

atto o provvedimento emesso dalla P.A. Una simile impostazione ha comportato inevitabilmente l'attribuzione della qualifica di parti necessarie della controversia al richiedente la modifica ovvero l'annullamento e alla Pubblica Amministrazione emanante l'atto, titolare di interessi pubblici idonei a ricoprendere in sé tutte quelle posizioni di interesse sostanziale coinvolte dall'atto, con conseguente superfluità del rimedio dell'intervento.

2. Uno sguardo al processo civile.

Un'attenta e completa analisi dell'intervento non può prescindere da un confronto con il corrispondente istituto nel contesto processualcivilistico, già disciplinato dal Codice del 1865 ed oggetto di interpretazione ed elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, che finisce inevitabilmente col fungere da importante termine di paragone e da riferimento per valutare la disciplina prevista in materia in ambito amministrativo.

In realtà, però, sebbene il Codice di procedura civile contenga una disciplina esaustiva, è stata mostrata una certa ostilità ad utilizzare le disposizioni in esso contenute, considerate la specialità e le peculiarità del diritto amministrativo, tali da giustificare il mantenimento di un assetto processuale differenziato da quello civilistico.

L'ostacolo al pieno impiego delle disposizioni del Codice di procedura civile è rappresentato anche e soprattutto dalla ricostruzione del giudizio amministrativo quale "processo da ricorso", vale a dire un modello impostato intorno all'atto o provvedimento di cui si chiede l'annullamento. Al contrario, il contenzioso civile risponde più di ogni altro al "processo di parti", in cui la materia del giudizio è lasciata alla determinazione delle parti, in quanto esse, oltre ad avere la disponibilità della situazione sostanziale oggetto della causa, possono altresì dare impulso al processo e selezionare gli elementi probatori di cui avvalersi per fondare le proprie pretese¹.

Il Codice di procedura ha sostanzialmente previsto all'art.101 il principio del contraddittorio, oggi sancito anche dall'art. 111, co. 2, della Costituzione a seguito delle modifiche introdotte con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, ancor prima che lo facesse la Carta fondamentale. Certamente, il principio in questione

¹ Non è un caso che il Libro I del Codice, in tema di principi generali che ispirano il processo, e in specie il Titolo IV, relativo all'esercizio dell'azione, contempli in apertura, all'art. 99, proprio il principio della domanda, alla luce del quale "chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente" e che il successivo art. 100 aggiunga, inoltre, che "per proporre una domanda o per contraddirre alla stessa è necessario avervi interesse".

è naturalmente connesso al tema dell'intervento, al pari di quanto avviene in ambito amministrativo.

Il dato normativo offre sicuramente una completezza e chiarezza maggiori di quelle che la disciplina del Codice del processo amministrativo sia in grado di fornire.

Nel processo civile, l'istituto rinverrebbe la propria ragion d'essere nella sussistenza di rapporti giuridici interdipendenti che legano un terzo, estraneo dunque al giudizio, ad una o più parti. Tali rapporti possono costituire relazioni di connessione, identità o incompatibilità, tali da far sì che la sentenza e provvedimenti esecutivi riferiti ad un rapporto possano provocare effetti ed incidere su un ulteriore rapporto. Proprio in virtù di dette relazioni, l'ordinamento giuridico attribuisce la possibilità ai titolari di un rapporto che potrebbe subire gli effetti di un provvedimento giurisdizionale di prendere parte al processo, realizzando così l'economia dei giudizi e scongiurando la formazione di giudicati contrastanti².

Quanto all'intervento spiegato in seno al giudizio di primo grado, l'art. 105 c.p.c. regola innanzitutto l'intervento volontario, prevedendo che chiunque possa intervenire spontaneamente in una causa pendente tra altri soggetti "per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo" (co. 1), aggiungendo al successivo comma che l'intervento possa essere spiegato anche "per sostenere le ragioni di alcuna delle parti", quando il terzo vi abbia un proprio interesse. Con riferimento all'intervento coatto, esso può essere richiesto dalla parte processuale che ritenga che la causa sia comune al terzo o che pretenda di essere da costui garantita (art. 106 c.p.c.) ovvero potrebbe essere ordinato dal giudice che reputi opportuno che il giudizio si svolga "in confronto di un terzo al quale la causa è comune" (art. 107 c.p.c.).

La seconda forma di intervento coatto (c.d. intervento *iussu iudicis*) si configura quando il giudice, ritenendo "opportuno" che il processo si svolga anche in confronto di un terzo a cui "*la causa è comune*", ne dispone l'intervento in causa. È evidente, dunque, che il presupposto della *comunanza di causa* è presente in entrambe le figure di intervento coatto, ancorché nella seconda l'impulso non proviene dalla parte ma dal giudice, a cui è attribuito dalla legge un potere discrezionale officioso, di cui potrà valersi senza apparenti limiti. Risulta opportuno interpretare l'art. 107 c.p.c. in senso restrittivo e riduttivo, concependo la chiamata *iussu iudicis* quale rimedio interno al giudizio che

² SEGNI A., *Intervento in causa (Dir. proc. civ.)*, in *Nss. D. I.*, App. IV, Torino, 1962, 943.

permette al giudice di disporre tale ordine soltanto nell'eventualità in cui tale possibilità emerga dagli atti processuali successivamente allo svolgimento delle contrapposte difese delle parti e siano invano decorsi i termini per effettuare la chiamata del terzo ad istanza della parte. In tal modo, la norma non infrange quei principi che, nel giudizio civile, inibiscono forme di "coartazione ad agire"³, né tantomeno contempla ipotesi di azione officiosa; tale disposizione attribuisce semplicemente al giudice il potere di decidere tenendo conto delle difese delle parti secondo il loro reale scopo, prescindendo dal loro profilo meramente formale.

L'attuale formulazione codicistica delle condizioni di ammissibilità dell'intervento e la declinazione delle diverse fattispecie ammissibili sono ben lontane, dunque, dalla genericità che aveva in passato contraddistinto l'istituto; genericità che aveva connotato detto strumento anche nel giudizio amministrativo (artt. 37 r.d. n. 642/1907 e 22 l. n. 1034/1971), salvo pervenire ad una puntualizzazione, seppur incompleta, con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

3. Intervento e Costituzione: l'intervento come strumento di attuazione dei principi del giusto processo.

Il giudizio amministrativo ha mostrato per lungo tempo aderenza al modello di "processo da ricorso", limitandosi il sindacato del giudice al solo atto di pubblica autorità oggetto di impugnazione e non prestando la dovuta attenzione al rapporto sottostante, con conseguente poco rilievo del ruolo delle parti e dei diritti delle stesse.

L'intervento, nel consentire l'ingresso in giudizio di soggetti che non ne sono parte fin dalla sua instaurazione, determina l'ampliamento del novero di coloro che trovano ingresso nel processo e possono far valere in tale sede i propri interessi. A ciò si aggiunge l'effetto di estensione dello spettro oggettivo del processo e, pertanto, della sfera di cognizione del giudice, in tal modo assicurando una maggiore giustizia sostanziale.

Il processo amministrativo è stato interessato dalla riforma operata l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, che ha inciso sull'attuale formulazione dell'art. 111 della Costituzione⁴.

³ARIETA G. - DE SANTIS F. - MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, CEDAM, Milano, 2019, 284.

⁴ Dalla lettura del comma 1 emerge che "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge", aggiungendo al successivo comma 2 che "ogni processo si svolge nel

Storicamente, la dottrina aveva avvertito la necessità di attuare il contraddittorio pieno solo in ambito processualcivilistico; quanto al giudizio amministrativo, tale esigenza non era stata parimenti avvertita⁵, forse in quanto, dal punto di vista sostanziale, la pubblica amministrazione aveva sempre assunto una posizione di supremazia rispetto al cittadino. Ciò ha fatto sì che in sede amministrativa, il contraddittorio fosse “*sempre e soltanto un fatto eventuale*”⁶.

L'applicazione dei principi del giusto processo, del contraddittorio e della parità delle parti assume il ruolo di indispensabile garanzia processuale riferibile ad ogni tipologia di giudizio, compreso quello amministrativo, con conseguente recepimento di tali principi all'interno del Codice del processo amministrativo⁷.

Il principio del contraddittorio acquista nel giudizio amministrativo una funzione di recupero dello svantaggio processuale proprio del cittadino, il quale è, rispetto all'amministrazione, in condizioni di inferiorità⁸; costituisce il mezzo mediante il quale realizzare l'equità processuale, assicurando l'uguale partecipazione attiva in tutti i momenti del giudizio che conducono alla decisione finale del giudice. Ciò significa, per utilizzare le parole di Nigro, che “*ciascuna parte deve essere messa in condizione di conoscere ogni richiesta o deduzione dell'altra parte e di formulare le altre vedute in proposito tendenzialmente nella stessa forma in cui si è esplicata l'iniziativa della prima*”⁹.

Bisogna partire proprio da tali principi per poter riconsiderare la posizione dei terzi nel processo amministrativo e, principalmente, il ruolo dell'istituto dell'intervento, e per poter valutare se, in riferimento a tale mezzo, l'attuale

contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”, con un giudizio che assicuri la “*ragionevole durata*”.

⁵ In passato, il principio del contraddittorio era desumibile dal combinato disposto dell'art. 24 Cost. con altre norme costituzionali, quali gli artt. 2, 3, 25 co. 1, 101, 104, 107, 108, 111 e 113. Dalla lettura complessiva di tali disposizioni si evinceva come il principio in questione costituisse non solo una garanzia dell'esercizio dell'azione e della difesa, ma anche una possibilità effettiva di partecipazione di coloro che erano legittimati ad agire e contraddirre in giudizio.

⁶ L'espressione è di BENVENUTI F., *Lo svolgimento del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, nella teoria e nella pratica*, in La giustizia nella amministrazione. Atti del 3° Convegno di Varennna, Milano, 1959, 160 ss. Tale espressione si ritrova anche in ID., voce *Contraddittorio* (Dir. amm.), in *Enc. dir.*, IX, 739-740.

⁷ L'importanza della loro funzione è evidente se si guarda alla loro collocazione: l'art. 1 afferma il principio di effettività della tutela nell'ambito della giurisdizione amministrativa, mentre il successivo art. 2 sancisce che “*il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione*”.

⁸ MIGLIORINI L., *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1977, 20 ss., in cui l'autore evidenzia come il recupero di tale stato di inferiorità dovrebbe esprimere la garanzia della costituzionalità del sistema.

⁹ NIGRO M., *Lezioni di diritto processuale amministrativo*, I, Firenze, 1972, 165.

sistema normativo garantisca il rispetto del contraddittorio e della parità processuale.

Il Codice del processo amministrativo riserva al primo un autonomo Capo, articolato in due sole disposizioni (artt. 27¹⁰ e 28), la prima delle quali costituisce la traslazione nel giudizio amministrativo del principio informatore del giusto processo così come espresso dall'art. 111 Cost.

L'art. 28¹¹ attribuisce consistente importanza all'intervento in termini di garanzia difensiva. Il comma 2 della norma, talvolta oggetto di interpretazione troppo estensiva, contiene un inciso, quello relativo all'interesse che legittima la possibilità di intervenire a tutela di un proprio interesse, che permette di dare concretizzazione ad una delle maggiori garanzie processuali, ossia quella del diritto di difesa.

Tutto ciò si ricollega al principio del contraddittorio che dovrebbe caratterizzare l'intero processo amministrativo, all'interno del quale l'istituto dell'intervento dei terzi può assurgere ad elemento indicativo dell'applicazione del modello del "processo di parti", fondato sul presupposto che queste possano disporre in sede extraprocessuale delle loro pretese e delle relative prove, affinché il giudice sia sottoposto al vincolo del *ne eat iudex ultra petita partium* e del *iudicare iuxta alligata*, e del fatto che il giudizio possa essere effettivamente governato da tutte le parti, sia quanto al *thema probandum* sia in riferimento al *thema decidendum*. Prevedendo la generale possibilità di utilizzare lo strumento dell'intervento e astenendosi dal porre specifici confini tra le diverse tipologie di intervento presenti nel nostro ordinamento, il legislatore ha provveduto a superare le impostazioni precedenti dei rapporti, fondate sui dualismi parti-terzi, parti necessarie-parti eventuali, parti principali-parti accessorie. Pur conservando la

¹⁰ "Il contraddittorio è integralmente costituito quando l'atto introduttivo è notificato all'amministrazione resistente e, ove esistenti, ai controinteressati. Se il giudizio è promosso solo contro alcune delle parti e non si è verificata alcuna decadenza, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle altre entro un termine perentorio [...]" . Dalla lettera dell'art. 27 si evince come il legislatore abbia voluto ancorare l'attuazione del contraddittorio alla notificazione dell'atto introduttivo all'amministrazione resistente e ai controinteressati, qualora vi siano, e all'integrazione del contraddittorio, in caso di non intervenuta decadenza. La mancanza della notifica, che assume un ruolo di vitale importanza all'interno del processo, nei confronti di eventuali controinteressati costituisce uno dei presupposti per l'ordine di integrazione del contraddittorio da parte del giudice amministrativo.

¹¹ "Se il giudizio non è stato promosso contro alcuna delle parti nei cui confronti la sentenza deve essere pronunciata, queste possono intervenirvi, senza pregiudizio del diritto di difesa.

Chiunque non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, ma vi abbia interesse, può intervenire accettando lo stato e il grado in cui il giudizio si trova.

Il giudice, anche su istanza di parte, quando ritiene opportuno che il processo si svolga nei confronti di un terzo, ne ordina l'intervento".

tradizionale distinzione tra parti necessarie (ricorrente, resistente e controinteressato) e accessorie (interventori), il Codice ha optato per la nozione di "legittimi contraddittori", aventi diritto alla partecipazione al processo¹².

Sussistendo l'obbligo di osservare le forme e i termini stabiliti per il ricorrente, il terzo interventore, contemplato dall'art. 28, co. 2, verrà a trovarsi in una posizione giuridica equivalente, in termini di legittimazione e interesse, a quella dello stesso ricorrente. La parità processuale deve essere assicurata inevitabilmente anche all'interventore ex art. 28, co. 1, poiché si tratta di un soggetto destinatario degli effetti della sentenza e quindi aventure la titolarità ad intervenire per contraddirre.

Sebbene nell'attuale impostazione del Codice le distinzioni tra le diverse tipologie di intervento siano prive di qualsivoglia rilevanza, in quanto tutte dirette a permettere al terzo di presentare in un giudizio già pendente una propria domanda, dal punto di vista pratico, permane la problematica di valutare l'ammissibilità del singolo intervento, stabilendo se e con quali limiti esso possa essere esperito.

Possono rinvenirsi i confini dell'istituto nel principio costituzionale che, nel quadro delle libertà personali, riconoscendo in capo a ciascun soggetto la possibilità di agire in giudizio per la difesa dei propri diritti ed interessi legittimi, sembra affermare che il processo costituisce affare proprio delle parti, terreno di scontro per l'affermazione e diniego di situazioni personali.

Il giudizio conserva carattere privato solo finché non rischi di determinare un pregiudizio giuridico per altri soggetti; in tal caso, l'intromissione nella sfera di libertà altrui riceve giustificazione proprio dalla lesione che potrebbe ricevere l'interventore.

Con la modifica della lettera dell'art. 111 Cost. non vi sono più dubbi sul fatto che la possibilità di incidere su di una controversia, dando luogo ad attività processuali poste a sostegno delle proprie ragioni, rappresenti una garanzia fondamentale. Si spiega in tal modo l'adozione da parte del Codice di una formulazione tanto ampia da consentire una varietà differenziata di interventi.

Invero, l'intervento sintetizza la pluralità di principi che dominano il giudizio amministrativo: costituisce una declinazione dei principi del giusto processo e dell'autonomia di azione in giudizio, principio, quest'ultimo, che lascia ciascun soggetto libero di utilizzare o meno lo strumento processuale; è, inoltre, espressione del principio della domanda, il quale concede all'interessato

¹² Definizione già presente in PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 259 ss.; poi ripresa da PICOZZA E., *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010, 49.

l'iniziativa e la determinazione dell'oggetto del giudizio, e di quello dell'impulso processuale di parte, con cui è affidata alle parti la prosecuzione dello stesso, per evitarne la perenzione con le loro richieste.

Sebbene dal Codice ci si aspettasse una maggiore chiarezza nelle formulazioni, deve comunque ritenersi che costituisca un'ottima base per poter superare qualsivoglia impostazione restrittiva, avendo dato luogo ad un allineamento delle garanzie predisposte in sede amministrativa con quelle che già da molto tempo caratterizzano il giudizio civile.

4. I legittimati all'intervento.

La qualifica del terzo interventore come parte risente inevitabilmente del modello processuale adottato, da cui deriva la disciplina del giudizio.

Nel processo civile, il concetto di "parte" adoperato ha finito col determinare importanti conseguenze sulla struttura del relativo giudizio, in quanto ci si è mossi verso la prospettiva del modello di "processo di parti", improntato ai principi del contraddittorio e della parità delle parti, consolidatisi anche a livello costituzionale. Ragion per cui, nel giudizio civile, la domanda può essere liberamente formulata dai terzi interventori, purché le relative posizioni soggettive diano luogo ad una connessione con quelle che formano oggetto del giudizio, e al terzo sono riconosciuti i medesimi poteri delle altre parti.

Diversamente, ritenendo che il ricorso giurisdizionale seguisse quello per via amministrativa, il contenzioso amministrativo è stato concepito in base al provvedimento amministrativo e al ricorso avverso quest'ultimo, finalizzando prevalentemente l'esercizio della funzione giurisdizionale alla tutela dei poteri dell'amministrazione rispetto agli interessi legittimi dei cittadini.

La non parità delle parti, la superiorità istituzionale riconosciuta all'autorità emanante l'atto oggetto di impugnazione e la relativa presunzione di legittimità derivante dall'asserito perseguimento di esigenze di giustizia, hanno avuto delle conseguenze significative: la mera eventualità del contraddittorio in tale sede, l'assunzione della decisione del giudice anche senza la presenza delle parti interessate e l'apertura del processo ai soli soggetti ai quali il provvedimento direttamente si riferisse, con conseguente superfluità dell'istituto dell'intervento, in quanto reputata non necessaria la partecipazione di chi, non essendo destinatario del provvedimento, ne sarebbe interessato soltanto indirettamente ed occasionalmente.

Il superamento di questa concezione passa attraverso l'adozione del differente modello di "processo di parti", in cui anche il terzo assume la qualità di parte e

in cui ciascuna di esse, e quindi anche il terzo interventore, propone una propria domanda, contrapposta a quella di tutte o di alcune di esse o coincidente con quella altrui, assicurando in tal modo la parità processuale. Ai fini dell'acquisizione della qualità di parte, deve sussistere una fondamentale condizione di ammissibilità, ravvisata nell'esistenza di un legame tra la pretesa del terzo interventore e quelle delle parti originarie, legame individuato in modo generico, in quanto declinabile differentemente a seconda che si fondi sull'essere destinatari della sentenza (art. 28, co. 1), sull'esistenza di un non ben precisato "interesse" (art. 28, co. 2) o di una ragione di "opportunità" in tal modo considerata dal giudice (art. 28, co. 3).

Essendo il processo amministrativo un giudizio di impugnazione di un atto o provvedimento di cui è richiesto il totale o parziale annullamento da parte di chi lamenta un pregiudizio alla propria situazione giuridica soggettiva, all'interventore è riconosciuta esclusivamente la possibilità di dar luogo ad una partecipazione volontaria, aderendo alle ragioni di una delle parti in causa, con esclusione, dunque, dell'intervento in via principale e di quello litisconsortile. Nonostante l'entrata in vigore del Codice, dunque, l'orientamento giurisprudenziale prevalente disconosce il carattere innovativo dell'art. 28 c.p.a. rispetto alla disciplina previgente, asserendo l'inammissibilità dell'intervento da parte di chi sarebbe legittimato a proporre un ricorso autonomo.

La legittimazione spetta, pertanto, al terzo che intende intervenire nel processo amministrativo *ad adiuvandum*, ossia per sostenere la richiesta di annullamento dell'atto impugnato, beneficiando degli effetti dell'eventuale accoglimento del ricorso. Possono esperire tale forma di intervento, dunque, i titolari di posizioni soggettive dipendenti da quella del ricorrente o, comunque, coloro che vantino un interesse indiretto all'eliminazione degli effetti derivanti dall'atto impugnato, i quali incidono negativamente sulla propria posizione giuridica. Il terzo è altresì legittimato ad intervenire *ad opponendum*, in presenza di un interesse a contrastare il ricorso e ad ottenerne il rigetto; interesse collegato a quello dell'amministrazione resistente, di eventuali controinteressati già costituitisi in giudizio o del titolare di un autonomo interesse alla conservazione dell'atto impugnato.

Il fine che intende perseguire colui che dà luogo ad un atto di intervento è da ravvisare nel sostegno alle ragioni del ricorrente o del resistente, in quanto titolare di un interesse di fatto dipendente da quello che viene azionato in via principale o di un interesse relativo al mantenimento dei provvedimenti

impugnati, che gli permette di ricevere un vantaggio indiretto e riflesso dall'accoglimento o rigetto del ricorso¹³.

L'analisi finora compiuta dimostra come, seppur in presenza di una timida apertura, sia avvenuto un consolidamento delle posizioni restrittive invalse nel periodo antecedente l'emanazione del Codice. In particolar modo, l'art. 28 c.p.a. avrebbe dovuto provvedere alla risistemazione dell'istituto dell'intervento e avrebbe dovuto altresì fugare i dubbi relativi alle tipologie esperibili e alla legittimazione dei soggetti intervenienti. Ci si sarebbe aspettati una norma in grado di superare l'estrema genericità che aveva caratterizzato la normativa previgente; tuttavia, essa, nel sancire la possibilità di intervenire da parte di chiunque vi abbia interesse, non ha precisato la natura dell'interesse che legittima ad intervenire e i presupposti della legittimazione degli intervenienti.

Prima dell'entrata in vigore del Codice, la giurisprudenza¹⁴ escludeva che i cointeressati, titolari di un interesse legittimo analogo a quello del ricorrente, potessero partecipare al giudizio e ciò in quanto, proprio per la sussistenza in capo ad essi di una posizione analoga a quella del ricorrente, avrebbero potuto impugnare autonomamente l'atto amministrativo. La ragione di una simile esclusione era da rinvenire nel rischio di un'eventuale elusione del termine di decadenza previsto ai fini dell'impugnazione del provvedimento. Questa argomentazione era usata dalla giurisprudenza per negare sia un intervento litisconsortile, del quale i cointeressati avrebbero potuto servirsi per chiedere a loro volta l'annullamento dell'atto impugnato, sia un intervento adesivo, in base alla considerazione di una rigorosa alternatività tra legittimazione al ricorso e legittimazione all'intervento¹⁵.

Il Codice del processo amministrativo sembra, invece, aver aperto ai cointeressati la strada per la partecipazione al giudizio. Lo ha fatto prevedendo l'intervento di quel soggetto che non sia parte processuale e che "non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni" (art. 28, co. 2 c.p.a.). Tale espressione sembrerebbe riferirsi specificamente al cointeressato, in capo al quale maturerebbe una legittimazione all'esperimento dell'istituto in esame, purché non siano decorsi i termini per un suo ricorso principale e accetti lo stato

¹³ Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1445, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, 3, 902; Cons. Stato Sez. IV, 19 gennaio 2011, n. 385, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, 1, 72; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 13 ottobre 2010, n. 9201, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2010, 10, 3142.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 19 novembre 2009, n. 7249; T.A.R. Molise, 19 novembre 2002, n. 913; Cons. Stato, Sez. IV, 23 novembre 1996, n. 1241; Cons. Stato, Sez. VI, 27 maggio 1988, n. 725, in *Cons. St.*, 1988, I, 705; Cons. Stato, Sez. IV, 30 gennaio 1984, n. 31.

¹⁵ TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, XII ed., 2018, 235.

e il grado in cui si trova il giudizio, senza che questi possa mettere in discussione o possa far riaprire fasi processuali che siano già giunte ad una conclusione.

Pertanto, è evidente che la giurisprudenza, anche dopo il Codice, abbia mostrato una continuità con le soluzioni precedenti, sostenendo tuttora un'incompatibilità della legittimazione a proporre ricorso principale con quella ad intervenire¹⁶. Ragion per cui, colui che, come il cointeressato, sia legittimato a ricorrere in via principale non potrebbe mai avvalersi dello strumento dell'intervento in un giudizio instaurato da altri. Le motivazioni di un orientamento che nega l'esperibilità di un intervento principale si fondano sul presupposto che non sia possibile riconoscere in capo ad un privato un interesse che sia allo stesso tempo incompatibile sia con quello dell'amministrazione sia con quello degli altri privati incisi dall'esercizio del potere amministrativo, oltre al fatto che con tale forma di intervento e con quello litisconsortile potrebbe darsi luogo a fenomeni di elusione del principio di perentorietà del termine per ricorrere ed impugnare l'atto¹⁷.

Di recente, la giurisprudenza è intervenuta sulla posizione del cointeressato e sulla relativa legittimazione ad esperire l'intervento, mostrando una maggiore apertura rispetto all'orientamento precedente. È, infatti, stata riconosciuta la qualità di interventore anche al soggetto che sia legittimato a proporre un autonomo ricorso¹⁸, solo negli stessi termini previsti per la proposizione del ricorso principale e ciò allo scopo di impedire, mediante la procedura di intervento, l'elusione dei termini perentori che l'art. 29 d.lgs. 104/2010, rubricato

¹⁶ Sul punto si è pronunciato il T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, 10 settembre 2019, n. 1958, evidenziando come "Nel processo amministrativo, al fine di evitare un surrettizio aggiramento dei termini decadenziali per proporre ricorso, non è consentito intervenire in adiuvandum al soggetto che sarebbe legittimato a proporre ricorso autonomo".

¹⁷ In senso contrario si veda NIGRO, *Prospettive sul processo amministrativo. L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, p. 372, che, in riferimento all'intervento principale, afferma: "non si può trovare una ragione di esclusione dell'ammissibilità delle figure di intervento in una particolarità del processo (o della situazione che si fa valere), la quale costituisce soltanto un limite del loro ambito di applicazione; che l'intervento di tipo principale non possa servire ad eludere il termine di decadenza, significa che esso è inammissibile quanto tale termine è scaduto, ma non può significare che è inammissibile anche quando il termine non è scaduto".

¹⁸ Il Cons. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2020, n. 384, ha chiarito che "Il cointeressato all'impugnazione, pur titolare di una posizione autonoma rispetto a quella delle parti principali, essendo leso direttamente dal provvedimento da altri impugnato, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 28, comma 2, e all'art. 29 D.Lgs. n. 104/2010, è onerato ad attivarsi tempestivamente in sede giurisdizionale, potendo scegliere se proporre un autonomo ricorso entro il termine di decadenza all'uopo applicabile ovvero intervenire tempestivamente nel processo *inter alios pendente* (sempre entro in termine di decadenza al riguardo operante), aderendo al ricorso da altri proposto" e che "(...) una volta decaduto dall'azione giudiziaria per mancata impugnazione del provvedimento lesivo, il cointeressato perde il potere di impulso processuale, sia sub specie di introduzione di un autonomo giudizio, sia sub specie di prosecuzione (anche in sede impugnatoria, con la formulazione di apposito appello) del processo *inter alios pendente* in cui sia intervenuto".

"Azione di annullamento", individua in sessanta giorni, per l'esperimento dell'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere¹⁹.

Se l'art. 41 c.p.a. impone la notifica ad almeno uno dei controinteressati, ciò implica che, ai sensi dell'art. 28 c.p.a., nel caso in cui il giudizio non venga promosso *"contro le parti nei cui confronti la sentenza debba essere pronunciata"*, queste possano intervenirvi, *"senza pregiudizio del diritto di difesa"*. Nel giudizio amministrativo, la qualifica di controinteressato in senso tecnico spetta a coloro che il provvedimento provvede ad indicare nominativamente o che siano, in ogni caso, facilmente individuabili in base all'esame di tale atto²⁰. In tal senso, si fa leva su un criterio puramente formale, al quale deve aggiungersene, tuttavia, un secondo, di carattere sostanziale. In virtù di quest'ultimo, è richiesta la titolarità di *"un interesse analogo e contrario a quello che legittima la proposizione del ricorso"*²¹, un interesse giuridicamente qualificato, mirante alla conservazione dell'atto, in quanto esso conferisce loro in via diretta un vantaggio, e degli effetti derivanti dall'esercizio del potere amministrativo²².

L'art. 41 c.p.a., nel prevedere che il contraddittorio venga instaurato anche nei confronti dei controinteressati, ove esistenti, mette in risalto come, proprio per la dimensione pubblicistica che assume l'attività amministrativa, gli atti finiscano per produrre effetti non solo nei confronti dei diretti destinatari ma coinvolgano anche i terzi, i quali potrebbero ricevere benefici o pregiudizi da detta attività. Poiché la norma in questione impone al ricorrente di notificare il ricorso ad *"almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge"*, suole distinguersi tra controinteressato in senso formale, cui la disposizione si riferisce, e controinteressato in senso sostanziale.

¹⁹ Il Consiglio di Stato ha anche chiarito che *"Nel processo amministrativo i soggetti che intervengono spontaneamente nel giudizio, facendo valere un interesse riflesso e non autonomo al mantenimento ovvero alla rimozione del provvedimento impugnato, non hanno titolo per proporre domande nuove al giudice di primo grado ovvero in appello avverso la sentenza, salvo che vantino una posizione giuridica autonoma che consenta di qualificare loro alla stregua di soggetti cointeressati ovvero di controinteressati (ancorché non intimati). Solo a tali soggetti titolari di vero e proprio interesse giuridico autonomo è consentita la possibilità di proporre appello avverso la sentenza lesiva della propria posizione giuridica"* (Cons. St., Sez. VI, 7 gennaio 2020, n. 102). In tal senso si è espresso anche il CGARS, 7 gennaio 2020, n. 14.

²⁰ SATTI F., *Giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1997, in cui l'autore attribuisce all'inciso *"persone cui l'atto direttamente si riferisce"* il significato di soggetti agevolmente identificabili dal contenuto dell'atto anche se non espressamente menzionati.

²¹ Cons. St., ad. plen., 21 giugno 1996, n. 9.

²² CALCIANO M.C., *La qualità di controinteressato nel processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, Sez. V, n. 6074/2011, in www.diritto.it.

Se soltanto il primo è parte necessaria del processo²³ e solo nei suoi confronti deve essere osservato l'onere di notifica, non sussiste il medesimo onere verso il controinteressato in senso sostanziale, di cui è ammesso l'intervento nel giudizio di primo grado, oltre che la legittimazione ad appellare²⁴ e all'opposizione di terzo.

Una simile lettura restrittiva appare, tuttavia, in contrasto con il principio di tutela dei terzi. Per ovviare a tale problematica, la giurisprudenza si è progressivamente mossa nel senso di riconoscere la qualità di controinteressato a chi cumuli il requisito formale dell'essere nominativamente individuato dall'atto impugnato o facilmente identificabile in base ad esso e quello sostanziale della sussistenza in capo al terzo della titolarità di una situazione giuridica soggettiva qualificata di segno omogeneo e contrario a quella del ricorrente principale, che si concreti in un interesse alla conservazione dell'atto, dal cui annullamento riceverebbe pregiudizio²⁵.

Uno degli aspetti sicuramente più problematici dell'istituto in esame, nella disciplina previgente, era rappresentato dal fatto che al novero degli interventori equivalesse una diversità e molteplicità di situazioni sostanziali e posizioni processuali, la cui differente consistenza rispondeva, inoltre, ad una diversità di prerogative processuali. Ai fini della individuazione del titolo legittimante l'intervento e, quindi, della determinazione dell'interesse che avrebbe favorito l'accesso da parte del terzo all'interno del giudizio, la giurisprudenza ha affermato che l'indagine doveva essere compiuta in astratto, in virtù non già del

²³ Negli anni successivi alla riforma del 1971, si è progressivamente consolidato l'orientamento secondo cui parti passive necessarie non sarebbero solo quelle contemplate espressamente dall'atto impugnato, ma anche tutti coloro individuabili obiettivamente in base al provvedimento, in quanto titolari di situazioni giuridiche soggettive interessate dall'esercizio del potere, di segno opposto a quella del ricorrente. In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 1982, n. 514), secondo cui "l'espressione *"controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce"* adoperata dalla legge TAR va intesa non nel senso che debba trattarsi di soggetti le cui generalità risultino nominativamente elencate nell'atto impugnato, bensì di soggetti obiettivamente individuabili sulla base dell'atto impugnato, quali titolari di posizioni giuridiche in ordine al rapporto del quale si controverte". La tesi è stata poi recepita dalla Plenaria (Cons. Stato, ad. plen., 28 settembre 1987, n. 22, in *Rass. Avv. Stato*, 1987, I, 348, e in *Cons. Stato*, 1987, I, 1197).

²⁴ Cons. St., Sez. V, 23 luglio 1994, n. 805.

²⁵ "La nozione di controinteressato nel processo amministrativo comprende tutti coloro che sono coinvolti da un provvedimento amministrativo ed abbiano acquistato, in relazione a detto provvedimento, una posizione giuridica qualificata alla sua conservazione" (Cons. Stato, ad. plen., 28 settembre 1987, n. 22, in *Rass. Avv. Stato*, 1987, I, 348, e in *Cons. Stato*, 1987, I, 1197). Successivamente Cons. Stato, ad. plen., 8 maggio 1996, n. 2 e Cons. Stato, ad. plen., 8 maggio 1996, n. 9.

concreto esito del processo, bensì dell'effettiva *causa petendi* che si evinceva dall'insieme delle affermazioni del soggetto che agiva in giudizio²⁶.

La giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato antecedente il Codice reputava sussistente la legittimazione ad esperire l'intervento per coloro che fossero titolari di una posizione consistente in un interesse individualizzato, giuridicamente rilevante e qualificato, tuttavia di natura diversa da quella del ricorrente²⁷. Si trattava, cioè, di un interesse dipendente da quello valere in via principale o ad esso accessorio²⁸, che fosse indirettamente leso, derivato o correlato, oppure di un interesse di mero fatto²⁹, che patisse gli effetti della sentenza pronunciata nei confronti del ricorrente³⁰ e inidoneo ad essere tutelato mediante un autonomo ricorso in sede giurisdizionale. Veniva, però, considerato inammissibile l'intervento esperito dal titolare di una posizione sostanziale uguale a quella del ricorrente o che, comunque, avrebbe potuto essere salvaguardata in via principale. Ciò in quanto l'interesse avrebbe dovuto riferirsi a situazioni giuridiche risultanti da quella oggetto di discussione giudiziale, rivelandosi, così, inammissibile l'intervento di colui che vantasse un interesse proprio che, in quanto tale, avrebbe dovuto ricevere tutela mediante una specifica e autonoma impugnazione dell'atto lesivo³¹.

Con riguardo, invece, all'intervento spiegato a tutela di un interesse dipendente da quello delle parti necessarie, la giurisprudenza considerava maggiormente le ipotesi di provvedimenti impugnati che incidessero direttamente soltanto sulla posizione di una parte necessaria, determinando, al contrario, un effetto riflesso

²⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2009, n. 5244.

²⁷ TAR Molise, 10 dicembre 2002, n. 944, in *Foro amm.*, TAR, 2002, XII; Cons. Stato, Sez. IV, 18 marzo 1997, n. 262, in www.italgiure.it; Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 1996, n. 561, in *Foro It.*, 1996, III, 375; Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 1993, n. 220, in *Foro amm.*, 1993, 406, nonché in *Cons. Stato*, 1993, I, 180.

²⁸ Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2000, n. 3084, in *Foro amm.*, 2000, 1757; TAR Sardegna, 5 giugno 1999, n. 723, in *Foro amm.*, 2000, 231, nonché in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 3711; TAR Sardegna, 19 ottobre 1999, n. 1228, in *Foro amm.*, 2000, 1513; Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 1999, n. 1006, in *Foro amm.*, 1999, 1479.

²⁹ TAR Lazio, Sez. III, 11 marzo 2003, n. 1820, in *Foro amm. TAR*, 2003, 980; Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 1991, n. 65, in *Cons. Stato*, 1991, I, 258; Cons. Stato, Sez. IV, 21 marzo 1984, n. 154.

³⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 8 giugno 2010, n. 3589; Cons. Stato, Sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7589; Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3928; Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 1984, n. 534, in *Cons. St.*, 1984, I, 834.

³¹ Sul punto la giurisprudenza risulta costante e concorde. Si vedano TAR Lazio, Sez. II, 2 febbraio 2010, n. 1413; Cons. Stato, Sez. IV, 19 novembre 2009, n. 7249; TAR Liguria, Sez. I, 12 ottobre 2005, n. 1349; TAR Lombardia, Sez. IV, 6 ottobre 2005, n. 3714; TAR Molise, 19 novembre 2002, n. 913; Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 1999, n. 54, in *Foro amm.*, 1999, 89; Cons. Stato, Sez. IV, 23 novembre 1996, n. 1241.

sul terzo interventore, a causa della sussistenza di un legame giuridico tra i due soggetti³². La giurisprudenza era, però, incline a riconoscere l'intervento da parte di chi intendesse sostenere un interesse tutelabile in via principale, laddove si fosse avvalso di tale strumento nel termine decadenziale imposto per la proposizione del ricorso principale. In tale ipotesi, l'atto di intervento avrebbe subito la conversione in ricorso principale a patto che, oltre all'osservanza dei termini di decadenza, esistesse in capo all'interventore la volontà di agire quale ricorrente³³ e che l'atto di intervento recasse i requisiti formali e sostanziali del ricorso³⁴.

La dottrina³⁵, in linea con l'orientamento giurisprudenziale dominante illustrato, è pervenuta al riconoscimento di una legittimazione ad intervenire al soggetto a cui, a seguito dell'accoglimento della domanda, deriverebbe in modo riflesso un vantaggio corrispondente ad una situazione giuridica connessa e collegata con quella su cui avrebbe direttamente inciso l'annullamento dell'atto. L'intervento adesivo si fonderebbe su di un interesse derivante proprio dal fatto di essere destinatario di effetti riflessi, dei quali non si potrebbe controvertere nuovamente in un successivo e diverso giudizio in cui si dibattesse della propria situazione soggettiva nei confronti di una delle parti del giudicato. La tutela del terzo sarebbe assicurata dal riconoscimento della possibilità di intervenire, difendendosi nel processo instaurato tra le parti del rapporto condizionante, attraverso l'adesione alle ragioni di una di esse.

Ma tale linea interpretativa è stata fortemente avversata da chi, invece, sostiene che l'interesse ad intervenire adesivamente sorgerebbe dal particolare nesso sostanziale esistente tra i rapporti giuridici considerati e non già dagli effetti riflessi patiti, in quanto anche questi ultimi deriverebbero dal legame giuridico tra le situazioni soggettive delle parti e del terzo. Per di più, se il potenziale interventore subisse, a prescindere dall'eventualità che si avvalga o meno di tale strumento, gli effetti incontrovertibili del giudicato reso *inter alios*, le utilità che

³² Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 1984, n. 356, in *Cons. St.*, 1986, I, 652.

³³ SESSA V.M., *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012, 58.

³⁴ TAR Molise, 19 novembre 2002, 913; Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 1970, n. 713, in *Foro amm.*, 1970, I, 2, 908; Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1292, in www.italgiure.it, ha chiarito che la possibilità di intervenire nei termini di decadenza previsti per il ricorso avrebbe potuto essere fatta valere solo nel caso in cui si trattasse di un ordinario giudizio di impugnazione sottoposto all'osservanza del termine decadenziale, e non anche nel caso in cui la controversia riguardasse diritti soggettivi e fosse quindi soggetta agli ordinari termini di prescrizione.

³⁵ CAIANIELLO V., *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979; PERFETTI L., *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

egli conseguirebbe dall'intervento si attenuerebbero e, di conseguenza, si affievolirebbe il suo interesse a prendere parte al processo. Avrebbe, al contrario, interesse a non intervenire, in quanto potrebbe comunque impugnare la sentenza con l'opposizione di terzo.

La reale problematica è stata quella di rintracciare i criteri di differenziazione degli interessi e di decretare se essi fossero meritevoli o meno di ricevere tutela giurisdizionale. Se una parte della dottrina³⁶ si era mossa nel senso di ricercare i diversi collegamenti che possono in concreto instaurarsi tra atti e sfere soggettive degli interessati, provvedendo a chiarire quando si verifichi la cd. riflessione, l'altra³⁷ aveva, dal canto suo, delineato una distinzione tra interesse legittimante il ricorso e quello che consentisse l'intervento e aveva individuato quelle situazioni prive di rilevanza che, come tali, impedivano l'accesso al processo. Si negava che potesse avere accesso al processo colui che non avesse patito alcun pregiudizio di carattere giuridico, da intendersi quale lesione di interessi di identico tipo di quelli protetti in via principale. Ciò in quanto l'intervento postula la necessaria esistenza di un documento di tal tipo e richiede un rapporto di connessione tra l'interesse del ricorrente e quello dell'interventore³⁸.

La maggior parte della dottrina ha finito con l'ancorare la legittimazione ad intervenire all'atto impugnato, in quanto lesivo della posizione giuridica del terzo e tale da far sorgere in capo a costui un interesse giuridico, omettendo così di considerare il rapporto sottostante il provvedimento stesso. In forza di tale rapporto, infatti, potrebbero risultare meritevoli di tutela anche situazioni di chi non sia formalizzato all'interno dell'atto o di chi vanti la titolarità di una posizione non linea con quella delle altre parti processuali.

5. La problematica delle tipologie di intervento esperibili.

L'aspetto sicuramente più controverso dell'istituto in analisi è quello relativo alle tipologie di intervento esperibili.

In tema di intervento volontario, la disciplina antecedente l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo era piuttosto stringata, prevedendo semplicemente che chiunque avesse un interesse nella controversia potesse intervenire (art. 37, co. 1, r.d. 642/1907), nello stato in cui essa si trovava,

³⁶ CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.

³⁷ NIGRO M., *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 373 e ss; SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986.

³⁸ NIGRO M., *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 373 e ss.

mediante domanda diretta alla sezione adita e recante l'indicazione delle ragioni fondanti l'intervento, corredata dai documenti giustificativi dello stesso, e sottoscritta dalle parti e dal difensore, o anche soltanto da parte di quest'ultimo se provvisto di mandato speciale (art. 37, co. 2).

Se il r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (*Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*) non ha apportato modifiche o integrazioni al tema in questione, anche la successiva legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (l. 6 dicembre 1971, n. 1034) ha regolamentato l'istituto riprendendo in gran parte quanto già espresso nella normativa ad essa precedente. Tale continuità normativa si evinceva anche dal fatto che l'intervento veniva concepito in entrambi i testi legislativi quale mezzo diretto ad assicurare la completezza del contraddittorio e quale strumento di cui un terzo, diverso dalle parti definite necessarie, potesse avvalersi per trovare ingresso nel processo, prendendo, tra l'altro, in considerazione il solo intervento spiegato volontariamente, in base ad una propria iniziativa, e trascurando l'intervento coatto.

Dunque, data la scarna regolamentazione legislativa, era inevitabile che alla ricostruzione dell'istituto contribuissero dottrina e giurisprudenza. È ad esse che occorre, dunque, imputare il sorgere di una vera e propria disputa teorica relativa alle forme di intervento esperibili in sede amministrativa, in considerazione del fatto che l'ammissibilità dell'intervento richiedeva un esame circa la compatibilità della tutela dell'interesse legittimo dedotto dal ricorrente nel processo con il mutamento eventuale dell'oggetto cagionato dall'intervento principale o litisconsortile.

L'opinione prevalente ammetteva il solo "intervento adesivo semplice o dipendente", con cui si proponeva una domanda in difesa di una posizione soggettiva del terzo, il quale fosse titolare di un rapporto giuridico connesso o dipendente da quello in contestazione, esposto ad un eventuale pregiudizio derivante dall'esito della controversia e per la cui protezione l'interventore non avrebbe potuto agire autonomamente in altro giudizio.

Era, pertanto, esclusa l'esperibilità dell'*interventus ad infringendum iura utriusque competitoris vel ad excludendum*, diretto a far valere nei confronti di tutte le parti, al pari di quanto sancito dall'art. 105 c.p.c., una situazione giuridica soggettiva autonoma relativa all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto in giudizio, incompatibile con quella contestata tra le parti originarie, che avrebbe provocato inevitabilmente l'ampliamento sia dello spettro soggettivo sia di quello oggettivo delle domande su cui il giudice doveva pronunciarsi. Analogamente, non poteva darsi luogo ad intervento litisconsortile, finalizzato all'instaurazione

di un *simultaneus processus*, mediante una domanda del terzo, volta a sostenere le ragioni di una parte. Con tale atto, l'interveniente intendeva far valere una propria posizione giuridica soggettiva che risultasse connessa, per l'oggetto o per il titolo, a quella affermata nel giudizio già avviato, e idonea a determinare anch'essa una dilatazione del profilo oggettivo del processo.

Le ragioni della non automatica trasposizione da parte di dottrina e giurisprudenza delle categorie processualcivistiche di intervento in sede amministrativa erano da rinvenire nella già ricordata preoccupazione di un'eventuale violazione del principio di perentorietà del termine per la presentazione del ricorso principale e nell'asserita proponibilità della domanda di annullamento nella sola forma del ricorso.

Anche la dottrina amministrativistica prevalente³⁹, utilizzando l'istituto in esame unicamente per la protezione di *interessi privi del potere di reazione immediata ed autonoma avverso l'atto ritenuto lesivo*⁴⁰, non è stata in grado di discostarsi dalla visione di un'amministrazione idonea a rappresentare una varietà di interessi, talvolta anche tra loro contrastanti, né di superare la concezione di un giudizio in cui vi fosse la contrapposizione tra due sole parti, ponendo l'accento, anziché sul piano del provvedimento, su quello del rapporto, che avrebbe potuto favorire l'ingresso nel processo di soggetti ulteriori rispetto a quelli cui il provvedimento si riferisse.

Taluno⁴¹ ha tentato di ricostruire l'istituto in esame mostrando un approccio favorevole ad un più ampio utilizzo di tale strumento.

La consolidata asserzione dell'ammissibilità del solo intervento adesivo risulterebbe, infatti, smentita dalla creazione giurisprudenziale della forma di intervento cd. *ad opponendum*, la quale costituirebbe una figura ibrida, dietro cui spesso si celerebbero ipotesi di intervento principale⁴².

³⁹ D'ORSOGNA M., *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 381 ss; TIGANO A., *Intervento nel processo*, (*Dir. proc. amm.*), in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, 1988; CAIANIELLO V., *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, 283 ss; LUBRANO F., *L'intervento nel processo amministrativo*, Roma, 1988, 25 ss; MAGLIORINI L., *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Rimini, 1984, 77 ss; SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986, 166 ss.

⁴⁰ SESSA V. M., *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012, 49.

⁴¹ In tal senso si vedano NIGRO M., *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Problemi del processo amministrativo (Atti del IX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione)*, 1, Milano, 1964, 380; PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, 218 ss.

⁴² NIGRO M., *Prospettive sul processo amministrativo. L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 368.

Secondo tale meno restrittiva impostazione dottrinale, era da ritenere ingiustificata l'esclusione della forma di intervento litisconsortile da parte di coloro che condividessero la stessa posizione giuridica del ricorrente rispetto all'atto impugnato; in tali ipotesi, questa particolare declinazione dell'istituto sarebbe stata ammissibile in virtù non solo dell'idoneità del giudicato ad incidere su tutte le posizioni di quei soggetti direttamente e insindibilmente interessati dal provvedimento ma anche per rimediare all'infondata estromissione dei cointeressati dal novero dei contraddittori necessari⁴³.

I dubbi e la contradditorietà riscontrati dall'analisi delle pronunce dei giudici rivelano come le formule adottate in giurisprudenza non siano idonee a rappresentare appieno la realtà dell'istituto in esame e apre la strada in dottrina ad atteggiamenti contrari.

Taluno⁴⁴ ha riscontrato l'inesattezza dell'applicazione della sola figura di intervento adesivo. Ciò in quanto essa non sarebbe stata innanzitutto giustificata dall'art. 37 sia per l'ampiezza della formula utilizzata sia perché il legislatore, data la scarna disciplina dell'istituto, ha dovuto necessariamente riferirsi alla tradizionale tipologia di intervento principale. Inoltre, tale scelta restrittiva non sarebbe nemmeno sorretta dalla motivazione delle diversità proprie del processo amministrativo rispetto alle quali sorgerebbero problemi di adattamento delle tipologie invalse nel giudizio civile. Tali peculiarità non darebbero luogo ad un'incompatibilità generale tra processo amministrativo e categorie di intervento civilistiche; ciò in quanto le uniche argomentazioni addotte dalla giurisprudenza a sostegno di detta incompatibilità sarebbero legate al paventato rischio di elusione del termine per ricorrere. Motivazione che, tuttavia, sarebbe facilmente confutabile in quanto le particolarità del giudizio amministrativo o della situazione ivi fatta valere non possono costituire un valido fondamento dell'esclusione delle tipologie di intervento civilistiche, ma unicamente un'eventuale limitazione alla loro sfera di applicazione⁴⁵. Il fatto che l'intervento principale non possa essere utilizzato quale strumento per eludere il termine perentorio per la proposizione del ricorso starebbe a significare semplicemente che non potrebbe essere esperito soltanto nel caso in cui detto termine fosse scaduto; in caso contrario, non potrebbe esserne affermata l'inammissibilità.

⁴³ SESSA V. M., *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012, 52.

⁴⁴ NIGRO M., *Prospettive sul processo amministrativo. L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 371.

⁴⁵ NIGRO M., *Prospettive sul processo amministrativo. L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 372.

Non sarebbe condivisibile nemmeno la tesi, basata sul timore di un'ipotetica violazione del termine, che l'intervento adesivo sarebbe precluso al soggetto avente legittimazione a ricorrere in via principale e che invece non abbia proposto detto ricorso⁴⁶. Adottando un approccio così restrittivo, la giurisprudenza finisce con l'annullare le finalità proprie dello strumento in questione, in specie della particolare tipologia pacificamente ammessa.

L'interventore adesivo non presenta una domanda propria, bensì ne propone una a sostegno di quella altrui. Di conseguenza, l'utilità prodotta dall'accoglimento della domanda proposta da altri non sarà immediata e diretta, a differenza di quanto accadrebbe se ad essere accolta fosse una domanda propria. Nel giudizio amministrativo, l'annullamento dell'atto impugnato non farà riacquistare al terzo interventore la medesima posizione di vantaggio di solito corrispondente all'interesse legittimo. Essendo il ricorrente principale l'unico destinatario degli effetti favorevoli dell'annullamento, in quanto egli sarebbe il solo nei cui riguardi esso è pronunciato, non si pone alcun problema di elusione dei termini.

L'ingresso del terzo in un processo altrui, mediante l'esercizio dello strumento in esame, rappresenta in ogni caso un'intromissione, la quale potrebbe risultare così strana e grave⁴⁷ da richiedere l'applicazione di un importante principio riconosciuto costituzionalmente. Nell'ambito delle libertà personali, la Costituzione, invero, attribuisce a chiunque la possibilità di agire in giudizio per tutelare i propri diritti ed interessi legittimi; ciò sembrerebbe presupporre che il processo, pur avendo una struttura pubblicistica, resti questione propria delle parti che, scontrandosi in una controversia privata, affermano o negano situazioni giuridiche personali. Tuttavia, il giudizio può mantenere la natura di affar proprio delle parti soltanto fino a quando non cagioni danno ad altri. Ove ciò dovesse accadere, è inevitabile che il processo debba essere aperto anche ad essi. È rinvenibile, dunque, un limite costituzionale all'intervento, consistente nella necessaria giustificazione dell'intromissione nella sfera giuridica altrui. A legittimare tale ingerenza sarebbe il pregiudizio patito dal terzo di interessi dello stesso tipo di quelli fatti valere in via principale.

Quanto alle categorie di intervento spiegabili in seno al giudizio amministrativo, taluno⁴⁸ ha negato l'esperibilità dell'intervento principale in senso stretto, ciò in

⁴⁶ La tesi incontra forti opposizioni in dottrina; in tal senso si veda NIGRO M., *Prospettive sul processo amministrativo. L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 372.

⁴⁷ NIGRO M., *Prospettive sul processo amministrativo. L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 373.

⁴⁸ COSTA S., *L'intervento in causa*, Torino, 1953.

quanto “*il ricorso avanti le giurisdizioni amministrative è diretto all’annullamento di un provvedimento, e perciò non può darsi il caso di un terzo che chieda per sé qualcosa che escluda i diritti delle altre parti*”. Tale affermazione risulterebbe valevole solo nell’ipotesi di un’incompatibilità tra il diritto dell’interventore e quelli del ricorrente e della parte resistente, come nell’esempio paradigmatico prima citato. Ma un’eventualità simile, se può rinvenirsi in sede processualcivilistica, non può, tuttavia, verificarsi nel giudizio amministrativo⁴⁹.

La negazione dell’esperibilità della tipologia di intervento in esame non può ritenersi assoluta. Il Consiglio di Stato, quando afferma che “*un ricorso per intervento inammissibile come tale, in quanto faccia valere non un interesse del ricorrente principale, ma un interesse proprio dell’interventore, che lo avrebbe legittimato a ricorrere in via principale, può convertirsi in ricorso principale ed essere dichiarato ammissibile se tempestivo e regolare*”⁵⁰, giunge al risultato della trattazione unica delle domande connesse, non già ammettendo l’intervento, bensì scegliendo di percorre una via più lunga, quella della conversione dell’intervento in ricorso principale e della riunione dei ricorsi.

L’art. 28, co. 2, c.p.a. ha utilizzato una formula talmente ampia (“*chiunque vi abbia interesse*”) da risultare onnicomprensiva di tutte le figure di intervento e quindi anche dell’intervento principale, il quale consentirebbe al terzo di affermare, nei confronti di tutte le parti di una controversia pendente, una posizione giuridica soggettiva relativa al medesimo oggetto o bene della vita dedotto in causa, incompatibile con quelle delle altre parti.

Nel subordinare l’esperimento dell’istituto in esame al fatto che il terzo non sia decaduto dall’esercizio delle relative azioni, si consentirebbe al cointeressato di intervenire, a patto che non siano decorsi i termini per il relativo ricorso principale a cui è connessa la decadenza dall’esercizio dell’azione. Ciò eliminerebbe ogni dubbio in merito alla possibilità di esperire l’intervento nella sua declinazione “principale”, da parte di coloro che sarebbero legittimati a proporre autonomo ricorso.

Anche la giurisprudenza successiva all’entrata in vigore del Codice è ferma nel negare che nel giudizio amministrativo possano trovare spazio sia l’intervento principale sia quello litisconsortile, a mezzo del quale l’interventore propone

⁴⁹ NIGRO M., *Prospettive sul processo amministrativo. L’intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 375.

⁵⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 30 ottobre 1947, n. 371; Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 1950, n. 263; Cons. Stato, Sez. IV, 3 febbraio 1956, n. 76.

un'azione autonoma, facendo tuttavia valere una posizione uguale e parallela a quella di una delle parti della controversia⁵¹.

Con tale ultima forma di intervento, il terzo propone una domanda nei confronti di una o più, ma non tutte, le parti processuali originarie, che va a porsi accanto alla domanda già presentata dall'attore e che, quindi, avrebbe potuto essere proposta unitamente a questa in cumulo originario, oppure alla domanda riconvenzionale del convenuto. Se pacifica è la figura di intervento in questione in ambito processualcivilistico, non può dirsi altrettanto per il giudizio amministrativo.

Un orientamento giurisprudenziale minoritario⁵² ammette la proponibilità, all'interno del giudizio amministrativo, dell'atto di intervento litisconsortile, a patto che esso sia notificato nei termini che la legge impone per la notificazione del ricorso. In tal modo, il cointeressato si inserirebbe in un processo già pendente, senza però violare la perentorietà del termine imposto per la proposizione del ricorso principale. Egli potrebbe, dunque, spiegare tale forma di intervento a fianco dell'amministrazione e degli eventuali controinteressati già presenti in giudizio, che siano direttamente contemplati dal provvedimento impugnato, o accanto al ricorrente, soprattutto nel caso in cui l'atto oggetto di impugnazione sia indivisibile. La legittimazione spetta, perciò, a quei soggetti che avrebbero potuto agire in via principale al posto del ricorrente o accanto a costui e che sono definiti cointeressati. Questa forma di intervento consente di

⁵¹ T.A.R. Puglia – Lecce, 14 ottobre 2011, n. 1768; Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1445; T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 4 febbraio 2011, n. 354; Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 2011, n. 385, in *Foro amm. CDS*, 2011, 10, 3, 878; T.A.R. Liguria – Genova, Sez. II, 13 ottobre 2010, n. 9201, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3142. In tali pronunce si argomenta che il fine del soggetto che propone un atto di intervento, in quanto titolare di un interesse di fatto dipendente da quello fatto valere in via principale o ad esso accessorio, che gli permette di ottenere un vantaggio indiretto e riflesso dall'accoglimento o dal rigetto del ricorso, è inevitabilmente quello di sostenere le ragioni del ricorrente o del resistente. La presenza di termini di decadenza, unitamente al carattere impugnatorio e alla struttura del processo amministrativo, il cui atto introduttivo è una *vocatio iudicis*, fonderebbe la concezione secondo cui l'intervento non possa essere impiegato quale strumento per affermare una pretesa che il terzo avrebbe potuto tutelare con autonomo ricorso. Di conseguenze, l'unica forma di intervento ammissibile sarebbe quella adesiva dipendente, sia *ad adiuvandum*, con cui il terzo fa valere un interesse dipendente dalla posizione giuridica azionata dal ricorrente, e *ad opponendum*, con cui l'interventore chiede il rigetto del ricorso.

⁵² T.A.R. Molise, Sez. I, 23 gennaio 2014, n. 49, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2011, n. 1843, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, 3, 991; T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 2016, n. 462, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto anche Cons. Stato, Sez. VI, n. 961/2014, che riconosce l'esperibilità dell'intervento litisconsortile in sede processuale da parte del cointeressato purché non vi sia stata decorrenza dei termini per proporre l'impugnativa in via principale e a condizione che possa attuarsi la conversione dell'atto di intervento in ricorso proposto autonomamente.

tutelare le posizioni di chi, pur non essendo qualificabile come parte necessaria del processo, è immediatamente inciso dal giudicato.

Quanto all'intervento litisconsortile spiegato a fianco del ricorrente, si verificherebbe, secondo taluno⁵³, solo in caso di impugnazione di atti indivisibili, vale a dire di quegli atti che incidono nei confronti di chi ne sia immediatamente toccato, a prescindere da una collaborazione di questi all'eliminazione dello stesso. La legittimazione ad esperire tale declinazione di intervento spetterebbe non già a soggetti generalmente interessati alla rimozione dell'atto, bensì a coloro che, considerando l'incidenza dei relativi effetti sulla situazione giuridica preesistente, vantino un interesse identico a quello del ricorrente, vale a dire un interesse personale, diretto, attuale e qualitativamente uguale a quello di quest'ultimo.

Il tenore letterale del Codice del processo amministrativo permetterebbe di affermare l'ammissibilità della fattispecie di intervento autonomo o litisconsortile in cui, a differenza di quanto avviene per l'intervento principale, si realizza una convergenza di interessi tra il terzo e una o più parti processuali.

Quanto all'intervento adesivo dipendente, può pacificamente affermarsi che l'art. 28, co. 2, c.p.a. ne consente l'esperimento, sia nella sua declinazione *ad adiuvandum*, sia in quella *ad opponendum*, in base al diverso interesse a sostenere le ragioni di una o dell'altra parte.

Non potrebbe accogliersi una soluzione differente anche considerando che, prima dell'entrata in vigore del Codice, essa era l'unica fattispecie ammessa in via interpretativa e che, successivamente alla riforma, le occasioni per utilizzare detto intervento sono aumentate in modo significativo.

La fattispecie di intervento adesivo dipendente si differenzia dalle altre forme di intervento volontario per il fatto che, con esso, il terzo, di regola, limita la propria iniziativa processuale all'oggetto del contendere tra le parti originarie. L'interventore, perciò, non introdurrà in sede giudiziale nuove domande o azioni, limitandosi ad affermare un interesse all'accertamento giurisdizionale.

La fattispecie di intervento in esame presenta delle difficoltà che sorgono proprio dalla necessità di individuare quegli interessi sufficientemente consistenti da essere considerati meritevoli di tutela, ma che siano tali da non essere suscettibili di autonoma protezione.

Sarebbero legittimati ad esperire tale forma di intervento quei soggetti che vantino interessi relativi non già alla situazione giuridica primaria scaturita dal

⁵³ NIGRO M., *Prospettive sul processo amministrativo. L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 377.

provvedimento impugnato, ma ad una situazione giuridica secondaria o dipendente, che presenti un collegamento con la prima, tale che gli interessi ad essa riconducibili siano totalmente o parzialmente dipendenti dalla rimozione o dalla preservazione della situazione primaria. In tali ipotesi, quest'ultima funge da presupposto giuridico di altra situazione, da cui dipende favorevolmente o sfavorevolmente l'interesse di un soggetto.

Se dal giudicato che viene a formarsi tra le parti principali non possono scaturire effetti per lui vincolanti ed irreversibili, è pur vero che il terzo, vantando una posizione giuridica subordinata ad altro rapporto intersoggettivo, potrebbe comunque subire diversi effetti giuridici derivanti dalla sentenza, che, pur essendo altro dal giudicato, finiscono col provocare delle ripercussioni in virtù del legame esistente tra la posizione dello stesso interventore e quelle delle altre parti in lite. L'interesse che sussiste in capo al terzo è, perciò, un interesse alla sentenza relativa al rapporto principale, che deriva per l'appunto dal nesso di pregiudizialità intercorrente tra la posizione giuridica dell'interventore e una delle parti originarie del giudizio in corso. Con l'intervento di tipo adesivo, il terzo vuole che al proprio patrimonio giuridico venga acquisita l'autorità del giudicato prodotto da una determinata pronuncia giurisdizionale e, per tale ragione, prende parte al processo difendendo le proprie ragioni e sostenendo quelle della parte adiuvata.

Può, quindi, asserirsi pacificamente che l'intervento adesivo possa essere esperito sia con finalità di difesa sia di economia di giudizi, in presenza di un rapporto di connessione tra situazioni giuridiche soggettive che lo permettano. Conseguentemente, con l'impiego di detto strumento, il giudicato, oltre ad ampliare il proprio ambito di efficacia soggettiva, acquista una maggiore stabilità, scongiurando eventuali future contestazioni ad opera di terzi.

Se le difficoltà di un'apertura alle altre e diverse tipologie di intervento era comprensibile nel periodo antecedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010, data la scarsa disciplina normativa che non ne consentiva una ricostruzione completa e soddisfacente, anche successivamente alla sua emanazione si è registrata una certa ritrosia ad ammettere l'istituto nelle sue molteplici categorie, già note al contenzioso civile.

Non si può infatti omettere di menzionare quella giurisprudenza che ha conservato un orientamento fortemente ancorato all'impostazione precedente⁵⁴.

⁵⁴ Reputando ancora valida la linea fino a quel momento invalsa, tale giurisprudenza ha affermato che "in generale, costituisce principio consolidato quello a tenore del quale l'intervento nel processo amministrativo è ammissibile solo se finalizzato alla difesa di un interesse derivato o

La conseguenza sarebbe quella di negare, ancora, l'esperibilità dell'intervento litisconsortile e di affermare l'inammissibilità di un intervento in causa *ad adiuvandum* o *ad opponendum* esperito da chi fosse invece legittimato a proporre ricorso autonomo, in quanto contrario alla regola interpretativa secondo cui tale strumento può trovare spazio nel giudizio amministrativo soltanto se spiegato da chi sia titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente principale e non anche da chi vanti un interesse che lo autorizza a presentare ricorso in via principale⁵⁵, con l'effetto che l'inesistenza in capo all'interveniente di una posizione sostanziale di interesse legittimo, anziché rappresentare un ostacolo alla sua partecipazione al processo, integra un presupposto di ammissibilità⁵⁶.

Ciò consente, conseguentemente, di sostenere e giustificare l'inammissibilità di un intervento adesivo dipendente esperito nel processo amministrativo dal soggetto che sia *ex se* legittimato a proporre direttamente il ricorso giurisdizionale in via principale, posto che in tal caso il terzo non afferma un mero interesse di fatto ma fa valere un interesse personale all'impugnazione di atti immediatamente lesivi, tutelabile soltanto con la presentazione del ricorso principale nel rispetto dei termini di decadenza previsti⁵⁷. Risulterebbe, invece,

*dipendente da quello della parte principale". Considera, invero, che "il fine che persegue colui che propone un intervento è sostenere le ragioni del ricorrente, o del resistente, in quanto titolare di un interesse di fatto dipendente da quello azionato in via principale o ad esso accessorio ovvero di quello sotteso al mantenimento dei provvedimenti impugnati, che gli consente di ritrarre un vantaggio indiretto e riflesso dall'accoglimento o dal rigetto del ricorso", pervenendo così alla conclusione che debba escludersi la possibilità di intervenire ad altro titolo" (T.A.R. Liguria – Genova, Sez. II, 13 ottobre 2010, n. 9201, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3142).*

⁵⁵ Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1445, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶ Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2011, n. 4557.

⁵⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 21 giugno 2012, n. 3647, in www.giustizia-amministrativa.it. In tal senso si è pronunciato anche Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2018, n. 4939, che ha dichiarato inammissibile e infondata la censura mossa dagli appellanti avverso la sentenza del Tribunale che aveva affermato l'inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* esperito e aveva respinto il ricorso. Gli appellanti avevano proposto appello avverso la sentenza, deducendo l'erroneità della motivazione e la violazione dell'art. 28 c.p.a. e chiedendo l'integrale riforma, con il conseguente accoglimento del ricorso di primo grado. Il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso, per infondatezza delle censure proposte con l'atto di gravame. In particolare, la censura relativa alla violazione della disposizione codicistica citata è infondata, in virtù dell'applicazione dei pacifici principi giurisprudenziali relativi alla preclusione, per chi sia stato leso da un provvedimento autoritativo e dunque abbia l'onere di impugnarlo, di spiegare intervento all'interno di un giudizio già in corso, proposto dal soggetto legittimato ad impugnarlo. Nel caso di specie, gli interventori in primo grado si erano affermati titolari di un interesse qualificato di fatto all'annullamento del provvedimento impugnato e come tali erano legittimati ad agire mediante intervento *ad adiuvandum* in giudizio. Essi avevano affermato che le loro posizioni erano "giuridiche e strettamente collegate e dipendenti a quelle dei ricorrenti principali", trattandosi in tal caso di intervento adesivo dipendente con cui essi "si limitano a chiedere l'accoglimento della domanda già proposta dai ricorrenti

ammesso il solo intervento di tipo adesivo dipendente finalizzato a tutelare un interesse che presenta un collegamento con quello azionato dal ricorrente principale, poiché in tale ipotesi la posizione del terzo appare come meramente accessoria e subordinata rispetto a quella della corrispondente parte principale⁵⁸. Quanto all'intervento *ad adiuvandum*, si ritiene⁵⁹ che esso possa essere esperito dal titolare di posizioni giuridiche poste in collegamento o dipendenza⁶⁰ da quella del ricorrente e che non potrebbero essere garantite dalla proposizione dell'impugnazione, aprendo così il processo anche e soprattutto a chi vanti un mero interesse di fatto⁶¹ all'accoglimento dell'impugnativa del ricorrente, da cui

principali senza ampliare in alcun modo la materia del contendere". Il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza del Cons. Stato, Sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5596, secondo cui è inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* esperito nel processo amministrativo da chi sia ex se legittimato a proporre direttamente il ricorso giurisdizionale in via principale, considerato che in tale ipotesi l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che deve tuttavia essere azionato mediante la presentazione di un ricorso principale, nel termine decadenziale prescritto dalla legge. Da ciò deriva l'inammissibilità dell'intervento adesivo spiegato in primo grado da parte di coloro che erano legittimi a proporre un ricorso autonomo; l'intervento a *adiuvandum* è invece proponibile solo dal titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente principale. Applicando detto principio al caso di specie, risulta corretta la sentenza impugnata che aveva dichiarato l'inammissibilità dell'intervento adesivo esperito in primo grado, in quanto gli appellanti non potevano più ricorrere in via principale per decorso del termine previsto per l'impugnazione del provvedimento di cui al ricorso principale. L'intervento risulta inammissibile anche in conformità all'orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. IV, 16 dicembre 2016, n. 5340; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2186) che consente l'impiego di detto strumento da parte del cointeressato solo a patto che sia rispettato il termine di decadenza per l'impugnazione. Nel caso considerato, gli stessi interventori hanno asserito di aver presentato l'atto di intervento dopo la scadenza del termine prescritto per la proposizione del ricorso principale.

⁵⁸ T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. II, 2 ottobre 2012, n. 2450, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2011, n. 4557.

⁶⁰ Cons. Stato, Sez. V, 1º aprile 2019, n. 2123, che ha chiarito che l'intervento *ad adiuvandum*, spiegato davanti al TAR, essendo un atto accessorio al ricorso introduttivo, richiede la titolarità di una posizione giuridica dipendente da quella dedotta in giudizio dal ricorrente. Ancora, Cons. Stato, Ad. Plen., 27 febbraio 2019, n. 4, che ha precisato che l'intervento *ad adiuvandum* e *ad opponendum* nel giudizio amministrativo può essere proposto soltanto da chi sia titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale, non essendo sufficiente a fondare l'istanza del terzo la sola circostanza per cui il proponente sia parte in una causa in cui rilevi una *quaestio iuris* analoga a quella decisa nel giudizio principale. In tal senso cfr. Cons. Stato, ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17 e Cons. Stato, ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18.

⁶¹ In tema di intervento adesivo dipendente si è pronunciata anche la Corte di Cassazione (Cass., Sez. II, 26 novembre 2014, n. 25145), che con tale pronuncia ha affermato che l'esperibilità di tale forma di intervento sia consentita al terzo che intenda sostenere le ragioni di una delle parti, avendovi un proprio interesse non meramente di fatto mai giuridico. L'interventore dovrà, dunque, essere titolare di un rapporto giuridico connesso con quello dedotto in lite da una delle parti processuali originarie contro l'altra ovvero da esso dipendente e tale connessione deve determinare un pregiudizio al diritto di cui è titolare il terzo, nel caso di soccombenza della parte adiuvata. È, perciò, necessaria la titolarità di una situazione sostanziale collegata al rapporto

riceverebbero un vantaggio indiretto e riflesso. A tal fine, l'indagine relativa all'interesse del terzo va condotta in astratto, "in base alla effettiva causa petendi quale si desume dal complesso delle affermazioni del soggetto che agisce in giudizio", indipendentemente dall'esistenza e dalla validità dei rapporti col ricorrente, "e non già in concreto all'esito del giudizio"⁶².

Con riguardo all'intervento *ad opponendum*, il fondamento era stato in precedenza individuato in una posizione non subordinata né inscindibilmente connessa con quella dell'Amministrazione, riconoscendo all'interveniente la possibilità di compiere atti di iniziativa processuale, seppur nei limiti dei motivi del ricorso, anche prescindendo dalla costituzione in giudizio della parte resistente, per affermare il proprio interesse alla conservazione del provvedimento impugnato.

L'intervento *ad opponendum*, volto alla conservazione degli effetti di un atto impugnato che rechi vantaggi alla sfera giuridica dello stesso terzo, per non incorrere in una declaratoria di inammissibilità⁶³, necessita non già della titolarità di una posizione giuridica autonoma coincidente con quella che fonda la legittimazione al ricorso, bensì la titolarità di un interesse avente una sua

dedotto in giudizio tale da esporre il terzo agli effetti riflessi del giudicato. Qualora questi abbia un interesse di mero fatto a che una delle parti del rapporto principale risulti vittoriosa, non potrà essergli riconosciuta alcuna legittimazione *ad adiuvandum*.

⁶² Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2011, n. 4557; Cons. Stato, Sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5596. Quest'ultima pronuncia, nel ribadire i due requisiti legittimanti l'intervento *ad adiuvandum*, vale a dire l'alterità dell'interesse vantato dall'interventore rispetto a quello che potrebbe fondare la presentazione del ricorso principale, in quanto tale strumento è finalizzato a proteggere un interesse diverso ma comunque collegato a quello affermato dal ricorrente principale e fa acquisire al terzo una posizione accessoria e subordinata a quella di quest'ultimo, e la possibilità per l'interventore di ottenere un vantaggio, anche in via mediata e indiretta, dall'accoglimento del ricorso, ha considerato gli interventi spiegati in giudizio non aventi i suddetti requisiti. Ciò in quanto, nel caso di specie, gli intervenienti avevano inteso perseguire il medesimo effetto utile conseguibile con l'accoglimento del ricorso principale e di quello per motivi aggiuntivi (ossia la caducazione del decreto direttoriale e di quello ministeriale), effetto che avrebbero dovuto ottenere con autonomo ricorso. Di conseguenza, il loro intervento è inammissibile per la regola ermeneutica che impone che in capo agli interventori sussista un interesse collegato o dipendente da quello del ricorrente principale e non già una posizione che li abiliti al ricorso principale.

⁶³ Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853, ha dichiarato l'inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* spiegato in appello da parte del cointeressato dell'originario ricorrente, in quanto in difetto di legittimazione per mancanza di titolarità di una posizione giuridica soggettiva posta in collegamento o dipendenza con quella del ricorrente principale. L'intervento adesivo dipendente, nel processo amministrativo, è da considerare, anche dopo l'entrata in vigore del Codice, non già un litisconsorzio autonomo, bensì adesivo dipendente, volto a sostenere le ragioni di una delle parti, purché il terzo non sia decaduto dal diritto di impugnare l'atto amministrativo.

rilevanza giuridica, che consenta di differenziarlo dalla generalità dei consociati⁶⁴.

In ogni caso, con l'entrata in vigore del Codice, si è dovuto aderire ad un approccio più flessibile, volto a riconoscere la legittimazione all'intervento a *"chiunque non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, ma vi abbia interesse"*.

L'istituto dell'intervento contempla ipotesi in cui l'ingresso in giudizio ad opera del terzo non è spontaneo ma provocato dalla chiamata di una delle parti originarie ovvero da un ordine del giudice.

Quanto al giudizio amministrativo, il Codice ha introdotto ex novo, all'art. 28, co. 3, l'intervento coatto, nelle due forme previste anche dalla normativa processualcivilistica. In entrambi i casi, sia che l'intervento avvenga ad istanza di parte sia che sia il giudice ad ordinarlo, l'ultima parola relativa alla chiamata in causa del terzo spetta al giudice, il quale potrà, a seguito di una valutazione compiuta seguendo il suo prudente apprezzamento, disporla *"quando ritiene opportuno che il processo si svolga anche nei suoi confronti"*.

L'inclusione tra le norme codicistiche della previsione relativa all'intervento coatto risulta essere innovativa e, soprattutto, necessaria, in quanto consente di rimediare ad una grave lacuna della giustizia amministrativa, introducendo in tal modo uno strumento rilevante ai fini del contraddittorio, sebbene la disciplina sia piuttosto scarna se posta a confronto con quella civilistica relativa al medesimo istituto.

Le peculiarità del processo amministrativo, invero, non consentono di negare che, una volta dato avvio alla causa, le parti possano stabilire autonomamente quali altri soggetti chiamare in giudizio⁶⁵. Non c'è alcuna ragione per escludere che, anziché presentare al giudice l'istanza, la parte provveda essa stessa, senza

⁶⁴ In tema di interesse fondante l'intervento volontario, di tipo adesivo dipendente *ad opponendum*, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10. Sarà, perciò, sufficiente che l'interventore vanti un interesse di fatto, dipendente da quello fatto valere in via principale o ad esso accessorio, ovvero sotteso alla conservazione dell'atto impugnato, che permetta a costui di ottenere un vantaggio indiretto e riflesso dal rigetto del ricorso. Non sarà possibile prescindere dalla rappresentazione da parte del terzo della titolarità di detta situazione soggettiva, che attesti la ricaduta di eventuali effetti negativi a danno del terzo, nell'ipotesi di un positivo riscontro dell'azione di annullamento proposta; rappresentazione che deve essere adeguatamente supportata da elementi concreti ed oggettivi idonei a dimostrare la sussistenza di un interesse che, anche di mero fatto, deve essere specifico e differenziato rispetto alla collettività, in virtù di quanto sancito dall'art. 50 c.p.a.

⁶⁵ SESSA V. M., *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012, 108.

mediazione alcuna, a notificare direttamente il ricorso, anche rischiando che la parte resti contumace.

Il Codice del processo amministrativo, inoltre, a differenza della disciplina prevista per il contenzioso civile, non individua puntualmente i criteri cui il giudice deve riferirsi per effettuare la prescritta valutazione.

Ebbene, ancorché l'art. 28 c.p.a. non richiami espressamente il criterio civilistico della comunanza di causa, si ritiene che una specie di connessione debba necessariamente esservi perché vi sia intervento coatto. Sebbene non specificata, è proprio detta connessione a favorire un'estensione al terzo della domanda originaria proposta contro il convenuto e, di conseguenza, il cumulo soggettivo di domande, attuato nel corso della lite.

Al pari di quanto avviene in ambito processualcivilistico, non può negarsi che la chiamata del terzo possa essere effettuata in caso di rapporti recanti un nesso di pregiudizialità, vale a dire quelli che caratterizzano l'intervento adesivo dipendente.

In base al principio della domanda che contraddistingue il nostro attuale ordinamento giuridico, l'autorità giudiziaria non ha il potere di proporre domande né tantomeno può imporre un soggetto a proporle; ciò è espresso dal brocardo latino *nemo iudex sine actore ne eat iudex ultra vel extra petit partium*. La scelta di non dotare il giudice di un simile potere risponde ad una specifica garanzia costituzionale, vale a dire quella sancita dall'art. 24 Cost. secondo cui “*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*”; norma che garantisce altresì il diritto di difesa in ogni stato e grado del processo, attribuendo a ciascun soggetto la libertà di autodeterminazione in ordine alla facoltà di agire in giudizio⁶⁶. Da ciò deriva che nessun cittadino possa subire impedimenti ovvero essere ostacolato nell'esercizio dell'azione e che, per nessun motivo, possa essere costretto da taluno a proporre domande contro la sua volontà.

Presupposto fondamentale della chiamata del terzo su ordine dell'autorità giudiziaria è, pertanto, la comunanza di cause⁶⁷, la connessione tra rapporti

⁶⁶ SESSA V. M., *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012, 111.

⁶⁷ La comunanza di cause indica una locuzione che i processualcivilistici impiegano per definire la connessione che deve intercorrere tra l'interesse coltivato in giudizio e quello di cui sia titolare il terzo. L'art. 107 c.p.c. non richiede che l'interesse del terzo il cui ingresso è da provocare in sede processuale sia quello, indiretto e riflesso, legittimante l'intervento adesivo ex art. 50 c.p.a. Nel giudizio civile, si ritiene sia legittimo l'ordine del giudice anche se diretto nei confronti del terzo contitolare del medesimo rapporto dedotti in giudizio dal ricorrente ovvero titolare di un rapporto pregiudiziale rispetto a quello che le parti abbiano dedotto (che conseguentemente viene accertato

giuridici per pregiudizialità-dipendenza che connota l'intervento volontario adesivo. Spetterà al giudice il compito di valutare l'opportunità di disporre l'intervento, tenendo conto delle domande e dei fatti allegati, oltre che delle difese in concreto svolte in giudizio, ovvero qualora detto strumento sia utile nell'interesse delle parti tra le quali pende la causa o pur soltanto del chiamato, titolare di una posizione giuridica che, essendo condizionata da quella delle parti processuali costituite, rischierebbe di patire i medesimi effetti giuridici da cui sorge l'interesse ad esperire l'intervento di tipo adesivo.

Nel giudizio amministrativo, la necessaria valutazione discrezionale del giudice consente di arginare il problema delle preclusioni temporali, cosicché, pur prescindendo da un'espressa previsione codicistica, il giudice potrà disporre l'ingresso del terzo nel processo in qualsiasi momento dell'istruttoria.

5. Conclusioni.

Il Codice del processo amministrativo rappresenta senza alcun dubbio un importante passo in avanti rispetto alla normativa antecedente la relativa entrata in vigore. Nonostante ciò, si avverte la sensazione che esso configuri un'occasione mancata per fugare molti dubbi interpretativi che tuttora permangono nella regolamentazione del giudizio amministrativo.

La scelta di non disciplinare alcuni aspetti di tale giudizio ha costretto dottrina e giurisprudenza ad uno sforzo ricostruttivo non indifferente, avendo dovuto esse provvedere all'individuazione di criteri interpretativi in grado di contemperare coerenza normativa e giustizia sostanziale, conformità al dettato legislativo e identificazione concreta di fattispecie astrattamente indeterminate.

Il fatto di aver impostato il giudizio amministrativo sul collegamento tra l'interesse da tutelare e il provvedimento impugnato ha condotto ad un consistente lavoro interpretativo, spesso giunto a conclusioni incerte o a soluzioni rivelatesi semplici *escamotages*⁶⁸.

Il Codice avrebbe dovuto porre rimedio all'inadeguatezza del dato positivo fino a quel momento applicato e avrebbe dovuto contribuire a dissolvere ogni

con autorità di giudicato nei confronti di tutte le parti), o, ancora, di un rapporto dipendente e, dunque, legittimato ad esperire intervento adesivo dipendente. Si tratterebbe di principi ai quali non dovrebbero porsi ostacoli in ambito processualamministrativo, posto che la funzione dell'intervento *iussu iudicis* è quella di scongiurare l'insorgere di giudicati contraddittori, oltre che soddisfare esigenze di economia processuale.

⁶⁸ Basti pensare alla conversione dell'intervento principale in ricorso principale, all'indiretto riconoscimento dell'ammissibilità di un intervento principale, tuttavia convertito in ricorso per favorirne l'accettazione della proposizione.

incertezza normativa. Per converso, la circostanza che esso non abbia individuato le singole e diverse tipologie di intervento e abbia tacito circa le posizioni legittimanti ognuna di esse potrebbe rivelarsi ricca di conseguenze, positive e negative. Se, infatti, da un lato potrebbe indurre a considerare consentito un ampio impiego all’istituto dell’intervento, dall’altro, in mancanza di un’espressa previsione normativa relativa alla necessità di estendere il contraddittorio ai soggetti interessati sul piano sostanziale considerati parti a tutti gli effetti, si rischierebbe di addivenire ad un’interpretazione restrittiva dell’intervento, al pari di quanto accaduto con le pronunce immediatamente successive all’entrata in vigore del Codice.

Un’interpretazione eccessivamente restrittiva dell’esperimento dell’intervento si porrebbe, tra l’altro, in contrasto con alcuni fondamentali principi, che hanno trovato consacrazione all’interno della nostra Carta fondamentale, quali quello di parità processuale e del contraddittorio, i quali non possono, infatti, trovare piena attuazione in ambito amministrativo ove questo rechi una disciplina discriminatoria tra le diverse parti. Risulta evidente che l’unico modo per assicurarne l’attuazione sia quello di rendere il processo amministrativo un “processo di parti”⁶⁹, edificato sul presupposto che queste abbiano la piena disponibilità delle loro pretese e delle loro prove.

L’attuale assetto normativo in vigore, proprio perché lacunoso e connotato per vari aspetti da indeterminatezza, richiederebbe un’interpretazione conforme al Codice di procedura civile diretta a colmare le lacune esistenti e a sciogliere ogni dubbio esistente, accostando in tal modo il processo amministrativo al modello di “processo di parti” cui è ispirato quello civile. Il richiamo alla disciplina processualcivistica ed ai suoi principi, in realtà, non sembra essere stato sufficiente al fine di dettare una disciplina organica dell’intervento nell’ambito del processo amministrativo; sarebbe necessario un nuovo intervento normativo per colmare le lacune emerse nella presente ricerca.

In mancanza, è auspicabile che la giurisprudenza si faccia interprete di una lettura del dato normativo vigente che sia costituzionalmente orientata, al fine di realizzare quella “*tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione*”

⁶⁹ Nondimeno, tra le finalità della riforma processuale che ha condotto all’emanazione del Codice vi sarebbe dovuto essere il coordinamento della disciplina vigente con le disposizioni del Codice di procedura civile “*in quanto espressioni di principi generali*” (art. 44, co. 1, l. 18 giugno 2009, n. 69). Conseguentemente, il principale scopo di tale intervento normativo avrebbe dovuto essere la completa realizzazione del giudizio amministrativo come “processo di parti” retto dai principi della domanda, del contraddittorio, dell’iniziativa di parte e della parità processuale.

e del diritto europeo" cui l'art. 1 c.p.a. si riferisce. E, dal momento che il principio del giusto processo è il perno fondamentale dell'effettività di tutela e deve essere necessariamente attuato dal giudizio amministrativo, in particolar modo assicurando i principi della parità delle parti e del contraddittorio, non v'è ragione alcuna per nutrire dubbi di legittimità relativi ad una simile iniziativa interpretativa.

In più, se per gli aspetti non regolati dal Codice del processo amministrativo può ricorrersi alla disciplina processualcivilistica, il giudizio amministrativo deve necessariamente essere dello stesso tipo di quello civile.

Ragion per cui l'intervento in giudizio deve essere concepito quale mezzo diretto alla concretizzazione del principio del contraddittorio, il quale assicura alle parti la garanzia di poter esprimere le proprie ragioni, e la qualità di parte deve essere conferita, al pari di quanto accade in sede civilistica, anche all'interventore.

Se nel processo civile, il terzo è parte processuale a tutti gli effetti, l'interesse che lo spinge a partecipare alla controversia non è diverso dal punto di vista qualitativo da quello che induce il terzo ad avvalersi dell'intervento in sede amministrativa, tanto più nel momento in cui si ammette che il giudice amministrativo non debba limitare il suo sindacato all'atto ma debba estenderlo al rapporto sostanziale sottostante. Da ciò può dedursi che soltanto il pieno riconoscimento del processo amministrativo come sindacato esteso al rapporto sottostante e non circoscritto al solo provvedimento impugnato aprirà la strada ad un impiego assoluto dello strumento in esame.

I mutamenti che hanno interessato l'ordinamento devono, tuttavia, condurre ad una valorizzazione non soltanto della funzione di garanzia della certezza del diritto, ma anche di quella giustizia sostanziale. Finalità, questa, che può essere realmente perseguita soltanto facendo ricorso a tutti quei principi ed istituti che possono agevolare la partecipazione a fini di giustizia sostanziale.

Un nuovo modo di intendere l'istituto dell'intervento dovrebbe fondarsi su due diversi presupposti, il primo dei quali relativo alla necessità di inquadrare i terzi come parti, come tali aventi diritto ad una difesa pressoché piena, al pari delle parti originarie, riducibile soltanto in relazione alle domande da essi avanzate, cui si aggiunge che l'intervento serve a formalizzare una domanda propria del terzo che intende, in tal modo, estendere il giudicato nei propri confronti.

In base a simili considerazioni, appare evidente come sia opportuno considerare l'intervento non semplicemente, o meglio non soltanto, quale strumento difensivo a tutela dei terzi, ma posto anche nell'interesse dell'ordinamento,

poiché diretto ad assicurare l'effettività e la definitività della tutela riguardo a soggetti che potrebbero contestarne gli esiti.

In tal senso, potrebbe concludersi che la presenza di terzi non costituisca più solo un problema di tutela personale di posizioni soggettive, contrapposte a quelle già dedotte in causa, ma configuri anche un problema di interesse pubblico a che siano soggetti all'efficacia del giudicato tutti quei soggetti che subiscono gli effetti della pronuncia e che occorre vincolare all'esito del processo in quanto la relativa decisione non incontri contestazioni.

Lo strumento dello Smart working nella Pubblica Amministrazione: un primo bilancio.

di Piera GUGLIELMINI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.: brevi cenni. – 3. Flessibilità e lavoro agile nel pubblico impiego. – 4. Il fenomeno dello Smart working. – 5. Lo Smart working tra semplificazione, digitalizzazione e principio del buon andamento. – 6. Il c.d. diritto alla disconnectione – 7. Smart working e P.A.: benefici e criticità.

ABSTRACT: *The institute of Smart working has given rise to a phenomenon of profound transformation of the organization of work, which finds its reasons in the digital revolution and in the new needs and models of behavior that this induces in society.*

In this perspective, the ratio of agile work is identified in the possibility of guaranteeing the balance between work and private life of the worker and at the same time, an increase in the quality of the work offered.

To adapt to this innovation, the Public Administration sector found itself at the center of important legislative interventions, aimed at introducing a series of innovations aimed at implementing the so-called trend towards computerization of the organization and administrative action, which has now taken on the guise of a real digitization of the Public Administration.

1. Premessa.

È noto che, ormai già da alcuni anni, il settore della Pubblica Amministrazione si confronta con le sfide di trasformazione digitale e del cambiamento della cultura organizzativa, che impongono una rivisitazione delle scelte organizzative proprie delle P.A. relativamente alle esigenze del lavoro, attesa l'esigenza di ripianificare le attività lavorative, ma anche di sviluppare e rendere più efficiente l'utilizzo dei sistemi informatici,.

L'evoluzione delle dinamiche dei rapporti di lavoro ha indotto il legislatore ad individuare nuovi strumenti idonei a garantire il giusto contemperamento tra l'efficienza della produzione e delle prestazioni lavorative e la crescente esigenza

* Dottoranda di ricerca in "Architettura, Disegno Industriale e Beni Culturali" presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

dei lavoratori di svolgere la propria attività anche al di fuori dei luoghi tradizionalmente deputati a tale fine, in applicazione del dogma dell’alternanza vita-lavoro.

In quest’ottica si colloca lo strumento del lavoro agile, c.d. “*smart-working*”, istituto di derivazione anglosassone ed introdotto nell’ordinamento interno nel 2017, con la legge 22 maggio 2017, n. 81.

Come si avrà modo di rilevare, esso non rappresenta una tipologia di contratto lavorativo, bensì una modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato oggetto di una vera e proprio metamorfosi in punto di disciplina.

Inoltre, il contesto storico attuale, caratterizzato dalla dichiarazione dello stato di pandemia globale da parte dell’Organizzazione Mondiale della Sanità a causa del virus COVID-19, ha visto l’affermazione di questo istituto come *standard* lavorativo provvisorio, utilizzato per contenere il numero dei contagi. Proprio lo stato di pandemia ha fatto rafforzare per i datori di lavoro, sia privati che pubblici, l’esigenza di rimodellarsi e di pensare a nuove soluzioni organizzative per riuscire a fronteggiare al meglio il periodo di emergenza e per tutelare la salute dei propri dipendenti.

In tale contesto, dunque, lo *smart working* si viene a configurare un nuovo modello organizzativo, che ripensa le modalità di esecuzione del rapporto di lavoro, grazie allo sviluppo incessante delle tecnologie, delle nuove forme di comunicazione e dei nuovi spazi di gestione del lavoro.

Premesso ciò, si ritiene interessante analizzare questa innovativa modalità di lavoro, e approfondire le possibili criticità che la Pubblica Amministrazione può incontrare nell’implementare questo tipo di processo.

Preme preliminarmente evidenziare che, un punto di partenza per far sì che questo modello organizzativo possa essere ampiamente utilizzato anche nel pubblico impiego, è rappresentato dalla necessaria evoluzione della digitalizzazione nelle Pubbliche Amministrazioni. Ciò in quanto la trasformazione digitale rappresenta un nuovo modo di intendere ed operare della stessa e necessita di un insieme di competenze tecnologiche, giuridiche e organizzative¹.

L’evoluzione tecnologica insita nello *smart working* è in grado di generare cambiamenti irreversibili nell’organizzazione del lavoro e nei paradigmi di

¹ E. BELISARIO, *La nuova Pubblica Amministrazione digitale. Guida al Codice dell’Amministrazione Digitale dopo la Legge n. 69/2009*, Rimini, Maggioli, 2009; SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, (VI edizione), Bologna, Mulino 2012; GIURDANELLA C., *Il nuovo codice dell’amministrazione digitale (CAD)*, in diritto.it, 2017; R. Cavallo Perin e D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020.

riferimento della prestazione lavorativa. Se da un lato, infatti, lo *smart working* impatta sui temi della sostenibilità, sulla razionalizzazione nell'uso delle risorse e l'aumento della produttività, sulla promozione dell'uso delle tecnologie digitali più innovative, sulla riduzione di alcune forme di "assenteismo fisiologico", sulla valorizzazione delle persone e della fiducia tra lavoratori e amministrazione, dall'altro può incidere sulla personalità fisica e morale dello *smart worker*. Questo stato di ingerenza, si vedrà, ha fatto emergere un nuovo interesse nel lavoratore, quello alla disconnessione, introdotto nel nostro sistema con l'art. 19 della l. n. 81/2017.

2. Il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.: brevi cenni.

Per meglio comprendere la tematica dello *Smart Working* nonchè le relative implicazioni dell'istituto nel contesto del pubblico impiego, è necessario richiamare brevemente i tratti peculiari del rapporto di lavoro presso la P.A. nonchè dei soggetti che si avvalgono di tale nuova modalità di lavoro.

E' noto che l'importanza dell'analisi di tale fenomeno nell'ambito del pubblico impiego deriva dalla circostanza che la P.A. non rappresenta un comune datore di lavoro, bensì un soggetto giuridico che rappresenta e tutela gli interessi della collettività e garantisce il corretto e regolare svolgimento dell'azione amministrativa nel pieno rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. Ed infatti, proprio tali principi vanno intesi come fonte degli obblighi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, che impongono alla P.A. di evitare per quanto possibile sprechi delle risorse pubbliche e di perseguire i fini pubblici con il minor dispendio di risorse.

Sia la dottrina² sia la giurisprudenza³, hanno elaborato degli indici rivelatori di riconoscimento della natura pubblica di un ente. In particolare, la natura pubblica può essere desunta dall'esistenza di un sistema di controlli pubblici, dalla partecipazione dello Stato o altro Ente pubblico alle spese di gestione, dalla costituzione su iniziativa pubblica, dall'esistenza di un potere di direzione in capo ad un ente pubblico e dall'ingerenza di un ente pubblico nella nomina degli organi di vertice.

Orbene, la qualificazione di ente pubblico rileva in quanto l' esatta configurazione della qualifica di un ente quale pubblico, inevitabilmente condiziona l'esatta attribuzione della natura dei poteri che esercita lo stesso, in particolare in materia di organizzazione (D.lgs n.165/2001), disciplina del rapporto di lavoro, assoggettamento alle regole sul procedimento amministrativo, perseguitamento di fini pubblici, rispetto della normativa in tema di evidenza pubblica nell'attività di stampo negoziale; pertanto, si impone all' interprete una valutazione "sul campo" riguardo alle caratteristiche organizzativo/strutturali che l'ente deve possedere al di là di ogni "*nomen juris*" che possa contraddistinguere la sua struttura⁴.

Per quanto attiene la natura giuridica del rapporto di pubblico impiego, il D.Lgs. del 2 febbraio 1993 n. 29 (poi trasfuso nel D.Lgs. n. 165/2001) ha operato una riforma rivoluzionaria in tale ambito, trasferendo la disciplina del rapporto di

² R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2019; P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2018; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019; V. CERULLIIRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2019; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2017; G. GARGANO, A. POLICE, M.R. SPASIANO, *Diritto amministrativo*, in A. POLICE, M.R. SPASIANO (a cura di), *Manuale di governo del territorio*, Torino, 2016, 1 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014; F. FRACCHIA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2014; T. MARTINES, G. SILVESTRI, *Diritto costituzionale*, Milano, 2017; B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991; N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica Amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020; M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. del diritto*, Milano, 2002; F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2018; M.R. SPASIANO, D. CORLETTA, M. GOLA, D.U. GALETTA, A. POLICE, C. CACCIAVILLANI, *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, 2012; R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, 2011.

³ Cass. S.U. n. 11541/93; Cass. n. 16600/07; Corte Cost. n. 153/11; Consiglio di Stato sez.V n. 3820/2012

⁴ Cass. SU. N. 10365/09.

lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione dall'area pubblicistica a quella privatistica e dunque, sottponendo i rapporti di lavoro pubblico alla disciplina delle disposizioni del codice civile, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel decreto stesso⁵.

In particolare, il D.Lgs. 20 marzo 2001, n. 165 (Testo Unico sul pubblico impiego) ha consolidato il processo di privatizzazione del lavoro pubblico al fine di garantire sia la crescita della efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi europei, sia la razionalizzazione del costo del lavoro pubblico attraverso il contenimento della spesa complessiva del personale entro i limiti di finanza pubblica, nonché la migliore utilizzazione delle risorse umane ponendo l'attenzione sulla formazione e sviluppo professionale dei dipendenti e applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato. La disciplina del rapporto di lavoro pubblico ha, poi, assistito ad una stagione di cambiamenti inaugurati dal D.L. 90/2014 (convertito in legge n. 114/2014) (c.d. riforma Madia) e determinati a realizzare l'obiettivo di ottimizzazione della produttività del lavoro e di garantire l'efficienza delle P.A.

Ai fini che qui interessano, l'intervento riformatore suddetto ha disposto per la prima volta che le PP.AA., nei limiti delle risorse di bilancio disponibili e senza nuovi oneri per le finanze pubbliche, possono adottare misure organizzative per fissare gli obiettivi per la diffusione del telelavoro e di nuove modalità spazio temporali di svolgimento della prestazione lavorativa ed avviare la sperimentazione, così da permettere ai facenti richiesta di tutelare la famiglia, la salute e i propri hobby, per mezzo di nuove modalità spazio-temporali. Dunque, la riforma Madia ha introdotto il ricorso alla modalità di lavoro agile, già ampiamente utilizzato nel settore privato, anche all'interno della Pubblica Amministrazione.

In particolare, l'art. 13 della l. 124/2015 individuava la definizione e gli scopi dello smart working quale modalità di lavoro flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato allo scopo di incrementare la produttività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e lavoro.

Quanto previsto dalla legge 124/2015 è stato poi ripreso con la legge 22 maggio 2017, n. 81 che ha fornito all'art. 18 una specifica definizione di Smart working quale *"modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La*

⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene Editore, Napoli, 1989, pag.111 ss.

prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.”. Il comma 3 del medesimo articolo, precisa che le disposizioni normative si applicano anche ai "rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”.

In questo caso è opportuno fare una precisazione, in quanto la legge n. 81/2017 non prevedeva l'applicazione diretta alla P.A. delle disposizioni relative al lavoro agile. L'art. 18, comma 3, specificava, infatti, che la disciplina del lavoro agile trovava applicazione, in quanto compatibile (vaglio di compatibilità), anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A.

Tuttavia, nonostante i molteplici interventi normativi in tal senso, per quanto concerne le P.A., il ricorso alla modalità di lavoro in *smart working* è risultata per lungo tempo in fase di sperimentazione⁶.

3. Flessibilità e lavoro agile nel pubblico impiego.

Occorre preliminarmente chiarire che il lavoro agile, quale modalità alternativa di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato, non era, in ogni caso, sconosciuta prima dell'intervento del legislatore del 2017, bensì poteva trovare realizzazione attraverso il potere direttivo del datore di lavoro, ovvero secondo una sua regolamentazione ad opera degli accordi collettivi⁷, che hanno disegnato, prima della legge, la figura dello *smart working*. Va però notato, come la legge del 2017, delineando gli elementi necessari della fattispecie, abbia inciso sia sulla regolamentazione – anche successiva – della contrattazione collettiva, sia, soprattutto, sul potere direttivo quale mezzo di realizzazione della modalità agile.

In particolare, con l'approvazione del cosiddetto *Jobs act* del lavoro autonomo –

⁶ A titolo esemplificativo, se nel settore privato, secondo una ricerca dell'Osservatorio Smart Working della School of Management del Politecnico di Milano, più di un'impresa su due lo utilizza e nel 2018 era utilizzato dal 59% delle grandi aziende, per le Pubbliche Amministrazioni i numeri risultano ben diversi. In particolare, nel 2019, prima della emergenza epidemiologica da Covid-19, solo il 16 % degli enti risultava aver avviato progetti di sperimentazione dello Smart Working, mediamente risultava coinvolto solo il 12% della popolazione e il lavoro da remoto era svolto meno di un giorno alla settimana.

⁷ Cfr. l'accordo di rinnovo del 5 febbraio 2016 del CCNL dell'industria alimentare, Si vedano altresì, sebbene in forma meno articolata, l'art. 5-bis in materia di lavoro agile/smart working della ipotesi di accordo per il rinnovo del CCNL Energia e petrolio sottoscritto il 25 gennaio 2017 tra Confindustria energia e Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uiltec-Uil, l'accordo per il rinnovo del CCNL per le attività minerarie sottoscritto il 15 febbraio 2017 tra Assomineraria e Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uiltec-Uil.

Legge 22 maggio 2017 n. 81, che ha convertito in Legge il Disegno di Legge A.S. n. 2233-B, nonchè alla Circolare INAIL 2 novembre 2017, n. 48 – viene definito e normato espressamente lo *smart working*, non come una nuova tipologia contrattuale, bensì come una diversa modalità di svolgimento della prestazione di lavoro.

Si deve però, alla direttiva n. 3/2017 l'introduzione di una disciplina specifica volta ad adeguare al lavoro nelle pp.aa. le prescrizioni della l. n. 81/2017. Tala direttiva recante "*Indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 della legge 7 agosto 2015, n. 125 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti*"⁸ prevede un regime differenziato per la Pubblica Amministrazione, in quanto richiede che l'accordo individuale, di cui agli artt. 18 e 19 della l. n. 81/2017, sia anticipato da un atto amministrativo interno, disciplinante gli aspetti di tipo organizzativo e i profili inerenti al rapporto lavorativo agile, riaffermando così la specificità del pubblico rispetto al privato. Il lavoro in *smart working* viene così concepito quale prezioso strumento atto a incentivare un cambiamento per le PA ed i suoi lavoratori in quanto adatto a combattere la c.d. "burocrazia difensiva"⁹, promuovendo la collaborazione, la programmazione, la gestione e i risultati.¹⁰

Com'è noto, il tema dell'applicazione dello *smart working* nella PA è letteralmente esploso, a partire dal marzo 2020 a seguito della dichiarazione della pandemia globale. Ed infatti, nell'ambito della disciplina emergenziale connessa all'epidemia Covid-19 sono state introdotte previsioni destinate ad incidere sul lavoro agile nel settore pubblico in modo stabile.

⁸ <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-06-2017/direttiva-n-3-del-2017-materia-di-lavoro-agile>

⁹ D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto semplificazioni*, La Tribuna, 2020; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in Il Diritto dell'economia, 3/2018, 625 ss..

¹⁰ Nonostante ciò, il ricorso al lavoro agile presso le P.A. è risultato, per lungo tempo, a carattere meramente sperimentale. Ed infatti, il Responsabile Scientifico dell'Osservatorio Smart Working, affermava che – *"Nel 2019 lo Smart Working non è solo una moda, è un cambiamento che risponde alle esigenze delle persone, delle organizzazioni e della società nel suo complesso, e come tale è un fenomeno inarrestabile. La dinamica con cui sta crescendo nel nostro Paese tuttavia, non è abbastanza veloce. In realtà importanti per l'economia del nostro sistema Paese come PMI e PA la diffusione dello Smart Working non è ancora sufficiente. Questo limita la portata del contributo che lo Smart Working può dare per rendere più moderno il mercato del lavoro, le imprese e le PA più competitive e attrattive e le nostre città più inclusive e sostenibili. Per le PA, in particolare, è necessario un rapido cambio di passo soprattutto per non perdere l'opportunità di migliorare la motivazione delle proprie persone e per attrarre nuovi talenti, soprattutto in relazione alla necessità di sostituire circa il 15% del personale nei prossimi 3-4 anni"* <https://www.zerounoweb.it/smart-working/smart-working-2019-ecco-a-che-punto-siamo-in-italia>

Già a partire da febbraio 2020, si sono susseguiti una serie di provvedimenti per semplificare l'accesso allo Smart Working e diffonderne al massimo l'utilizzo nella PA. Tali provvedimenti hanno l'obiettivo di fornire chiarimenti sulle modalità di implementazione delle misure normative e sugli strumenti, anche informatici, a cui le pubbliche amministrazioni possono ricorrere per incentivare il ricorso a modalità più adeguate e flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa.

In tale contesto riformatore, è stato individuato un modello tipico per tutte le P.A., il Piano operativo per il lavoro agile (POLA)¹¹, dedicato all'individuazione delle modalità attuative del lavoro agile. Inoltre, l'adozione di tali misure organizzative, nonché il raggiungimento degli obiettivi indicati vanno a costituire oggetto di valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della performance organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche¹².

Dunque, l'attuale periodo storico ha determinato una forte accelerazione verso l'adozione di modalità alternative di svolgimento del lavoro nella P.A. che necessariamente deve fare i conti con le peculiarità proprie del settore pubblico. In tal senso, si ritiene che una delle principali sfide dell'introduzione dello *smart working* nelle pubbliche amministrazioni sia il mutamento della cultura organizzativa volto ad implementare il cambio di mentalità e del modo di porsi e/o essere del dipendente pubblico. Ed infatti, impiegando al meglio le nuove tecnologie e facendo affidamento da una parte sulla ricchezza di esperienze dei lavoratori già in servizio, e dall'altra parte sulla potenza innovativa dei *newcomers*, lo *smart working* può raffigurare un valido strumento per l'espansione, attesa da tempo, del rinnovamento dei processi nella pubblica amministrazione.

Ostacolo alla diffusione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni è rappresentato, senza dubbio, dalla difficoltà del controllo "da remoto" sul dipendente. Questo perchè, il controllo sul dipendente pubblico risulta più

¹¹ Ai sensi dell'art. 263 del decreto-legge n. 34 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2020, le amministrazioni pubbliche, entro il 31 gennaio di ciascun anno (a partire dal 2021), redigono, sentite le organizzazioni sindacali, il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), quale sezione del Piano della performance.

¹² G. CAMMAROTA- M. MORCIANO, "Valutazione della performance, efficienza ed efficacia amministrativa. Note a margine del Decreto legislativo 27 ottobre 2009 n.150", in ASTRID on line, 9 febbraio 2010; R. LOIERO, "Il rapporto sulle performance nelle amministrazioni centrali: riflessioni sulle questioni aperte" in Amministrazione in cammino, 2010; A. NADDEO, Misurazione e valutazione della performance in "Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico ed il ciclo della performance: programmazione, valutazione e controllo dopo la riforma Brunetta (L. 15/2009 e D.Lgs. 150/2009)", a cura di G. SCOGNAMIGLIO e A. BACCI, Promo P.A. Fondazione, 2010; F. Verbaro- C.Croce, "Quando trasparenza ed integrità fanno rima con performance", in Guida al Pubblico Impiego Il Sole 24 Ore, n. 2/2011.

intenso rispetto al comparto privato, in ragione del fatto che il lavoratore contribuisce con la sua prestazione al compimento di un segmento dell'azione amministrativa e alla realizzazione dell'interesse pubblico e, dunque, il controllo sull'operato è anche controllo sull'efficacia e sull'efficienza dell'intervento pubblico.

4. Definizione di *Smart working*.

Come evidenziato, negli ultimi tempi abbiamo assistito ad uno sviluppo innovativo della nozione di "flessibilità organizzativa"¹³ e ad una accelerazione verso il ricorso allo *smart working* sia nelle aziende che nelle P.A., che impone un'analisi della definizione di queste nuova modalità di lavoro agile¹⁴.

E' stato, al riguardo, evidenziato che, "*l'aggettivo s.m.a.r.t. postula, dunque, forme evolute di organizzazione del lavoro in cui lo smart worker è messo nelle condizioni di operare su processi lavorativi complessi, interagendo a distanza in modo cooperativo con suoi colleghi, venendo valutato non attraverso una sorta di cottimo delle pratiche evase, ma piuttosto sul raggiungimento di risultati*"¹⁵. Lo *smart working*, dunque, si prefissa di facilitare una flessibilità oraria e organizzativa in modo tale da poter creare nuovi equilibri lavorativi.

Infatti, il termine smart "è connesso con una facilità ed agilità di esecuzione di compiti, con l'idea di trovare nuove vie che alleggeriscano i processi e permettano il fluire del lavoro con minor sforzo, arricchendolo di senso e consapevolezza. In tutto in opposizione all'appesantimento e affaticamento temporale e motivazionale dell'*hard work*"¹⁶.

Ed ancora, "*Lo Smart Working è un approccio all'organizzazione del lavoro finalizzato a guidare una migliore efficacia ed efficienza nel raggiungimento degli obiettivi attraverso la combinazione di flessibilità, autonomia e collaborazione, puntando sull'ottimizzazione degli strumenti e delle tecnologie e garantendo ambienti di lavoro funzionali ai lavoratori*"¹⁷.

Così concepito, appare evidente che, l'attuazione dello *smart working* impone un cambiamento nella cultura datoriale verso un incremento della flessibilità, una riconfigurazione degli spazi di lavoro e il ricorso a nuove tecnologie per il raggiungimento di vantaggi in termini di efficacia ed efficienza.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, individuare una compiuta

¹³ C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli editore, 2012.

¹⁴ L. FIORILLO, A. PERULLI, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli Editore, 2018, pag. 258.

¹⁵ L. MATTALUCCI, *Il crescente interesse per il tema dello "smart working"*, 2014.

¹⁶ T. BOTTERI, G. CREMONESI, *Smart working & smart workers*, Franco Angeli, 2016, pag. 10 ss.

¹⁷ Chartered Institute of Personnel and Development - CIPD

definizione di *smart working* non risulta di facile. Si potrebbe partire, dalla definizione coniata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che definisce lo Smart Working quale “*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato caratterizzato dall'assenza di vincoli orari o spaziali e un'organizzazione per fasi, cicli e obiettivi, stabilità mediante accordo tra dipendente e datore di lavoro; una modalità che aiuta il lavoratore a conciliare i tempi di vita e lavoro e, al contempo, favorire la crescita della sua produttività*”¹⁸.

Dunque, tale definizione di smart working, contenuta anche nella Legge n. 81/2017¹⁹, nel delineare le caratteristiche principale dell’istituto in esame si focalizza sulla flessibilità organizzativa, sul requisito della volontarietà delle parti che sottoscrivono l’accordo individuale e sull’utilizzo di strumentazioni che consentano di lavorare da remoto.

Accanto a tale definizione, esistono altresì altre formulazioni fornite da Enti o centri di studi, come ad esempio quella fornita dall’Osservatorio del Politecnico di Milano che afferma: “*Grazie alle tecnologie digitali, ai device a disposizione e alla propensione delle persone alla interazione e relazione virtuale, è oggi possibile ripensare i modelli di organizzazione del lavoro, ma il passaggio allo smart working, è molto di più di un progetto di innovazione tecnologica. Significa, infatti, rimettere in discussione stereotipi relativi a luoghi, orari e strumenti di lavoro, consentendo alle persone di raggiungere, al tempo stesso, una maggiore efficacia professionale ed un miglior equilibrio tra lavoro e vita professionale*”.

Dunque, lo *smart working* viene inteso quale sinonimo del “lavoro agile” intendendo per agilità la capacità di rimanere aperti alle novità ed essere continuamente proattivi.

E’ bene rilevare, tuttavia, che lo smart working, concepito come un approccio innovativo all’organizzazione del lavoro mediante il quale si restituiscono al lavoratore autonomia e flessibilità riguardo ai luoghi, ai tempi e agli strumenti di

¹⁸ Cfr. <https://www.lavoro.gov.it/strumenti-e-servizi/smart-working/>.

¹⁹ In particolare, ai sensi dell’art. 18 della legge citata, per lavoro agile deve intendersi quella «*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell’attività lavorativa*», nella quale «*La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all’interno di locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*», con lo scopo dichiarato di «*incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*».

lavoro, responsabilizzandolo rispetto ai risultati, non ha trovato spazio in alcuna normativa, se si esclude qualche contratto collettivo, prevalentemente aziendale.

Nell'ambito delle misure adottate dal Governo a causa della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, con i D.P.C.M. del 25 febbraio e del 1° marzo 2020²⁰ era stata prevista una procedura semplificata per accedere a tale modalità lavorativa. Tuttavia, tali disposizioni avevano come principali destinatari i datori di lavoro privati e stabilivano che la modalità di lavoro agile potesse essere applicata ad ogni rapporto di lavoro subordinato anche in assenza di un accordo tra le parti. È con il d.l. del 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia"), convertito con l. n. 27/2020 che si estende la portata della disposizione sia ai lavoratori privati che pubblici.

Per disciplinare questa forma particolare di lavoro agile, il Ministro della Pubblica Amministrazione ha emanato il Decreto 19 ottobre 2020, le cui misure, a causa della perdurare dello stato emergenziale, sono state confermate e prorogate dal D.M. PA 20 gennaio 2021.

Di rilievo è anche il Protocollo sottoscritto da Governo e Parti sociali il 14 marzo 2020, aggiornato il 24 aprile 2020, nella cui Premessa è rivolto l'esplicito invito al massimo utilizzo delle modalità proprie del lavoro agile.

E' bene evidenziare che, l'obiettivo perseguito con le disposizioni introdotte dalla normativa emergenziale non era volto al riconoscimento espresso del diritto al lavoro agile per tutti i dipendenti, bensì il legislatore emergenziale è ricorso allo strumento dello smart working al fine di operare un bilanciamento tra le esigenze dell'impresa a quelle dei lavoratori.

In particolare, i principali interessi costituzionali che il legislatore è stato chiamato a bilanciare in tale situazione emergenziale sono stati il diritto alla salute, di cui all'art. 32, comma 1, Cost., da una parte, ed il diritto al lavoro, ex art. 4, comma 1, Cost., insieme alla libertà di iniziativa economica privata, ex art. 41, comma 1, Cost., dall'altra.

Va osservato come la Consulta abbia finito per dare prevalenza, nel predetto bilanciamento con il diritto al lavoro e con la libertà di impresa, al diritto alla salute, limitando l'art. 41 Cost. l'iniziativa economica privata quando essa metta a rischio la "salute" del lavoratore e avendo un senso il diritto al lavoro solo come "diritto al lavoro sicuro"²¹.

²⁰ Cfr. articolo 1, comma 1, punto 7, lett. a.

²¹ Cass. Sent n. 27913 del 4 dicembre 2020.

Guardando, dunque, alla normativa emergenziale, con l'art. 39 del Decreto "cura Italia", il legislatore ha conferito, fino alla cessazione dello stato di emergenza, un diritto potestativo all'accesso al lavoro agile - risolvendo così il predetto bilanciamento a favore del diritto alla salute.

5. Lo Smart working tra semplificazione, digitalizzazione e principio del buon andamento.

Lo straordinario sviluppo tecnologico raggiunto nel corso degli ultimi anni, ha dato vita ad importati cambiamenti che hanno condizionato anche il *modus agendi* dell'azione amministrativa. Ad oggi, infatti, la trasformazione digitale rappresenta un nuovo modo di intendere ed operare della stessa Pubblica Amministrazione e coinvolge un insieme di competenze tecnologiche, giuridiche e organizzative.

Per adeguarsi a tale innovazione, il settore della Pubblica Amministrazione si è trovato al centro di importati interventi legislativi, volti ad introdurre una serie di novità dirette ad attuare la c.d. tendenza all'informatizzazione dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, che ha ormai assunto le vesti di una vera e propria digitalizzazione della Pubblica Amministrazione²².

Tale processo implica necessariamente il ricorso a soluzioni informatiche per lo svolgimento dell'attività amministrativa, al fine di garantire una migliore circolazione delle informazioni tra i vari apparati pubblici e di perseguire, così, l'obiettivo di un maggior coinvolgimento dei cittadini.

Tra le soluzioni informatiche deputate a tale scopo sono state introdotte anche presso le P.A., le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT), ovvero, quelle tecnologie *"riguardanti i sistemi integrati di telecomunicazione (linee di comunicazione cablate e senza fili), i computer, le tecnologie audio-video e i relativi software, che permettono agli utenti di creare, immagazzinare e scambiare informazioni"*²³.

Tale fenomeno costituisce, dunque, la base di quel processo di innovazione e riorganizzazione delle Pubbliche Amministrazioni noto come *E-government* che si sostanzia nell'esercizio dell'attività amministrativa con il supporto di tecnologie digitali, diretto a migliorare la circolazione dei dati e l'attività di uffici ed organi

²² La rivoluzione in parola, ha riguardato in particolar modo il procedimento telematico, denominato agli inizi degli anni '90 "Teleamministrazione" e successivamente attuato con il Codice dell'Amministrazione Digitale, CAD, grazie al d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (entrato in vigore il 1º gennaio 2006), così come fortemente inciso dal d. lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, dalla legge Madia nel 2016 e, di recentissimo, dal D.L. Semplificazioni.

²³ [https://www.treccani.it/enciclopedia/ict_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/ict_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/)

amministrativi.

L'*E-government*, in particolare, mira a garantire di servizi più efficaci per i cittadini nonchè l'incremento dell'efficienza dei processi interni alle singole amministrazioni. Obiettivi che risultano raggiungibili proprio grazie all'applicazione dell'ICT congiuntamente ad una rielaborazione delle procedure interne diretta ad eliminare le operazioni superflue o quantomeno non fondamentali, per assicurare processi più rapidi ed efficienti.

Per realizzare l'*E-government*, in un'ottica di digitalizzazione della P.A., risulta, inoltre, utile menzionare i c.d. i principi dell'*Open government*, ovvero quell'orientamento in base al quale gli enti e le istituzioni pubbliche devono plasmare il loro operato intorno a tre pilastri di massima importanza quali, la partecipazione, la trasparenza e la collaborazione. In particolare, nella logica dell'*Open Government*, *"i principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione devono costituire la struttura portante di un governo aperto al dialogo e al confronto partecipato con i cittadini, in modo da favorire un controllo diffuso da parte del privato sull'operato delle istituzioni e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"*²⁴.

In tale ottica, il principio della trasparenza assume particolare rilievo nell'ottica di un'amministrazione sburocratizzata e digitalizzata²⁵. A titolo esemplificativo l'applicazione concreta di tale principio si sostanzia nell'arricchimento del contenuto dei siti internet delle pubbliche amministrazioni, che devono riportare informazioni importanti per i cittadini quali bandi di gara e di concorso, moduli, formulari, oltre a contenere una sezione denominata, appunto, "Amministrazione trasparente", indicante informazioni essenziali inerenti l'amministrazione di riferimento.

E' noto che, pur non trovando riscontro nella nostra Carta costituzionale, il principio della trasparenza amministrativa, intesa come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa, è stato individuato da dottrina e giurisprudenza ed ha trovato un proprio riconoscimento legislativo nell'art. 111 della L.241/1990 (come modificato dalla L.11 Febbraio 2005, n.15 e dalla L. 18 Giugno 2009, n. 69) e, successivamente, nel Decreto Legislativo n. 33/2013, ed ancora,

²⁴ A. ALOIA, *Open Government. Tra digitalizzazione e trasparenza della P.A.*, 2014, rinvenibile all'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36115> open-government-tra-digitalizzazione-e-trasparenza-della-pa.

²⁵ A. LUCCHI, *Riforma e semplificazione della Pubblica Amministrazione: la "sfida" della trasparenza totale*, in *Azienditalia- Il personale*, n. 7/2016, p. 391.

successivamente, nella riforma Madia.

E' altrettanto noto che, la prima definizione di tale principio si deve a Filippo Turati²⁶ che associò il concetto di trasparenza alla Pubblica Amministrazione, definendo quest'ultima come una "casa di vetro" il cui operato deve essere conoscibile agli occhi dei cittadini²⁷.

Tale principio, dunque, pur essendo, come si è fatto notare in dottrina, una astrazione i cui contorni sono difficilmente individuabili²⁸, è un elemento determinante affinché all'interno di quella casa, che è la PA, tutto sia "*sempre e costantemente visibile*"²⁹.

In tal senso, quindi, la trasparenza amministrativa può esser considerata come corollario del principio di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione, nonché come garanzia per i diritti degli amministratori, individualmente o collettivamente considerati.

L'efficienza, d'altro canto, costituisce uno degli obiettivi dell'attività amministrativa – in uno con l'economicità e l'efficacia – nel rispetto del principio di buon andamento dell'*agere amministrativo*, espresso, com'è noto, dall'art. 97 Cost.

L'art. 97, 1 comma, della Costituzione individua, infatti, nei principi di imparzialità e di buon andamento, i fondamentali canoni giuridici di riferimento dell'assetto organizzativo e funzionale della pubblica amministrazione³⁰.

Alla luce di tali considerazioni, lo sviluppo del progetto di *E-government*, rientra nell'ampio processo di innovazione e riorganizzazione della Pubblica Amministrazione volto a modernizzare tale settore attraverso una maggiore efficienza, trasparenza e semplificazione, con il preciso intento di riavvicinare il cittadino all'amministrazione pubblica.

Com'è stato rilevato, gli interventi riformatori tesi all'informatizzazione della Pubblica Amministrazione si sono susseguiti a partire dalla L. 241/1990.

Nel 2005 è stato introdotto un vero e proprio Codice dell'Amministrazione

²⁶ FILIPPO TURATI, in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962.

²⁷ Sul concetto di casa di vetro P. DOMENICONI, F.S CARPIELLO, *La legge n. 15/2009: fra trasparenza ed accesso di informazione*, in *Aziendaitalia - Il Personale*, n. 5, 2009, pp. 227-233

²⁸ G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativ@mente*, fascicolo n. 11-12-2014.

²⁹ M. CLARICH, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, in www.giustiziaamministrativa.it, sezione "studi e contributi".

³⁰ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, Ius publicum, 2011.

Digitale (CAD) con D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Tale provvedimento, costituisce una novità in quanto *"affronta per la prima volta in modo organico il tema dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) nelle pubbliche amministrazioni, nonché della disciplina dei fondamentali principi giuridici applicabili al documento informatico e alla firma digitale"*³¹.

In particolare, il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Introdotto con il decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, è stato successivamente modificato e integrato numerose volte, in particolare, di recente, è stato modificato dapprima con il decreto legislativo 22 agosto 2016 n. 179 e poi con il decreto legislativo 13 dicembre 2017 n. 217 per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

Ai fini che qui interessano, è bene rilevare che un forte impulso alla trasformazione digitale della P.A. deriva anche dall'ampio utilizzo, in questa fase emergenziale, dello *Smart working*. Lo *Smart working*, necessita, infatti, di tecnologie per avere attuazione e per tale motivo rappresenta un energico impulso per accelerare la trasformazione della Pubblica amministrazione in digitale.

6. Il c.d. diritto alla disconnessione.

Come rilevato, le nuove tecnologie rappresentano un'opportunità poiché possono favorire produttività ed efficienza, ma incidono anche sui parametri tradizionali della prestazione lavorativa, consentendo una maggiore autonomia organizzativa, ma anche prestazioni lavorative che possono essere rese in qualsiasi momento.

³¹ Così si è espresso il Consiglio di Stato, al punto 3 del parere n. 11995/04, sullo schema del CAD. Tale organo ha altresì evidenziato che lo schema si è concentrato solo su un paio delle molteplici fonti normative concernenti l'informatizzazione dell'amministrazione pubblica, vale a dire il D.Lgs. 10/2002 relativo alle firme elettroniche e il già citato DPR 445/2000 sul documento informatico, tralasciandone molte altre presenti in maniera asistemistica nell'ordinamento. Nel parere sopraccitato il Consiglio di Stato si è pronunciato in maniera critica anche su altre questioni relative al CAD, e ciò ha poi spinto il Governo ad inserire nel testo alcune disposizioni per colmare le lacune individuate, operazione continuata col decreto correttivo emanato qualche mese più tardi, contenente la disciplina del SPC e della RIPA. L'opinione del Consiglio di Stato sul CAD, però, non è mutata in quanto è rimasto lo scetticismo nei riguardi di tale strumento, contestandogli soprattutto una natura eccessivamente programmatica. Il CAD, insomma, mancherebbe di forza precettiva, limitandosi a enunciare norme di mero principio che rischiano di essere disattese nell'esperienza concreta. Cfr. W. D'AVANZO, *Partecipazione, democrazia, comunicazione pubblica. Percorsi di innovazione della Pubblica Amministrazione digitale*, Rubbettino Università, 2009, p. 28.

In tale contesto è, pertanto, emersa una nuova esigenza diretta a tutelare la disconnessione, in virtù della quale il lavoratore deve essere protetto da una potenziale perenne connessione.

Un aspetto critico del lavoro agile è rappresentato, dunque, dal rischio che la possibilità di lavorare da qualsiasi luogo si traduca di fatto in una reperibilità h24, cancellando del tutto il confine tra sfera professionale e sfera privata.

In particolare, il diritto alla disconnessione può essere concepito quale "*diritto del lavoratore a non essere raggiungibile o contattabile, rispondendo al telefono o alle mail (disconnessione tecnica) ovvero il diritto a concentrare la propria attenzione su qualcosa di diverso rispetto al lavoro (disconnessione intellettuale) recuperando le proprie energie psicofisiche*"³². Il diritto alla disconnessione si configura, dunque, come speculare ad un dovere di disconnessione che spetta al datore di lavoro disciplinare nel quadro della nuova organizzazione del lavoro per fasi, cicli e obiettivi che caratterizza il lavoro agile.

La descritta esigenza di tutela ha iniziato a emergere nelle prime sperimentazioni concrete di *smart working*, avviate dalla contrattazione collettiva italiana. Infatti è solo nella disciplina normativa del lavoro agile che la disconnessione³³ diviene un istituto regolamentato, ex art. 19, comma primo, che dispone che l'accordo sullo *smart working* debba contenere, oltre ai tempi di riposo del lavoratore, anche «*le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*».

Nonostante il richiamo normativo, tuttavia, il Legislatore non qualifica espressamente la disconnessione come un diritto³⁴, la cui enunciazione all'interno di un testo normativo determinerebbe, come noto, l'insorgere di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, che si sostanzia in obblighi, poteri, doveri e si connette alla facoltà di rivolgersi a un organo giurisdizionale per ottenere la tutela in caso di violazione³⁵.

Nella fattispecie in esame, peraltro, l'assenza di una qualificazione specifica si accompagna alla mancanza di una nozione giuridica, e non vi è neppure l'indicazione di un *iter* attuativo, volto a conferire effettività al disposto

³² G. LEONE, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori agili*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro autonomo, agile, occasionale*, ADAPT University Press, 2018, p. 485.

³³ R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, LLI, Vol. 3, No. 2, 2017, ISSN 2421-2695.

³⁴ A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore «agile»*, RGL, 2017, I, 316 ss.

³⁵ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, 83 ss.

normativo, né la previsione di eventuali conseguenze qualora non vi sia ottemperanza.

Ad ogni modo, pur in assenza di indicazioni specifiche da parte del Legislatore circa le modalità di tutela della disconnessione, una strada che potrebbe essere percorsa per tentare di conferire a tale diritto effettività, sarebbe quella volta ad ancorarlo ad alcuni diritti fondamentali, in particolare al diritto alla salute (art. 32 Cost.).

In tal senso sembra muoversi la tesi secondo cui la disconnessione darebbe luogo a nuovo diritto digitale³⁶, che si caratterizzerebbe come un corollario del diritto alla vita privata. Questo ragionamento volto a connettere la disconnessione alla tutela del diritto alla privacy, potrebbe rinvenire nell'azione dell'Autorità del garante della Privacy una garanzia della sua effettività.

7. Smart working e P.A.: benefici e criticità.

Come si è avuto modo di rilevare, da alcuni anni il settore della Pubblica Amministrazione si sta confrontando con le sfide di trasformazione digitale e del cambiamento della cultura organizzativa, pur avendo delle caratteristiche tali per cui l'innovazione risulta essere particolarmente difficile³⁷.

Definita, infatti, la flessibilità come quell'attitudine dell'impresa a reagire alle svariate necessità dell'ambiente concorrenziale e in continua evoluzione, non può non evidenziarsi come il settore pubblico, per le sue caratteristiche intrinseche risulti privo di qualsiasi pressione esterna a livello competitivo che possa, dunque, incentivare la ricerca di forme ulteriori di svolgimento della prestazione.

In tale contesto, allo strumento dello Smart working può essere riconosciuto il merito di aver introdotto anche nel settore pubblico due aspetti della flessibilità: il tempo e il luogo di lavoro. Ed infatti, l'impiego della tecnologia e la gestione più autonoma dell'orario e del luogo di lavoro liberano lo svolgimento dell'attività lavorativa da quella inflessibilità che contrassegna l'impostazione classica della prestazione lavorativa nelle PP.AA³⁸.

Come si è avuto modo di rilevare, uno sforzo in tal senso può essere ravvisato nei riferimenti all'adozione di misure sperimentali che agevolino la diffusione del lavoro agile (art. 14 della legge 124/2015), nell'adozione di una direttiva ad hoc del Dipartimento della Funzione pubblica nonché nella ricerca di soluzioni

³⁶ D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, RCP, 2017, 1, 9.

³⁷ C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018, 153.

³⁸ M. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, DLM, 2018, 2, 301.

contrattuali tese ad assicurare flessibilità oraria attraverso modalità che consentano di conciliare le molteplici esigenze.

Tali elementi, infatti, sono tutti diretti a stimolare anche nel pubblico impiego l'utilizzo di nuove modalità di organizzazione del lavoro basate sulla flessibilità lavorativa, sulla valorizzazione delle risorse umane, sulla razionalizzazione delle risorse strumentali disponibili nell'ottica di una maggiore produttività ed efficienza.

Flessibilità e cambiamento organizzativo nella Pubblica Amministrazione sono, infatti, compresi quali propositi di perfezionamento del livello qualitativo dei servizi e delle strutture ad essi nominati. Inoltre, l'impiego nella pubblica amministrazione dei contratti flessibili corrisponde da una parte, al bisogno crescente di nuove professionalità specialistiche, nonché dalla necessità di porre in essere modelli organizzativi del tutto nuovi ed adeguati alla modernizzazione e organizzazione della macchina burocratica.

Domanda ostensiva *de executivis*: l'implacabile tensione esistente tra tutela del "know-how" aziendale dell'aggiudicataria e del "need to know" della concorrente nel diritto dei contratti pubblici

di Gianpiero GAUDIOSI*

SOMMARIO: **1.** La divulgabilità delle informazioni contenute negli atti di gara quale “zona d’interferenza” tra contrapposti valori costituzionalmente protetti; **2.** Premesse sul sistema della trasparenza e sulla pluralità dei regimi di accesso tra settori speciali, aporie normative e disattenzioni tecniche del legislatore; **3.** Breve rassegna sullo stato della giurisprudenza amministrativa in merito alla possibilità di immutare il titolo dell’*actio ad exhibendum*; **4. Segue:** la soluzione restrittiva prospettata dall’Adunanza Plenaria n. 10/2020; **5.** Limiti oggettivi e soggettivi dell’accesso *ex art 53 D.lgs. n. 50/2016*: le due anime ispiratrici; **6.** L’accesso difensionale sull’incerto crinale tra istanze emulative/esplorative e interessi genuinamente difensivi: *quid iuris* in caso di segreti tecnici e commerciali della concorrente?; **7.** La ripartizione dell’*onus probandi* tra accedente e aggiudicatario e la soluzione al conflitto di posizioni: *ubi maior minor cessat*; **8.** L’ipotesi escludente dei segreti professionali *sub. art. 53, comma 5, lett. b)* incorporati nei pareri legali.

ABSTRACT: Against the backdrop of rapidly developing Italian Council of State case-law, the Author carries out a critical analysis of the major outcomes and turning points of the debate around the issues related to the right of access to Public Procurement Documents and its relationship with the legal protection of Contractor’s undisclosed trade secrets. The core aim of the following paper is to seek a comprehensive solution to the question of whether or not some normative guideline exists in order to assist the judiciary in balancing competition and transparency.

1. La divulgabilità delle informazioni contenute negli atti di gara quale “zona d’interferenza” tra contrapposti valori costituzionalmente protetti.

* Dottore in giurisprudenza presso la LUISS “Guido Carli” di Roma e legale di società pubblica, già abilitato all’esercizio della professione forense. Specializzato nella materia degli appalti pubblici.

La lunga e inarrestabile parabola normativa in tema di accesso ai documenti amministrativi è iscrivibile all'interno del più ampio processo teso ad accrescere la nitidezza dell'esercizio del potere pubblico e, contestualmente, a promuovere una nuova cultura del dialogo attivo tra cittadino e funzione amministrativa. Gli esiti del cennato dibattito, impreziositi dalle conquiste raggiunte in sede giurisprudenziale e ulteriormente consolidatisi per mano di una rinnovata percezione socio-politica della Pubblica Amministrazione, hanno certamente contribuito a forgiare il moderno assetto organizzativo degli apparati pubblici. Cionondimeno, ad oltre un trentennio dal progetto elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. Mario Nigro¹ - che, tra i primi, a far data dal 1987, espresse e mise "nero su bianco" esigenze analoghe a quelle già manifestate dai paesi scandinavi e dal cui spirito originario si evinceva già chiaramente la volontà di trasformare anche il nostro procedimento amministrativo, traendo abbrevio dalla fondamentale premessa per cui «*la scelta amministrativa non è più monopolio dell'elemento burocratico, ma diventa prodotto di questo e dell'elemento partecipativo*»² – per molti aspetti conserva ancora attualità il rischio che la tanto agognata trasparenza amministrativa possa rimanere confinata entro un piano puramente teorico, assurgendo a presidio soltanto formale dei valori consacrati all'art. 97 Cost.. Le maggiori incertezze profilatesi al riguardo investono il settore degli appalti pubblici, per quanto concerne in particolare l'ostensibilità *de executivis* della documentazione di gara, in attuazione del principio di pubblicità e trasparenza della condotta delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti ad essa funzionalmente equiparati (cfr. art. 1 l. n. 241 del 1990). Una larga e crescente porzione del contenzioso amministrativo sviluppatosi in anni recenti involge il caso tipico in cui un operatore economico, concorrente alla gara, manifesti interesse a compiere un accesso agli atti della fase esecutiva del contratto pubblico, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorimento della graduatoria o alla riedizione della procedura. Muovendo da siffatte constatazioni, con riferimento alla materia in discorso è agevolmente intuibile il peso che rivestono le implicazioni pratiche connesse alla definizione delle modalità e dei concomitanti limiti all'esercizio del diritto di accesso. Segnatamente, il presente contributo intende approfondire il dibattito attorno alla conoscibilità del

¹ Istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri nel corso della nona legislatura dal governo Craxi e coordinata da Massimo Severo Giannini.

² In tal senso, M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)* in *Atti del Convegno* (Messina - Taormina 25-26 febbraio 1988), Milano, 1990, p. 12.

contenuto degli atti di gara, nei termini in cui i relativi sviluppi incrocino le contrapposte istanze di tutela della riservatezza e competitività nel mercato dell’impresa alla cui documentazione parte istante chiede di accedere. Come più approfonditamente si dirà *infra*, l’attenzione è in special modo rivolta verso la divulgazione di quella parte dell’offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell’impresa in gara (il c.d. *know-how*). Trattasi di beni che, costituendo il prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva del singolo operatore, sono annoverate tra i segreti commerciali tutelati ai sensi e per gli effetti degli artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (*Codice della proprietà industriale*) e cui perciò l’ordinamento giuridico offre tutela al fine di garantire la corretta esplicazione della concorrenza. Alla stregua di ciò ben si comprenderà che, agli effetti della presente analisi, è d’uopo partire da una base di riflessione comunemente condivisa dalla dottrina amministrativistica³ e che trova la più compiuta e lungimirante espressione nel pensiero manifestato dal Prof. Valerio Onida, il quale correttamente rammentava già sul finire degli anni ottanta che «*nel nostro sistema giuridico non esistono di massima ostacoli legali alla libera circolazione e diffusione delle informazioni, se non quelli derivanti dalla esigenza di tutela di altri valori costituzionalmente protetti*»⁴, riecheggiando i contenuti della celebre sentenza n. 86/1977, tra le primissime sul tema, con cui la Corte Costituzionale⁵ ebbe a puntualizzare – attraverso il delicato gioco del bilanciamento tra contrapposte istanze – il perimetro di legittimità e la *ratio* giustificante l’istituto del segreto di Stato.

2. Premesse sul sistema della trasparenza e sulla pluralità dei regimi di accesso tra settori speciali, aporie normative e disattenzioni tecniche del legislatore.

Sul versante normativo, la proliferazione – spesso disorganica – delle regole in materia di accesso rende particolarmente complessa e onerosa l’opera tesa a ricostruire il regime oggi vigente, non senza la sfavorevole evenienza di incorrere

³ Spunti utili ad approfondire un insieme di questioni correlate alla trasparenza e alla disciplina generale in materia di accesso ai documenti amministrativi sono offerti da G. BARRERA, *La nuova legge sul diritto di accesso ai documenti amministrativi* in Rassegna degli Archivi di Stato, II – III (1991), pp. 342 e ss..

⁴ V. ONIDA, *Riflessioni sullo stato del diritto all’informazione in Italia*, in *Politica del diritto*, XIX (1988), pp. 304-305.

⁵ Si fa riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale del 24 maggio 1977, n. 86 in giurcost.org. Per un breve commento si rimanda a A. MITROTTI, *Brevi considerazioni sulla disciplina del segreto di Stato* in *Osservatorio Costituzionale*, II (2018), pp. 13 - 14.

in frammentazioni applicative⁶. I timori paventati da certa dottrina si colorano di tinte ancor più fosche in ragione della necessità di calibrare le singole discipline settoriali sulla scorta dei principi generali che, nella materia *de qua*, sono impiernati sul capo V della l. n. 241/1990. Prima di scendere nel dettaglio delle disposizioni speciali – da intendersi quali “proiezioni particolareggiate” dell’istituto dell’accesso e, per quanto qui di interesse, “ricamate” in funzione degli aspetti caratterizzanti le procedure ad evidenza pubblica – assume preliminare importanza rammentare come l’attuale ordinamento giuridico veda coesistere, in via generale, tre diversi modelli legali di accesso ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni: l’accesso documentale di cui agli artt. 22 e seg. della sopra citata legge 7 agosto 1990, n. 241; l’accesso civico ai documenti oggetto di pubblicazione, regolato dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (d’ora in avanti, “*Testo Unico sulla Trasparenza*”); l’accesso civico generalizzato, introdotto dalle modifiche apportate a quest’ultimo impianto normativo dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97⁷. Posta dunque la necessità di tenere ben distinte le fattispecie, si rende qui meritevole di un accenno – per la relativa pregnanza e capacità esplicativa – l’affermazione rinvenibile nelle Linee Guida dell’ANAC (approvate con la deliberazione del 28 dicembre 2016⁸) stando alla quale l’accesso documentale renderebbe possibile un’ostensione maggiormente approfondita dei “*dati pertinenti*” all’oggetto della richiesta laddove, di converso, l’accesso generalizzato opera sicuramente “*meno in profondità*”, ma in misura “*più estesa*”⁹. Come graniticamente asseverato da una corrente maggioritaria della giurisprudenza amministrativa¹⁰, ciascuno dei sistemi testé accennati – per quanto contraddistinto da propri presupposti, limiti ed eccezioni – è da ritenersi pari ordinato rispetto agli altri a livello ordinamentale, di guisa che nei rapporti reciproci ciascuno opera nel proprio ambito. Tanto vale ad escludere sia la

⁶ Numerosi autori si sono occupati del fenomeno della consistente moltiplicazione delle regole (anche speciali) in materia di accesso; in tal senso, si segnala in particolare l’interessante contributo offerto da M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all’accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *federalismi.it* n. 17 (2019).

⁷ Cfr., per le differenze tra i vari tipi di accesso, tra le altre Cons. Stato, IV, 12 agosto 2016, n. 3631 e, di recente, *id.*, V, 20 marzo 2019, n. 1817.

⁸ Recante le «*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33/2013*».

⁹ Ciò affinché il cittadino possa valersi di un sostrato di conoscenze sì ampio da consentirgli di esplicare quel controllo democratico sull’attività amministrativa che è proprio dell’accesso civico.

¹⁰ In questo senso, si vedano, tra le altre, T.A.R. Toscana, II, 20 dicembre 2019, n. 1748, ove il giudice fiorentino chiarisce che ciascuno dei suddetti istituti a carattere generale «(...) presenta caratteri di specialità rispetto all’altro» (p. 5).

possibilità di dar luogo all'assorbimento dell'una fattispecie in un'altra sia l'operatività dell'art. 15 Preleggi, che postula il principio dell'abrogazione tacita o implicita ad opera della *lex posterior*. In tale prospettiva, la suesposta tesi della pariteticità – che fa propria una lettura sollecitata da numerose recenti pronunce dai giudici di Palazzo Spada – conduce, ove accolta, ad accantonare quell'indirizzo onnicomprensivo che recava con sé l'effetto di «*ampliare ovunque i casi di piena trasparenza dei rapporti tra pubbliche amministrazioni, società e individui*».

3. Breve rassegna sullo stato della giurisprudenza amministrativa in merito alla possibilità di immutare il titolo dell'*actio ad exhibendum*.

La surriferita esegesi apre la strada ad ulteriori interessanti oscillazioni interpretative, a ognuna delle quali fanno seguito inevitabili ripercussioni di ordine procedurale. Con riferimento a quest'ultimo dato, è utile ricordare che in materia di accesso opera il principio di stretta necessità, di cui costituisce ineludibile corollario l'ulteriore principio del minor aggravio possibile nell'esercizio del diritto, con il divieto di vincolare l'accesso a rigide regole formali che ne ostacolino la soddisfazione. Sotto questo profilo, assume rilievo la questione della riqualificabilità in sede giudiziale dell'istanza di accesso del privato da parte dell'Amministrazione interpellata, al fine di individuare la disciplina applicabile. È fuor di dubbio che la previsione dell'accesso di cui alla legge n. 241 parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non) e la possibilità di proporre le diverse istanze, anche *uno actu*, costituisca uno degli aspetti più critici dell'attuale disciplina¹¹. La tesi maggiormente restrittiva – sul presupposto della eterogeneità dell'ambito di azione delle summenzionate fattispecie di accesso – ha sposato i ragionamenti seguiti da un recente Consiglio di Stato¹² e si è orientata nel senso di ritenere che, fermi restando i presupposti di accoglitività della domanda, laddove l'accedente abbia optato per un particolare modello, resta precluso all'Amministrazione qualificare diversamente l'istanza. Correlativamente, il richiedente, una volta proposta la relativa istanza, «*motivata dai presupposti di una specifica forma di accesso, non potrà effettuare una conversione della stessa in corso di causa*»¹³. Il che – riformulato secondo un antico brocardo latino che recitava “*electa una via* (in sede procedimentale), *non*

¹¹ Come correttamente messo in rilievo anche dall'ANAC nelle *Linee guida* di cui alla delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 (par. 2.3, p. 7).

¹² Il riferimento è al Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2019 n. 5503.

¹³ *Id.*, punto 5.2..

datur recursus ad alternam" – si traduce in sostanza nella preclusione per il richiedente di immutare il titolo della formalizzata *actio ad exhibendum*, pena la violazione del divieto di *mutatio libelli* e di introduzione di *ius novorum*¹⁴. Detta conclusione si radica sull'assunto per il quale è la richiesta di ostensione, unitamente alla risposta negativa dell'Amministrazione (o di altro soggetto equiparato), che concorrono a formare l'oggetto del contendere ed è proprio in ragione del fatto che il rapporto che avvince le due parti si è formato non attorno ad un generico (asserito) diritto del primo di accedere a una determinata documentazione ma su una richiesta precisamente connotata nei suoi presupposti giuridici e fattuali che non può quindi ammettersi un mutamento del titolo giuridico dell'accesso in corso di controversia. Il rigore di una consimile soluzione è in parte stemperato dalla possibilità concessa al privato di strutturare in termini alternativi, cumulativi o condizionati la pretesa ostensiva in sede procedimentale e di presentare un'unica istanza, quale "sintesi" tra le diverse discipline, dal momento che «*nulla infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso*»¹⁵. Di contro, si segnala l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale – contrapposto a quello sinora descritto – che accoglie favorevolmente la possibilità per l'amministrazione che detiene la documentazione richiesta, una volta al cospetto di una istanza di accesso c.d. *complessa*¹⁶, di fare applicazione (alternativamente), di un istituto piuttosto che dell'altro, in ragione dell'esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti legittimanti l'una o l'altra richiesta¹⁷. L'accesso dibattito "scatenato" dai concomitanti ed autorevoli arresti dei giudici amministrativi ha così reso impellente la "messa in funzione" del Massimo organo nomifilattico dopo che la III Sezione del Consiglio di Stato, ravvisata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in *subiecta materia*, ha sottoposto all'Adunanza Plenaria tre

¹⁴ In questo senso, cfr. Cons. Stato, IV, 28 marzo 2017, n. 1406 e id., V, 20 marzo 2019, n. 1817. Dette considerazioni sono riproposte dal citato T.A.R. Toscana, n. 1748/2019; in questo caso, il Collegio ha escluso che la richiesta della ricorrente, effettuata ai sensi della legge n. 241/1990, potesse essere (ri)esaminata alla luce del d.lgs. n. 33/2013, rigettando inoltre la «*richiesta di qualificazione dell'istanza di accesso della ricorrente alla stregua di una domanda di informazioni ambientali ex d.lgs. n. 195/2005, poiché questa a sua volta costituisce un sottosistema normativo disciplinante una fattispecie specifica di accesso ed operante solo nel proprio ambito*».

¹⁵ V., sul punto, *mutatis mutandis*, Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503. Il Collegio correttamente non può fare a meno di osservare che, così facendo, «*si produce un evidente aggravio per l'Amministrazione dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti*» (punto 5.2).

¹⁶ Ovverso, formulata sia ai sensi della l.n. 241/1990, che del D.Lgs. n. 33/2013.

¹⁷ Si inseriscono all'interno del rappresentato filone giurisprudenziale, tra le altre, il Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2737, come pure il [TAR Lombardia, 27 dicembre 2019, n. 2750](#).

quesiti fondamentali. Tralasciando i primi due, è bene soffermarsi sulla terza delle questioni interpretative addotte dall'ordinanza in parola, che tuttavia il Consesso – rivedutane la tassonomia – decide di esaminare per prima in ragione del rapporto di consecuzione logico-giuridica tra le stesse. Orbene, la Sezione remittente delimita la *res controversa* domandando, in primo luogo, alla Plenaria «*se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato, di cui al d.lgs. n. 33 del 2013 (...)*»¹⁸.

4. Segue: la soluzione restrittiva prospettata dall'Adunanza Plenaria n. 10/2020.

Il Massimo Consesso, con una pronuncia contraddistinta da una singolare minuziosità argomentativa¹⁹, mostra di prediligere un approccio decisamente sostanzialistico ed affronta la *vexata quaestio* osservando in premessa che l'esclusivo riferimento dell'istanza ai presupposti propri dell'accesso documentale non osta a che la Pubblica Amministrazione possa esaminarla anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato. Ciò sempre secondo il principio generale di stretta necessità e di non aggravamento procedimentale, di cui si diceva sopra, per cui la Pubblica Amministrazione ha l'onere di valutare la domanda di accesso nel complesso, «*nel suo anelito ostensivo*», e di fornire una risposta “onnicomprensiva”, evitando quegli inutili formalismi e appesantimenti procedurali che condurrebbero altrimenti ad una defatigante duplicazione del suo esame²⁰. Ciò posto, ammessa sempre la possibilità di un cumulo di istanze, nella specifica ipotesi in cui l'accedente formuli la richiesta in modo indistinto, duplice o – per dirla con le parole del Consiglio di Stato – “ancipite”²¹, rimanendo

¹⁸ Cons. St., Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, punto 7.2.

¹⁹ Per un'analisi più approfondita e dettagliata della sentenza in commento, la quale – anche sulla base di quanto si dirà oltre - «segna una vera e propria tappa "culturale" nel processo di consolidamento dell'istituto dell'accesso civico», applicato alle procedure dei contratti pubblici, si rimanda al contributo di A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi in federalismi.it*, n. 16/2020.

²⁰ *Id.*, punti 8.4 e 8.5.

²¹ Sarebbe a dirsi, senza far riferimento in modo specifico e circostanziato alla disciplina dell'accesso procedimentale o a quella dell'accesso civico generalizzato

perciò sospeso sull'incerto crinale tra l'una e l'altra disciplina dell'accesso (quella documentale e quella civica), la Pubblica Amministrazione ha il «*dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere i presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza*»²². Tale scelta trova ulteriormente conforto nelle necessità di fare corretta applicazione del principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo nella sua più ampia estensione. Diverso è il caso in cui l'istante abbia inteso inequivocabilmente limitare l'interesse ostensivo ad uno specifico profilo, *uti singulus* od *uti civis*. In questa seconda ipotesi – se è vero infatti che, come detto, il rapporto tra le diverse forme di accesso, generali e anche speciali, va letto sempre secondo un canone ermeneutico di completamento/integrazione²³, in maniera tale da garantire la migliore soddisfazione dell'interesse conoscitivo, nella sua integralità e multiformità – tuttavia, l'Amministrazione ricevente non può, neanche su impulso del privato, convertire l'istanza da un modello all'altro. In altri termini, il Consiglio di Stato, concordemente con l'indirizzo giurisprudenziale più restrittivo, riconosce che i riferimenti normativi posti a base della richiesta di accesso assumano carattere vincolante. Ove così non fosse, la volontà della P.A. si sostanzierebbe in quello che il giudice amministrativo ha definito un «*diniego difensivo in prevenzione*» rispetto ad una istanza mai proposta dal privato²⁴. Su queste stesse basi argomentative, l'Adunanza Plenaria scioglie anche il secondo nodo della *quaestio* deferita dalla III Sezione²⁵, escludendo il potere del giudice, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., di mutare il titolo dell'accesso, quale definito dall'originaria istanza proposta dal privato e dal conseguente diniego dell'Amministrazione e che valgono perciò a cristallizzare il *thema decidendum*.

5. Limiti oggettivi e soggettivi dell'accesso ex art 53 D.lgs. n. 50/2016: le due anime ispiratrici.

All'interno delle ampie coordinate tracciate dalla più risalente normativa sul procedimento amministrativo, gli aspetti relativi alla conoscibilità degli atti e dei

²² *Id.*, punto 9.6.

²³ Che, in sé, «*rifugge da una segregazione assoluta "per materia" delle singole discipline*». Si v. in proposito T.A.R. Sardegna, II, 12 aprile 2021, n. 263.

²⁴ Cfr. Cons. St., A.P., n. 10/2020, punto 11.2.

²⁵ *Id.*, punto 3.2.: «*se di conseguenza il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato*».

documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici delineano una sorta di microcosmo normativo le cui categorie sono state erette in ragione degli scopi ultimi connaturati alle specificità delle procedure ad evidenza pubblica. Le finalità principe che governano e contribuiscono a spiegare le scelte normative di settore sono, per un verso, quella di preservare la fluidità di svolgimento del procedimento di gara e di limitare nel contempo la possibilità di collusioni o di intimazioni degli offerenti e, per altro, di garantire il consolidamento dei processi e meccanismi di prevenzione e contrasto della corruzione nel contesto delle commesse pubbliche. Orbene, la disposizione speciale che regola l'accesso in materia è attualmente contenuta nell'art. 53 del Codice del 2016, che si pone in rapporto di sostanziale continuità con l'art. 13 del previgente D.lgs. n. 163 del 2006, oltre ad essere pienamente allineato sia con la normativa antesignana di fonte eurounitaria (art. 13 della direttiva 2004/17/CE e 6 della direttiva 2004/18/CE) che con quella oggetto del recepimento di cui al vigente Codice dei contratti pubblici (art. 28 direttiva 2014/23/UE, art. 21 direttiva 2014/24/UE e art. 39 direttiva 2014/25/UE). Sin già la rubrica della disposizione in parola si carica di una peculiare valenza semantica giacché esprime a chiare lettere la tensione esistente, come accennato in precedenza, tra due valori primari per l'azione amministrativa, quali sono la trasparenza e la riservatezza²⁶. La tecnica redazionale che contraddistingue l'addentellato normativo suevidenziato ha condotto progressivamente la giurisprudenza amministrativa ad avallare la tesi della sua natura eccezionale adducendo, a suffragio della stessa, argomenti facenti leva *in primis* sulla previsione di limiti oggettivi e soggettivi del tutto peculiari rispetto a quelli propri della l. n. 241 e finanche di veri e propri divieti di divulgazione del contenuto di determinati atti di gara²⁷. Sotto il profilo soggettivo, risalta in maniera evidente come l'accesso agli atti *de quibus* subisca gioco-forza una contrazione quanto ai soggetti legittimati attivamente. È il caso di precisare infatti che – malgrado da più parti si sia data particolare enfasi al tenore letterale della norma che sembrerebbe descrivere tanto i soggetti tenuti a garantire l'accesso (che necessariamente si identificano con quanti, indifferentemente dalla propria natura pubblica o privata, conducono la procedura secondo le

²⁶ Per un'interessante analisi critica della disciplina in materia di accesso alle offerte presentate dai concorrenti nel corso di una gara d'appalto si rimanda a V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?* in *Urbanistica e Appalti* 2020, II, pp. 171 e ss..

²⁷ cfr. Tar Lazio, sez. II, n. 4945/2019 che richiama Cons. Stato, sez. V, n. 3079/2014.

regole del Codice), quanto i titolari del diritto *de quo*²⁸ in termini assolutamente impersonali – sono in realtà soltanto i partecipanti alla gara che vanerebbero un interesse giuridicamente meritevole di tutela in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento del contratto e il conseguente interpello per il nuovo affidamento²⁹. Ciò starebbe a significare che la preclusione all'accesso è totale qualora la richiesta sia formulata da un soggetto terzo, quand'anche questi avesse a dimostrare la sussistenza di un interesse differenziato, alla stregua della legge generale sul procedimento. Accanto alle suesposte limitazioni afferenti alla legittimazione/interesse, maggiormente composita e articolata si presenta l'opera di perimetrazione della norma sul versante oggettivo. Difatti, oltre a individuare le fattispecie di differimento dell'accesso di cui al comma 2° e sempre facendo salve le regole più restrittive previste per gli appalti interamente segretati³⁰, la disposizione in esame prevede una serie di preclusioni al diritto di accesso *ratione materiae*. In particolare, al comma 5°, è riportata un'elencazione di diverse fattispecie, di cui tre di esclusione assoluta³¹, a fronte delle quali la trasparenza recede ed una di esclusione relativa³². Da tali fattispecie sembra evincersi la volontà, a livello legislativo, di far prevalere, nell'ambito delle ipotesi riconducibili alla disciplina di settore, le esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, salvo poi – come correttamente puntualizza il Consiglio di Stato - «ripristinare la fisiologica dinamica dell'accesso a procedura conclusa»³³. Su detto presupposto è imperniata anche l'ipotesi c.d. di esclusione

²⁸ Che, secondo un recente Consiglio di Stato qui più volte richiamato, non necessariamente andrebbero identificati «nei "concorrenti", salvo che non sia previsto come al comma 6» (si v. Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

²⁹ Come più volte chiarito dal Supremo Consesso amministrativo, la titolarità di un interesse differenziato e qualificato legittimante l'accesso ordinario deve necessariamente sussistere *ante istanza* oltre ad essere posto alla base della motivazione della stessa.

³⁰ Il riferimento è all'inciso contenuto in apertura del co. 5 della norma sopra citata.

³¹ Trattasi delle fattispecie meglio dettagliate alle lettere b), c) e d), di cui al comma 5 della disposizione in parola e riferentesi, rispettivamente, ai pareri legali preordinati alla difesa in giudizio e riguardanti una lite potenziale o in atto (lett. b), di cui si dirà avanti; le relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore (lett. c), costituenti come noto strumento di tutela degli interessi dell'Amministrazione nell'eventuale contenzioso che l'appaltatore intenda istaurare per il riconoscimento delle riserve e per il pagamento dell'opera (cfr. A.P. n. 11/07) ed infine le soluzioni tecniche ed i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da privativa intellettuale (lett. d).

³² Tale è l'ipotesi sancita alla lettera a), di diretta attuazione dell'art. 24, comma 6, lett. d) e del comma 7, primo periodo, l. n. 241/90 e riferibile ai casi di divulgazione di informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali e che sarà oggetto di dettagliata e approfondita trattazione più avanti.

³³ Così, [Consiglio di Stato, sez. III, 26.10.2018 n. 6083](http://www.giustizia-amministrativa.it) in www.giustizia-amministrativa.it.

relativa (*sub lett. a*), configurantesi al ricorrere di segreti tecnici e commerciali, i quali – come chiosa giustamente il Consiglio di Stato – non integrano tuttavia una presunzione assoluta e valevole *ex ante* di prevalenza dei motivi addotti a difesa del segreto³⁴. In questo caso difatti il legislatore delegato ha voluto che il “cedimento” delle garanzie di trasparenza e pubblicità dovesse subire un temperamento, di guisa che l’accesso alla documentazione di gara può (eccezionalmente) essere ammesso in risposta ad esigenze di «*difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*». Peraltro la norma, così delineata, corrobora la tesi di quanti sostengono che all’interno della fattispecie giuridica generale dell’accesso convivano armonicamente due anime, di cui per l’appunto quella “difensiva” è costruita come fattispecie ostensiva autonoma, che «*trascende dalla dimensione partecipativa procedimentale e dalla logica della trasparenza della funzione amministrativa*»³⁵ ed è connotata, oltre che da una distinta funzionalizzazione, da un regime giuridico parzialmente diverso³⁶. Di tutto riflesso, il rinvio fatto dalla normativa di settore alla disciplina generale, contenuta agli artt. 22 e ss. della legge sul procedimento amministrativo, è da interpretarsi in senso restrittivo, dal momento che la legge n. 241 contempla un ventaglio ben più ampio di possibilità, consentendo l’accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente «*senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale*»³⁷.

6. L’accesso difensionale sull’incerto crinale tra istanze emulative/esplorative e interessi genuinamente difensivi: *quid juris* in caso di segreti tecnici e commerciali della concorrente?

Tornando ad esaminare la concreta ed effettiva portata della clausola derogatrice contenuta all’art. 53, comma 6, essa non fa altro che traslare all’interno della cornice degli appalti pubblici l’istituto dell’accesso c.d. difensivo

³⁴ Sul carattere relativo del divieto di accesso nella ipotesi *de qua*, si veda per tutte il recente Consiglio di Stato, Sez. V, n. 64 del 7 gennaio 2020.

³⁵ Si v. Consiglio di Stato, A.P., sent. 25 settembre 2020, n. 21.

³⁶ Diversamente dalla fattispecie c.d. “partecipativa”, l’istituto dell’accesso difensivo è giurisdizionalmente tutelato attraverso la specifica azione di cui all’art. 116 c.p.a.. Per un più ampio spunto di riflessione sul tema dell’accesso difensivo e relative differenze con quello partecipativo si rinvia a A. DE SIANO e F. LOMBARDI, *Riflessioni brevi sulla perdurante vitalità del diritto d’accesso documentale alla luce del suo rapporto con il potere istruttorio del G.O.* in www.amministrativamente.com, III, 2020, pp. 266 e ss.

³⁷ In questo senso, si vedano, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, nn. 3953/2018 e 4813/2017 e prima ancora la n. 6121, “antenata” delle prime due e risalente al 2008.

o difensionale³⁸, così denominato poiché preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale del suo proponente, realizzando quel necessario coordinamento tra testi normativi che, viceversa, difetta in relazione al successivo D.lgs. n. 97/2016³⁹. Nel mentre, è opportuno rammentare che il diritto in questione, come noto, ha trovato un suo "primordiale ingresso" nell'ordinamento giuridico in forza della previsione di cui all'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, a mente della quale: «*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*», laddove l'utilizzo dell'avverbio «*comunque*» denoterebbe l'intenzione del legislatore di non ridurre la sfera di applicazione del diritto *de quo* alla sola dimensione "partecipativa"⁴⁰. Tuttavia, soltanto di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è giunta a delimitare con esattezza i presupposti legittimanti le esigenze difensive dell'accidente. In proposito, la sentenza n. 4 del 18 marzo scorso⁴¹ ha fornito chiarimenti in risposta a due questioni di grande interesse adombrate dall'ordinanza di rimessione. La prima di esse, "lambita" solo incidentalmente in quanto logicamente prodromica rispetto alla seconda, involge il dibattuto tema afferente ai rapporti tra il rimedio dell'accesso documentale difensivo ed i metodi di acquisizione, in funzione probatoria, di documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione e coniati dalle norme di fonte processual-civilistica (*i.e.* artt. 210, 211 e 213 c.p.c.). In merito a quest'ultimo aspetto, la Sezione remittente aveva ritenuto opportuno riagganciarsi alle conclusioni già rassegnate dalla Plenaria in occasione della pronuncia n. 19/2020⁴², attingendo dalla ricostruzione

³⁸ Rispondente, come prima accennato, alla logica di «*non appiattire l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza*» cfr. Cons. di St., cit., 2020/21.

³⁹ La questione del mancato coordinamento tra le diverse tipologie di accesso è emersa con particolare forza tanto da sollevare un conflitto giurisprudenziale in merito all'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti pubblici. Sul punto, si v. tra gli altri INGNEGNATTI S., *Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il punto della Plenaria in giurisprudenza italiana*, 2021, pp. 158 e ss.

⁴⁰ Valutazione che trae spunto dal ragionamento seguito dal citato Cds n. 21 del 25 settembre 2020, punto 9.1.

⁴¹ Cfr. Cons. St., A.P., 18 marzo 2021, n. 4 con commento a cura di E. PAPPONETTI, *Il diritto di accesso c.d. "difensivo" ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 presuppone il "collegamento" tra la "situazione legittimante l'accesso" ed il "documento" al quale è chiesto l'accesso in Appalti&Contratti*, 22 aprile 2021.

⁴² Il riferimento è a Cons. di St., A.P., 25 settembre 2020, n. 19 - Pres. Patroni Griffi, Est. Lageder, che, sul punto, ha espresso conclusivamente il principio di diritto che di seguito si ripropone: «*l'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile ai sensi degli artt. 210, 211 e 213*

in termini di complementarità del legame giuridico esistente tra i suddetti strumenti giuridici un utile supporto argomentativo per affermare che «*l'acquisizione della prova, per coerenza del sistema, debba seguire le stesse regole sostanziali, quale che sia la via scelta*»⁴³ e, quale logica conseguenza, sia l'amministrazione che il giudice dovrebbero operare lo stesso tipo di valutazione, ossia «*escludere la prova non consentita dalla legge sostanziale, e ammettere la prova rilevante, ovvero utile per l'accertamento della verità di quegli specifici fatti su cui verte la causa proposta o da proporre*»⁴⁴. È proprio a partire da consimili statuzioni che val la pena dare preliminarmente atto dell'esistenza di due contrapposti orientamenti in seno alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, mai compiutamente espressosi prima di allora mediante la formale enunciazione di un apposito principio di diritto. Orbene, in merito ai poteri di valutazione dell'istanza di accesso difensivo da parte dell'amministrazione o del G.A. nel giudizio in materia di accesso, *ex art. 116 c.p.a.* – posto che l'ostensione del contenuto di un documento amministrativo si rifà ad ogni modo ai canoni ermeneutici di immediatezza, concretezza, attualità e corrispondenza⁴⁵ ad una situazione giuridicamente tutelata – si segnala un primo indirizzo giurisprudenziale più estensivo⁴⁶ e propenso a declinare l'anzidetto requisito del nesso di strumentalità tra la situazione che si assume protetta (*rectius*, l'oggetto della *res controversa*) ed il documento di cui si invoca la conoscenza, in termini di "connessione" o anche di semplice attinenza o astratta pertinenza⁴⁷. A detto filone se ne contrappone altro più rigoroso⁴⁸ e maggiormente in linea con i dettami suggeriti dall'Adunanza Plenaria in precedenti occasioni⁴⁹. Quest'ultimo,

cod. proc civ.). La pronuncia *de qua* è da leggersi congiuntamente alle coeve e conformi sentenze nn. 20 e 21.

⁴³ Cfr. Cons. di St., A.P. 4/2021, cit., punto 11.

⁴⁴ *Id.*, punto 11.3.

⁴⁵ Ove il concetto di "corrispondenza" vale a circoscrivere «*esattamente l'interesse all'accesso agli atti in senso "corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata"*», così, A.P. 4/2021, citata, punto 17.

⁴⁶ *Espresso* dalle sentenze della sez. VI, 15 novembre 2018, n. 6444, e della sez. IV, 29 gennaio 2014 n. 461.

⁴⁷ In tal senso, vedasi in particolare il Cons. di St., sent. n. 461/2014, citata, dal cui tessuto argomentativo può chiaramente desumersi la conclusione per cui la legge «*non richiede per l'ostensibilità del documento la pendenza di un giudizio, o la dichiarazione di volerlo proporre, né a fortiori autorizza valutazioni in ordine alla concreta utilità del documento rispetto alle ragioni difensive dell'istante, non foss'altro perché spesso è la stessa amministrazione ad essere indicata quale responsabile della lesione della posizione giuridica che l'istante vuol tutelare, sicché lasciare all'amministrazione il sindacato sull'utilità ed efficacia del documento in ordine all'esito della causa, significherebbe dare ad una parte del giudizio il dominio della causa*».

⁴⁸ cfr. Cons. St. Sez. IV, 14.5.2014, n. 2472 e Sez. VI, 15.3.2013, n. 1568.

⁴⁹ Una per tutte, Cons. di St., A.P., N. 20/2020.

antitetico al primo, sembrerebbe invigorire il processo valutativo dell'istanza di accesso, al punto che la situazione legittimante l'accesso deve risultare tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivocabile il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione⁵⁰, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite. Volgendo lo sguardo verso quest'ultima soluzione interpretativa, il parametro della "stretta indispensabilità" assurge così a strumento principe di cui avvalersi nell'ottica di operare un concreto contemperamento tra i contrapposti interessi testé ricordati. Date siffatte premesse, il Collegio – onde evitare una irragionevole dilatazione della portata derogatoria del comma 6° e, con essa, che vengano in certo modo "aggirate" le limitazioni fraposte all'accesso dal comma 5° – esclude recisamente che il diritto alla riservatezza aziendale del concorrente alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso possa assumere carattere recessivo rispetto alla tutela delle ragioni sottese alla difesa in giudizio degli interessi dell'istante, ogni qualvolta queste ultime appaiano suffragate da «*non meglio preciseate esigenze probatorie e difensive*»⁵¹, portatrici di un interesse a ricorrere *ex art. 35 c.p.a.* meramente stereotipato e dai tratti nebulosi ed evanescenti. Ne consegue, ad ogni effetto, la necessità di espletare – a cura dell'amministrazione detentrice – un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta rispetto ad uno specifico giudizio e, in conseguenza, l'esperimento della necessaria prova c.d. di resistenza nei confronti dell'offerta della ricorrente, utile ad appurare la sussistenza del dedotto rapporto di strumentalità⁵². Detti requisiti non possono certamente dirsi assolti in tutte quelle ipotesi in cui il giudice amministrativo abbia già deliberato in senso negativo sulla impugnativa degli atti di gara. Tale è ad esempio il caso della sentenza di irricevibilità del ricorso, che, determinando una sorta di "frattura" tra l'istanza ostensiva e l'interesse (processuale) che dovrebbe sorreggerla, comporterebbe in ogni caso l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, anche dell'azione *ex art. 116 c.p.a.*, essendo venuta meno la meritevolezza dell'esigenza conoscitiva che ne è alla base⁵³. Del pari, difetta la

⁵⁰ Esigenza che pare trovare riscontro, sul piano procedimentale, nel successivo art. 25, comma 2, della l. n. 241 del 1990, ai sensi del quale «*la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata*».

⁵¹ *Mutatis mutandis*, Cons. St., A.P., 18 marzo 2021, n. 4, punto 18.2.

⁵² T.A.R. Campania Salerno, Sez. II, 02/02/2021, n. 307.

⁵³ Il caso pratico, illustrato a scopo puramente esemplificativo e chiarificatore delle statuzioni del Collegio, trae abbrevio dal piuttosto recente Cons. Stato, citato, n. 6083/2018. In tale vicenda, le censure formulate dal richiedente l'accesso, avendo questi impugnato l'esito della gara,

dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità della documentazione richiesta ai fini di giustizia in un caso in cui la parte accedente abbia manifestato la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale, mediante allegazione in termini puramente ipotetici o dubitativi della semplice eventualità della futura riedizione di una gara⁵⁴, ciò valendo ad integrare i caratteri di un accesso meramente esplorativo, quando non addirittura emulativo, ad informazioni riservate⁵⁵. Gli esiti cui è addivenuta la giurisprudenza in termini di modulazione del rapporto tra la tutela delle informazioni riservate da un lato e, da un altro, la difesa in giudizio degli interessi che innervano la posizione del concorrente nella procedura di affidamento hanno trovato una compiuta definizione da parte del Consiglio di Stato che, occupandosi del tema, ha riconosciuto che

«il discriminio tra interesse emulativo/esplorativo, insufficiente a giustificare la deroga all'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali della concorrente incorporati nella documentazione relativa all'offerta tecnica, ed interesse genuinamente difensivo, atto secundum legem a superare la suddetta barriera opposta dal legislatore al soddisfacimento dell'interesse ostensivo, coincide con l'avvenuta (o meno) instaurazione di un giudizio inerente agli atti della gara cui l'istanza di accesso si riferisce»⁵⁶

e sempreché, come anticipato, il contesto processuale in cui si inserisce l'istanza ostensiva non sia destinato a risolversi con la complessiva reiezione della domanda.

7. La ripartizione dell'*onus probandi* tra accedente e aggiudicatario e la soluzione al conflitto di posizioni: *ubi maior minor cessat*.

Sotto un aspetto diverso ma speculare a quello sopra riproposto, resta inteso che, secondo la citata giurisprudenza e coerentemente con i principi generali del processo sottesi al 2697 c.c., l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incomba unicamente sul soggetto che agisce e non può essere ribaltato sul soggetto opponente⁵⁷. Sempre sul versante dell'*onus probandi*, vi è

quand'anche accolte e seguite dalla eventuale assegnazione dell'ulteriore e agognato punteggio, non gli avrebbero egualmente consentito di conseguire il primo posto in graduatoria.

⁵⁴ Così, Consiglio di Stato, sez. V, 10.03.2021 n. 2050.

⁵⁵ [Consiglio di Stato, sez. V, 07.01.2020 n. 64](#), punto 2.5.

⁵⁶ [Consiglio di Stato, sez. III, 13.07.2021 n. 5286](#).

⁵⁷ In particolare, con espresso riferimento alla esigenza di tutelare la conoscenza di procedimenti tecnici particolari, il Consiglio di Stato, nella sentenza 6083, cit., mette in evidenza che la suddetta inversione probatoria finirebbe per accollare a carico dell'operatore controinteressato l'onere di fornire spiegazioni sui dettagli della relativa offerta tecnica così da minare la prospettata necessaria

da segnalare tuttavia un'altra corrente giurisprudenziale che adduce, quale prova a discarico del concorrente controinteressato, l'onere di allegare a sua volta «*motivata e comprovata dichiarazione*», ove questi intenda preservare il carattere (asseritamente) riservato e (generalmente) non divulgabile, per chiare ragioni di opportunità, dell'insieme delle componenti e dei beni essenziali di cui consta il bagaglio conoscitivo ed esperienziale dell'impresa. Trattasi, per definizione, di competenze, conoscenze e/o informazioni maturate ed acquisite nel corso dell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che confluiscano nel “saper fare” aziendale, concorrendo pertanto a definire e qualificare la specifica competitività qualitativa dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Detto “appesantimento” sul versante probatorio a carico del partecipante alla gara si rende necessario, secondo quest'ultimo indirizzo, ai fini del completo ed esauriente apprezzamento da parte della Stazione Appaltante dell'effettiva rilevanza delle argomentazioni addotte per sostenere l'operatività del regime di segretezza⁵⁸. Secondo questa tesi è lo stesso offerente che deduce l'esistenza di segreti industriali, e cui solo spetta valutare l'opportunità di non rendere ostensibili alcune informazioni che lo riguardano, a dover allegare e provare a sua volta le ragioni dell'opposizione – senza che ciò stravolga tuttavia il meccanismo incentrato sul 2697 c.c. – in caso contrario esponendosi al rischio di accoglimento dell'istanza di accesso presentata dal concorrente. Tale soluzione, confortata anche dal principio di vicinanza della prova per l'opponente⁵⁹ e che trova un appiglio testuale nell'art. 53, comma 5, lett. a), induce a ritenere che la ponderazione tra gli interessi confliggenti non possa ritenersi devoluta alla irrimediabile discrezionalità dell'amministrazione⁶⁰. Invero, ove quest'ultima fosse messa in condizione di enucleare sue proprie ed autonome ragioni di segretezza circa il contenuto dell'offerta tecnica o delle giustificazioni della anomalia, viene da sé che finirebbe per avvantaggiare ingiustificatamente la posizione del controinteressato. A ben vedere, il giudizio mirato a saggiare, secondo una logica di pesi e contrappesi, la prevalenza dell'una o dell'altra istanza è già insito a monte nella legge, potendo la singola stazione appaltante limitarsi ad una mera verifica in ordine alla sussistenza dei

riservatezza nei confronti delle imprese concorrenti del settore in merito ad informazioni che costituiscono i c.d. segreti di produzione.

⁵⁸ [Consiglio di Stato, sez. V, 01.07.2020 n. 4220](#), punti 7.5 e 7.6.

⁵⁹ Atteso che le ragioni a corredo della sua opposizione si trovano nella sua totale e unica disponibilità.

⁶⁰ Sul tema della discrezionalità amministrativa si segnala a il contributo offerto da V. MIRRA, *op. cit.*, pp. 175 e ss..

relativi presupposti. E così, cercando di tirare le fila del discorso, sul punto è utile chiarire che la legge sembra accordare prevalenza alle ragioni di segretezza aziendale addotte dall'offerente, a condizione che le stesse siano state presentate in maniera sufficientemente precisa e circostanziata. Di converso, la tutela dei segreti di carattere tecnico o commerciale può dirsi superata dalle esigenze difensive dell'accendente al cospetto della prova della correlazione strumentale tra l'accesso e la difesa in giudizio dei suoi interessi, accompagnata alla

«concreta, specifica e circostanziata valorizzazione di elementi fattuali o giuridici inerenti le modalità di regolare attuazione del rapporto negoziale e idonei a prefigurare, sia pure in termini di possibilità e non necessariamente di certezza o anche solo di probabilità, le condizioni di una vicenda risolutiva, per sé idonea a riattivare le chances di subentro o anche solo di rinnovazione della procedura evidenziale»⁶¹.

In esito al continuo e delicato sforzo di bilanciamento tra i due estremi, lo scenario descritto, lungi dal tradursi nell'automatica prevalenza *in re ipsa* di un interesse su quello "antagonista", postula dunque un accurato vaglio in contraddittorio delle posizioni reciproche in grado di restituire un giudizio calibrato sulla scorta dei citati, rigorosi, criteri di legge e sottratto alla discrezionalità delle singole amministrazioni.

8. L'ipotesi escludente dei segreti professionali *sub. art. 53, comma 5, lett. b)* incorporati nei pareri legali.

Tra le ipotesi di esclusione del diritto di accesso e di ogni altra forma di divulgazione figurano anche i «pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici»⁶². Essa può a buon diritto assumersi quale ulteriore esempio paradigmatico dell'atteggiamento "prudenziale" mostrato dal nostro legislatore rispetto alla *vis* espansiva accordata alle ordinarie regole in materia di accesso. A questo proposito, la giurisprudenza suole ulteriormente distinguere tra pareri legali endo-procedimentali amministrativi e pareri legali in funzione pre-contenziosa. Soltanto i primi, quali sintesi di strategia legale e delle condotte processualmente più convenienti per l'Amministrazione da assumere in una controversia giurisdizionale già instaurata o instauranda, sono sussumibili nel

⁶¹ In questo senso, Consiglio di Stato, n. 2050, citato, punto 4.2.

⁶² Cfr. art. 53. comma 5°, lett. b), che riprende la medesima previsione contenuta all'art. 13, comma 5°, lett. c) del vecchio codice del 2006.

novero dei segreti che godono di una tutela qualificata *ex artt. 622 c.p.* (*rivelazione di segreto professionale*) e 200 c.p.p. e, come tali, sottratti all'accesso⁶³. Con riferimento alla seconda tipologia di pareri, ciò che ne renderebbe ostensibile il contenuto inerisce al fatto che la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico, di norma caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è in questo caso legata al procedimento ed al provvedimento amministrativo cui l'organo di consultazione partecipa dando un proprio contributo decisivo e costituisce pertanto uno degli elementi condizionanti la scelta dell'Amministrazione⁶⁴.

⁶³ In questo senso, si bv. Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1761; *id.*, sez. VI, 13 ottobre 2003, n. 6200.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2004 n. 2163; Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003 n. 6200; Cons. St., ord., sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4798.

La parabola evolutiva della buona fede e poteri di intervento del giudice sul contratto

Di Edvige CENTORE*

Sommario: **1.** Buona fede come “apriscatole giuridico”. Da clausola generale a principio generale. **2.** (segue) da regola di comportamento a regola di validità. **3.** Buona fede integrativa, tra eteronomia e autonomia privata. Gli obblighi di protezione **4.** Buona fede, controllo giudiziale nella legislazione e nella giurisprudenza. Verso un principio di giustizia contrattuale? **5.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The present work aims to analyze the evolution of good faith, which from a general clause has assumed the role of general principle of the legal system. This glow up has had a series of consequences, so much so that sometimes any behavior in breach of good faith is such as to affect the validity of the contract itself. It is therefore interesting to understand the impact of this evolution of good faith on the configurability of a principle of contractual justice and on the admissibility of a power of the judge to affect the contract, beyond the specific hypotheses provided for by the civil code. To this end, it is useful to analyze the most recent pronouncements on the subject.*

1. La buona fede come “apriscatole giuridico”. Da clausola generale a principio generale.

La buona fede rappresenta la “clausola generale per eccellenza¹”. Essa ha un ruolo centrale nel sistema civilistico², in quanto costituisce un criterio di

* Dottoranda in Scienze Giuridiche, curriculum civilistico, presso l’Università degli Studi di Salerno.

¹ CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, cit., 29. Sul tema, *amplius*, BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., II, 1988, 154 ss.

² In senso critico, cfr. R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, 7 gennaio 2020, il quale sostiene che il principio di buona fede “talvolta finisce per essere adoperato come una sorta di *passepartout*, cui l'interprete si affida per cavarsi d'impaccio in presenza di nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo

integrazione anche cogente, nonché di interpretazione fondamentale del contratto (art. 1366 c.c.)³. Essa è, nel contempo, principio che informa il diritto dei contratti e regola positiva, che compare ripetutamente nelle disposizioni codistiche e che peraltro trova ampi spazi anche nei progetti di codificazione europea⁴. Non a caso, essa è stata definita come “norma verticale, un principio di integrazione dell’intera gerarchia delle fonti”, ossia “di ogni norma di produzione codificata del diritto, costituzionale, legislativa e ora anche comunitaria⁵”.

In particolare, le clausole generali, tra cui rientra la buona fede, si pongono a mezza via tra regole e principi, quali strumenti più adeguati rispetto al dinamismo crescente della realtà, irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definite⁶, operando quale “collante tra le previsioni particolari e l’assetto valoriale dell’ordinamento⁷”.

La centralità da esse assunta emerge non solo dal frequente impiego normativo, già nel codice civile del ‘42⁸, ma soprattutto dalla molteplicità di definizioni che

nette”, cit., 9. Così v. C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull’asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, vol. 4, 549 ss., la quale osserva che la buona fede sia ingiustamente utilizzata “alla stregua di una improbabile bacchetta magica utile a sanzionare presunti abusi o apparenti squilibri contabili nel nome di una altrettanto improbabile equità/solidarietà”, cit., 588.

³ Sulla buona fede interpretativa, v. Cass., 6 maggio 2015, n. 9006, in cui si chiarisce che “l’obbligo di buona fede oggettiva o correttezza ex art. 1366 c.c. [...], quale criterio d’interpretazione del contratto (fondato sull’esigenza definita in dottrina di solidarietà contrattuale), si specifica in particolare nel significato di lealtà, sostanziantesi nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte [...]. A tale stregua esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte [...], e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell’accordo negoziale”

⁴ Così, F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l’autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 3/2010, cit., 148.

⁵ MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, cit., 7.

⁶ In tal senso, v. S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2010, il quale osserva che le clausole generali rappresentano “finestre aperte su un mondo sempre più mutevole” e che esse “hanno la funzione di consentire l’adattamento della norma alla realtà senza bisogno di continui aggiustamenti legislativi”, cit., 91.

⁷ Così, I. L. NOCERA, *Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2014, cit., 19.

⁸ Tra le clausole generali individuate dalla dottrina, si pensi alle nozioni di ordine pubblico (artt. 1343 c.c. e 16 l. n. 218/1995), buon costume (artt. 1343 e 2035 c.c.), equità, diligenza e correttezza (artt. 1176 e 1175 c.c.) e di buona fede (artt. 1337, 1366 e 1375 c.c.), alla diligenza

la dottrina cerca di individuare: "strumenti autopoietici⁹", "apriscatole giuridici¹⁰", "finestre aperte¹¹", "concetti valvola¹²", "polmoni vitali dell'ordinamento¹³", "membrane traspiranti¹⁴". Le clausole generali, infatti, consentono di cogliere e valorizzare le indicazioni provenienti dall'ambiente socio-economico in cui il regolamento contrattuale si inserisce¹⁵ e assicurano all'ordinamento di "tenersi al passo coi tempi¹⁶", "senza che sia necessario un ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme¹⁷". L'obiettivo è, senz'altro, quello di garantire "un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo¹⁸".

La buona fede nasce come clausola generale e diventa principio generale dell'ordinamento, fondamentale del sistema, soprattutto alla luce della

del datore di lavoro (art. 2087) e del prestatore di lavoro (art. 2104 c.c.). Per un inquadramento in tal senso, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 223 ss.

⁹ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 9.

¹⁰ Così, R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede demolitrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014,, 2039 ss.

¹¹ S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2010, cit., 91.

¹² M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, secondo il quale le clausole generali "seppur in ambiti limitati, autorizzerebbero una relativa apertura del sistema giuridico a principi e valori direttamente mutuati dall'idea di giustizia o attinti nella coscienza sociale", cit., 16.

¹³ Espressione utilizzata da A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1999, cit., 51.

¹⁴ L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale e contratto: una fotografia*, in *Giustizia civile*, 5/2020, il quale ritiene che le clausole generali siano "membrane traspiranti che consentono [...] una via di comunicazione tra contratto e contesto storico in cui vive la società", cit., 9.

¹⁵ Cfr. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, 2009. In tal senso, v. pure E. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2001, il quale chiarisce che le clausole generali "ricevono il loro senso dal clima sociale e culturale dell'ambiente in cui devono essere applicate", cit., 29; cfr. anche L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in AA. VV., *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, il quale chiarisce la necessità che l'interpretazione si adegu "alla ratio del sottosistema nell'ambito del quale la clausola generale viene richiamata", cit., 375.

¹⁶ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSINELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, I, Torino, 1987, cit., 19.

¹⁷ Così, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2016, cit., 43.

¹⁸ Così, Cass., 19 marzo 2008, n. 7388.

“essenziale¹⁹”, “connaturale²⁰” ed “intenzionale indeterminatezza²¹” che la caratterizza. Essa è, ormai, elevata a regola generale di riferimento da perseguire utilizzando le direttive rappresentate dalle libertà fondamentali, dai diritti umani e da ogni legge costituzionale applicabile²². La conferma del rinnovato interesse e di una vera e propria rivalutazione da parte della dottrina del ruolo della buona fede emerge da quell’impostazione secondo la quale essa si inserisce nel sistema dei valori costituzionali, in stretta connessione con il principio di solidarietà enunciato ex art. 2 Cost.

In particolare, nel tempo si è posto il problema della applicazione diretta dei principi costituzionali (solidarietà, egualianza formale e sostanziale, primato dei diritti e dei doveri della persona, pluralismo sociale) nel contratto (cd. *Drittewirkung*), da intendersi come “la capacità di fondare concettualmente delle clausole, e teleologicamente delle fattispecie legali, ponendosi all’interno, per così dire, della vicenda produttiva della norma positiva, e trovando in essa il proprio momento di diretta applicazione²³”.

Sul punto la dottrina prevalente²⁴, ma anche la giurisprudenza hanno progressivamente mostrato aperture, consentendo al giudice l’applicazione

¹⁹ Di essenzialità parla G. D’AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, il quale sottolinea come sia essenziale che “la norma presenti una *struttura aperta*, nel senso che non operi essa stessa la qualificazione giuridica del fatto, ma ‘deleghi’ questo compito all’interprete. Non dunque una ‘fattispecie’ già definita dal legislatore, [...] bensì una fattispecie che spetta al giudice costruire”, cit., 438.

²⁰ D’ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, cit., 266.

²¹ Così definita da S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, cit., 728. Sulla stessa scia, v. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, il quale chiarisce come la buona fede sia indeterminata “per scelta del legislatore”, che avrebbe sì “potuto formulare lo stesso concetto attraverso una norma ‘ordinaria’”, ma “sceglie di mantenerne la genericità sia a livello di fatto che di diritto”, cit., 96.

²² I. L. NOCERA, *Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti*, in *Giust civ.*, 2014, cit., 6.

²³ Così, G. M. UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Torino, 2004, cit., 72. Sul punto, cfr. G. D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, il quale definisce la “diretta applicabilità” quale “affermazione della idoneità delle norme costituzionali – anche quando esse siano (espresse in forma di) principi – a fornire immediatamente e direttamente la disciplina di un rapporto tra privati”, cit., 448.

²⁴ Sull’argomento, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, il quale osserva che “non sussistono [...] argomenti che contrastino l’applicazione diretta dei principi costituzionali: la norma costituzionale può, anche da sola (quando manchino norme ordinarie che disciplinino la fattispecie), essere la fonte della disciplina di un rapporto giuridico di diritto civile”, cit., 553. In tempi recenti, v. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, p. 218 ss., secondo

diretta dei principi nel contratto, sebbene con grande cautela. Il costituzionalismo, infatti, supera il dogma della avalutatività positivista e della concezione dell'organo giurisdizionale quale *bouche de loi*²⁵, riconoscendogli spazi di intervento interpretativo ed ortopedico, quale "mediatore tra il testo normativo e la realtà sociale"²⁶. Né sarebbe corretto far riferimento ad un vero e proprio "arbitrio" del giudice, ma, al più, alla mera discrezionalità "che ogni applicazione di norme, di qualsivoglia norma giuridica, consente, anzi richiede, all'interprete"²⁷; in sostanza, le decisioni del giudice "potranno essere più o meno condivisibili, ma tutte saranno egualmente ammissibili, e dunque non arbitrarie rispetto al silenzio legale"²⁸.

In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto la "intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato", la quale richiede il necessario "bilanciamento di valori, di pari rilevanza costituzionale, stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale - accanto al valore costituzionale della iniziativa economica privata [...] di un concorrente dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.)"²⁹. Ciò si realizza soprattutto attraverso la

il quale riconosce il principio di buona fede "costituzionalizzato" e ritiene "abbastanza inequivocabile che la prospettiva è, in realtà, quella dell'applicazione immediata [...] dei principi costituzionali, a cominciare da quello di solidarietà, che fa degradare il resto dell'argomentazione tecnica inerente alle clausole generali di diritto privato al rango di "orpello", cit., 226.

In senso contrario, cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 2001, il quale sostiene che, rispetto alla diretta applicabilità dei principi costituzionali ai rapporti interprivati "deve respingersi una generale risposta positiva", in quanto "gli strumenti tradizionali del diritto privato appaiono generalmente sufficienti al controllo delle manifestazioni della stessa autonomia anche nei termini del conflitto coi valori sanciti dal testo costituzionale. In particolare, il principio dell'ordine pubblico si presenta idoneo al controllo delle manifestazioni dell'autonomia negoziale che vengano ad urtare contro principi costituzionali", cit., 63.

²⁵ Con tale espressione si intende la concezione del giudice quale "passivo ripetitore di una volontà che si vuole compiutamente espressa dal legislatore": M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2018, cit., 625.

²⁶ E. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2001, cit., 29.

²⁷ Così, C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, cit., 240.

²⁸ Così, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, cit., XVII. In tal senso, cfr. anche M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, il quale ritiene che, applicando le clausole generali, "il giudice non è infatti chiamato a volteggiare, senza rete, nei cieli dell'etica. Tutt'altro. Il suo compito segue una partitura quasi 'a rima obbligata'", cit., 2173.

²⁹ In tal senso, Cass., 24 settembre 1999, n. 10511. In dottrina, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006,

valutazione circa la meritevolezza di interessi, "secondo l'ordinamento giuridico", ex art. 1322, co. 2 c.c., la quale deve essere in ogni caso parametrata "ai superiori valori costituzionali – oggi come interpretati e reciprocamente influenzati dai principi dell'ordinamento dell'Unione europea e da quelli desumibili dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo – previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti³⁰". Infatti, si è sostenuto che la solidarietà rappresenti "la base sulla quale devono fondarsi le soluzioni in tutti i conflitti in cui debba decidersi a chi accollare le conseguenze negative del comportamento contrario a buona fede³¹", la quale ad essa si collega come fonte integrativa del contratto, "intesa come criterio di comportamento capace di disciplinare l'azione dei soggetti nella pratica degli affari in forza dell'appartenenza a una comunità, dando concretezza al principio della parola data (*pacta sunt servanda*)³²".

Tra le probabili conseguenze della violazione della buona fede si faceva riferimento al risarcimento del danno, alla risoluzione del contratto e, in casi

il quale osserva che "si prospetta per il civilista un vasto e suggestivo programma d'indagine, che si propone l'attuazione di obiettivi qualificati: individuare un sistema del diritto civile maggiormente armonizzato ai principi fondamentali e, in particolare, ai bisogni esistenziali della persona; ridefinire il fondamento e l'estensione degli istituti giuridici, specialmente civilistici, sottolineando i loro profili funzionali in un tentativo di rivitalizzazione delle singole normative alla luce di un rinnovato giudizio di meritevolezza; verificare e adeguare le tecniche e le nozioni tradizionali (dalla situazione soggettiva al rapporto giuridico, dalla capacità di agire alla legittimazione ecc.), in uno sforzo di ammodernamento dello strumentario e, in particolare, della teoria dell'interpretazione", cit., 555.

³⁰ Così, Cass., 19 giugno 2009, n. 14343. Cfr. anche Cass., 1 aprile 2011, n. 7557; Cass., 10 gennaio 2012, n. 65, le quali sottolineano "l'interazione, sulle previgenti norme codistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranaionale comunque applicabili quali principi informatori fondanti dell'ordinamento stesso".

³¹ G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, cit., 234. In senso contrario, cfr. L. MENGONI, *Fondato sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, il quale ritiene che "nemmeno alla nozione costituzionale di solidarietà può essere avvicinato il concetto civilistico di buona fede (o correttezza) [...]. La buona fede (oggettiva) è un criterio regolatore di rapporti paritari tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici, mentre la solidarietà è un criterio regolatore di interessi che non si contrappongono su un medesimo piano: essa ha una dimensione collettiva, significa *farsi carico*, nell'esercizio di un diritto individuale di libertà, anche del bene comune, almeno nel senso minimale – spiegato dall'art. 41, comma 2, con riguardo all'esercizio della libertà di iniziativa economica – di non perseguire il proprio interesse individuale in contrasto con l'utilità sociale e con l'interesse generale al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana", cit., 143.

³² U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giust. civ., Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, 2020, cit., 336.

eccezionali (ossia nel caso di violazione della buona fede sfociata in dolo contrattuale), all'annullamento del contratto; ancora, al disconoscimento degli effetti del contratto o alla modifica giudiziale del contratto.

Tuttavia, l'impostazione tesa ad applicare la buona fede nel contratto con valore precettivo, ammettendo che l'art. 2 Cost. ed il principio di solidarietà entrino nel contratto, comporta una serie di dubbi.

Il primo verte sulla possibilità di immaginare la buona fede come strumento di controllo dell'equilibrio del contratto e come strumento per ricondurre ad equità il contratto eventualmente squilibrato: dal momento che la buona fede è clausola vaga, se si ammettesse ciò, si attribuirebbe un potere dirompente al giudice, con il rischio che quest'ultimo si trovi solo alle prese con un criterio eccessivamente elastico, al punto tale da dare libero sfogo al suo "estro arbitrario"³³. Inoltre, vi è un atto di autonomia privata che è tendenzialmente insindacabile, in quanto le parti sono tendenzialmente libere di darsi un determinato assetto di interessi³⁴, salvo che il contratto non sia contrario a "ordine pubblico" e "buon costume", che sono altre clausole generali: in tali ipotesi, si giungerebbe alla nullità.

Al di là di tali perplessità, orientamento ormai prevalente ritiene che, attraverso la buona fede, possa ipotizzarsi un controllo del giudice del contratto e la possibilità di ricondurlo ad equità. Si supera, infatti, il prospettato potenziale conflitto tra buona fede ed autonomia privata, in quanto quest'ultimo "si manifesterebbe soltanto nei casi in cui si volessero utilizzare le clausole generali del diritto per conferire all'interprete il compito di giudicare immediatamente della giustizia del contratto senza alcun riferimento al contesto relativo alla formazione della regola contrattuale"³⁵: si tratta, però di una circostanza che in tal caso non si verifica, dal momento che buona fede ed equità hanno come costante punto di riferimento il programma contrattuale cui ineriscono.

Dunque, l'atto negoziale si esporrebbe, secondo questa ricostruzione, ai cinque rimedi prima richiamati (risarcimento del danno; risoluzione del contratto;

³³ Cfr. I. L. NOCERA, *Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti*, in *Giust civ.*, 2014, cit., 4.

³⁴ Sul punto, FERRO LUZZI, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, in VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, il quale osserva che nel codice civile "così come per quanto concerne il prezzo, tutte le altre condizioni contrattuali sono considerate dall'ordinamento *giuste* in quanto e per il solo fatto di essere state liberamente individuate dai contraenti, indipendentemente dalla circostanza che siano o meno *eque* (ovviamente nel senso di *proporzionate alle esigenze*)", cit., 554.

³⁵ I. L. NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. Trim. dir. Priv.*, fasc. 4, 2014, Milano, cit., 1469.

annullamento del contratto nel caso in cui la violazione della buona fede sfoci in dolo contrattuale; disconoscimento degli effetti del contratto; modifica giudiziale del contratto), dei quali la modifica giudiziale è la più pericolosa, in quanto si fonda non sull'art. 1339 c.c. ma sull'art. 1375, che è norma vaga, che potrebbe attribuire al giudice poteri eccessivi.

2. (segue) Da regola di comportamento a regola di validità.

Qualsiasi negozio deve "soggiacere ad una duplice valutazione, di validità dell'atto conseguente ad una sua compiuta interpretazione che manifesti contrasto con le disposizioni normative, e di ammissibilità dei comportamenti esecutivi alla stregua di una valutazione dinamica che può in ipotesi sfociare in una pronuncia di responsabilità³⁶".

Tradizionalmente, si è sostenuto il principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità, individuando la buona fede nella prima categoria. In forza di tale assunto, si è escluso "l'ingresso all'interno del giudizio di validità dei precetti volti a regolare la condotta delle parti³⁷". In particolare, le Sezioni Unite³⁸ hanno fatto riferimento alla tradizionale distinzione, specificando che la violazione delle norme di comportamento, tanto nella fase pre-negoziata, quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente; viceversa, è esclusa ogni tipo di incidenza sulla genesi dell'atto negoziale, con la conseguenza che la inosservanza di regole di comportamento quantomeno non è idonea a provocare la nullità del contratto³⁹, ma soltanto la inesigibilità della prestazione, disapplicazione di clausole, risoluzione per inadempimento o semplice risarcimento del danno⁴⁰.

³⁶ Così, F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2010, cit., 153.

³⁷ F. RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, cit., 206.

³⁸ Cass. SS. UU. 19 dicembre 2007, n. 26724.

³⁹ Sul punto, ancora Cass. SS. UU. 19 dicembre 2007, n. 26724, in cui si chiarisce che "unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità".

⁴⁰ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, 804.

Secondo la impostazione tradizionale, dunque, la buona fede, come principio che incide nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.), nella fase di pendenza della condizione (art. 1358 c.c.) e nella fase esecutiva (art. 1375 c.c.), è regola di comportamento dei contraenti, la cui violazione comporta la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno⁴¹. In particolare, in base a tale orientamento, essa non può essere regola di validità, ossia da strumento in grado di invalidare il contratto qualora le parti realizzino comportamenti con essa contrastanti, in quanto essa "è troppo immancabilmente legata alle circostanze del caso concreto da poter assurgere a requisito di validità"⁴²; "requisito di validità che invece la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite".

Tuttavia, la separazione tra regole di validità e regole di comportamento non risulta più netta come un tempo, in quanto la buona fede, secondo una certa impostazione, viene "trascinata" all'interno delle regole di validità, comportando, in caso di sua violazione, la declaratoria di nullità. Non solo vi sono aperture da parte della giurisprudenza (si pensi alla pronuncia della Consulta in materia di caparra confirmatoria manifestamente eccessiva⁴³), ma si registrano ipotesi in cui è lo stesso legislatore a prevedere che la violazione di regole di comportamento conduca alla sanzione della nullità.

Ad esempio, nei contratti con il consumatore⁴⁴, le nullità relative (cc. dd. di protezione) derivano dalla violazione anche della buona fede oggettiva, ossia di regole attinenti al rapporto, come la inosservanza di obblighi informativi (nel

⁴¹ Sull'argomento, cfr. Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, la quale osserva come sia "già scolpita nel sistema più generale la necessità che, nella fase precontrattuale, il contratto tra le parti, in quanto qualificato dall'affidamento reciproco e dallo scopo perseguito, sia improntato, alla stregua del formante normativo di cui agli artt. 1175 e 1375 e art. 2 Cost., al rispetto degli obblighi di buona fede, di protezione ed informazione".

⁴² Sul punto, cfr. V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova 1969, il quale osserva che il contenuto del dovere generale di buona fede "è il più vario e prende concretezza di fronte alla situazione particolare, potendo consistere tanto in azioni quanto in omissioni", cit., 37.

⁴³ Corte costituzionale n. 248/2013 e n. 77/2014.

⁴⁴ Su tale nozione v. art. 3, lett. a), Cod. cons., che definisce il consumatore come "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta". In senso analogo già art. 2 direttiva 93/13/CE. In giurisprudenza, cfr. Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, secondo la quale deve essere considerato consumatore la persona fisica che, pur svolgendo attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana, estranee all'esercizio di dette attività. In senso analogo, Cass., 13 giugno 2006, n. 13643; Cass., 22 maggio 2006, n. 11933; Cass., 25 luglio 2001, n. 10127.

rispetto del principio di trasparenza contrattuale)⁴⁵ o l'apposizione di clausole vessatorie, che determinano un significativo squilibrio di diritti e di obblighi a carico del consumatore in mancanza di trattativa individuale (artt. 33 e 36 Cod. consumo⁴⁶). Si tratta delle cc. dd. nullità di protezione, nelle quali rileva la buona fede, poste a tutela non solo dell'interesse generale al rispetto delle regole di mercato, ma anche di quello particolare all'equilibrio del contratto⁴⁷, in un'ottica di ordine pubblico di protezione⁴⁸. Esse, in quanto volte a tutelare il contraente cd. debole, sono a legittimazione ristretta, ma è comunque prevista la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, sebbene subordinata alla verifica della utilità pratica che ne potrebbe derivare al soggetto protetto. In tal caso, il potere del giudice di rilevare la nullità "rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata"⁴⁹.

Inoltre, nell'ambito dell'annullamento del contratto, il comportamento in buona fede (nel caso di errore) o quello contrastante con essa (nel caso di dolo determinante e di violenza) si interseca con la invalidità.

Ancora, l'art. 9 l. n. 192/1998, in materia di subfornitura, prevede una ipotesi di nullità parziale della clausola contrattuale frutto di abuso di dipendenza economica, che trova il suo referente nel preceitto della buona fede⁵⁰: infatti, quest'ultima consente al giudice di "definire l'abusività della clausola e di integrare il contratto"⁵¹, mediante il ricorso all'equità ex art. 1374 c.c. In tal caso, la nullità è ricollegata all'intento emulativo o di approfittamento conseguente ad

⁴⁵ Sull'argomento, G. VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003; cfr. pure F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998.

⁴⁶ Sul tema, cfr. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017, 248 ss.

⁴⁷ Sul punto, cfr. SS. UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, la quale sottolinea la "natura ancipite" delle nullità di protezione, in quanto "funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato [...]) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti)".

⁴⁸ Con tale espressione si intende "un coacervo di norma che tutelano determinati soggetti giuridici appartenenti a ceti o gruppi sociali caratterizzati da una situazione di particolare debolezza e vulnerabilità e che conseguentemente necessitano di una specifica protezione da parte del legislatore": M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 900.

⁴⁹ Così, Cass., SS. UU., nn. 26242 e 26243 del 2014.

⁵⁰ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 395.

⁵¹ Così, M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, cit., 196.

una posizione di supremazia⁵². Su tale scia, anche l'art. 67septesdecies (rubricato "sanzioni") d. lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo), al comma 4 prevede la nullità nel caso di violazione degli obblighi di informativa precontrattuale, o di condotta che ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente oppure di mancato rimborso delle somme eventualmente pagate. Ancora, in tal senso si pongono gli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 380/2001, che, in tema di compravendita immobiliare stipulata in violazione di norme edilizie che impongono alle parti specifiche dichiarazioni o allegazioni urbanistiche, discorrono di atti nulli, "che possono essere confermati" o "non convalidabili". Altra ipotesi è quella derivante dalla possibilità di tardiva registrazione introdotta a seguito della l. n. 431 del 1998, art. 13, come recentemente modificato dalla l. n. 208/2015, art. 1, comma 59, (c.d. legge di stabilità 2016), laddove è stato previsto l'obbligo unilaterale del locatore di provvedere alla registrazione del contratto di locazione entro il termine perentorio di trenta giorni (comma 1, secondo periodo dell'art. 13 cit.), stabilendosi altresì che, in caso di inottemperanza a tale obbligo, il contratto sia nullo.

Numerosi, dunque, sono gli esempi in cui il dato comportamentale, specie nella fase precontrattuale e, quindi, estrinseca rispetto al contratto, diviene criterio determinante nell'ambito del giudizio sulla validità del contratto stesso, dando conferma di una sorta di tendenziale, "trascinamento" del principio di buona fede sul terreno delle regole di validità⁵³. Tuttavia, si tratta comunque di una mera tendenza, di certo non sufficiente a sostenere che la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento abbia subito uno "sradicamento" nel sistema del codice civile⁵⁴.

3. La buona fede integrativa, tra eteronomia e autonomia privata. Gli obblighi di protezione.

Nella parabola evolutiva della buona fede, si deve far riferimento anche al progressivo riconoscimento ad essa di una funzione integrativa, strettamente

⁵² In tal senso, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, 800.

⁵³ Sull'argomento, v. G. VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Persona e Mercato*, 3/2015, il quale sottolinea come "queste tecniche di protezione, sebbene previste in materie speciali palesano un'evidente *vis espansiva* e più generale esprimono una propensione dell'ordinamento giuridico a modulare la disciplina del rimedio attorno al caso concreto; norme che spingono l'interprete a disancorarsi dalla rigidità degli schemi rimediali predisposti, modellando la propria attività sulla fattispecie dedotta", cit., 65.

⁵⁴ Così, Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, n. 26724.

connessa al "dilemma della democrazia liberale⁵⁵", ossia al rapporto tra eteronomia, da intendersi come "regolamento di interessi che proviene dall'altro o dagli altri⁵⁶", ed autonomia privata, tra quest'ultima e l'ordinamento, tra la volontà del privato e quella della legge.

In particolare, si è passati da una iniziale diffidenza, in ragione della affermazione del dogma dell'onnipotenza del legislatore e della riduzione del diritto alla legge, nonché dall'idea dell'autonomia negoziale come "elemento motore del diritto privato⁵⁷" e della forza espansiva del regolamento contrattuale⁵⁸, ad un sempre più diffuso ricorso a forme di eterointegrazione, ossia alla costruzione dell'oggetto del contratto attraverso "due diverse fonti degli obblighi discendenti dal contratto: quanto in esso è espresso, da un canto, e la legge, gli usi e l'equità, dall'altro⁵⁹".

In altri termini, inizialmente si riteneva che l'integrazione, quale "ampliamento del contenuto espresso dal contratto⁶⁰", costituito da tutte quelle "forme di intervento sul contratto che vanno al di là del pur ampio svolgimento della logica della dichiarazione⁶¹", fosse "antagonista dell'autonomia privata", rappresentando il "meccanismo che più intensamente di ogni altro sacrifica la libertà contrattuale⁶²". Si è giunti, poi, alla progressiva consapevolezza della insufficienza della legge e delle determinazioni dei privati "a coprire ogni

⁵⁵ Espressione di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, cit., 8.

⁵⁶ Così, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1984, cit., 136.

⁵⁷ Così, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Persona e mercato – Saggi*, 2012, cit., 14. Sul punto, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, secondo il quale "la fonte privata rimane [...] il motore del contratto, nel senso che o impedisce una valida conclusione del contratto [...] o preclude la possibilità di parlare di contratto in senso tecnico", limita la possibilità di legge e giudice "di partecipare alla conclusione del contratto", cit., 87.

⁵⁸ Sul punto, E. BETTI, *Negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1957, il quale chiarisce che "l'iniziativa privata provvede ad ogni consapevole assetto [degli interessi privati], esplicandosi non solo nell'aspirare a certi scopi pratici, ma anche nel foggalarsi i mezzi ad essi rispondenti, prima di ogni intervento dell'ordine giuridico".

⁵⁹ Così, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, cit., 12. In tal senso, cfr. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 2006, fasc. 3, il quale ha sottolineato come "il contenuto del rapporto contrattuale è il risultato di un concorso di fonti diverse, delle quali la determinazione volitiva delle parti è una soltanto", cit., 711.

⁶⁰ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, cit., 122.

⁶¹ Così, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, cit., 9.

⁶² Così, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, cit., 471.

possibile aspetto della situazione regolata”⁶³. Il contratto, così, viene inteso come una sorta di “recipiente nel quale insieme alla fonte privata (la volontà dei contraenti) si riversano le fonti legali (legge ed usi) e quelle giudiziali (buona fede ed equità)⁶⁴”. Al fianco alla fonte *autonoma*, dunque, si pongono le fonti *eteronome* (legge usi, equità) e viene meno alla volontà dei privati “il monopolio nella costruzione dell’assetto di interessi vincolante”⁶⁵.

La buona fede, pur non essendo richiamata espressamente dall’art. 1374 c.c., norma sulle “modificazioni che il contratto determina nelle posizioni giuridiche delle parti e nei corrispondenti rapporti giuridici⁶⁶”, è ormai pacificamente considerata criterio di integrazione⁶⁷, quale parte attiva al processo di determinazione del contenuto contrattuale e degli effetti⁶⁸. A tale conclusione, secondo una certa impostazione⁶⁹, si giunge in ragione del rinvio alla “legge”, in cui deve intendersi ricompreso anche un rinvio alle clausole generali, tra cui quella contenuta nell’art. 1375 c.c., attinente alla fase contrattuale esecutiva, nonché nell’art. 1175 c.c.⁷⁰ Altro orientamento, invece, ha sostenuto che la buona fede integrativa non possa trovare una base normativa anche nell’art.

⁶³ Così, la Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit. 2.

⁶⁴ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 68.

⁶⁵ In tal senso, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, cit., 786.

⁶⁶ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, cit., 479.

⁶⁷ Sul tema, v. M. R. MORELLI, *La buona fede come limite all’autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I; v. pure anche ALPA, *La buona fede integrativa: note sull’andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno Int.le di Studi in onore di A. Burdese*, 2003, I, 155 ss. Cfr. anche NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, in F. GALGANO (diretto da), *Le monografie di Contr. e impr.*, Padova, 2010; v. pure PIRAINO, *L’integrazione del contratto e il precezzo di buona fede*, in F. VOLPE (diretto da), *Correzione e integrazione del contratto*, 2016, 175 ss.

⁶⁸ Così, G. M. UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Torino, 2004, cit., 95.

⁶⁹ In tal senso, MAIORCA, *Il contratto*, Torino, 1996, 312; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in SCHLESINGER (diretto da), *Trattato dir. civ. e comm.*, Milano, 2002, 512 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, 172.

⁷⁰ Cfr. E. CAPOBIANCO, *L’integrazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Tratt. Contr.*, II, *Regolamento*, Milano, 2006, il quale ritiene che “il silenzio dell’art. 1374 è [...] apparente in quanto la norma richiama la legge e la legge appunto prevede [...] che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”, cit., 413.

1374 c.c., ma esclusivamente nell'art. 1375 c.c., come "fonte di integrazione contrattuale autonoma, avente altresì un fondamento normativo autonomo⁷¹". Al di là della soluzione preferita, si precisa comunque che "l'interrelazione così stabilita tra le predette norme non implica [...] che l'integrazione del contratto alla stregua della buona fede sia assimilabile all'integrazione mediante puntuale previsioni normative, tenuto conto che la natura di clausola generale della buona fede e il ruolo svolto dal giudice implicano innegabilmente peculiari modalità di attuazione del preceitto, dando luogo ad un'operazione integrativa giudiziale, fondata sulla legge e comunque orientata da criteri desumibili dal contesto normativo al quale la clausola inerisce⁷²". Infatti, il giudice, nella sua attività integrativa attribuisce al contratto "non già conseguenze ad esso estranee; ma quelle conseguenze che, pur se non espresse, sono *razionalmente* e *ragionevolmente* desumibili dalla natura dell'operazione economica che un siffatto contratto intende realizzare⁷³".

In tal senso, si distingue, da un lato, la buona fede valutativa, che attiene alla fase dinamica del rapporto obbligatorio, quale "metro di comportamento" per i soggetti del rapporto e un "binario guida" per la sintesi valutativa del giudice, il cui contenuto non è a priori determinato⁷⁴; dall'altro, quella precettiva, che opera attraverso la determinazione di modifiche nel regolamento negoziale, il cui contenuto risulta "più esattamente individuato, e per così dire arricchito⁷⁵", tramite la costituzione di specifici obblighi, assistiti da autonome azioni di adempimento, inibitorie e risarcitorie ed aventi "la funzione di rendere

⁷¹ G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 127. In senso analogo, A. DI MAJO, *La buona fede oltre il contratto*, in *Corr. giur.*, 2002, 333. V. pure Sul punto, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, il quale sottolinea come "il principio di correttezza, proprio perché clausola generale, non si esaurisce nei singoli richiami normativi. Sarebbe dunque gravemente errato sostenere che il comportamento scorretto è fonte di responsabilità solo se nel contempo viola un diritto altrui già direttamente protetto da una norma giuridica, in tal modo riducendo il principio di correttezza ad una formula priva di autonoma cogenza", cit., 562

⁷² Così, Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit., 5.

⁷³ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, cit., 288.

⁷⁴ Così, Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140.

⁷⁵ Ancora, Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140. In senso analogo, Cass., sez. lav., 14 maggio 2014, n. 10428.

giuridicamente doverosi gli atti necessari al soddisfacimento degli interessi dedotti in contratto⁷⁶.

Dunque, la buona fede, se inizialmente era ricondotta a mero strumento di valutazione delle condotte delle parti e della conformità di esse al regolamento negoziale, poi col tempo ha assunto il ruolo di autonoma fonte di obbligazioni. Infatti, da essa si estrapolano degli obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione) che in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale vanno ad individuare la *regula iuris* effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti hanno inteso raggiungere⁷⁷. In altri termini, si tratta di obblighi extra-volontaristici, “necessari od opportuni in funzione del raggiungimento del risultato che caratterizza quella singola operazione contrattuale⁷⁸”, i quali svolgono una “funzione strumentale alla realizzazione del programma economico contrattuale⁷⁹” e ad un “corretto processo informativo nella strutturazione e nel funzionamento del mercato competitivo⁸⁰”.

Nell’ambito della “tipizzazione dei comportamenti di buona fede⁸¹” si individuano obblighi di informazione, di protezione, di attenzione e di tutela dell’affidamento;

⁷⁶ Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit., 7.

⁷⁷ Così, Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2064; Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140; Cass., sez. lav., 14 maggio 2014, n. 10428. In tal senso, cfr. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 (cd. caso Fiuggi), secondo la quale il principio di buona fede, “per il suo valore cogente, concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l’interpretazione e l’esecuzione”. V. pure Trib. Treviso, 8 ottobre 2018, n. 1956 secondo il quale “il rapporto obbligatorio è caratterizzato quindi da una struttura complessa, in quanto il principio di correttezza si pone come fonte di doveri ulteriori che vincolano le parti, nonostante questi non risultino specificamente dal titolo”.

In dottrina, cfr. F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell’arbitro (o del giudice) di equità*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1/1999, il quale chiarisce che “alla buona fede compete [...] la concretizzazione della regola astratta di comportamento secondo un giudizio di congruenza; e in questa sua funzione diviene filtro di valori che il singolo programma obbligatorio è destinato a (e deve) recepire”, cit., 78.

⁷⁸ A. DI MAJO, *L’esecuzione del contratto*, Milano, 1967, cit., 415.

⁷⁹ Così, G. M. UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Torino, 2004, cit., 110. In giurisprudenza, cfr. Cass., 9 agosto 2016, n. 16827; Cass., 10 giugno 2016, n. 11914; Cass. 13 maggio 2014, n. 10352.

⁸⁰ A. JANNARELLI, *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. Lipari*, III, Padova 2003, cit., 73.

⁸¹ BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2019, cit., 459.

di esecuzione di prestazioni non previste in contratto, ma necessarie per la salvaguardia dell'utilità della controparte; di modifica del proprio comportamento durante l'esecuzione del contratto; di tolleranza rispetto a modifiche della prestazione che non ne compromettano apprezzabilmente la sostanziale utilità⁸²; di informazione di tutte le circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto o comunque tali da evitare un aggravio di spese o il compimento di una prestazione errata, al fine di garantire la "trasparenza ottimale dei contenuti negoziali predisposti" e di "consentire alla controparte di rappresentarsi al meglio portata e convenienza degli effetti contrattuali"⁸³; infine, di corretto esercizio di poteri discrezionali⁸⁴, ossia di "desistenza da iniziative o inerzie a ragione del carattere abusivo o pretestuoso dell'esercizio dei poteri contrattuali o legali che le autorizzerebbero"⁸⁵.

Tali obblighi di protezione sono strettamente connessi al generale dovere di salvaguardare la sfera giuridica dei soggetti coi quali venga instaurato un rapporto, nel più ampio contesto di valorizzazione della clausola di buona fede, e trovano il proprio fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost., che sancisce il dovere inderogabile di solidarietà⁸⁶. Tale dovere si esprime nella necessità di

⁸² Sul punto, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, il quale fa riferimento al fatto che "il creditore, rivelatesi inattuabili determinate condizioni contrattuali, deve accettare quelle sostituzioni che non comportino una modifica sostanziale delle originarie pattuizioni", cit., 563

⁸³ Così, Cass., SS. UU., 24 settembre 2018, n. 22437. Sul punto, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, il quale definisce la informazione "quale fondamento di una scelta libera e consapevole, ossia accesso ai processi produttivi delle imprese e ai meccanismi informativi della dinamica societaria, o l'informazione nella forma di educazione al consumo e dunque strumento di tutela preventiva degli interessi degli eventuali acquirenti", cit., 531. Sull'argomento, cfr. anche F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1/2010, il quale chiarisce come "ad assumere rilevanza giuridica non è il rapporto fra le reciproche prestazioni o il merito dell'atto, ma il pieno e corretto esercizio del potere di autonomia, nonché la libertà e la consapevolezza nella scelta, che trova nell'informazione e nella trasparenza, la propria garanzia", cit., 59.

⁸⁴ Sul punto, cfr. F. CARINGELLA, MAZZAMUTO, MORBIDELLI, *Manuale di diritto civile*, 2009, 761 ss. Cfr. pure F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, il quale sottolinea come "la correttezza evita che la discrezionalità si trasformi in arbitrio e si risolve nella trasparenza ed imparzialità dei criteri di valutazione [...], sindacabili dal giudice in termini di ragionevolezza e congruità della motivazione", cit., 563.

⁸⁵ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 168.

⁸⁶ In tema, cfr. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, la quale chiarisce che il dovere di solidarietà, entrando "in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 cod. civ.), all'un tempo gli attribuisce una *vis* normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle

prendere in considerazione e di salvaguardare gli interessi dei soggetti coi quali il singolo individuo viene in contatto nelle sue relazioni sociali ed economiche, al fine di garantire il “sostanziale rispetto della personalità dei soggetti, della loro sicurezza, della loro libertà e della loro dignità umana⁸⁷”.

Dunque, come affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, la buona fede costituisce “strumento per il giudice atto a controllare anche in senso modificativo o integrativo lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio tra opposti interessi”⁸⁸.

La conseguenza è che si possa oggi sostenere, alla luce della esaltazione del principio di solidarietà e dell'applicazione diretta di esso nel contratto, che non sarebbe immaginabile un contratto contrastante con il principio di buona fede. Dunque, emerge l'idea che le parti siano “tenute non solo a ciò che è espressamente previsto, ma anche a tutto ciò che deriva dalla buona fede, in particolare dagli obblighi di protezione e di attenzione”⁸⁹. In sostanza, “l'obbligo di buona fede costituisce un autonomo dovere giuridico ed è espressione del principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica”⁹⁰. Essa “diviene una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altro, a prescindere dalla esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quando espressamente stabilito da singole norme di legge”⁹¹. In altri termini, “la

cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato”.

⁸⁷ Così, U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, (art. 1175 del c.c.), in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1985, cit., 167.

⁸⁸ Cass., SS. UU., 15 novembre 2007, n. 23726, in materia di tutela giudiziaria del credito monetario unitario. Sul punto, cfr. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in tema di riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, in cui si chiarisce che il potere manutentivo del giudice deve essere considerato “semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata”; v. pure Cass., 16 febbraio 2012, n. 2231.

⁸⁹ Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, in materia di clausole *claims made*.

⁹⁰ In tal senso, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, il quale sostiene che il principio di solidarietà ex art. 2 Cost. “impronta di sé non solamente la materia delle obbligazioni, ma l'intero campo del diritto privato, inteso come diritto che regolamenta i rapporti intersoggettivi”, cit., 563.

⁹¹ Cass., SS. UU., 11 febbraio 2007, n. 3462; in tal senso, v. pure Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273, la quale chiarisce che il principio di buona fede “enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti di agire in modo di preservare gli interessi dell'altra”. Cfr. pure Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, secondo la quale “la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di

buona fede serve a mantenere il rapporto giuridico sui binari dell'equilibrio e della proporzione"; essa costituisce lo "strumento per il giudice atto a controllare - anche in senso modificativo o integrativo - lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio tra opposti interessi"⁹². Ancora, le Sezioni Unite definiscono il principio di buona fede oggettiva come "reciproca lealtà di condotta, che deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione e alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase"⁹³. Da ciò deriva che la clausola generale di buona fede e correttezza – quale "endiadi sinonimica"⁹⁴ – è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.) quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

Insieme agli obblighi collaterali di derivazione integrativa, cui si è fatto riferimento, la buona fede comporta la conseguente insorgenza di "corrispondenti posizioni giuridiche attive, aventi come oggetto la pretesa dell'attività, dell'atto o della condotta insiti nell'obbligo contrattuale"⁹⁵. Ebbene, trattandosi, come visto, di obblighi volti a garantire la realizzazione del

solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del neminem laedere, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte". In senso analogo, Cass., 13345/2006. In dottrina, v. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, II.

⁹² Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106 (caso *Renault Italia*). Sull'argomento, cfr. Cass., 23 maggio 2011, n. 11295, secondo la quale la buona fede "è anche fonte legale d'integrazione del contratto, quale obiettiva regola di condotta che vale a determinare il comportamento dovuto in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, ed è volta alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati". V. pure Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, in cui si fa riferimento agli obblighi derivanti da buona fede e correttezza che, "pure se non sono richiamati espressamente nel contratto [...], entrano a fare parte del regolamento negoziale come si è venuto a tipizzare nella prassi per effetto di un fenomeno di integrazione volto a tutelare gli interessi connessi alla prestazione principale".

⁹³ In tal senso, v. pure Cass. 5 marzo 2009, n. 5348; Cass. 11 giugno 2008, n. 15476. Sul punto, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, che definisce l'art. 1175 come "norma aperta, di raccordo, specialmente in materia contrattuale, con il mondo dei traffici commerciali", cit., 562

⁹⁴ Così U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, cit., 337.

⁹⁵ Così, G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, cit., 199.

programma negoziale, la mancata osservanza degli stessi, quali atti dovuti, impedisce il corretto funzionamento del contratto ed il conseguimento delle finalità economiche dei contraenti, dando luogo ad un inadempimento contrattuale⁹⁶.

4. Buona fede, controllo giudiziale nella legislazione e nella giurisprudenza interna e sovranazionale. Verso un principio di giustizia contrattuale?

L'irruzione della Costituzione con i principi generali ha acceso il dibattito circa la configurabilità o meno di un principio di giustizia e parità contrattuale⁹⁷ e sul ruolo rivestito in tale contesto dalle clausole generali, al fine di giungere ad una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della sopravvenuta Carta fondamentale⁹⁸.

Come visto, nei confronti delle clausole generali vi era un atteggiamento di sfiducia, in quanto si intendeva evitare la conseguenza di lasciare uno spazio eccessivamente ampio di intervento al giudice⁹⁹, attribuendogli il compito di provvedere alla "formazione della norma (concreta) di decisione, vincolandolo a una direttiva espressa, attraverso il riferimento ad uno *standard sociale*", dal quale trarre delle "linee di riflessione per la ricerca della regola di decisione del caso in oggetto¹⁰⁰". La buona fede è, infatti, nella sua intenzionale indeterminatezza, un "concetto bisognoso di integrazione valutativa¹⁰¹" da parte

⁹⁶ Sul punto, cfr. Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, con nota di G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, secondo il quale la violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni «che si fonda anche sul dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. e che deve essere assolto secondo il principio di buona fede, comporta responsabilità contrattuale qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ritenersi ugualmente doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto», cit., 2129.

⁹⁷ Sul tema, v. A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 625 ss.; v. pure A. M. PINELLI, *Il contratto giusto*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2020, 663 ss.

⁹⁸ Sul tema, cfr. F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016, il quale si riferisce ad una "rilettura del codice civile alla luce della Costituzione e dei nuovi valori che la stessa esprime e promuove", cit., 1. V. pure P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in ID., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, 34 ss.

⁹⁹ Sull'argomento, cfr., C. CASTONOV, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 1986, il quale chiarisce come il modello di "porre il giudice in veste di partecipe alla creazione delle norme" fosse "inusitato e comunque avversato dalla nostra tradizione", cit., 26.

¹⁰⁰ L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, cit., 12.

¹⁰¹ Così, G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, cit., 440.

del giudice, il quale è chiamato a (ri)costruire la fattispecie¹⁰², dando concretezza alla clausola generale attraverso criteri extragiuridici e giudizi di valore.

Ebbene, l'attribuzione di un ruolo di tale portata, a tratti "creativa"¹⁰³ e non meramente applicativa, all'organo giurisdizionale ha sempre destato molte perplessità, per una serie di ragioni. Innanzitutto, si è sostenuto che esso avrebbe avuto "il sapore di un'appropriazione indebita a scapito del legislatore"¹⁰⁴, laddove il giudice, "animato da finalità di giustizia sostanziale, e reputando iniquo l'esito del giudizio di validità quale risulta dall'applicazione delle regole formali poste dal legislatore, si avvalga della buona fede per pervenire ad un risultato differente"¹⁰⁵. In tal modo, si aprirebbero all'interprete spazi indefiniti di apprezzamento, conducendo ad un giudicato disomogeneo ed imprevedibile¹⁰⁶; viceversa, l'idea era che il contraente dovesse essere in grado di conoscere *ex ante* (e chiaramente) ciò che la legge gli consente e/o gli impone; e, conseguentemente, essere in condizione di fare i propri calcoli di convenienza e, sulla base di essi, assumere le conseguenti decisioni contrattuali¹⁰⁷.

Inoltre, tali dubbi attengono al difficile equilibrio tra regolamentazione giuridica e forze del mercato, visto come "area di libertà", che passa attraverso un'autonomia negoziale pura e non controllata dal giudice, ed "istituzione

¹⁰² Sul punto, cfr. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, il quale chiarisce che l'opera del giudice "è ri-costruttiva, non creativa e quindi il giudice [...] non è autorizzato ad essere un attivista, a creare nuovo diritto rispetto ai casi nuovi. Il suo compito non è di *inventare* nuovi diritti e obblighi ma di *scoprire* o *rivelare* quali sono i diritti e gli obblighi dei contendenti in un giudizio. I materiali normativi accumulati (leggi e precedenti) costituiscono un peso dal quale il giudice non dovrebbe potersi liberare per imboccare nuove strade a suo piacimento", cit., 887.

¹⁰³ ALPA, *La creatività all'opera: giurisprudenza e fonti del diritto*, in AA. VV., *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 2003.

¹⁰⁴ Così, MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, cit., 636.

¹⁰⁵ F. RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, cit., 207.

¹⁰⁶ A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XIII, 4, Torino, 2004, cit., 169.

Cfr. F. TRONCONE, *L'emergenza Covid-19 e la sua incidenza sui contratti di locazione*, in *Studium Iuris*, 2021, 7-8, il quale prospetta, "secondo un approccio critico alla problematica, [il] rischio di un'attività d'interpretazione creativa, che potrebbe dar luogo a un soggettivismo interpretativo e applicativo, ideologicamente orientato, con nocume del parimenti rilevante – e antagonista – principio della certezza del diritto o, quanto meno, della prevedibilità delle decisioni", cit., 860.

¹⁰⁷ C. GRANETTI, *Autonomia privata ed intervento del giudice*, in *Jus Civile*, n. 3/2018, cit., 397.

produttrice di proprie regole¹⁰⁸: ne consegue che, si è ritenuto, “ostacolare l'esecuzione di alcune transazioni a motivo della loro ingiustizia [porrebbe] una sfida diretta al funzionamento del mercato come fonte di ricchezza”, in cui la stessa ingiustizia “è una conseguenza comune delle transazioni” e “regolare lo squilibrio contrattuale [sembrerebbe] colpire alle radici un ordine sociale basato sul libero mercato¹⁰⁹”.

Ulteriore ragione di tale scetticismo nei confronti della regolamentazione dell'equilibrio negoziale risiede nel fatto che essa rappresenterebbe un limite ingiustificato all'autonomia contrattuale, da intendersi quale potere delle parti di autoregolamentazione dei propri interessi, sia nell'*an*, che nel *quomodo*, ossia “di decidere se e in che modo le proprie sfere giuridiche abbiano ad essere incise dal contratto¹¹⁰”. In particolare, si è sostenuto che l'attribuzione di poteri di intervento da parte del giudice comporterebbe la “capitolazione sia dell'autonomia privata, sia del principio di certezza dei rapporti giuridici, dato che sarebbe possibile stravolgere un contratto successivamente senza la preoccupazione di una minima garanzia di stabilità di quanto pattuito¹¹¹”. Non a caso, anche alla autonomia negoziale, al pari della buona fede, è riconosciuto rango costituzionale¹¹², in quanto diritto inviolabile dell'uomo, ex art. 2 Cost., nonché frutto della “libertà effettiva di esplicazione della personalità umana”, ex art. 3, co. 2, Cost.¹¹³, ma anche della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà, ex artt. 41, co. 2 e 3, e 42 Cost.¹¹⁴

Tuttavia, si è progressivamente fatta spazio l'idea che la società non sia riducibile al mercato ed alle sue regole, ma debba essere regolamentata dal diritto, che

¹⁰⁸ Espressioni utilizzate da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 473.

¹⁰⁹ Così, H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, cit., 84.

¹¹⁰ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, cit., 37.

¹¹¹ G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007, cit., 255.

¹¹² In tal senso, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3: il contratto*, Milano, 2000, il quale osserva che, “oltre che come potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale, l'autonomia privata può essere vista come un diritto di libertà, e quindi come un diritto fondamentale della persona”, cit., 30.

¹¹³ Sul punto, cfr., Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, la quale osserva che il principio di uguaglianza “va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie”.

¹¹⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 793 ss.

ne indica limiti e correttivi¹¹⁵ e che "l'autonomia privata può, o forse deve, essere controllata per garantire rapporti giusti¹¹⁶", in quanto essa deve essere intesa "non più come un valore in sé ma come uno strumento per il perseguimento di interessi conformi ai valori di fondo cui l'ordinamento si ispira¹¹⁷". Sul punto, già la Relazione al codice, al par. 603, ha stabilito che l'autonomia contrattuale, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa. L'ordinamento rispetta le iniziative private, ma l'individuo non è atomo disperso, la sua attività è associata a quella degli altri e tutti sono subordinati agli interessi dello Stato. Non vi è diritto che non sia attribuito al singolo con finalità sociale e la tutela che la legge appresta al singolo non è tutela di un interesse egoistico, ma è tutela diretta o indiretta dell'interesse nazionale. L'individuo, quindi, in quel tempo era considerato non già *ut singulus*, ma *ut civis*.

Tanto che si è giunti a discorrere di un "nuovo diritto dei contratti", che si trova a "spostare il suo asse dall'idea di libertà a quella di giustizia (contrattuale)¹¹⁸", in cui assumono centralità il ruolo della persona nel mercato e la funzione del mercato per la persona¹¹⁹ e le finalità non sono "solo integrative, ma prevalentemente conformative dei regolamenti contrattuali e/o dell'ambiente economico (mercato) in cui si svolgono¹²⁰". Il contratto, quindi, diventa

¹¹⁵ In tal senso, F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1/1999, "se si è convinti che il mercato non è un *locus naturalis* nel quale vige la legge della giungla, ma un *locus artificialis* che le regole giuridiche concorrono a qualificare (secondo il sistema di valori sui quali ogni convivenza inderogabilmente si fonda), ogni preoccupazione che le clausole generali, attribuendo strumenti discrezionali all'interprete, siano foriere di incertezze, se non di arbitrii, deve essere rapidamente fugata", cit., 76.

¹¹⁶ Così, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3: il contratto*, Milano, 2000, cit., 32.

¹¹⁷ Così, la Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit., 19. Sul punto, cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, il quale sottolinea che "il regolamento contrattuale non possa più essere appannaggio della piena ed esclusiva disponibilità dei privati, ma debba essere, attraverso un meccanismo di sganciamento dalla fonte, attratto nella disponibilità conformatrice dell'ordinamento", cit., 138.

¹¹⁸ V. ROPPO, *Squilibrio contrattuale e tutela del contraente debole*, Roma, 20 ottobre 2010.

¹¹⁹ P. PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.

¹²⁰ Così V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.

“strumento a plurimo impiego¹²¹”, in quanto esso non è più soltanto manifestazione di autonomia privata e di autoregolamentazione, ma assolve anche alla funzione di mezzo per il perseguimento di interessi superindividuali¹²². In tale rinnovato contesto, dunque, “l’equilibrio tra le prestazioni delle parti o l’equità del vantaggio conseguito da una di esse costituisce l’ideale di una sana circolazione dei beni, di una feconda cooperazione delle economie e delle attività individuali”, nonché “la giustificazione e il presupposto della tutela data dal diritto all’autonomia”¹²³. Si riconosce ormai un potere d’ingerenza del giudice, il quale è tenuto ad utilizzare il diritto in via conformatrice rispetto alle autonomie contrattuali, al fine di reagire ai cd. fallimenti del mercato e alle conseguenze pregiudizievoli delle asimmetrie informative e di “far coincidere le ragioni del mercato con le ragioni del pubblico interesse, l’efficienza con la giustizia”¹²⁴. Ebbene, alla ricerca del difficile equilibrio tra autonomia ed ordinamento, al fine di risolvere il dubbio sulla stessa configurabilità di un principio di giustizia contrattuale, frutto di un interesse dell’ordinamento a che le parti concludano un contratto giuridicamente ed economicamente giusto, la giurisprudenza ha cercato di dare un importante contributo.

Tale cambio di passo emerge, innanzitutto, da una serie di pronunce della Corte costituzionale.

In sintesi, la Consulta¹²⁵ ha riconosciuto i “possibili margini di intervento” del giudice “nei confronti di una clausola negoziale che riflette un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato nei confronti di una parte”. In particolare, “è possibile attingere dall’art. 1418 c.c. e far rilevare d’ufficio l’eventuale nullità della caparra confirmatoria eccessiva” per contrasto con il precezzo dell’art. 2 Cost. (per il profilo dell’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà). Dunque, con tali pronunce, la Consulta afferma la possibilità che il giudice dichiari la nullità della caparra confirmatoria attraverso la applicazione

¹²¹ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, cit., 786.

¹²² Sul punto, Cass., SS. UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, secondo la quale “lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell’autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese”.

¹²³ Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, Roma, 2010 (rist.), n. 656.

¹²⁴ Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 481.

¹²⁵ Corte costituzionale n. 248/2013 e n. 77/2014, in materia di caparra confirmatoria manifestamente eccessiva. In dottrina, G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *Contratti*, 2014, 927 ss; v. pure F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 685 ss.

diretta nel contratto del principio costituzionale ex art. 2 Cost., "che entra direttamente in contratto in combinato disposto con il canone della buona fede", funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del *partner* negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse dell'obbligato. Pertanto, il giudice diventa arbitro del bilanciamento degli opposti interessi, in quanto colpisce il contratto non equo e gravemente sbilanciato con la sanzione della nullità parziale, attraverso il ricorso al principio di buona fede, che opera come "limite generale all'esercizio dell'autonomia privata, e, quindi, [...] strumento di controllo della ragionevolezza e dell'equilibrio del contenuto contrattuale¹²⁶". In sostanza, la buona fede può svolgere altresì una "funzione contestativa del regolamento pattizio, al punto da impedirne, finanche, la recezione nell'ordinamento se non recuperabile, mediante integrazioni o correttivi, nell'interesse del contraente tutelato¹²⁷".

Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, poi, vi sono state aperture in tal senso. Infatti, si è sostenuto che il precetto dettato dall'art. 2 Cost., che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, "consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti a prevenire o reprimere l'abuso del diritto¹²⁸".

Ad esempio, le Sezioni Unite, in tema di riducibilità officiosa della clausola penale sproporzionata¹²⁹, hanno affermato che tale potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, che all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si

¹²⁶ Così, Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit., 6. In dottrina, F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, 2019, il quale sottolinea come "la valenza generale del principio di buona fede abbia finito per legittimare un più penetrante controllo del giudice sui rapporti privati", cit., 81.

¹²⁷ SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura*, in *Giustizia civile*, 1990, I, cit., 135.

¹²⁸ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128.

¹²⁹ Cass., SS. UU., 13 Settembre 2005, n. 18128.

traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita.

Così operando, la legge ha in sostanza spostato l'intervento giudiziale, diretto al controllo della conformità del manifestarsi dell'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa è consentita, dalla fase formativa dell'accordo - che ha ritenuto comunque valido, quale che fosse l'ammontare della penale - alla sua fase attuativa, mediante l'attribuzione al giudice del potere di controllare che la penale non fosse originariamente manifestamente eccessiva e non lo fosse successivamente divenuta per effetto del parziale adempimento. Un potere di tal fatta appare concesso in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità, attraverso un controllo ispirato non all'interesse della parte ma a quello dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appaia meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale; siffatto limite non è prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità. Ne deriva la natura inderogabile della disposizione di cui all'art. 1384 cod. civ., attributiva al giudice del potere di ridurre la penale, riconoscendo che essa è posta principalmente a salvaguardia dell'interesse generale, per impedire sconfinamenti oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale.

Deve ritenersi, pertanto, che sia "immanente al nostro ordinamento un principio secondo cui, pur nel rispetto dell'art. 1322 c.c., viene attribuito al giudice un potere di controllo sulle pattuizioni delle parti, nell'interesse generale dell'ordinamento, al fine di evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro cui appare meritevole di tutela. Tale intervento, pertanto, si pone quale limite all'autonomia negoziale stessa, prevista dalla legge non nell'interesse individuale dei paciscenti, ma nell'interesse generale dell'ordinamento all'equità contrattuale¹³⁰".

Anche le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione in materia di cc. dd. clausole *claims made* ("a richiesta fatta")¹³¹ hanno mostrato il proprio *favor* alla

¹³⁰ Così, Trib. Treviso, 8 ottobre 2018 n.1956

¹³¹ Ci si riferisce, in particolare, a Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140, in materia di *claims made* impure (o miste), che subordinano l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza

applicazione dell'art. 2 Cost. al contratto. Più nello specifico, si è affermato che nel caso in cui dette clausole dovessero reputarsi immeritevoli di tutela, esorbitando dall'area della mera scorrettezza comportamentale presidiata dalla sola tutela risarcitoria, si imporrebbe una tutela reale (nullità, almeno parziale), favorita dal principio costituzionale di buona fede, ancorato all'art. 2 Cost., in chiave di solidarietà sociale, che consente al giudice di intervenire, modificando o integrando lo statuto negoziale.

Ancora, sulla stessa scia la Cassazione¹³² ha evidenziato che la immeritevolezza del contratto derivi non solo dalla violazione di norme imperative, nel senso che non si esaurisce nella illiceità del contratto, ma si realizza qualora quest'ultimo intenda perseguire un risultato in contrasto coi principi di solidarietà, parità e non prevaricazione, che sono posti dall'ordinamento a fondamento dei rapporti interprivati.

In particolare, la giurisprudenza ha chiarito che il codice del 1942, con riferimento alla meritevolezza non voleva legittimare convenzioni futili, ma solo convenzioni dirette a perseguire interessi rilevanti sul piano economico sociale. Si tratta di un giudizio (non un requisito del contratto, come la causa) e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito. Tale risultato dovrà dirsi immeritevole di tutela quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume o all'ordine pubblico. Principio consacrato anche nella Carta Costituzionale negli artt. 2, secondo periodo, 4, comma 2, 41, comma 2. Tuttavia, l'immeritevolezza non si esaurisce nell'illiceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa, ma discende dalla contrarietà del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Essa costituisce una parafrasi di quanto diceva il giurista Paolo nel suo *edictum*: "non omne quod licet honestum est". È, dunque, immeritevole di tutela il regolamento contrattuale che realizzi un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra parte (a), oppure che determina una posizione di indeterminata soggezione di una parte rispetto all'altra (b), o, ancora, che costringa le parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (c).

Tali tre diversi casi di immeritevolezza di tutela del contratto sono in realtà riconducibili ad un'unica fattispecie, rappresentata dal cd. contratto ingiusto. In

che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati.

¹³² Cass., SS. UU., 24 settembre 2018, n. 22437; in senso analogo, Cass., 28 aprile 2017, n. 10509.

altri termini, la Suprema Corte sembra affermare un principio di giustizia contrattuale, che rappresenta una novità assoluta, se si riflette sul fatto che tradizionalmente il contratto ingiusto, ossia sproporzionato a favore di una parte rispetto ad un'altra, non assuma rilevanza, se non nei casi di situazioni *ab origine* sperequate, in cui sussiste l'esigenza di tutelare il contraente cd. debole¹³³: si pensi alle ipotesi dei contratti tra professionista e consumatore, ma anche alla previsione di cui all'art. 1815, co. 2 c.c. ed alla risoluzione solo per lesione *ultra dimidium*, ex art. 1448 c.c., possibile solo ove vi sia sproporzione tra prestazioni dipesa dallo stato di bisogno di una parte, approfittamento dell'altra e la lesione eccedente la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. Il legislatore, dunque, ha deciso che la parità di potere contrattuale non sia "un presupposto normativo del contratto, e la ha, perciò, considerata in linea di principio del tutto irrilevante"¹³⁴, alla luce del principio di insindacabilità delle scelte negoziali¹³⁵. Tradizionalmente, infatti, non si è mai consentito un sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto anche perché l'equità e la proporzione tra prestazioni non sono considerate un obiettivo del diritto civile che invece mira a salvaguardare la libertà di scelta consapevole e ragionata dei paciscenti. L'equità, del resto, è considerata nell'art. 1374 c.c. un criterio di integrazione suppletiva (e non cogente) del contratto o un criterio di interpretazione, ma solo residuale (1371 c.c.).

¹³³ In tal senso M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, il quale osserva che "il legislatore del '42, nel forgiare la disciplina del primo contratto- non abbia perseguito l'equità oggettiva: l'idea è che ogni determinazione circa la congruità dello scambio è rimessa all'autonomia dei contraenti; insomma, l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali è riservato all'abilità dei singoli contraenti, l'unica preoccupazione del legislatore è che la volontà delle parti sia libera e consapevole e persegua interessi meritevoli di tutela. [...] Quando si passa alla legislazione consumeristica la giustizia contrattuale diviene l'obiettivo principale del legislatore perché l'asimmetria (di tipo informativo), che connota il rapporto tra consumatore e professionista, giustifica ciò che nel contratto comune non è normalmente ammesso", cit., 898.

¹³⁴ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 268. In giurisprudenza, Cass., 26 marzo 1996, n. 2653, secondo la quale "l'ordinamento italiano non conosce un principio di necessaria equivalenza delle prestazioni, onde l'eventuale squilibrio economico di queste, quando non rientra in altre figure [...] (come la rescissione), non ne inficia la validità".

¹³⁵ In tal senso, cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2018, il quale osserva che "il legislatore mostra di non voler salvaguardare l'equilibrio del contratto in sé, perché questo è espressione dell'autonomia negoziale delle parti. Se, quindi, il consenso è liberamente prestato, non è possibile intervenire sull'equilibrio del negozio, anche qualora questi sia squilibrato, perché si tratta di salvaguardare il principio di insindacabilità delle scelte negoziali", cit., 628.

Ancor più recente è una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione¹³⁶, riferita al caso di nullità di una regolamentazione recante una clausola *claims made* produttiva di un eccessivo squilibrio. La Suprema corte ha riconosciuto al giudice il compito di riequilibrare il contratto, attraverso lo scrutinio dell'ordinamento, al fine di individuare un modello di regolamentazione *claims made* che risponda "a condizioni operative compatibili con gli interessi perseguiti al momento della stipula dai soggetti contraenti". Si tratta di un arresto assai rilevante, in quanto da un lato valorizza l'impiego del criterio della buona fede contrattuale come guida per l'organo giurisdizionale nello scrutinio del regolamento negoziale al fine di verificare se la clausola *claims made* inserita tra le condizioni generali contribuisca a produrre uno squilibrio tale da ingenerare il difetto di causa in concreto; dall'altro, tale pronuncia ha il pregio di riconoscere al giudice, qualora ciò accada, la possibilità di porre in essere una "manovra *ortopedica* sul regolamento contratto", attraverso la "rideterminazione del contenuto del contratto affinché ritorni a funzionare come dispositivo operativo compatibile con gli interessi perseguiti dalle parti al momento della stipula"¹³⁷.

Le Sezioni Unite, in particolare, hanno evidenziato che in ogni contratto debba essere presente una valutazione di adeguatezza rispetto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti, una verifica di idoneità del regolamento effettivamente pattuito rispetto all'anzidetto obiettivo. Verifica che transita attraverso la portata che assume la c.d. "causa concreta" del contratto, ossia quella che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. Precisano le Sezioni Unite che non è, dunque, questione di garantire, e sindacare perciò, l'equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale, ma occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazione contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale. Tale indagine nei contratti tipici non prescinde, però, dalla stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza di cui al capoverso del citato art. 1322 c.c. e che guarda alla complessità

¹³⁶ Si fa riferimento a Cass., sez. III, 25 febbraio 2021, n. 5259, in *Il Corriere giuridico*, 2021, 6, 773 ss.

¹³⁷ Così, M. D'AURIA, *Il caso delle claims made*, in *Il Corriere giuridico*, 2021, 6, cit., 779.

dell'ordinamento giuridico, da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali (nel loro porsi come vincolo cogente: art. 117 Cost., comma 1) e segnatamente delle Carte dei diritti, le quali norme non imprimono all'autonomia privata una specifica ed estraniante funzionalizzazione, bensì ne favoriscono l'esercizio, ma non già in conflitto con la dignità della persona e l'utilità sociale (artt. 2 e 41 Cost.), operando, dunque, in una prospettiva promozionale e di tutela (punto 16 della richiamata sentenza). Dunque, l'esito del potere del giudice può essere non soltanto demolitorio, ma anche ortopedico e costruttivo. Mentre, infatti, nel primo caso, il contratto è nullo per difetto di causa o perché immeritevole di tutela, nel secondo il giudice, sulla base della parziale declaratoria di nullità, può ricostruire il contenuto del contratto: contenuto oggettivo e non soggettivo.

Ulteriori segnali in tal senso provengono dalla giurisprudenza in tema di rilevabilità officiosa del difetto di legittimazione del *falsus procurator*. Le Sezioni Unite¹³⁸, infatti, hanno riconosciuto il potere dell'organo giurisdizionale di rilievo d'ufficio (non della nullità, ma) dell'inefficacia e la possibilità del giudice di sollevare d'ufficio il difetto di legittimazione dello pseudo-rappresentante, qualora lo pseudo-rappresentato non abbia provveduto ad eccepirla, in quanto il contratto stipulato senza la volontà dell'interessato non può produrre effetti. È lo stesso ragionamento sviluppato dal Supremo Consesso sul rilievo officioso della nullità in tema di contratti tra imprenditore e consumatore¹³⁹, nella parte in cui si attribuisce al giudice un potere di intervento di ampio spettro, alla luce del "carattere grandangolare della nullità": "il rilievo officioso della nullità [...] è previsto per perseguire il complessivo equilibrio contrattuale che è inteso come principio generale che dà vita ad un ordine pubblico di protezione". Ultimo punto di arrivo di questa evoluzione è rappresentato dal giudizio di razionalità sulla causa in concreto che le Sezioni Unite esprimono in relazione a contratti aleatori, in particolare sui derivati finanziari¹⁴⁰. In particolare, è stato evidenziato che è sempre necessario verificare - ai fini della liceità dei contratti - se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza questo genere di "scommesse razionali" sul presupposto dell'utilità sociale di esse, intese come specie evoluta delle antiche scommesse di pura abilità. Elemento essenziale di tali contratti aleatori

¹³⁸ Ci si riferisce a Cass., SS. UU., 3 giugno 2015, n. 11377.

¹³⁹ Cass., SS. UU., 12 dicembre 2014, n. 26242.

¹⁴⁰ Ci si riferisce a Cass., SS. UU., 12 maggio 2020, n. 8770.

ed integrativi della loro causa tipica è l'esistenza di un'alea razionale, e quindi misurabile, da esplicitare necessariamente ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura o speculativa.

Su tale scia, anche il legislatore ha offerto una serie di spunti, individuando "frastagliati paradigmi del contratto ingiusto¹⁴¹". Tra questi, occorre far riferimento all'abuso di posizione dominante che si concretizza nell'imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (art. 3 l. n. 287 del 1990), nonché al significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi nei contratti dei consumatori (art. 33, co. 1 d. lgs. n. 205/2006) e all'abuso di dipendenza economica, disciplinato dalla l. n. 192/1998, che all'art. 9 riconnette la sanzione della nullità alla clausola che preveda un abuso di dipendenza economica, in cui cioè un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra, condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie¹⁴². Anche l'art. 67septesdecies (rubricato "sanzioni") d. lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo), al comma 4 prevede la nullità nel caso di violazione degli obblighi di informativa precontrattuale, o di condotta che ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente oppure di mancato rimborso delle somme eventualmente pagate.

5. Conclusioni.

Dalle pronunce richiamate si evince che il principio di giustizia contrattuale non rappresenti più un "irraggiungibile traguardo¹⁴³", ma sembra assumere portata generale, anche nell'ambito del primo contratto (ossia quello comune, configurato dal codice civile), sotto forma di sindacabilità giurisdizionale dell'equilibrio economico-normativo, attraverso il prisma del principio costituzionale di solidarietà sociale, ex art. 2 Cost. Qualora il contratto si ponga in contrasto con quest'ultimo, esso è immeritevole di tutela e, dunque, nullo: infatti, non basta che la stipula del contratto avvenga in mancanza di vizi formali, in quanto è necessario che il contratto stesso sia produttivo di un risultato giusto, ossia conforme al giudizio di buona fede.

¹⁴¹ I. L. NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. Trim. dir. Priv.*, fasc. 4, 2014, Milano, cit., 1451.

¹⁴² Sull'argomento, BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, il quale afferma che l'art 9 "costituisce uno dei dati positivi del sistema con cui l'interprete deve fare i conti nel dare voce alle clausole generali di diritto contrattuale", cit., 210.

¹⁴³ Espressione utilizzata da F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, cit., 556.

In altri termini, la giurisprudenza tende ormai a riconoscere sempre maggiori poteri al giudice di sindacare finanche l'equilibrio del contratto e addirittura di rimodellarne il contenuto, laddove possibile, sulla base del contenuto oggettivo che dal contratto possa desumersi.

I passaggi di questa modifica sono sostanzialmente due. Da un lato, l'evoluzione del principio di buona fede: da criterio meramente programmatico e di scarso rilievo a principio generale del diritto civile e del contratto in particolare. Attraverso il principio di buona fede si è evidenziata la necessità che il regolamento contrattuale debba comunque essere proporzionato. Dall'altro lato, vengono in rilievo i concetti di causa e meritevolezza: un contratto può avere una ragione pratico valida solo se è adeguato allo scopo prefissato; ove sproporzionato, il contratto può non essere adeguato allo scopo.

Anche se forse tecnicamente sarebbe stato più opportuno far riferimento ad una nullità per illecitità della causa in concreto, intesa come scopo pratico, funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là dello schema astratto¹⁴⁴. La sovrapposizione tra meritevolezza degli interessi e causa è determinato proprio dall'evoluzione di tale ultimo requisito del contratto: se, infatti, si ritiene che la meritevolezza sia un giudizio sul risultato perseguito con l'atto negoziale, e che la causa sia lo scopo pratico, ossia la sintesi degli interessi che le parti mirano a realizzare attraverso la negoziazione, è evidente che sussista un problema di sovrapposizione tra meritevolezza e causa. In altri termini, la causa, nella sua versione in concreto, non è lontana dall'idea di esprimere il risultato complessivo che le parti hanno perseguito. Peraltro, per stabilire se gli interessi siano meritevoli di tutela è necessario indagare la causa del contratto che, come visto, rappresenta l'intento pratico delle parti, la sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare. Anche perché la stessa giurisprudenza ha affermato che sia di intuitiva evidenza che qualsivoglia indagine sulla meritevolezza debba necessariamente essere

¹⁴⁴ Sul punto, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, secondo la quale la causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato". In tal senso, cfr. Cass., SS. UU., 24 settembre 2018, n. 22437, in cui si prospetta la "nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro".

condotta in concreto, al pari della causa, ossia con riferimento alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete¹⁴⁵.

In sostanza, da tale rassegna giurisprudenziale emerge "l'interesse dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio della autonomia contrattuale sia ordinato, corretto e ragionevole": il riconoscimento al giudice di "un ruolo attivo nella costruzione del contenuto del contratto"¹⁴⁶ è proprio volto a tale obiettivo. Dunque, la buona fede diviene "cartina di tornasole" per misurare l'iniquità del contratto, provocandone in caso di violazione l'invalidità o la possibilità per la parte debole di domandare l'intervento modificativo del giudice¹⁴⁷.

Il contratto gravemente iniquo, sproporzionato, tale da esporre la controparte ad una soggezione ingiustificata nei confronti dell'altra è certamente in contrasto col principio di buona fede e con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., che entra nel contratto attraverso l'art. 1375 c.c. Si registra, dunque, un superamento del principio di insindacabilità delle scelte negoziali se il contratto è contrario alla buona fede. Infatti, suddetto principio potrebbe ritenersi sussistente "solo a patto che non esistesse nel sistema un principio di solidarietà costituzionale, che invece è ormai pacificamente acquisito e che consente di valutare il merito delle decisioni dei privati". In altri termini, le soluzioni fondate sulla convinzione che "nel diritto privato ogni scelta di volontà sia sempre insindacabile", in forza di una prospettata "libertà di decidere ciò che si voglia, oggi devono cedere il passo ad una valutazione di ragionevolezza fondata appunto sul rispetto del principio di solidarietà¹⁴⁸" e di buona fede. Quest'ultima assurge a "criterio di controllo giudiziale dell'esercizio del potere di autonomia", rappresentando "lo strumento dogmatico di una strategia di allargamento delle fonti della normatività alla giurisprudenza, e per il suo tramite alla dottrina giuridica, nel segno del c.d. diritto vivente¹⁴⁹".

¹⁴⁵ Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140.

¹⁴⁶ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, vol. 4, cit., 582.

¹⁴⁷ I. L. NOCERA, *Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti*, in *Giust civ.*, 2014, cit., 6.

¹⁴⁸ Così, G. SICCHIERO, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*, in *Giur. It.*, 2021, n. 3, cit., 590 s.

¹⁴⁹ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 190. Sul punto, G. CALDARELLI, *La discrezionalità contrattuale alla luce del principio di buona fede: un'occasione di confronto con il sistema inglese*, la quale sottolinea come in realtà il riconoscimento di ampi margini di intervento al giudice si pone in un'ottica di effettività della tutela, da intendersi "come il diritto ad un rimedio effettivo, e per

Ciò attraverso due strade. La prima è il richiamo alla immeritevolezza degli interessi, in quanto vi sono obiettive ragioni di sovrapponibilità con la buona fede: entrambi i giudizi sono di valore e guardando al risultato realizzato dal contratto. Anzi, quando si dice che il contratto (sentenza sulle *claims made* del maggio 2016) è immeritevole di tutela quando è contrario ai doveri di solidarietà costituzionale, buona fede e meritevolezza sembrano sovrapporsi¹⁵⁰. Ne consegue che il contratto contrario a buona fede è un contratto nullo perché immeritevole di tutela.

Seconda strada è giungere alla nullità ritenendo che il regolamento contrattuale contrario a buona fede si ponga in contrasto coi principi costituzionali: si tratterebbe di una sorta di nullità virtuale per contrasto con una norma imperativa, ovvero con il principio di solidarietà ex art 2 Cost., che entra nel contratto attraverso l'art. 1375 c.c., mettendo da parte la stessa distinzione tra norme di validità e di comportamento. L'art. 1418 c.c., infatti, nel prevedere la nullità del contratto in contrasto con norme imperative, opera quale "raccordo tra la disciplina della patologia negoziale ed i valori giuridici tutelati dalla legislazione speciale e da altri settori normativi"¹⁵¹. In sostanza, si riconoscono margini di intervento al giudice volti proprio ad affermare *ex officio* la nullità di un contratto che preveda uno squilibrio tra le parti tale da porsi in contrasto coi principi di buona fede, correttezza e solidarietà, risultando invece del tutto inadeguata una mera tutela risolutoria o risarcitoria di un contratto siffatto.

È, dunque, evidente dal panorama giurisprudenziale summenzionato, nonché dal progressivo rilievo attribuito alle clausole generali, in combinato coi principi costituzionali, che il ruolo del giudice finisce per essere completamente rinnovato. Egli, infatti, non rimane "acriticamente vincolato a soluzioni e ricostruzioni collaudate e radicate nella tradizione", ma è chiamato a formire il proprio apporto "nel processo di formazione della norma attraverso la via giurisdizionale, con la valorizzazione di tutti i possibili (e verosimili) dati ed

questa via il principio di effettività spinge verso una estensione dei poteri del giudice, chiamato ad adeguare il rimedio alle necessità del caso concreto", cit., 1658.

¹⁵⁰ Sul punto, v. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4/2017, il quale afferma come "lo squilibrio, anche in quelle occasioni in cui, in linea di principio, si afferma il pieno diritto di concludere contratti *rovinosi* diviene addirittura elemento idoneo per giungere a negare la meritevolezza degli interessi perseguiti", cit., 1127.

¹⁵¹ F. RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, cit., 211.

elementi argomentativi, per tentare di offrire una lettura razionale e razionalizzante del sistema¹⁵².

¹⁵² Così, F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016, cit., 19.

La libertà formale del *pactum fiduciae* nel tortuoso *iter* di riconoscimento della “cittadinanza giuridica” al fenomeno fiduciario

di AMBROSINO Raffaele*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. Negozio fiduciario e patto fiduciario: il contrasto tra prassi e diritto. 3. Il discusso inquadramento giuridico del *pactum fiduciae*. 4. Libertà formale o principio di simmetria delle forme? Le Sezioni Unite tentano di sciogliere l'aporia. 5. Il principio di libertà delle forme come “permesso di soggiorno” alla fiducia. Il tramonto del formalismo ai tempi del COVID-19.

Abstract: *The trust agreement, despite the absence of a positive legislation, is widely applied in contractual practice. The regulation of the phenomenon is the work of judges and doctrine. With regard to its legal nature and in particular that of the pactum fiduciae, two theses have been formulated: that of the preliminary contract and of the mandate without representation. These orientations arrive at opposite conclusions as regards the form of the fiduciary agreement, giving rise to a jurisprudential conflict that is resolved by the intervention of the United Sections Court of Cassation with sentence no. 6459/2020 which decides for principle of freedom of forms (also) for the real estate trust agreement. However, the decision of the Court is not conclusive as the judges specify that the trust agreement represents a "casuistry" as it cannot be regulated in the same way in any case. The decision stands in contrast to recently new-formalistic attitude. This revirement seems to be justified by the need to ensure formal freedom to contractual practice in a period of crisis dictated by the contingent pandemic situation, in order to eliminate formal obstacles and ensure greater speed of legal traffic.*

1. Considerazioni introduttive.

* Abilitato all'esercizio della professione forense.

Il fenomeno fiduciario è notoriamente estraneo all'assetto giuridico positivo e la laconicità normativa sul punto è sintomatica di una reiezione dell'ordinamento italiano alla fiducia quale fonte positiva di obbligazione¹.

Va tuttavia evidenziato come la prassi, ricorrendo alla clausola aperta di cui all'art. 1174 c.c. ed al principio di autonomia contrattuale *ex art.* 1322 c.c., riesce a conferire al negozio fiduciario una dignità giuridica che non è rimasta indifferente al legislatore, il quale, dopo un tentativo fallimentare di regolare espressamente il fenomeno², fa riferimento allo stesso in diverse recenti novelle³.

La cospicua opera della giurisprudenza⁴, con un'imperversante attività ermeneutica, attribuisce rilevanza al fenomeno fiduciario accordandogli in non pochi casi tutela giuridica, consentendo altresì di superare la resistenza di posizioni dottrinarie maggiormente conservatrici⁵.

Il frequente ricorso alla stipula di negozi fiduciari, in particolare nell'ambito immobiliare, e la tutela giudiziaria accordata agli stessi pone però notevoli problemi interpretativi e di inquadramento giuridico, dovuti soprattutto alla totale assenza di una disciplina positiva. Una volta infatti riconosciuta dignità giuridica al trasferimento fiduciario come è possibile tutelare le parti del rapporto? La risposta al quesito genera un'aporia tra due principi fondamentali del sistema giuridico, che un recente intervento giurisprudenziale tenta di risolvere.

Seguire una strada piuttosto che una altra non è mera petizione di principio viste le ripercussioni sul piano dommatico. Un'importante chiave di lettura della *quaestio* è fornita da due linee direttive: la contestualizzazione sociale

¹ La parola "fiducia(ria)" è rintracciabile nel corpo del codice civile in sole due occasioni, e precisamente nell'art. 627 c.c. che disciplina la disposizione fiduciaria testamentaria e nel Libro V, Titolo V quando, in alcune disposizioni, è presente un generico riferimento alla "società fiduciaria".

² Si fa riferimento alle "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010", il cui art. 11 delegava il Governo ad «introdurre nell'ordinamento giuridico nazionale il contratto di fiducia all'interno della disciplina del contratto di mandato, definendo altresì la procedura per l'emanaione dei decreti legislativi d'attuazione».

³ Il ricorso al contratto "fiduciario" è rinvenibile in materia di crisi da sovraindebitamento nella l. 27 gennaio 2012 n. 3 (Decreto Crescita-*bis*), in materia testamentaria nelle DAT così come introdotte e regolate dagli artt. 4 e ss. l. 22 dicembre 2017 n. 219, ed infine va menzionata la fattispecie di "contratto di affidamento fiduciario" introdotta dalla l. 25 giugno 2016 n. 112 (Legge sul Dopo di Noi).

⁴ Per un'esaustiva rassegna delle pronunce sul tema si rinvia a nt. 16 e 17.

⁵ Sulle posizioni assunte dalla dottrina conservatrice si rinvia, senza pretesa di esaustività, a B. BONFANTI, *la forma del patto fiduciario. A proposito di Cass. S.U. n. 6459/2020 reperibile su ilcaso.it.*

dell'impiego del fenomeno fiduciario, che rappresenta spesso uno strumento utilizzato con finalità elusive, e la portata "interiore" dell'affidamento fiduciario fondato sulla lealtà dei soggetti coinvolti da cui deriva che il fenomeno rileva giuridicamente solo nel suo (eventuale) momento "patologico".

Inoltre l'analisi delle posizioni assunte dai giudici di legittimità sulla questione ha una portata più ampia, dando spunto alla riflessione sul rinnovato spirito "libertario" che anima la Corte finalizzato a favorire la circolazione dei traffici giuridici in un momento di contingente crisi dovuto alle misure necessarie a contrastare la pandemia.

2. Negozio fiduciario e patto fiduciario: il contrasto tra prassi e diritto.

Il negozio fiduciario è una *species* del negozio giuridico, caratterizzato dalla presenza di un *quid pluris* rispetto agli elementi essenziali dello stesso: la fiducia⁶. Quest'ultima oltre a rappresentare un elemento costitutivo della fattispecie, assume, nella dinamica negoziale, una funzione programmatica in grado di permeare l'intero assetto d'interessi sul piano ontologico ed effettuale. Strutturalmente il negozio fiduciario si articola in un ordinario atto giuridico (principale), traslativo o costitutivo, a mezzo del quale una parte – fiduciante – pone in essere una manifestazione di volontà attributiva alla controparte – fiduciario – della titolarità di una situazione giuridica, cui è accompagnato (in

⁶ In tema di negozio fiduciario la letteratura è sconfinata, si riporta *ex plurimis* MIR. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, Giappichelli, 2002; A. BORGIOLI, s.v. "Società fiduciaria I) diritto commerciale", in "*Enciclopedia giuridica*", XXIX, Roma, Treccani, 1993, p.1 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, ESI, 1933; U. CARNEVALI, s.v. "Negozio giuridico III, Negozio fiduciario", in "*Enciclopedia giuridica*", XX, Roma, Treccani, 1990; A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, Giuffrè, 1995; G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, *Rivista di diritto civile*, 1983, I, p. 136 ss.; A. DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato, Giurisprudenza completa*, XXII, 1946, II, p. 705 ss.; A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, Longanesi, 1979; M. GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese*, Quadrimestre, 1990, p. 273 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, *Rivista di diritto commerciale*, 1936, I, p. 353 ss.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, Giuffrè, 2001; E. M. MASTROPAOLO, *La fiducia nel diritto positivo francese*, *Rivista di diritto civile*, 2000, I, p. 35 ss.; R. MARTUCCI, *Proposte per una considerazione del negozio fiduciario alla luce del diritto tedesco vigente e della rei vindicatio utilis romana*, *Rivista di diritto commerciale*, 1991, p. 479 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla "riservatezza" alla "trasparenza"*, in AA.VV. *I Trusts in Italia oggi*, a cura di Beneventi, Milano, Giuffrè, 1966; G. OPPO, s.v. "Titoli di credito I) in generale", in "*Enciclopedia giuridica*", XXXI, Roma, Treccani, p. 13, 1994; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme)*, in AA.VV. *Studi in onore di Rescigno*, V, Milano, Giuffrè, 1998, p. 347 ss.; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo, Teoria, Pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 232 ss.

rapporto di accessorietà)⁷ un ulteriore accordo tra le parti – il patto fiduciario – che definisce, programmaticamente, le modalità di esercizio dei poteri e delle facoltà scaturenti dalla situazione giuridica soggettiva di cui è divenuto titolare il fiduciario. Il tutto è teleologicamente orientato alla realizzazione di uno scopo ultroneo alla causa negoziale tipicamente prevista dalla legge per il contratto posto in essere.

Il fenomeno *de quo* si identifica nel suo complesso nella combinazione tra un negozio giuridico-traslativo ad effetti reali ed un patto accessorio ad effetti obbligatori, ad esito della quale si cumulano in capo al fiduciario-avente causa una situazione giuridica positiva ad effetti reali e lo *status* di debitore del fiduciante, in forza delle obbligazioni scaturenti dal *pactum fiduciae*.

Stante l'assenza nell'ordinamento positivo di una disciplina della fiducia, è stato da taluni Autori⁸ ritenuto impossibile considerare il negozio fiduciario un istituto giuridico. Da tale *deficit* normativo scaturisce la discussa individuazione della natura del fenomeno.

Il legame sussistente tra i due momenti della fattispecie è stato oggetto d'indagine, e dal relativo inquadramento giuridico sono state formulate dagli studiosi disparate tesi, tutte volte ad individuare ed evidenziare ruolo della fiducia.

Secondo una prima teoria, il trasferimento della situazione giuridica soggettiva dal fiduciante al fiduciario sarebbe in sé privo di causa, o meglio a causa astratta. In base ad una concezione che tende ad estremizzare lo scopo-fine delle parti, la causa negoziale non sarebbe identificabile in quella tipica del negozio posto in essere ma in quella che sottende l'accordo obbligatorio tra le parti che permea l'atto traslativo rendendolo un *unicum*.

⁷ Sulla relazione di accessorietà tra fiducia ed assetto negoziale si veda V. M. TRIMARCHI, s.v. "Negozio fiduciario" in "Encyclopedie del Diritto", XXVIII, 1978, Milano, Giuffrè, p. 308.

⁸ Così G. MESSINA, *Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*, in AA. VV. *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit. p. 247 e 331, N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 88.

Seguendo tale impostazione (detta della “*causa fiduciae*”)⁹, ammissibile solo se si riconosce nel nostro ordinamento l’esistenza del negozio a causa astratta¹⁰, la combinazione atto traslativo-patto fiduciario costituirebbe un unico negozio giuridico. Tale ricostruzione è caratterizzata dall’impossibilità di declarare la nullità del negozio per assenza di causa, con decadenza degli effetti traslativi in capo al fiduciario, tutte le volte in cui il medesimo violi il patto fiduciario.

Altra parte della dottrina¹¹ pur asserendo l’unicità del negozio fiduciario, non ravvisa nel patto fiduciario l’espressione di un fondamento causale del trasferimento negoziale ma, sottolineando la rilevanza “interna” della fiducia quale fonte di obbligazione “morale”, ritiene che la stessa costituisca un mero motivo¹² dello schema negoziale fiduciario, o quella che è giuridicamente definita “presupposizione” negoziale. Alla luce di tali osservazioni l’atto traslativo del fiduciante mantiene la causa propria della fattispecie legale, e la fiducia essendo confinata nella sfera dei motivi non avrebbe rilevanza alcuna sul piano giuridico. Tale ricostruzione è però smentita dalla prassi, in particolar modo quella giudiziale che almeno sul piano obbligatorio appresta tutela giuridica al fiduciante che dimostri l’esistenza e la violazione del *pactum fiduciae*.

Più confacente allo “stato dell’arte” appare quindi la teoria¹³ che non inquadra la combinazione negozio traslativo-patto fiduciario in un unico negozio ma intravede in tale struttura la presenza di due distinte fattispecie negoziali di cui la fiducia costituisce il “collante”. Il negozio fiduciario sarebbe il frutto di un collegamento negoziale tra atto traslativo e patto obbligatorio, ognuno dei quali pur mantenendo la propria causa è collegato all’altro in un rapporto di strumentalità preordinato dalle parti al raggiungimento di uno scopo ulteriore.

⁹ C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit. p. 369 secondo il quale «di negozio fiduciario si può, nel nostro sistema, parlare, come negozio causale, di cui è caratteristica una atipica *causa fiduciae*. Questa causa è atipica nel senso che attraverso l’elemento di fatto di ogni negozio fiduciario le parti perseguono un intento che non è dal legislatore previsto in via specifica». Ed analogamente DE MARTINI *Il concetto del negozio giuridico e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giurisprudenza Italiana* 1946, I, 2, il quale p. 326 intende il negozio fiduciario come «categoria giuridica tipizzata socialmente dalla cosiddetta *causa fiduciae* e indipendente dalle cause tipizzate legislativamente».

¹⁰ È bene precisare che nel nostro ordinamento è esclusa l’astrazione totale della causa dal negozio giuridico, ritenendosi ammissibile la sola “astrazione parziale” o “processuale”. Per approfondimenti si rinvia a M. C. DIENER *Il contratto in generale*, Milano, Giuffrè, 2015.

¹¹ In particolare si veda F. SANTORO-PASSARELLI *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1971, p. 180 ss., nonché L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1950.

¹² Cfr. S. RICCA s.v. “Motivi (diritto privato)”, in *Encyclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, XXVII, p. 279.

¹³ S. PUGLIATTI cit., p. 278, v. altresì U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1975, II, p. 694.

Pertanto la combinazione degli effetti negoziali degli atti posti in essere da fiduciante e fiduciario è la sola in grado di produrre il risultato finale. Ed è il riconoscimento della liceità dello scopo finale raggiunto a giustificare la tutela giuridica del fiduciante in caso di violazione del *pactum fiduciae*.

Le diatribe dottrinarie sono il frutto della refrattarietà del nostro impianto codicistico alla positivizzazione del fenomeno fiduciario, che si scontra con una prassi negoziale incline all'impiego dell'istituto *de quo*.

L'ordinamento giuridico italiano, a differenza di altri ordinamenti, non concepisce in modo espresso il fenomeno fiduciario quale fonte giuridica di obbligazione¹⁴; in tale quadro è stato ed è compito degli operatori del diritto conferire dignità e riconoscimento giuridico al negozio fiduciario. In loro soccorso ricorre però la clausola aperta di cui all' art. 1173 c.c. che annovera tra le fonti dell'obbligazione «ogni (altro) atto o fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico», tra cui può sicuramente rientrare la fiducia¹⁵.

Nel panorama giuridico delineato l'attività giurisprudenziale ha un ruolo fondamentale, essa, alla stregua delle diverse posizioni dottrinali, ha dato luogo ad orientamenti divergenti, ed in alcuni casi antipodici in particolar modo sul problema dell'inquadramento del *pactum fiduciae*.

Si rammenta che l'intervento dei giudici è essenziale nello sviluppo della disciplina del fenomeno fiduciario, non solo per l'assenza di una disciplina positiva, ma soprattutto per il la constatazione che esso, così come delineato, assume un rilievo giuridico solo nel suo momento "patologico". Infatti solo

¹⁴ S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, ritiene che la cosiddetta fiducia legale non sia vera fiducia in quanto essa «nega con l'aggettivo il sostantivo; almeno nel senso che fa venir meno quei tipici problemi di costruzione che sono caratteristici del fenomeno fiducia, e rinvia ai comuni problemi di applicazione ed interpretazione della legge».

¹⁵ È necessario prendere atto che il nostro sistema giuridico riconosce ed è compatibile solo con il concetto di "fiducia romanistica" che consiste nella "pienezza" del diritto trasferito al fiduciario. Quest' ultimo, a seguito dell'atto traslativo, diventa pieno ed esclusivo titolare del bene oggetto mediato del negozio fiduciario. Alla "pienezza" del diritto acquisito tuttavia non corrisponde una completa libertà di disposizione dello stesso, in quanto il *pactum fiduciae* vincola il fiduciario al raggiungimento dello scopo fiduciario. A tale concezione si oppone il concetto di "fiducia germanistica" che si configura come un meccanismo di segregazione, a mezzo del quale in capo al fiduciario sorge solo una situazione di legittimazione giuridica all' esercizio delle facoltà e dei poteri sul bene trasferito in funzione dello scopo fiduciario.

La distinzione tra i due concetti di fiducia si riflette inoltre sulla disciplina pubblicitaria dei trasferimenti. Negli ordinamenti che prediligono la "fiducia romanistica" la causa fiduciaria del trasferimento non è opponibile *erga omnes* ma rileva con effetti obbligatori solo *inter partes*, ed il trasferimento è reso pubblico secondo le ordinarie regole di circolazione dei beni. Nei sistemi che invece adottano l'impostazione "germanistica" il fiduciante può sempre opporre ai terzi la causa fiduciaria del trasferimento, il quale determina una separazione tra titolarità e legittimazione all'esercizio del diritto di proprietà.

qualora il fiduciario violi l'intesa limitativa del diritto trasferitogli emerge l'esigenza del fiduciante di rivendicare il valore giuridico della fiducia sottostante al trasferimento, ed è solo l'esistenza della "dignitas" giuridica della fiducia che può giustificare l'intervento e la tutela giudiziale.

3. Il discusso inquadramento giuridico del *pactum fiduciae*.

Il *pactum fiduciae* è elemento essenziale della negoziazione fiduciaria in quanto costituisce la fonte d'obbligo del fiduciario per la realizzazione dello scopo finale. Poiché il fenomeno fiduciario calato nella prassi negoziale, rappresenta una "casistica" piuttosto che una fattispecie¹⁶, è necessario prendere atto della circostanza che il patto fiduciario è stato e continua ad essere oggetto di diverse qualificazioni giuridiche da parte della dottrina e degli operatori del diritto.

Nell'odierno assetto ordinamentale, così come per il negozio nel suo complesso, anche sulla natura del patto fiduciario sono sorte diverse tesi, tutte suffragate da pronunce di legittimità¹⁷ che hanno dato luogo, per la diversità di posizioni, ad un ricorrente contrasto giurisprudenziale sul quale sono recentemente intervenute le Sezioni Unite¹⁸.

¹⁶ L'espressione è stata impiegata da A. GENTILI *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, *Corriere giuridico*, Milano, IPSOA, 2019, p. 1475 ss., commentando l'ordinanza di rimessione alla Cass. S.U. ed è stata mutuata dagli stessi giudici della Corte di Cassazione nella sentenza a Sezioni Unite del 6 Marzo 2020 n. 6459.

¹⁷ In particolare l'obbligo di forma scritta è statuito dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla sentenza di Cass. Civ. S.U., 19 ottobre 1954, n. 3861, in *Foro Italiano*, 1955, I, 9; precedentemente a quella sentenza a Sezioni Unite, *ex multis* Cass. Civ., 18 marzo 1948, n. 427, in *Foro Italiano*, 1948, I, p. 281; Cass. Civ., 10 maggio 1951, n. 1038, in *Giurisprudenza italiana*, 1951, I, 1, p. 303. Per le sentenze successive, tra le altre, Cass. Civ., 26 gennaio 1955, n. 193, in *Giustizia Civile*, 1955, I, p. 710; Cass. Civ., 7 dicembre 1961, n. 2777, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, I, 1, p. 855; Cass. Civ., 9 febbraio 1965, n. 2011, in *Giustizia Civile*, 1965, I, p. 1433; Cass. Civ., 13 dicembre 1970, n. 2565, in *Giustizia Civile*, 1971, I, p. 585; Cass. Civ., 31 dicembre 1978, n. 5939, in *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, p. 1292; Cass. Civ., 19 marzo 1980, n. 1838, in *Foro Italiano*, 1981, I, p. 843; Cass. Civ., 19 novembre 1982, n. 6239, in *Giurisprudenza Italiana*, 1983, I, 1, p. 903; Cass. Civ., 23 dicembre 1987, n. 9634, in *Corriere giuridico*, 1988, p. 254; Cass. Civ., 12 gennaio 1991, n. 256; Cass. Civ., 30 settembre 1994, n. 7590, in *Contratti*, 1995, p.16; Cass. Civ., 26 febbraio 1996, n. 596; Cass. Civ., 18 giugno 1998, n. 6063; Cass. Civ., 10 novembre 2000, n. 14637; Cass. Civ., 24 gennaio 2003, n. 1137, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, I, 1, p.1864; Cass. Civ., 25 ottobre 2005, n. 20651; Cass. Civ., 30 maggio 2006, n. 12848; Cass. Civ., 24 gennaio 2012, n. 1007. *Contra*, con particolare riferimento al principio di libertà formale del mandato senza rappresentanza Cass. Civ., 9 maggio 1952, n. 1316, in *Foro Italiano*, 1952, I, p. 1361; Cass. Civ., 6 marzo 1953, n. 532, in *Foro Italiano*, 1953, I, p. 950. Per le pronunce recenti, Cass. Civ., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Corriere giuridico*, 2013, p.1504; seguita da Cass. Civ., 11 novembre 2015, n. 22989; Cass. Civ., 28 ottobre 2016, n. 21805; Cass. Civ., 4 ottobre 2018, n. 24320.

¹⁸ Cass. Civ. S.U., 6 Marzo 2020 n. 6459 in Giustiziacivile.com con nota di M. RIZZUTI; in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, Milano, Giuffrè, ottobre 2020, pp. 484 e ss. Con nota di V. DE LORENZI.

Non essendovi una regolamentazione positiva della fiducia, il sorgere di posizioni collidenti è fisiologico, anche nella giurisprudenza di legittimità.

Una prima tesi¹⁹ (prevalente in giurisprudenza) sussume il patto fiduciario nella fattispecie del contratto preliminare (unilaterale, *ex latere* fiduciario) sulla base degli effetti obbligatori di trasferimento che il medesimo produce in capo al fiduciario. Quest'ultimo in ottemperanza del *pactum* è obbligato nei confronti del fiduciante a trasferire quanto ricevuto con l'atto traslativo.

Da tale impostazione è possibile derivare: in primo luogo l'obbligo sul piano formale, per le parti, di dotare il patto fiduciario di forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1351 c.c. qualora il negozio fiduciario traslativo abbia ad oggetto beni immobili; ed in secondo luogo, sul piano rimediale, il potere per il fiduciante di agire in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c. per l'ottenimento dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre in caso di inadempimento.

Un secondo orientamento²⁰ invece qualifica il patto fiduciario come mero atto di cooperazione giuridica sottponendolo alla disciplina del mandato senza rappresentanza, in cui il fiduciario-mandatario è obbligato a ritrasferire il bene acquistato con risorse del fiduciante in forza di un patto che non necessita di una forma vincolata in quanto atto di mera rilevanza interna alle parti.

¹⁹ Cfr. tra le ultime Cass. Civ., 25 maggio 2017, n. 13216, in *Foro italiano*, 2017, per cui: «Il *pactum fiduciae*, con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo». Ed in modo conforme Cass. Civ., 11 aprile 2018, n. 9010, in *Diritto fallimentare*, 2018, p. 951, con nota di N. NICITA: «In tema di negozio fiduciario, il *pactum fiduciae* con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c., prescrive la stessa forma del contratto definitivo, sicché l'esistenza del patto scritto non può semplicemente desumersi da altri documenti scritti che, sia pure implicitamente, ne lasciano solo presumere l'esistenza»; Cass., 9 maggio 2011, n. 10163, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 1045, con nota di F. MICHETTI: «Il negozio fiduciario come specie del più ampio genere dei negozi indiretti si contraddistingue per il fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta, bensì indiretta; pertanto, poiché l'intestazione fiduciaria di un bene comporta un vero e proprio trasferimento in favore del fiduciario, ove tale patto abbia a oggetto beni immobili, esso deve risultare da un atto avente forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile a un contratto preliminare; né l'atto scritto può essere sostituito da una dichiarazione confessoria proveniente dall'altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto né - anche quando contenga il preciso riferimento a un contratto concluso per iscritto - come prova del medesimo».

²⁰ In particolare Cass. Civ. 27 Agosto 2012, n. 14654. E più recentemente Cass. Civ., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 582, con nota di S. STEFANELLI, in *Contratti*, 2015, p. 12 con nota di A. PATRONE.

Pertanto anche nel caso in cui il patto fiduciario sia collegato ad un negozio che abbia ad oggetto beni immobili, in ossequio al principio di libertà delle forme, non necessita di uno *scriptum* ai fini della validità e ciò perché l'intesa fiduciaria non costituisce titolo di trasferimento del diritto reale sul bene immobile ma mera obbligazione²¹.

La diatriba tra le posizioni dottrinarie e giurisprudenziali analizzate si riduce ad uno "scontro" sulla questione della forma del patto fiduciario: i fautori della tesi del contratto preliminare sostengono la necessità della forma scritta anche dell'intesa fiduciaria e non solo del negozio traslativo e dell' atto di ri-trasferimento in ossequio al principio di simmetria delle forme; viceversa, l'opposta corrente di pensiero sostiene l'inammissibilità dell'applicazione dell'obbligo formale al patto fiduciario in quanto le norme che prevedono obblighi formali sono eccezionali e non analogicamente applicabili al caso di specie, stante la natura obbligatoria del *pactum*. Pertanto essa mira alla conservazione della validità dell'intesa verbale tra le parti.

Tale ultima tesi inoltre non disconosce al fiduciario tutela apprestata dall'art. 2932 c.c. anche in caso di patto fiduciario verbale, rimarcando la possibilità di ricorrere alla conclusione contrattuale per via giudiziaria ogni qual volta il fiduciante-attore dimostri in giudizio la sussistenza dell'obbligo a contrarre²². Le questioni formali in tal caso si convertirebbero in meri problemi di *onus probandi*.

4. Libertà formale o principio di simmetria delle forme? Le Sezioni Unite tentano di sciogliere l'aporia.

È evidente che le risposte date dagli studiosi e dalla giurisprudenza alla questione relativa alla forma del patto fiduciario immobiliare portano a soluzioni diametralmente opposte generando un'aporia nel già complicato stato dell'arte. A causa del massiccio impiego del negozio fiduciario, spesso per il perseguimento di scopi non del tutto compatibili con il rispetto di alcuni principi ordinamentali, è stato richiesto²³ l'intervento chiarificatore della Corte a Sezioni Unite al precipuo intento una definitiva soluzione dell' "enigma".

²¹ Così U. CARNEVALI *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, *Contratti*, Milano, IPSOA, 2020, I, 59 ss. Cfr. anche U. BRECCIA *Forme e atti collegati*, AA.VV. Trattato del contratto (Formazione), a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 663.

²² Cass. Civ., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Guida al diritto*, 2014, fasc. 25, p.72, con nota di P. PIRRUCCIO, e in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, p. 582 con nota di S. STEFANELLI e in *Contratti*, 2015, p. 12, con nota di A. PATRONE, e in *Responsabilità civile e prevenzione*, 2015, p. 140 con nota di S. CORALLO.

²³ Con ordinanza n. 20934 del 5 Agosto 2019 la V sez. della Corte di Cassazione poneva alle Sezioni Unite il quesito circa la forma di un patto fiduciario avente ad oggetto l'obbligo di trasferimento di

Il Supremo Consesso si pronuncia con una decisione apparentemente difforme rispetto all'orientamento fin' ora prevalente esordendo con una premessa che fa presagire l'impossibilità che la statuizione *de qua* possa costituire una pietra miliare per gli addetti ai lavori.

Le toghe precisano infatti che la fiducia è una "casistica", dando così giustificazione alla difformità giurisprudenziale che cerca di adattarsi alla "varietà" delle fattispecie pratiche, ed in punto di diritto assumono un'importante posizione cassando l'orientamento che inquadra il patto fiduciario come un contratto preliminare²⁴.

A parere dei giudici una tale qualificazione è fondata su un errore di diritto sostanziale: in un contratto preliminare, come è già desumibile dall'etimologia del termine, il momento obbligatorio è cronologicamente e logicamente antecedente al momento traslativo, e costituisce titolo per il trasferimento, ed è questo che rende necessario dotare l'atto della forma scritta (*ad substantiam*)²⁵. Ammettere la libertà delle forme significherebbe permettere l'elusione dell'art. 1350 c.c. attraverso la stipula di un preliminare orale che diventa titolo traslativo in caso di ricorso all'art. 2932 c.c. con la irrazionale conseguenza di pervenire ad un trasferimento immobiliare stipulato oralmente. Nell'architettura del negozio fiduciario invece il momento reale si verifica con il negozio traslativo, ed il momento obbligatorio è solo successivo e limitativo di quello attributivo del diritto reale, non vi è pertanto identità di *ratio* con l'istituto del contratto preliminare.

un bene immobile, ai fini della risoluzione di una controversia in cui l'attore-fiduciante conveniva in giudizio il fiduciario per l'adempimento *ex art. 2932 c.c.* di un atto di trasferimento della proprietà di un complesso immobiliare acquistato dall'attuale proprietario fiduciariamente con risorse del fiduciante. Nello schema negoziale posto in essere dalle parti il patto fiduciario di trasferimento del bene al fiduciario a prima richiesta non rivestiva la forma scritta, era però prodotto in giudizio un atto unilaterale scritto e sottoscritto dalla fiduciante in cui si riconosceva la natura fiduciaria della proprietà dei beni.

Orbene a seguito di una "doppia (decisione) conforme" dei giudici di merito sull'ammissibilità della domanda attorea, la sezione semplice della Corte, chiamata a decidere sulla nullità del patto fiduciario privo della forma scritta eccepita dal fiduciante investe le Sezioni Unite che si pronunciano con una decisione apparentemente difforme rispetto all'orientamento prevalente.

²⁴ La decisione trova fondamento in un precedente giurisprudenziale in tema di mandato senza rappresentanza ad un acquisto immobiliare, Cass. Civ. 2 settembre 2013 n. 20051 in *Corriere giuridico*, 2013 con nota di V. MARICONDA, lo stesso autore compie un'analisi più articolata del tema in *Note in tema di forma del mandato immobiliare*, in AA. VV. *Studi in onore di Giorgio De Nova*, III, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 1977 ss.

²⁵ La *ratio* dell'obbligo *de quo* è ravvisata in particolare da F. MESSINEO s.v. "Contratto preliminare, contaratto preparatorio e contratto di coordinamento" in "Enciclopedia del diritto", X, Milano, Giuffrè, p.120.

Per le Sezioni Unite il patto fiduciario deve ritenersi, al pari del mandato senza rappresentanza all'acquisto di beni immobili, scevro da formalismi, pertanto è ammissibile e valida l'intesa orale al ri-trasferimento del bene in quanto la stessa costituisce fonte di obbligazione e non titolo che legittima il trasferimento.

Con tale assunto i giudici danno conferma della apolidia giuridica della fiducia nel nostro sistema positivo, poiché la vincolatività dell'intesa fiduciaria non può soggiacere ai formalismi che il nostro ordinamento riconosce solo per fenomeni giuridici provvisti di specifica disciplina giuridica. Riconoscere, o addirittura obbligare le parti ad adottare la forma scritta *ad substantiam* per il patto fiduciario significherebbe, sul piano giuridico ed ermeneutico estendere, analogicamente una norma speciale ad un fenomeno non lacunoso, ma addirittura privo di una definizione ed una disciplina positiva.

La decisione della Corte sancisce la regola della libertà di forma del patto fiduciario anche nel caso di negozio fiduciario immobiliare, disconoscendo la tesi del contratto preliminare fin' ora dominante e riaffermando un postulato fondamentale in materia di fiducia: l'accordo fiduciario limitativo dei poteri dell'avente causa ha mera *rilevanza* obbligatoria, non ha portata reale e non può considerarsi titolo causale di trasferimento immobiliare.

Tale impostazione è coerente con il concetto di fiducia ma pone dei problemi sul piano della tutela giuridica del fiduciante. Infatti in assenza di un atto scritto dimostrativo dello schema negoziale, il fiduciante ha l'onere di dimostrare l'esistenza del patto per poter costringere il fiduciario ad adempire.

La Corte, a differenza di quanto asserito dalla tesi maggioritaria, non ritiene necessaria la forma scritta per esperire l'azione *ex art. 2932 c.c.* ma concede il ricorso a tale rimedio anche in caso di patto fiduciario verbale purchè ovviamente l'attore dia prova dello stesso in giudizio.

Come sovente accade, ed in coerenza con la sua funzione nomofilattica, i giudici di legittimità risolvono questioni di diritto sostanziale argomentando la soluzione con questioni di ordine probatorio come nel caso in esame.

Nella fattispecie posta all'attenzione dei magistrati, nonostante l'assenza della forma scritta del patto fiduciario è stata accordata al fiduciante in ogni grado di giudizio la tutela di cui all'*art. 2932 c.c.* in virtù della sussistenza di un documento unilaterale attestante implicitamente l'esistenza del patto fiduciario²⁶.

²⁶ Il fiduciario convenuto infatti aveva sottoscritto un documento in cui riconosceva l'intestazione fiduciaria del bene ammettendo implicitamente l'esistenza di un negozio fiduciario e quindi del *pactum fiduciae*.

L'esistenza di tale scrittura privata costituisce un elemento dirimente della questione relativa alla forma del patto fiduciario, perché attraverso la sua qualificazione giuridica è stato possibile per i giudici scardinare l'orientamento prevalente che riteneva l'obbligo di forma scritta del *pactum* presupposto per l'esercizio dell'azione costitutiva del trasferimento fiduciario *ex art. 2932 c.c.*

A giudizio delle Sezioni Unite l'atto unilaterale è qualificabile, *quoad effectum sub art. 1988 c.c.* rappresentando una dichiarazione ricognitiva di un debito che ha l'effetto di riconoscere implicitamente la fonte dell'obbligo di ri-trasferimento della proprietà del bene²⁷. Ed è quindi tale atto, in forza del principio di astrazione processuale sancito dalla norma citata, ad esonerare l'attore dalla prova del patto fiduciario e ad accordargli il diritto alla conclusione dell'atto di adempimento traslativo.

L'interpretazione non sembra inoltre contrastare con la ricostruzione dottrinale per cui l'attore convenendo in giudizio il fiduciario per l'esecuzione dell'atto di adempimento, mediante l'esibizione della scrittura unilaterale da questi sottoscritta, esprime il proprio consenso alla conclusione del contratto.

Tale impostazione se da un lato ha il merito di procurare per via giudiziale il "momento negoziale", tende dall'altro a "forzare" la natura giuridica dell'atto unilaterale del fiduciario classificandolo come proposta contrattuale. Quest'interpretazione però allontana il medesimo dalla sua vera essenza che sembra invece corrispondere a quella individuata dalla Corte ossia la ricognizione di una situazione di fatto divergente da quella di diritto, alla stregua di un atto "dissimulato", con la particolarità di promanare da una sola delle parti.

5. Il principio di libertà delle forme come "permesso di soggiorno" alla fiducia. Il tramonto del formalismo ai tempi del COVID-19.

Alla luce di quanto espresso nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite può ricavarsi la regola per cui la fiducia in sé, e nello specifico il patto fiduciario, sono sottratti ad ogni tipo di formalismo, non in ottemperanza al principio di libertà formale quanto piuttosto per la dimensione giuridica del fenomeno stesso

²⁷ È bene chiarire che l'interpretazione data dalla Corte non contrasta con il principio di tipicità delle promesse unilaterali, in quanto l'atto unilaterale del fiduciario non viene ritenuto fonte d'obbligo ma documento dichiarativo di un fatto giuridicamente rilevante, infatti il richiamo della Corte è al solo art. 1988 c.c. e non a quello che lo precede. Tale atto quindi costituisce una dichiarazione ricognitiva di un debito che ha l'effetto di riconoscere implicitamente la fonte dell'obbligo di ri-trasferimento della proprietà del bene.

che ha una portata interiore e privata piuttosto che positivo-pubblicistica (alla stregua di un *gentleman agreement* o di un'obbligazione naturale)²⁸.

L'analisi della sentenza, non permette dunque di trarre conclusioni pacifiche e dirimenti in ordine al fenomeno fiduciario, che, come dice la Corte, va considerato e "risolto" a seconda del caso pratico. Ciò che invece è possibile constatare è che ancora una volta viene sottolineata l'impossibilità di assicurare al fiduciante rimedi di carattere reale volti a garantire il corretto adempimento del fiduciario.

D'altronde la questione va analizzata dalla prospettiva funzionale della casistica pratica: gli accordi fiduciari sono spesso conclusi in ambienti familiari, o tra soggetti tra i quali vige un rapporto di reciproco affidamento, e chi pone in essere uno schema fiduciario spesso è mosso da intenti elusivi. Come detto il negozio fiduciario è spesso orientato a realizzare scopi che se posti in essere secondo le figure negoziali disciplinate dall'ordinamento entrerebbero in contrasto con divieti e principi generali posti a tutela di beni giuridici fondamentali²⁹. È per tale motivo che non può essere espressamente concessa al fiduciante una tutela giuridica sostitutiva del sentimento di lealtà che lo lega al fiduciario.

La fiducia è e resta per il nostro ordinamento un fenomeno che rileva solo nel suo momento patologico e trova fondamento solo nella lealtà dei contraenti.

Avere la pretesa di imbrigliarla in formalismi o in regole positive significherebbe giurisdizionalizzare un fenomeno morale privandolo della sua essenza.

Qualora la fiducia diventasse *iure condito* verrebbero contemporaneamente meno la sua utilità ed il suo utilizzo. La forza del patto fiduciario sta nell'affidamento sulla leale e spontanea cooperazione del fiduciario, e, date le sue funzioni, la fisiologica esigenza di segretezza potrebbe essere compromessa dalla previsione di un obbligo formale.

Ovviamente i vantaggi che sul piano pratico garantisce il corretto funzionamento del negozio fiduciario sono controbilanciati dall'*a/ea* dell'adempimento del fiduciario³⁰.

²⁸ Per una disamina dell'obbligatorietà senza "giuridicità" di nuove forme di fonti obbligatorie si veda G. ROSSI *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi, 2006.

²⁹ Non infrequente è infatti il "raggiro" a mezzo dello schema negoziale fiduciario degli artt. 458 c.c. in materia di divieto di patti successori, e dell'art. 2744 c.c. in caso di trasferimento fiduciario a scopo di garanzia nella fattispecie di fiducia *cum creditore*, oppure l'elusione della regola della *par condicio creditorum* in materia di responsabilità patrimoniale per le obbligazioni.

³⁰ Va ricordato che il nostro ordinamento riconosce in ogni caso l'azione di ripetizione dell'indebito, pertanto in caso di inadempimento, il fiduciante ha comunque la possibilità di agire ex art. 2033 c.c. dando prova della sopravvenuta inesistenza della causa giustificativa del trasferimento fiduciario, recuperando ciò che era destinato al raggiungimento dello scopo finale.

Da quanto detto può asserirsi che, come per la simulazione, i problemi scaturenti dal difetto di funzionamento della negoziazione fiduciaria sono, per il fiduciante, meramente probatori. Pertanto la questione della forma del patto fiduciario assume un rilievo processualistico *ad probationem* più che sostanzialistico *ad substantiam*.

La posizione presa dalla Corte non può dunque considerarsi indicativa di una soluzione univoca; dal punto di vista sistematico però si caratterizza di una forte valenza “politica” in quanto in modo paradossale disconoscendo un obbligo di forma al patto fiduciario al contempo garantisce al medesimo meritevolezza di tutela. In tal modo concede al fenomeno fiduciario un “permesso di soggiorno” che lo legittima a produrre effetti giuridici solo a condizioni determinate, in attesa di un intervento del legislatore, agognato ma non ancora “approdato”³¹, che possa conferirgli un vero e proprio “passaporto” giuridico in grado di attribuirgli una definitiva cittadinanza giuridica nel nostro ordinamento.

Un’ultima osservazione va fatta in merito allo spirito “liberale” che anima i recenti interventi della Corte di legittimità caratterizzati da un generale atteggiamento di *revirement* rispetto al neo-formalismo contrattuale diffusosi nella prassi negoziale degli ultimi anni³².

Anche in tale occasione la Corte, in contrasto con l’orientamento dominante di stampo formalistico, ha voluto riaffermare il principio di libertà formale che, in contraddizione con la tendenza al recente formalismo di protezione sembra essere giustificata da esigenze contingenti legate alla possibilità di favorire i traffici giuridici in un momento di stasi e di impossibilità di ricorrere a stipulazioni formali dovuto all’odierna crisi sanitaria piuttosto che da ragioni di natura sistematica e dogmatica.

Tale ritrosia dà dimostrazione del fatto che petizioni di principio possono e debbano essere sacrificate per far fronte ad esigenze sociali dettate da momenti

³¹ È ancora rimasto inattuato l’obbligo, per l’Italia, di adeguare la disciplina codicistica ai parametri dell’ordinamento europeo in materia di fiducia, sul punto è possibile indicare la già citata (nota 2) *Legge comunitaria 2010* non seguita dai decreti legislativi di riforma e le diverse proposte di legge aventi ad oggetto l’introduzione del negozio fiduciario. Tra queste ultime “spicca” il progetto di legge sul contratto fiduciario nel Codice Civile avente ad oggetto l’introduzione di un Capo XI-*bis* al Titolo III, Libro IV, reperibile in *Fondazione Italiana del Notariato*, e da ultimo il disegno di legge presentato in data 5 agosto 2019 in Commissione Senato dalla Senatrice A. RICCIARDI.

³² Per una visione sistematica della questione si rinvia a M. PALAZZO *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare tra principio di libertà delle forme e neo-formalismo in “questioni di diritto civile all’esame delle sezioni unite” la forma del negozio fiduciario in materia immobiliare*, Roma, 2019 (reperibile in *Fondazione Italiana del Notariato*).

di crisi, in aderenza all'obbligo di bilanciamento dei diritti cui il potere giudiziario (e non solo) è chiamato a rispettare dalla nostra Carta Costituzionale.

Danno da lesione del rapporto parentale: un tema (troppo) dibattuto.

di Carlo GIORDANO* e Luigi LALLA*

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Analisi della giurisprudenza. 3. Riflessioni conclusive.

ABSTRACT: *The article will focus on the analysis of the legal issues after a partner's death and the damage caused by the loss or impairment of the family or emotional relationship, in connection with the most recent decisions of the Supreme Court and the compensation of damages for loss of parental relationship.*

1. Premessa.

L'articolo affronta il tema del danno conseguente alla lesione del rapporto parentale, ossia il danno che deriva dalla perdita o dalla compromissione del rapporto familiare o affettivo, per effetto di morte o menomazione dell'integrità psicofisica del familiare¹.

In generale, il danno da perdita del rapporto parentale viene a configurarsi come un danno di natura non patrimoniale che un soggetto subisce, in virtù dello stravolgimento di un sistema di vita che rinviene le sue fondamenta nell'affetto e nella quotidianità di tale rapporto con la persona deceduta.

È bene premettere che quando parliamo di danno patrimoniale e di danno non patrimoniale facciamo riferimento alle conseguenze che derivano dall'evento lesivo². Tale evento può consistere nella lesione, ad esempio, di un interesse

* Avvocato.

* Avvocato.

¹ Cfr. G. GERACI, Le molteplici conseguenze della perdita del rapporto parentale nel confronto tra gli ordinamenti; M. RODOLFI, La fine della tabella di Milano per la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale (o danno da morte)? Conseguenze e riflessi, in Ridare.it; C. FAVILLI, La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle Sezioni Unite, in Nuova giur. civ. comm., 2003, 698; G. MONATERI, *Danno alla persona*, in Digesto disc. priv., Sez. civ., V, Torino, 1989, 75.

² Cfr. T. ARRIGO, *Danni patrimoniali «riflessi» da uccisione, danno biologico in caso di morte, legittimazione iure proprio e iure successionis dei coniugi della vittima: categorie dogmatiche ed esigenze di giustizia sostanziale*, in Nuova giur. civ. comm., 1997, 100; E. SALEM, *Vittime secondarie dell'illecito e risarcimento del danno patrimoniale da morte*, in Resp. civ., 2010, 330; M. FRANZONI, Il danno patrimoniale e non patrimoniale da perdita delle relazioni parentali, in Responsabilità civile e previdenza, 2003, 980, il quale sottolinea come tali pronunce « si segnalano

non patrimoniale e potrebbe produrre tanto conseguenze patrimoniali, quanto conseguenze non patrimoniali. In particolar modo, l'esistenza di una duplice nozione di danno, danno evento da un lato e danno conseguenza dall'altro lato, ci dimostra ulteriormente che nessun danno è risarcibile *in re ipsa*, perché il risarcimento ha sempre ad oggetto le conseguenze che derivano da una lesione, e non la semplice lesione in quanto tale. Il risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale presuppone, in ogni caso, la prova di una mancanza sotto il profilo della perdita patrimoniale o della perdita di affetti o di un benessere perduto e sostituito con il dolore. Tutte queste circostanze devono essere oggetto di precise allegazioni che, talvolta, devono tradursi in prove nel processo³.

Quando parliamo di danno non patrimoniale, inoltre, la struttura dell'illecito rimane sempre la stessa: condotta – danno ingiusto – danno conseguenza. Il danno conseguenza è un danno di natura non patrimoniale, non ha carattere reddituale e rappresenta l'insieme delle conseguenze che non sono immediatamente suscettibili di valutazione economica, tant'è che il danno non patrimoniale viene, per questa sua natura, liquidato in via equitativa. Si può trattare, ad esempio, di una "equità guidata", cioè, controllata da criteri uniformanti (laddove è possibile ricavarli), come accade per la liquidazione del c.d. danno biologico, che non avendo consistenza patrimoniale, non può che avvenire sulla base di criteri comunque equitativi.

L'evoluzione giurisprudenziale ha comunque ribadito che l'ordinamento conosce solo due tipologie di danni, quello patrimoniale e quello non patrimoniale. Tutti gli altri (biologico, esistenziale, morale soggettivo, di relazione ecc.) sono soltanto sfaccettature di un'unica tipologia di danno che è quello non patrimoniale⁴: sono voci interne che non hanno autonomia, non hanno dignità

per aver inventato il danno da lesione del rapporto parentale » e per avere, quindi, « dato dignità sistematica al danno da lutto, ossia alla perdita subita dai congiunti di persona uccisa »

³ C. GABBA, *Risarcibilità dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, II, Torino, 1898, pag. 225 ss.; Id., Ancora sul risarcimento dei danni cosiddetti morali, cit., pag. 841 ss.; Id., Nuove questioni di diritto civile, I, Torino, 1912, pag. 240 ss.; G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, Torino, 1903; Id., Colpa extra contrattuale, Torino, 1906, II, pag. 320 ss.; D. MANDRIOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in Riv. dir. comm., 1921, I, pag. 359 ss.; G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, cit., pag. 3; Id., Corso di diritto civile italiano, IV, Padova, 1940, pag. 77 ss; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 231; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutelle. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 470.

⁴. C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 300 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in Riv. dir. comm., 1987, I, p. 80 ss..

normativa, ma vanno ricomprese all'interno dell'art. 2059 c.c., non esistendo danni non patrimoniali non disciplinati dal suddetto articolo.

La giurisprudenza ha poi altresì chiarito che, per risolvere il problema della tutela risarcitoria dei diritti fondamentali della persona estesa al danno non patrimoniale, non c'è bisogno di "fuggire" dall'art. 2059⁵ creando una terza tipologia di danno né patrimoniale né non patrimoniale, ma basta leggere in un'ottica costituzionalmente orientata il suddetto articolo. Per questo motivo si ritiene superata la lettura dell'art. 2043 c.c. in aggiunta all'art. 32 della Costituzione nella parte in cui cercava di inquadrare il danno biologico come un *tertium genus* di danno, diverso da quello patrimoniale e non patrimoniale ex art 2059. Le stesse norme della Costituzione che tutelano i diritti fondamentali della persona integrano, infatti, un caso previsto dalla legge di risarcibilità di danno non patrimoniali, ad esempio la tutela risarcitoria dei diritti fondamentali della persona, ivi compreso il diritto alla salute oggi si colloca nel 2059 c.c..

In questi termini, il pregiudizio da perdita del rapporto parentale sembra configurare un peculiare aspetto del danno non patrimoniale, inteso così, come unica categoria di danno che ricomprende al suo interno queste diverse nomenclature (danno morale soggettivo, danno biologico ecc.); esso infatti riassume in sé i caratteri del danno esistenziale, in quanto afferente alla sfera dinamico-relazionale del soggetto interessato, più quelli propri del danno morale, inteso come sofferenza intima del superstite.

Per quanto concerne più specificamente la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale, occorre ricordare che il danno non patrimoniale va liquidato

⁵ Ex plurimis, cfr. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952; G. MOCCIOLA, *Problemi del risarcimento del danno in forma specifica in giurisprudenza*, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1984; R. PARDOLESI, *Danni cagionati dai minori: pagano sempre i genitori?*, in Fam. e dir. 1997; S. PIRAS, *Saggio sul comportamento del necessitato nel diritto privato*, in Studi sassaresi 1949; Perrone, *L'illecito nella circolazione stradale*, Torino, 2011; M. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illeciti civili*, Padova, 1969; G. PONZANELLI, *Alcune considerazioni sulla decisione "Scarano"*, in Nuova giur. civile comm. 2014; A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in Foro it. 1983, V; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Milano, 2009; L. ROSSI CARLEO, *La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, in Riv. dir. civ. II, 1979; D. RUBINO, *Osservazioni in tema di stato di necessità e concorso di persone nel fatto colposo*, in Riv. giur. circolaz. 1953; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale* (dir. vig.), Enc Dir., XXXIX; Scognamiglio, voce *Responsabilità civile*, in Nss. D.I., XV, Torino. 1968; C. SCOGNAMIGLIO, *voce responsabilità per fatto altrui*, in Nss. D.I., XV, 1968; G. SPINA, *La responsabilità della p.a. per il danno conseguente all'insidia stradale*, in Resp. civ. prev. 2011; P. STANZIONE (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2012, II; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Napoli, 1988; P. VIRGADAMO, *Chi calibra «l'equità calibrata»?*, in Dir. fam. 2014; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005.

unitariamente e integralmente, tenendo conto di tutte le conseguenze, ma evitando duplicazioni o automatismi che possano dar luogo a duplicazioni. Per esempio, in virtù del principio di unitarietà e onnicomprensività del risarcimento del danno non patrimoniale, deve escludersi che al prossimo congiunto di persona deceduta in conseguenza del fatto illecito di un terzo possano essere liquidati sia il danno da perdita del rapporto parentale che il danno esistenziale, poiché il primo già comprende lo sconvolgimento dell'esistenza, che ne costituisce una componente intrinseca.

Tale danno non patrimoniale generalmente si quantifica, valutando le circostanze concrete, in modo equitativo utilizzando le tabelle in uso presso i Tribunali, che peraltro lasciano molta autonomia al giudice, essendo prevista una variabilità della misura del risarcimento.

A tal proposito, occorre sottolineare come da oltre dieci anni le Tabelle del Tribunale di Milano hanno assunto un'importante valenza per la quantificazione del danno non patrimoniale, venendo a rappresentare il punto di riferimento da cui attingere. Tuttavia, tali tabelle hanno altresì incontrato nel corso del tempo molteplici resistenze. Ad esempio, il tribunale di Roma, in aperto dissenso con i criteri milanesi, ha sempre utilizzato il proprio sistema tabellare per la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale. Il riferimento va, a questo punto, alle numerose problematiche interpretative insorte in relazione al reale valore della quantificazione del danno non patrimoniale, che saranno meglio analizzate in prosieguo⁶.

In ultimo, ben si inscrive nel percorso argomentativo che si sta conducendo la problematica inerente l'onere della prova del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

Volendo limitare la nostra analisi ai soli profili probatori della più ampia tematica, assume centrale rilevanza e interesse, alla luce della assai variegata morfologia dei rapporti umani e, nello specifico, familiari, comprendere se vi siano dei limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale. Particolarmente problematica è apparsa la prova da fornire in giudizio da parte del danneggiato-attore riguardo il rapporto personale che lo legava al soggetto deceduto a causa dell'altrui fatto illecito.

⁶ Cfr. M. BONA, *Importanti precisazioni per lo statuto del danno non patrimoniale: sfera morale, personalizzazioni, rischi di recidive e congiunti del sopravvissuto*, II parte, in Responsabilità civile e previdenza, 2019, 2098; D. SPERA, *Roma-Milano ancora più distanti: le due Tabelle di liquidazione del danno non patrimoniale a confronto*, in Ridare.it; G. VISMARA, *Tabelle del Tribunale di Roma vs tabelle del Tribunale di Milano: una rivalità infinita*, ibidem.

In via di sintesi, la Corte di Cassazione, è intervenuta a chiarire, in primo luogo, che “*nel caso di morte di un prossimo congiunto (coniuge, genitore, figlio, fratello), l'esistenza stessa del rapporto di parentela deve far presumere, secondo l'id quod plerumque accidit, la sofferenza del familiare superstite, giacchè tale conseguenza è per comune esperienza è, di norma, connaturale all'essere umano. Naturalmente si tratterà pur sempre d'una praesumptio hominis, con la conseguente possibilità per il convenuto di dedurre e provare l'esistenza di circostanze concrete dimostrative dell'assenza di un legame affettivo tra la vittima ed il superstite*”, nonché, in secondo luogo, che “*la semplice lontananza, tuttavia, non è una circostanza di per sé idonea a far presumere l'indifferenza d'una madre alla morte del figlio (...) a nulla rilevando nè che la vittima ed il superstite non convivessero, nè che fossero distanti (circostanze, queste ultime, le quali potranno essere valutate ai fini del quantum debeatur). Nei casi suddetti è pertanto onere del convenuto provare che vittima e superstite fossero tra loro indifferenti o in odio, e che di conseguenza la morte della prima non abbia causato pregiudizi non patrimoniali di sorta al secondo*”⁷. Rispetto a tale conclusione tuttavia, si è mostrata critica una parte della dottrina che ha evidenziato come, in tal modo, si concreterebbe una impropria inversione dell'onere della prova, che se può giustificarsi in relazione ad una condanna c.d. generica, mai potrebbe intervenire in ordine al *quantum debeatur*, ove l'attore dovrebbe pienamente fornire prova della concreta intensità della perdita subita, anche in ossequio al principio della vicinanza dell'onere della prova⁸.

Sul punto allora, vale sottolineare come non sembrerebbe condividere l'assunto per cui andrebbe a configurarsi un'inversione dell'onere della prova, posto che il parente danneggiato usufruisca di un mezzo di prova riconosciuto dall'ordinamento, quello delle presunzioni, che non determina ex se un'inversione dell'onere della prova normativamente stabilito dall'art. 2043 c.c.

⁷ Cass. Civ, Sez. VI, 15 febbraio 2018, n. 3767, “*In materia di responsabilità civile, la somma risarcibile non può essere adeguata al contesto socio-economico del paese in cui vive il danneggiato, anche se il potere di acquisto della moneta è diverso rispetto a quello che essa possiede in Italia. In sostanza, va esclusa una diversa liquidazione del danno in ragione del contesto socio-economico ove risiede la vittima dell'illecito*”. Ad affermarlo è la Cassazione per la quale dalla funzione compensativa del risarcimento non può desumersi che il ristoro della sofferenza soggettiva patita possa essere modulato in base a dove vive il danneggiato, non essendo tale luogo una “conseguenza” del fatto illecito, né rientrando tra le “conseguenze” del danno l'utilizzo futuro della somma liquidata” in [www.dejure.it.](http://www.dejure.it/), con nota di F. AGNINO, Morte del familiare e presunzione della sofferenza morale per i coniugi superstiti, in Ridare.it, 6 giugno 2018.

⁸ Cfr. F. PETROLATI, Il risarcimento del danno non patrimoniale ai coniugi nei paesi di origine: il senso imperfetto della cassazione per il denaro, in www.giustiziacivile.com, 10 ottobre 2018.

Se è pur vero che, nel caso del danno da perdita del rapporto parentale, viene a sfumare la differenza tra presunzioni e massime di comune esperienza (il c.d. fatto notorio), ciò non comporta alcuna violazione delle regole probatorie del giudizio civile, fintato che nessuno può seriamente dubitare della considerazione da cui muove la giurisprudenza della Cassazione in ordine alla regolarità causale riguardante la sofferenza che deriva ad un familiare dalla perdita di un congiunto. Né sembrano essere stati travalicati i limiti che il giudice incontra nel ricorrere all'utilizzo della categoria dei fatti notori, laddove riconosce come la lontananza non escluda l'operatività di tale presunzione.

Intimamente connessa con la problematica in parola è quella afferente la rilevanza della non convivenza laddove il congiunto che agisce per il risarcimento non sia un prossimo congiunto del soggetto deceduto (coniuge, genitore, figlio, fratello) bensì, un soggetto legato da altro rapporto di parentela, come in quello tra nonno e nipote.

Orbene, sul punto, in giurisprudenza è emerso un orientamento restrittivo, che ha ritenuto la necessità della convivenza per potersi ritenere leso il rapporto parentale di soggetti estranei al nucleo familiare, in quanto la convivenza rappresenterebbe quel dato minimo necessario ad esteriorizzare il rapporto, che eliminerebbe l'incertezza propria della prova nel caso concreto e che "*si sostituisce, così, al dato legalmente rilevante della parentela stretta all'interno della famiglia nucleare e, parificato a quest'ultimo, consente di usufruire dello stesso regime probatorio, per presunzione della particolare intensità degli affetti, che la giurisprudenza di legittimità ammette per i parenti stretti*"⁹.

Le ragioni di fondo di tale posizione si rinvengono nella restrizione della tutela costituzionale della famiglia alla sola famiglia nucleare, incentrata su coniuge, genitori e figli, rispetto alla quale soltanto è delineata la trama dei diritti e doveri reciproci; la limitata rilevanza giuridica del rapporto tra nonni e nipoti, poiché le disposizioni del codice civile evidenzierebbero un rapporto tra nonni e nipoti mediato dai genitori o comunque di supponenza di essi (artt. 148 e 336 c.c.);

⁹ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 16 marzo 2012, n. 4253, in Giust. civ., Mass., 2012, 3, 354. "In tema di danno patrimoniale conseguente alla morte di un congiunto per fatto illecito addebitabile ad un terzo, è risarcibile il pregiudizio subito per effetto del venir meno di prestazioni aggiuntive, in denaro o in altre forme comportanti un'utilità economica, erogate in vita dal congiunto deceduto, spontaneamente e in assenza di obbligo giuridico, ai figli o ai nipoti, a condizione che preesistesse una situazione di convivenza (ovvero una concreta pratica di vita, in cui rientri l'erogazione di provvidenze all'interno della famiglia allargata), in mancanza della quale, non essendo altrimenti prevedibile con elevato grado di certezza un beneficio durevole nel tempo, non può sussistere perdita che si risolva in un danno patrimoniale" in www.iusexplorer.it.

nonché l'esigenza di evitare un'arbitraria dilatazione dei soggetti danneggiati secondari.

In senso contrario, si è tuttavia posta la giurisprudenza più recente, affermando che "*in tal modo si esclude a priori il diritto del nipote non convivente al risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale sulla base di un elemento estrinseco, transitorio e del tutto casuale quale è quello della convivenza, di per sè poco significativo, ben potendo ipotizzarsi convivenze non fondate su vincoli affettivi ma determinate da necessità economiche, egoismi o altro e non convivenze determinate da esigenze di studio o di lavoro o non necessitate da bisogni assistenziali e di cura ma che non implicano, di per sè, carenza di intensi rapporti affettivi o difetto di relazioni di reciproca solidarietà contesto*"¹⁰.

Nel confutare le argomentazioni della giurisprudenza precedente, la sentenza in discorso sostiene che non sia condivisibile, sul piano normativo, la limitazione della famiglia alla sola famiglia nucleare, posto che, da un lato, l'ordinamento ricomprende i discendenti in linea retta tra i parenti (art. 75 c.c.) e stabilisce uno stretto vincolo di parentela tra nonni e nipoti (art. 76 c.c.), dall'altro, prevede vari diritti, doveri e facoltà nei confronti degli ascendenti e dei discendenti, richiamandosi, a titolo esemplificativo, il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, tutelabile in giudizio, ex art. 317 bis c.c.

Nello stessa direzione un'ulteriore sentenza della Suprema Corte, conclude che "*anche il legame parentale fra nonno e nipote consenta di presumere che il secondo subisca un pregiudizio non patrimoniale in conseguenza della morte del primo (per la perdita della relazione con una figura di riferimento e dei correlati rapporti di affetto e di solidarietà familiare) e ciò anche in difetto di un rapporto di convivenza, fatta salva, ovviamente, la necessità di considerare l'effettività e la consistenza della relazione parentale ai fini della liquidazione del danno*"¹¹, laddove si pone in linea con l'orientamento più restrittivo una ancor più recente decisione della Sezione Lavoro della Cassazione, che riprende pedissequamente le argomentazioni della sopra citata sentenza n. 4253/2012¹².

¹⁰ Così Cass. Civ., Sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230, in Diritto & Giustizia, fasc. 71, 2016, p. 13, con nota di P. PALEARI, La coabitazione nel risarcimento del danno da uccisione del coniunto.

¹¹ Cass. Civ., Sez. III, 7 dicembre 2017, n. 29332, in Giur. It., fasc. 11, 2018, p. 2353, con nota di C. SCALVINI, Risarcibilità del danno parentale: la convivenza non è una condicio sine qua non.

¹² Cass. Civ., Sez. Lav., 19 novembre 2018, n. 29784, in Igliuslavorista.it, 16 gennaio 2019, con nota di R. SPAGNUOLO, La prova del danno non patrimoniale nel procedimento per la perdita di uno stretto coniunto.

Nel rilevare come il contrasto sia aperto in seno alla giurisprudenza di legittimità, preme sottolineare un'incongruità di fondo che si legge nelle sentenze che sposano l'orientamento restrittivo. In particolare, da principio esse ritengono come affinché possa ritenersi leso il rapporto parentale tra soggetti non prossimi congiunti, sia necessaria la convivenza, così affermando, nella sostanza, che non vi possa essere danno parentale in difetto di essa, senza che possa ammettersi prova contraria; in seguito invece, sembrano poi richiamare unicamente il ruolo della convivenza tra nonno e nipote al fine di considerare integrata quella presunzione di sussistenza del danno non patrimoniale che opera per i prossimi congiunti, anche a prescindere dal requisito della convivenza e, come visto nella giurisprudenza più recente, anche a prescindere dalla lontananza.

Ora, tale ricostruzione appare contraddittoria, in quanto, da un lato, l'assenza di convivenza appare preclusiva tout court del diritto al risarcimento del danno parentale tra congiunti non prossimi; dall'altro, la convivenza farebbe scattare la presunzione di sussistenza del danno parentale. Nel mezzo, è evidente, vi dovrebbe essere la possibilità, quantomeno, di provare, senza l'ausilio di presunzioni, la sussistenza di un danno non patrimoniale per effetto della perdita del congiunto non prossimo anche in capo al parente che con quest'ultimo non fosse convivente, la quale ipotesi tuttavia non è mai neppure indagata dalla giurisprudenza restrittiva.

E tuttavia, appare comunque maggiormente condivisibile la posizione espressa dalla giurisprudenza più recente, proprio poiché nega rilevanza ad una presunzione che non ha invero riscontro nell'*id quod plerumque accidit*, avendo spiegato la Corte come la non convivenza, non sia idonea a far presumere una assenza di sofferenza oltre la soglia bagatellare e quindi meritevole di risarcimento in soggetti che, pur se non congiunti prossimi, ben possono aver intrattenuto con il soggetto deceduto rapporti affettivi di particolare intensità.

Il che peraltro non pare escludere la necessità di un'accurata istruttoria in ordine all'entità della sofferenza patita dai congiunti, siano essi prossimi o meno, che si trovassero lontani o comunque non conviventi con il parente deceduto, stante la rilevanza in punto di quantum del risarcimento, come chiarito da tutta la giurisprudenza esaminata.

2. Analisi della giurisprudenza.

Venendo ora ad analizzare gli aspetti giurisprudenziali afferenti la presente tematica, si può appurare che la stessa giurisprudenza è stata, a ben vedere, il grande *driver* delle nuove frontiere raggiunte dalla responsabilità civile.

Nello specifico settore del risarcimento del danno alla persona, dove si doveva affrontare il problema della valutazione pecuniaria di un interesse non misurabile in denaro, la giurisprudenza si è mossa addirittura con maggiore libertà, svolgendo sostanzialmente una funzione di supplenza rispetto ad altri poteri. Tuttavia, sembra opportuno menzionare un breve *excursus* dell'evoluzione giurisprudenziale negli ultimi quarant'anni: partendo dal riconoscimento del danno alla salute; alla sua qualificazione come danno evento (Corte Cost. n. 184/1986¹³); la richiesta di risarcimento del danno esistenziale come terza voce di danno non patrimoniale che si affiancava al danno biologico e al danno morale; la lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. tra interesse della persona costituzionalmente protetto e invece la necessaria sussistenza di un diritto inviolabile; la unitaria figura del danno non patrimoniale elaborata dalle Sezioni Unite del 2008; il danno non patrimoniale finalmente considerato come danno conseguenza, ma l'ampio utilizzo del meccanismo presuntivo in particolar modo per il danno morale; la disciplina del danno biologico nel Codice delle Assicurazioni all'interno del sistema della r. c. auto e l'accoglimento di un principio di non integrale risarcimento per le lesioni di lieve entità (Corte cost. n. 235/2014¹⁴); il suo abbandono da parte della L. n. 124/2017; i successivi sviluppi giurisprudenziali (dal c.d. "decalogo" del marzo 2018 alla sentenza Cass. civ. n. 25164/2020¹⁵).

¹³ La distinzione tra il danno biologico e il danno morale subiettivo va individuata nella struttura del fatto realizzativo della menomazione dell'integrità bio-psichica: il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale subiettivo (come anche il danno patrimoniale) appartiene alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto. La risarcibilità per sé, in ogni caso, del danno biologico, trova il suo fondamento nell'art. 2043 c.c. che, correlato all'art. 32 della cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che ostacolano le attività realizzatrici della persona umana.

In
<https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/Massima?idDocMaster=701424&idDataBanks=0&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=1&NavId=1711244522&pid=19&IsCorr=False>.

¹⁴ Nel sistema di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve misurarsi con quello generale degli assicurati a premi assicurativi sostenibili. L'introdotto meccanismo tabellare di quantificazione del danno supera il vaglio della ragionevolezza, atteso che consente al giudice di personalizzare l'importo risarcitorio standard in base alle "condizioni soggettive del danneggiato". In www.dejuge.it

¹⁵ In tema di danno alla persona, ai fini della liquidazione del danno alla salute attraverso l'applicazione delle tabelle sviluppate dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile presso il Tribunale di Milano il giudice di merito deve: 1) accertare l'esistenza, nel singolo caso di specie, di un eventuale concorso del danno dinamico-relazionale e del danno morale; 2) in caso di positivo accertamento dell'esistenza (anche) di quest'ultimo, determinare il quantum risarcitorio applicando integralmente le Tabelle in questione, che prevedono la liquidazione di entrambe le voci di danno e pervengono all'indicazione di un valore monetario complessivo (costituito dalla somma aritmetica

Il danno non patrimoniale, ad oggi, è diventato molto rilevante altresì nei suoi termini economici. La giurisprudenza, attraverso gli artt. 1226 e 2056 c.c., ha determinato quindi il risarcimento “giusto” in modo conforme alle previsioni del sistema; di fatto, con la crescita del danno non patrimoniale, è venuta a gestire un fenomeno di importanza economica apicale.

E proprio quasi rendendosi conto dell’importanza economica del compito ad essa assegnato, la giurisprudenza ha cercato di dotarsi di uno strumento in grado di garantire uniformità nella valutazione di detto danno, in omaggio al principio generale di uguaglianza.

Ecco, quindi, il debutto nel 1995 delle Tabelle Giudiziali.

Come anticipato in precedenza, da oltre dieci anni la tabella di Milano ha assunto una valenza “paranormativa” per la quantificazione del danno non patrimoniale. Attraverso il sistema milanese si può infatti risalire all’individuazione del *quantum debeatur* entro un intervallo di valori prestabilito per alcune categorie di relazioni intercorrenti tra la persona scomparsa e il superstite che invoca il risarcimento a detto titolo, e dunque, al parametro da utilizzare per liquidare questa categoria di pregiudizio in modo omogeneo e standardizzato, nel tentativo di superare le accentuate divergenze che si erano registrate nella giurisprudenza di merito, e di assicurare l’uniformità di giudizio su tutto il territorio nazionale.

La Corte di Cassazione, con l’ordinanza n. 8468/2020, aveva affermato che le Tabelle del Tribunale di Milano: “*si sostanziano invero in regole integratrici del concetto di equità, atte a circoscrivere la discrezionalità dell’organo giudicante, costituendo quindi un mero criterio guida, e non già normativa di diritto.*”

Il 10 marzo 2021 l’Osservatorio sulla giustizia civile di Milano ha divulgato l’edizione del 2021 delle “Tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione dell’integrità psico-fisica e dalla perdita-grave lesione del rapporto parentale e relativi criteri applicativi¹⁶”.

Con riferimento alla su menzionata edizione 2021 delle tabelle meneghine, si nota come vengano catalogate cinque tipologie di rapporti, ricapitolate di

di entrambe le voci di danno); 3) in caso di negativo accertamento, e di conseguente esclusione della componente morale del danno, considerare la sola voce del danno biologico, depurata dall’aumento tabellarmente previsto per il danno morale secondo le percentuali ivi indicate, liquidando, conseguentemente il solo danno dinamico-relazionale; 4) in caso di positivo accertamento dei presupposti per la c.d. personalizzazione del danno, procedere all’aumento fino al 30% del valore del solo danno biologico, depurato, analogamente a quanto indicato al precedente punto 3, dalla componente morale del danno automaticamente inserita in Tabella. In www.dejure.it.

¹⁶ Cfr. <http://www.milanosservatorio.it/wp-content/uploads/2021/03/OSS-MI-TABELLE-2021-LIQUIDAZIONE-DANNO-NON-PATRIMONIALE-ALLA-PERSONA.pdf>.

seguito, e per ciascuna di esse, dei relativi importi minimi e massimi del risarcimento:

- a) a favore di ciascun genitore per la morte di un figlio (€ 168.250,00; € 336.500,00);
- b) a favore del figlio per la morte di un genitore (€ 168.250,00; € 336.500,00);
- c) a favore del coniuge (non-separato), della parte dell'unione civile o del convivente di fatto sopravvissuto (€ 168.250,00; € 336.500,00);
- d) a favore del fratello per la morte di un fratello (€ 24.350,00; € 146.120,000);
- e) a favore del nonno per la morte di un nipote (€ 24.350,00; € 146.120,00).

Le Tabelle del Tribunale di Milano 2021 sono state aggiornate anche nella parte riguardante l'entità risarcibile per il danno non patrimoniale derivante da perdita/grave lesione del rapporto parentale. Nello specifico, come vediamo, la tabella riporta la forbice dei valori monetari liquidabili in base alle diverse circostanze e gradi di parentela, ossia per la morte di un genitore, di un figlio, del coniuge, della parte dell'unione civile o del convivente di fatto, del fratello e del nipote. Si specifica altresì che il giudice può *"valutare se riconoscere il danno da perdita del rapporto parentale anche a soggetti diversi da quelli previsti nella Tabella, purché venga fornita la prova di un intenso legame affettivo e di un reale sconvolgimento di vita della vittima secondaria"*. Nella suddetta liquidazione occorre, dunque, considerare diversi parametri, come la sopravvivenza di altri congiunti del nucleo familiare primario, la convivenza con questi ultimi, la qualità ed intensità della relazione affettiva che caratterizzava il rapporto parentale con la persona perduta, l'età della vittima primaria e secondaria. Il danno non è riconosciuto *in re ipsa* ma il danneggiato deve dimostrare il pregiudizio patito e spetta al giudice valutare se riconoscere il ristoro (Cass. n. 25164/2020).

Le tabelle milanesi hanno goduto di un certo seguito anche in altre aree geografiche del nostro paese, se non altro come punto di riferimento, dal quale era ammissibile discostarsi in presenza di motivate ragioni (si veda, a titolo, esemplificativo, Trib. Savona 24 giugno 2020). Le ipotesi, però, sono diverse, e la tabella di Milano non è mai stata sufficientemente precisa per la liquidazione del danno da uccisione del coniunto. Infatti, essa si limita a prevedere un importo minimo ed uno massimo, con una forbice peraltro piuttosto ampia (ad esempio, per la morte del coniuge si va da 168.250 a 336.500 euro), e non indica alcuno specifico criterio per determinare concretamente quale valore debba essere liquidato. Così, di fatto, la quantificazione del danno parentale viene rimessa alla valutazione equitativa dei giudici di merito, con buona pace dell'uniformità di giudizio e della prevedibilità delle sentenze.

Per queste ragioni, la tabella di Milano per la liquidazione del danno da morte del congiunto ha incontrato molte resistenze. Ad esempio, il tribunale di Roma, in aperto contrasto con i criteri milanesi, ha sempre utilizzato il proprio sistema tabellare per la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

La stessa Cassazione, con sentenza n. 29495 del 14/11/2019¹⁷, ha poi apertamente smentito la pretesa valenza nazionale dei criteri milanesi, e questo orientamento è stato ribadito dalla sentenza di Cass. III, 21/04/2021, n. 10579¹⁸, la quale ha altresì riconosciuto la necessità di far ricorso a una tabella "che preveda, oltre l'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore *medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione [...]*". Una tabella, per l'appunto, come quella elaborata dal tribunale di Roma.

A questo punto la Cassazione, che come esposto in precedenza, aveva evidenziato come le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano (diversamente da quanto statuito per il pregiudizio arrecato all'integrità psico-fisica) non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale (così Cass. civ. sez. III, 14 novembre 2019, n. 29495) – muove l'affondo

¹⁷ Nella liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale - diversamente da quanto statuito per il pregiudizio arrecato all'integrità psico-fisica - le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale; tuttavia, qualora il giudice scelga di applicare i predetti parametri tabellari, la personalizzazione del risarcimento non può discostarsi dalla misura minima ivi prevista senza dar conto nella motivazione di una specifica situazione, diversa da quelle già considerate come fattori determinanti la divergenza tra il minimo e il massimo, che giustifichi la decurtazione. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che, pur avendo identificato nelle tabelle milanesi il parametro equitativo, aveva inspiegabilmente quantificato il risarcimento, spettante al figlio per la perdita della madre, in una misura corrispondente a circa un terzo dell'importo minimo delle tabelle stesse). In www.dejure.it.

¹⁸ In tema di valutazione del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale esso va liquidato a chi abbia sofferto per aver perso un congiunto (o per aver visto deteriorato il rapporto, per grave menomazione fisica) a seguito di un illecito di terzi. In tale contesto la tabella di Milano sulla liquidazione del danno non patrimoniale - finora considerata il parametro "paranormativo" di riferimento, dati il suo utilizzo diffuso e la sua vocazione nazionale (Cassazione, sentenza 12408/2011) - valuta il danno parentale non con la tecnica del punto variabile (utilizzata per il danno biologico) ma limitandosi a individuare alcune forbici di valore per categorie di congiunti. Nell'ambito di tali range il giudice può individuare la misura concreta del risarcimento del danno in funzione di quanto provato da chi affermi di averlo patito e del grado di sofferenza e di sconvolgimento del rapporto nel singolo caso di specie.

decisivo, esprimendo la sua contrarietà per una tabella che non sia basata sul «sistema a punti».

Osserva, al riguardo, il Supremo Collegio che, seguendo un diverso approccio, “la tabella non garantisce la funzione per la quale è stata concepita, che è quella dell'uniformità e prevedibilità delle decisioni a garanzia del principio di egualanza”. In particolare, limitandosi la tabella milanese “ad individuare un tetto minimo ed un tetto massimo, fra i quali ricorre peraltro una assai significativa differenza”, si ottiene “esclusivamente una perimetrazione della clausola generale di valutazione equitativa del danno”. Di modo che si rimane ancora al cospetto *“di una sorta di clausola generale, di cui si è soltanto ridotto, sia pure in modo relativamente significativo, il margine di generalità. La tabella, così concepita, non realizza in conclusione l'effetto di fattispecie che ad essa dovrebbe invece essere connaturato”*.

Sennonché i giudici della legittimità vanno oltre, chiarendo come dovrebbe essere realizzata una tabella idonea a soddisfare le necessità di uniformità di giudizio in casi simili; all'uopo si richiede, “oltre all'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, indefettibilmente, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella”. Dunque, la Cassazione detta la linea, non sceglie un modello astratto ma si lascia chiaramente ispirare da quello in uso presso il Tribunale di Roma. Difatti, le tabelle capitoline, laddove si occupano della “liquidazione del danno non patrimoniale da morte di un congiunto”, assegnano un dato punteggio rispetto alle seguenti voci: relazione di parentela con il de cuius; età della vittima; età del congiunto; convivenze e composizione del nucleo familiare. Sommando i vari punteggi parziali (e applicando gli eventuali correttivi per l'assenza di altri familiari entro il secondo grado e per la non convivenza), si ottiene il punteggio complessivo che viene moltiplicato per un valore predeterminato.

3. Riflessioni conclusive.

Al termine di questa rapida disamina di un panorama variegato e assai frastagliato paiono potersi trarre alcune riflessioni conclusive.

In primis, prendendo le mosse dalla recente Cass. Civ., ord., 4 marzo 2021, n. 5865¹⁹ (est. Rossetti) il tutto sembra ricondursi ad un pugno di alcuni "semplici" principi: 1) il danno non patrimoniale qualificato come categoria ordinante unitaria e onnicomprensiva, la qual cosa, però, 2) non implica che la monetizzazione del punto d'invalidità "ristori di per sé ogni e qualsiasi pregiudizio subito dalla vittima", posto ch'essa corrisponde all'incidenza verificabile su base medicolegale e d'intensità standard; 3) quest'ultima caratteristica va valutata sulla scorta del raffronto dei concreti pregiudizi dedotti e provati dalla vittima con quelli esaminati dal giudice; 4) "il danno alla salute in null'altro consistente che nella compromissione del compimento degli atti della vita quotidiana", sì che "la sola distinzione giuridicamente rilevante in tema di liquidazione del danno alla persona è ... quella fra conseguenze indefettibili dell'invalidità e conseguenze peculiari", ossia "quelle sofferte solo da quella particolare vittima, in conseguenza delle sue pregresse condizioni o del tipo di attività, ma non comuni necessariamente a tutte le vittime che abbiano sofferto identiche lesioni guarite con identici postumi".

Posto ciò, in breve si estrapola un principio di diritto affermato in modo molto chiaro ma che esprime una evidente paralisi sul piano delle conseguenze: "al fine di garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti" che segua i criteri sopra indicati.

La paralissi consiste però nell'aver sconfessato le tabelle milanesi, nello stesso momento in cui se ne ribadisce la portata para-normativa, come confermato da Cass. Civ. n. 11719/2021 "per la liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale le tabelle predisposte al Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale"²⁰; tutto ciò

¹⁹ Si ricorda sul punto che "In tema di danno alla persona, la presenza di postumi macropermanenti (nella specie, del 24%) non consente di desumere automaticamente, in via presuntiva, la diminuzione della capacità di produrre reddito della vittima, potendo per altro verso integrare un danno da lesione della capacità lavorativa generica il quale, risolvendosi in una menomazione dell'integrità psico-fisica dell'individuo, è risarcibile in seno alla complessiva liquidazione del danno biologico". In www.dejure.it.

²⁰ Nella sentenza in esame la Corte di Cassazione ha rilevato che "In caso di morte causata da un illecito, il danno morale terminale deve essere tenuto distinto da quello biologico terminale, in quanto il primo (danno da lucida agonia o danno catastrofale o catastrofico) consiste nel pregiudizio subito dalla vittima in ragione della sofferenza provata nel consapevolmente avvertire l'ineluttabile approssimarsi della propria fine ed è risarcibile a prescindere dall'apprezzabilità dell'intervallo di tempo intercorso tra le lesioni e il decesso, rilevando soltanto l'integrità della sofferenza medesima; mentre il secondo, quale pregiudizio alla salute che, anche se temporaneo,

senza evocare esplicitamente le tabelle che ai criteri enunciati nel principio di diritto invece rispondono più da vicino: quelle romane nella loro ultima versione. Queste, infatti, individuano nei cinque fattori di influenza del risarcimento tutte le prescrizioni ritenute indefettibili dal Supremo Collegio: "a. il rapporto di parentela esistente tra la vittima ed il congiunto avente diritto al risarcimento...; b. l'età del congiunto...; c. l'età della vittima...; d. la convivenza tra la vittima ed il congiunto superstite...; e. presenza all'interno del nucleo familiare di altri conviventi o di altri familiari non conviventi)".

Che la III Sezione stia muovendo verso un sincretismo tabellare pare evidente, che si stia muovendo a piccolissimi passi lo è altrettanto: non evocare esplicitamente la sostituzione delle tabelle milanesi con quelle romane non contiene solo un rispettoso invito ad adeguarsi in questo dialogo a distanza condito da un gioco delle parti ma anche l'auspicio di non dovere sostituire uno strumento così diffuso e che ha rivelato negli anni grande resilienza²¹.

è massimo nella sua entità e intensità, sussiste, per il tempo della permanenza in vita, a prescindere dalla percezione cosciente della gravissima lesione dell'integrità personale della vittima nella fase terminale della stessa, ma richiede, ai fini della risarcibilità, che tra le lesioni colpose e la morte intercorra un apprezzabile lasso di tempo. (Nel caso di specie, ha osservato la Suprema corte, la Corte territoriale ha chiaramente escluso la ricorrenza del danno biologico in ragione del breve lasso di tempo in cui la vittima era sopravvissuta all'evento di danno, ma non ha preso in considerazione il danno da lucida agonia, la cui ricorrenza, come si è detto prescinde dalla durata della sopravvivenza in vita - il che supera le obiezioni formulate dalla controricorrente che lamenta il fatto che il lasso di sette ore era stato calcolato a partire dal momento dell'incidente che non poteva esserne imputato piuttosto che dal momento in cui avrebbe dovuto essere eseguita l'ecografia - ed è legata unicamente alla consapevole attesa della morte imminente e inevitabile da parte della vittima)". In www.dejure.it.

²¹ Va conclusivamente ricordato che anche Cass. Civ., Sez. III, 5 maggio 2021, sentenza n. 11719, continua a ritenere "legittimamente adottabili come parametro di riferimento" le Tabelle Milanesi (richiamando Cass. Civ., Sez. VI, 9 giugno 2020, n. 10924: "Nella liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale, diversamente da quanto statuito per il pregiudizio arrecato all'integrità psico fisica, le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale, ma sono legittimamente adottabili a parametro di riferimento. Qualora il giudice scelga di utilizzare i predetti parametri tabellari, la personalizzazione del risarcimento non può discostarsi dalla misura minima prevista, mentre una personalizzazione che si collocasse al di sopra dei limiti massimi delle tabelle di riferimento adottate sarebbe pienamente legittima ove giustificata dalla peculiarità del caso di specie, ma la scelta di non ritenerla necessaria rientra nella legittima valutazione equitativa del danno effettuata dal giudice ai sensi dell'art. 1226 c.c., come tale non sindacabile se non sotto il profilo della carenza assoluta di motivazione nei limiti attuali sopra ricordati" in www.iusexplorer.it).

Il controverso paradigma dell'abuso d'ufficio fino alla riforma del 2020.

di Cristina LAURITANO e Roberta CHIUMMARELLO*

SOMMARIO¹: 1. Premessa 2. Evoluzione della norma: i numerosi interventi di riforma 3. La novella del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 4. Problemi applicativi alla luce del Decreto Semplificazioni 5. Profili intertemporali 6. Conclusioni.

ABSTRACT: *This paper aims to investigate the evolutionary path of the crime of "abuse of office" in the current system, starting from the original formulation of the case up to the current one, subject to Reform by the Simplification Decree. The numerous interventions on the Regulation's text were all characterized by the intention to fill the uncertainties application deriving from the indeterminacy of the literal data.*

It is also focused on the role that jurisprudence has played and on the conflicting readings of the regulation.,

The examination focuses on the recent Reform made by the Simplifications Decree which, through the circumscription of punishable conduct, has tried to contain the expansive exegesis of the crime and to stem the phenomenon of the so-called "defensive bureaucracy" so as to make possible a freer behaviour of public officials, especially in the current historical moment.

The Reform, in this regard, also concerned the reshaping of relations between the judicial authority and the administrative authority, limiting the interference of the judicial union on the discretionary choices of the public administration.

1. Premessa.

L'attuale formulazione del delitto di abuso d'ufficio disciplinato dall'art. 323 c.p., che si colloca nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione (Capo II, titolo II), è il frutto di una lunga e stratificata evoluzione della norma in esame, operata da numerosi interventi legislativi sollecitati da un'esigenza di ristrutturazione dell'intero sistema dei delitti contro la p.a.

Sebbene il Legislatore sia intervenuto, non di rado, sulla fattispecie *de quo*, la ratio sottesa fin dai primi interventi di riforma non può che individuarsi nella

* Dott.sse in Giurisprudenza.

¹ Par. 1-2-3-6 redatti dalla dott.ssa R. Chiummariello; par. 4-5-6 redatti dalla dott.ssa C. Lauritano

necessità di colmare le incertezze applicative dovute all'indeterminatezza e imprecisione del dato letterale.

Si ravvisa, pertanto, una continua tensione verso una rimodulazione dei rapporti tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa, al fine di limitare il travalicamento dei confini della discrezionalità delle scelte amministrative da parte del giudice nell'accertamento del reato in questione.

In tale quadro complessivo, è intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità fornendo delle letture, talvolta contrastanti; tuttavia, l'opinione dominante è nel senso di contenere il controllo penale sull'attività degli amministratori entro i confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri.

Da ultimo, a seguito del D.L. semplificazioni, l'art. 323 c.p. è stato nuovamente interessato da una riforma che ne ha modificato un elemento costitutivo della condotta punibile, con l'obiettivo di restringere le esegesi espansive che, negli anni, hanno contribuito al fenomeno del c.d. "timore della firma" da parte del funzionario pubblico e la conseguente paralisi del sistema amministrativo.

Sicché, a seguito della nuova disciplina, si sono create delle incertezze ermeneutiche rispetto all'applicazione della disciplina sulla successione delle leggi penali nel tempo, a cui è stata, recentemente, fornita una soluzione da parte delle Sezioni Unite.

2. Evoluzione della norma: i numerosi interventi di riforma.

Il delitto di abuso d'ufficio è stato al centro di importanti interventi di Riforma da parte del Legislatore, interventi che ne hanno, nel tempo, modificato la fisionomia; negli anni novanta (L. 86/1990, L. 234/1997), recentemente ad opera della Legge n. 190/2012, ed in ultimo con il D.L. semplificazione del 2020. Alle origini dell'introduzione dell'abuso d'ufficio, risalente al codice Rocco del 1930 (a sua volta ereditato dalla Leopoldina del 1786²), la ratio del reato era riconducibile all'obbligo di fedeltà allo Stato da parte del funzionario amministrativo, la cui violazione comportava il venir meno del rapporto di fiducia e di solidarietà sociale, condotta sanzionata, principalmente, con fattispecie di reato affini³ al 323 c.p., a cui veniva, invece, riconnessa una funzione del tutto

² L'art. LXIV della *Riforma della legislazione criminale toscana* (in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1973, p. 281) puniva il fatto di un agente pubblico «trascendendo i limiti o altrimenti abusando del pubblico ministero, ufficio o impiego per fare a chichessia qualsivoglia specie d'ingiustizia e di torto, e massimamente a vedove, pupilli ed altre miserabili persone, come ancora per favorire un reo conosciuto».

³ Tra queste emergeva l'art. 324 c.p., il quale era così formulato: «Interesse del privato in atti d'ufficio- il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale esercita

residuale⁴.

La fisionomia del reato così strutturata fissava una soglia di consumazione anticipata rispetto alla lesione dei diritti del cittadino, in un'ottica totalitaria in cui il disvalore del fatto era riconducibile alla lesione del dovere di fedeltà allo Stato⁵.

Pertanto, la condotta tipica punibile dall'abuso d'ufficio si identificava con i tre vizi canonici dell'atto amministrativo comprendendo, oltre la violazione di legge e l'incompetenza, anche l'eccesso di potere quale sinonimo di cattivo uso del potere, nel senso che erano punibili le condotte dei pubblici ufficiali che, sebbene avessero una base legale, erano poste in essere con uno scopo diverso da quello per cui il potere era stato affidato; in tal senso vi era un'applicazione estensiva dell'art. 323 fino a ricoprendere le violazioni dei c.d. limiti interni del potere discrezionale⁶.

Con la riforma del 1990 il Legislatore, oltre ad ampliare il novero dei soggetti punibili – ricoprendendo anche gli incaricati di pubblico servizio – aveva modificato la norma in modo da farla diventare una fattispecie fondamentale per la tutela penale della pubblica amministrazione⁷.

Anche i contorni dell'elemento soggettivo del dolo specifico – già presente nella previgente formulazione – furono ulteriormente definiti indicando come necessario ai fini dell'integrazione dell'abuso la presenza di un vantaggio (per sé o altri) o di un danno ingiusto; inoltre, fu previsto un aumento di pena nel caso

il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni».

⁴ Il testo previgente alla riforma del 1990, recitava: «*Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire centomila a due milioni».*

⁵ A. MANNA, *Profili storico-comparativi dell'abuso d'ufficio*, cit., 1202. Con il Codice Rocco si abbandona quindi la prospettiva dei codici penali ottocenteschi, in cui si tutelava la libertà del singolo contro le prevaricazioni del funzionario pubblico, adottando una figura che servisse invece da «strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei pubblici funzionari»: M. Gambardella, Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa, cit., 249 ss.

⁶ F. BRICOLA, In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., in RIDPP 1966, 993 ss. Sul nesso fra l'espansione del sindacato del giudice penale sul merito delle scelte discrezionali della PA e l'incompatibilità della fattispecie incriminatrice – in particolare, l'art. 323 c.p. precedente alla riforma del 1990 – con il principio di tassatività e determinatezza, G. Cocco, L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali, Cagliari 1996, 255 ss.

⁷ Questo è il testo dell'art. 323 come modificato dalla l. 86/1990: «*Abuso d'ufficio. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».*

in cui l'agente si fosse procurato un vantaggio patrimoniale⁸.

Ciononostante, non era inusuale che il sindacato del giudice, nella sua attività di accertamento, si spingesse fino a ricoprendere l'attività discrezionale della p.a. favorendo una paralisi della funzione amministrativa⁹.

Tuttavia, con la contestuale eliminazione dal novero delle condotte punibili per peculato nella forma “per distrazione” (art. 314 c.p.) e dall'eliminazione dell'interesse privato in atti d'ufficio, il nuovo paradigma dell'abuso d'ufficio aveva ottenuto un ruolo fondamentale nella lotta contro le condotte abusive degli amministratori¹⁰.

Invero, nelle intenzioni dei compilatori, la novellata fattispecie di abuso d'ufficio era considerata una norma di chiusura, al cui interno dovevano essere ricomprese da un lato le ipotesi di reato contenute in altre fattispecie affini – ormai abrogate – e dall'altro ipotesi di abuso “innominato”¹¹.

Con la riforma del 1997, il Legislatore ha tentato di delineare in maniera più dettagliata e netta, i tratti della fattispecie in esame con l'obiettivo di garantire maggior certezza applicativa.

Ed invero, il Legislatore ha identificato la condotta tipica con due condotte alternative: la «violazione di norme di legge o di regolamento»; la mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti». Inoltre, la condotta abusiva doveva avvenire nell'esercizio delle proprie funzioni, concretizzandosi in un esercizio “distorto” dei poteri conferiti al p.u¹².

Pertanto, ai fini dell'integrazione del reato, si era resa necessaria la produzione effettiva del vantaggio o del danno ingiusto, specificandone la natura patrimoniale.

Un'ulteriore modifica aveva interessato anche la rideterminazione della sanzione comminabile, mediante una diminuzione del limite edittale massimo da 5 a 3

⁸ Ulteriori riferimenti per la configurabilità dell'abuso d'ufficio post riforma del 1990 v. P. Pisa, voce Abuso d'ufficio, in Encyclopedie Giuridica Treccani, Roma 1995, vol. I; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 17 ss.

⁹ F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2013.

¹⁰ L'intervento riformatore aveva lo scopo di attribuire al riformato art. 323 una funzione residuale, ricomprensiva di tutte le condotte illecite prima sussumibili nell'art. 314 e nell'art. 324; costituendo un filtro idoneo per garantire maggiore aderenza – almeno secondo le intenzioni – al principio di offensività; L. STORTONI, *Intervento*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino 2018, 117 s.

¹¹ C. GRASSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in FI, 1999.

¹² Vedi V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in www.archiviopenale.it, 18.9.2018, 17.

anni; sicché, a seguito della diminuzione dei termini prescrizionali, si ebbe l'indesiderato effetto di rendere più blanda la pretesa punitiva rispetto alle condotte incriminate.

La dottrina di allora, tuttavia, sottolineò rilevanti criticità della nuova fisionomia del reato in esame ovvero: 1) il riferimento al solo vantaggio patrimoniale, escludendo dall'area di operatività della norma i vantaggi non patrimoniali e ponendosi in rotta di collisione con il concetto di "interesse privato" indicato nella norma; 2) la doppia ingiustizia richiesta, sia del danno che del vantaggio, comportandone un'applicazione alterata ovvero ritenendolo un requisito alternativo e non cumulativo; 3) le difficoltà probatorie derivanti dal requisito richiesto del dolo intenzionale¹³.

Ancor più gravi furono le questioni attinenti all'area di operatività del sindacato del giudice in ordine all'interpretazione da attribuire alla «violazione di legge o di regolamento», in quanto era dubbio se la riforma avesse comportato l'esclusione del sindacato del giudice nell'ipotesi di eccesso di potere o se questa ipotesi poteva ancora costituire espressione di una condotta punibile ex art. 323 c.p.

Per integrare la fattispecie, dunque, secondo l'orientamento seguito in quegli anni, era necessario che le regole di condotta fossero contenute in delle leggi in senso formale o al più in atti normativi espressamente regolati (come i regolamenti) ed inoltre fu precisato che «la sola inosservanza di norme di principio o genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa – come quella contenuta nell'art. 97 Cost. (principio di imparzialità e di buon andamento) – non è idonea a configurare la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione del novellato delitto di abuso d'ufficio»¹⁴.

Tuttavia, tale approccio garantista e restrittivo del dato normativo, favoriva la creazione di un vuoto di tutela proprio nelle aree di interesse maggiormente propense a distorsioni di carattere funzionale, realizzate nell'ambito dell'attività discrezionale¹⁵.

Successivamente, a seguito dell'intervento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che nel 2003 aveva approvato la *United Convention against corruption*, con la risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003, è stata promulgata la Riforma n.

¹³ A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, cit., 27 s., «poteva essere sufficiente costruire la norma in modo da renderla incompatibile, anche nei suoi estremi oggettivi, con il dolo eventuale», mentre la scelta del legislatore importerebbe «un'ulteriore, notevole restrizione di tutela».

¹⁴ Vedi Cass., Sez VI, n. 35108, 8 maggio 2003.

¹⁵ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit. 9.

190/2012 che è intervenuta con il precipuo scopo di apprestare una tutela più solida per i fenomeni corruttivi, mediante politiche volte alla prevenzione e alla trasparenza; in particolare, aumentando il massimo di pena edittale per il reato di abuso d'ufficio da 3 a 4 anni.

A seguito dell'intervento riformatore, il Legislatore ha sostituito ad una formula generale e omnicomprensiva delle condotte abusive punibili¹⁶, una tipizzazione analitica delle condotte rilevanti riconducibili alla violazione di (norme di) legge e di regolamento e all'obbligo di astensione nei casi di conflitto di interesse con prossimi congiunti.

Ebbene, il risultato ottenuto fu opposto a quello sperato, giacchè per impedire vuoti di tutela, la giurisprudenza iniziò ad interpretare la norma in senso ampio, sussumendo all'interno delle violazioni di legge anche condotte poste in essere in violazione della imparzialità della p.a. tutelata da norme di principio (art. 97 Cost.).

Il risultato di questo nuovo approccio ermeneutico fu di rendere (nuovamente) eccessivamente vaga la fattispecie incriminatrice, con un indesiderato ritorno al passato.¹⁷

Con riguardo alla seconda condotta punita inerente all'obbligo di astensione dell'agente, si pose un'ulteriore criticità in capo all'interprete: se tale generico dovere di astensione dovesse trovare la sua fonte nell'art. 323 c.p.

La risposta fornita in giurisprudenza fu in senso positivo poichè, ragionando diversamente, si sarebbe giunto a ritenere superflua la disposizione in questione in quanto la violazione di un dovere di astensione prescritto da altra norma avrebbe già costituito una violazione di legge ex sé.

3. La novella del d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

Recentemente è intervenuta un'ulteriore Riforma che ha nuovamente riscritto il reato di abuso d'ufficio. Si fa riferimento all'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), in vigore dal 17 luglio 2020 ed ora convertito in legge (L. 11 settembre 2020, n. 120).

La riforma dell'art. 323 c.p. sostituisce le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

¹⁶ Definito da Padovani abuso innominato.

¹⁷ Cfr. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Giuffrè, 2009, 113 ss.

La *ratio legis* sottesa a tale ultimo intervento è chiara: limitare le interpretazioni espansive della giurisprudenza, con il fine ultimo di garantire lo sblocco della paralisi amministrativa dovuta al timore del funzionario pubblico di incorrere, nell'esercizio delle sue funzioni, in responsabilità penale.

Le criticità della Riforma sono già state evidenziate da una parte della dottrina sia con riguardo al metodo che al merito.¹⁸

Con riguardo al merito, la dottrina contesta che la Riforma in questione ha ricondotto il sindacato del giudice penale solo a fattispecie marginali e non rilevanti – svuotando di fatto il dato normativo – ovvero limitato solo all'attività vincolata del funzionario pubblico;¹⁹ in tal modo è stato sostenuto che si è in presenza di una chiara violazione del principio di uguaglianza²⁰.

Con riguardo al metodo il Legislatore, invece di rafforzare la struttura dell'art. 323, si è basato sul diritto vivente, principalmente, con l'obiettivo di: a) contenere le derive giurisprudenziali, rimodulando la fattispecie con maggiore specificità; b) focalizzare l'attenzione solo su una parte della condotta punibile, vale a dire sul disvalore dell'azione²¹.

Pertanto, le novità introdotte dal d.l. Semplificazioni riguardano, in primis, la non rilevanza di condotte violative di regolamenti – essendo stati espulsi dalla fattispecie de quo – ma solo quelle inerenti a violazioni di legge o atti avente forza di legge.

L'irragionevolezza si rinviene nel fatto che proprio nei regolamenti, di consueto, vi sono delle regole specifiche di condotte volte ad orientare il comportamento del funzionario pubblico, diversamente dalle leggi che sono per definizioni generali ed astratte e dunque, prive di specificità.

Il secondo aspetto rilevante è costituito dalla rilevanza della sola inosservanza di regole di condotte specifiche ed espressamente previste da fonti primarie; in tal modo si è, pertanto, escluso dal novero delle condotte punibile quelle poste in violazione dell'art. 97 Cost.

Connesso a tal dato, vi è l'ulteriore elemento di nuovo conio ovvero la rilevanza delle sole condotte da cui non derivi alcun margine di discrezionalità.

¹⁸ Cfr. G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; T. PADOVANI, Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio, cit.

¹⁹ M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del preceppo*, cit., 4. Sul punto, già M. DONINI, Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p., cit., 97 ss.

²⁰ T. PADOVANI, op. cit. 9.

²¹ M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in www.penaledp.it, 10.8.2020

La fattispecie, così delineata, conserva la natura di reato proprio, individuando i soggetti attivi del reato nei pubblici ufficiali e negli incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni, riconducibili a qualunque specie di atto o attività posti in essere; resta un reato di evento, il cui disvalore si realizza nella concretizzazione della doppia ingiustizia del danno recato ad altri o del vantaggio patrimoniale.

Con riguardo all'elemento soggettivo nella seconda estrinsecazione della condotta punibile qualora vi sia un obbligo giuridico di astensione in presenza di una situazione di conflitto di interessi, il reato richiede il dolo generico, connotato dalla intenzionalità, il quale determina l'impossibilità di configurare il delitto nei casi di mero dolo eventuale.

4. Problemi applicativi alla luce del Decreto Semplificazioni.

Le modifiche introdotte al reato di abuso di ufficio, come appena descritte, richiedono necessariamente un approfondimento sotto il versante applicativo, posto che l'intervento riformatore ha comportato una parziale *abolitio criminis* (confermata, del resto, dalle recenti Sezioni Unite 1146 del 2020), restringendo sensibilmente le ipotesi di incriminazione dei pubblici funzionari nell'esercizio delle proprie funzioni.

La Riforma, del resto, tende ad arginare il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva", quale atteggiamento dei pubblici funzionari, diffusosi nella prassi, di ridurre al minimo l'apporto contributivo al perseguitamento del pubblico interesse per timore di poter essere perseguiti ed incriminati – secondo il disposto dell'art. 323 c.p. antecedente al Decreto Semplificazioni – in un numero considerevole di casi; la riforma mira a combattere l'inerzia della pubblica amministrazione, a semplificare il suo operato in un'ottica coerente al buon andamento ed all'imparzialità; l'eccessiva genericità che caratterizza(va) la lettera della norma paralizzava l'attività amministrativa, esponendo il pubblico funzionario al rischio di incorrere facilmente in una serie di responsabilità, civile, penale, contabile e disciplinare nell'esercizio delle proprie funzioni. Una situazione di stasi burocratica che rendeva molto più semplice l'astenersi piuttosto che l'agire; erano in molti ad auspicare una modifica e finanche un'abrogazione della fattispecie.²²

²² Sul punto cfr. CASTALDO, *Migliorare le performance della pubblica amministrazione, riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018; F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *Arch. pen.*, n. 2/2020.

L'efficacia dell'azione amministrativa, elevato a principio generale dalla legge 241 del 1990 (legge sul procedimento amministrativo) richiede una procedura snella e non inficiata dal c.d. "timore della firma", che porta i pubblici funzionari a non agire e, di conseguenza, a paralizzare il sistema burocratico.

Si comprende, allora, come il contesto storico all'interno del quale nasce la Riforma, quello caratterizzato dall'emergenza epidemiologica Covid-19, abbia influenzato la portata della stessa; la ripartenza del Paese deve essere celere e non può scontare il prezzo di una classe burocratica timorosa di agire, perché soggetta ad una possibile incriminazione rimessa alla violazione di presupposti generali, quali erano quelli che – fino ad oggi – hanno retto il reato di abuso d'ufficio.

A testimonianza del panorama appena descritto, del resto, soccorre il dato concreto, testimone della scarsa rilevanza pratica del reato di abuso; vi è una significativa differenza, infatti, dal numero delle indagini avviate per abuso di ufficio rispetto a quello delle condanne;²³ ne deriva una sostanziale abrogazione della norma, a discapito dei beni giuridici da essa tutelati quali il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Inoltre, in un contesto emergenziale come quello attuale, è necessario – secondo il legislatore della Riforma – snellire i tempi delle procedure e consentire alla macchina amministrativa di agire in maniera più libera, sempre tendendo a mente il perseguimento dell'interesse pubblico.

Il nuovo reato, come già in precedenza evidenziato, si caratterizza per l'introduzione di presupposti più specifici cui ancorare la penale rilevanza delle condotte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni.

La circoscrizione del perimetro del reato si coglie nell'eliminazione, dal testo della norma, della penale rilevanza di tutte quelle condotte poste in essere in «violazione di norme di legge o di regolamento» e nell'introduzione, in sostituzione, di una violazione passibile di incriminazione solo qualora riguardi «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»; resta ferma, per il resto, l'altra condotta punita, individuata nella mancata astensione se ricorre un interesse proprio o di un congiunto o «negli altri casi prescritti».

²³ V. MAGLIONE, *Il nuovo abuso d'ufficio non taglia i fascicoli a carico dei funzionari ma rischia di complicare le indagini*, in *Giustizia penale e riforme*, Il Sole 24 Ore, 28 luglio 2020. Secondo l'Istat, nel 2017, dei 6.582 procedimenti aperti in procura, appena 57 sono stati definiti con una sentenza di condanna.

È chiaro l'intento del legislatore di limitare i casi di incriminazione, dal momento che la violazione di norme regolamentari si presentava in termini più generali rispetto alla violazione di norme specifiche e dettagliate; del resto, l'eliminazione del regolamento dal novero delle fonti della responsabilità ex art. 323 c.p. comporta, gioco-forza, l'irrilevanza penale anche di una serie di condotte, pur individuate da "specifiche regole", per il solo fatto di essere ricomprese in un regolamento, la cui violazione non integra (più) la fattispecie dell'abuso di ufficio. Si realizza, in tal modo, una parziale *abolitio criminis* per tutte le classi di condotte che esulano dall'area di tipicità della norma, comportando numerosi dubbi anche a livello applicativo, con riguardo ai procedimenti pendenti istaurati proprio sulla scorta della vecchia formulazione del preceitto, nei confronti dei quali il giudice dovrebbe intervenire con una pronuncia di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

In disparte i profili intertemporali, di cui si dirà in maniera più approfondita di seguito, occorre soffermarsi sul concetto di "regolamento" che, nel nostro ordinamento, è annoverato tra le fonti secondarie e caratterizzato da generalità, innovatività ed astrattezza.²⁴

A fronte dell'esclusione dei regolamenti, è stata prevista la punibilità della sola inosservanza di regole di condotta "specifiche" ed "espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge".

Ad una prima lettura, tenuto conto soprattutto della ratio ispiratrice della Riforma, ragioni di ordine logico portano a comprendere che per il pubblico funzionario sarà sicuramente meno frequente incorrere in una violazione di norme specifiche, *prima facie* riconoscibili, soprattutto da soggetti qualificati ai quali l'ordinamento chiede un grado di diligenza superiore, piuttosto che in quella di regolamenti, fonti secondarie e generali e, pertanto, caratterizzati da minor precisione; il riconoscimento dell'area di tipicità della condotta, nel caso di violazione di fonti subordinate, risulta allora – secondo il legislatore della riforma – più arduo, in termini di prevedibilità ed evitabilità.²⁵

²⁴Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo* XIII Edizione, Dike: "Caratteri dei regolamenti sono la generalità, intesa come indeterminabilità dei destinatari e quindi idoneità alla ripetizione nell'applicazione della norma; innovatività, quale capacità di concorrere alla costituzione ed all'innovazione dell'ordinamento giuridico; astrattezza, intesa quale capacità di regolare una serie indefinita di casi."

²⁵Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, GIURISPRUDENZA PENALE WEB, 2020, 7-8 "Ancorando la condotta tipica alla violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», si è inteso proclamare con irta tassatività che l'abuso si deve risolvere nell'inosservanza di un dovere vincolato nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell'attività".

Le stesse Sez. Unite, sul punto, hanno affermato che, in luogo "del generico richiamo" della disciplina previgente ad una violazione di norme di legge o di regolamento, si pretende ora che la condotta del pubblico funzionario, nell'esercizio delle proprie funzioni, sia connotata dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa fissate dalla legge in maniera precisa e puntuale, senza che possa rilevare la violazione di fonti sub primarie o di principi generali.²⁶

Sotto quest'ultimo profilo merita attenzione la controversa possibilità, riconosciuta in passato da una parte della giurisprudenza, osteggiata da autorevole dottrina, di ricomprendere nella formula "violazione di legge" anche quelle condotte contrarie all'art. 97 Cost., valorizzandone la portata immediatamente percettiva, nella parte in cui prescrive il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione; si opponeva, invece, chi assegnava all'art. 97 Cost. valore esclusivamente programmatico, tendendo conto che estendere l'ambito dell'abuso di ufficio alla violazione di principi tanto generali, come quello di imparzialità e buon andamento, avrebbe tacciato la norma di incostituzionalità, per violazione dell'art. 25 Cost., sub specie di principio di legalità.

È fuor di dubbio che la p.a., nell'esercizio della propria attività, sia tenuta a conformarsi ai principi costituzionali che prescrivono obblighi di comportamento, come del resto conferma lo stessa art. 1 l.241 del '90, norma posta in apertura della legge sul procedimento amministrativo che codifica i principi generali cui l'attività amministrativa deve ispirarsi; il principio imparzialità, inteso come divieto per i pubblici funzionari di compiere alcun tipo di favoritismo, risulta poi strettamente connesso anche ad istituti di fondamentale importanza, come quello dell'accesso agli atti e, di conseguenza, alla trasparenza amministrativa, paradigma imprescindibile nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati.

Considerare, però, integrante una fattispecie penalmente rilevante la violazione di un principio generale come quello in esame, vorrebbe dire assegnare al giudice penale un inaudito potere, non legittimato dalla legge, che si tradurrebbe nella sostituzione del potere giudiziario a quello amministrativo, in contrasto con l'art. 31 co.3 c.p.a., che prescrive proprio la separazione dei poteri come baluardo imprescindibile di legalità.²⁷

²⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. 1146/2020.

²⁷ Cfr. sul punto, tra gli altri: MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in www.penalecontemporaneo.it, GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.

a violazione di legge riguarda norme che "prescrivano modalità proprie delle attività della p.a., che vincolino cioè il pubblico agente a un dato contegno", senza che possa rilevare la violazione di principi generali; ecco che il richiamo all'art. 97 cost., inteso come norma dalla portata spiccatamente precettiva, si rivela del tutto erroneo poiché sottende un contrasto con la voluntas legis, china nell'individuare ipotesi "tipiche" di responsabilità, che possano essere ricondotte a parametri formali e riconoscibili e non a principi astratti e generali, ancorché fondamentali.²⁸

È indubbio, del resto, che la pubblica amministrazione sia tenuta a rispettare, nell'esercizio della propria attività, i principi fondamentali richiamati tanto dall'art. 97 cost., quanto dall'art. 1 l.241/90; entrambe le norme, lette specularmente, ci consegnano una pubblica amministrazione tesa al perseguitamento del pubblico interesse in maniera efficiente ed efficace, imparziale ed in aperto dialogo con i consociati, in un'ottica generale di buon andamento.

La semplificazione amministrativa, nuovo paradigma dei rapporti tra p.a. e privato, riflette l'esigenza di uno snellimento delle procedure che possa dirsi rispettoso del principio di leale collaborazione; la p.a. non ricopre (più) il ruolo di autorità sovraordinata al privato, detentrice di un potere autoritario che si impone al cittadino senza il suo consenso.

Gli interventi legislativi degli ultimi anni militano, al contrario, a favore di una nozione di pubblica amministrazione che, nel perseguitamento dei fini pubblici prescritti dalla legge, è tenuta a tenere in considerazione i privati, attraverso strumenti che ne consentano la più ampia partecipazione all'esercizio della "cosa pubblica".

Appare dunque inopportuno assegnare alla violazione dei principi generali la stessa incidenza della violazione di legge, così come intesa dal Legislatore dell'abuso di ufficio; il rischio sarebbe quello di allargare eccessivamente le maglie della norma, in spregio al principio di determinatezza e di tassatività delle fattispecie, corollari - a loro volta - del principio di legalità.²⁹

²⁸ Cfr., ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, 2019.

²⁹ Sul punto Cfr. Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 novembre 2020 (ud. 17 settembre 2020), n. 31873 Presidente Mogini, Relatore Calvanese. La Corte si è espressa in merito all'interpretazione della nozione di "violazione di legge", alla luce della riforma, e sulla rilevanza della condotta consistita nel rilascio di un Permesso di costruire in violazione del piano regolatore comunale e degli altri strumenti urbanistici. Sul punto la Corte ha rilevato che "come più volte affermato da questa Corte, il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001 – alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della

Tale logica, pertanto, non è nuova all'abuso di ufficio, da sempre crocevia di dubbi in punto di eccessiva ingerenza del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa; accogliere un'interpretazione estensiva di "violazione di legge", e ricomprendervi la violazione del buon andamento e dell'imparzialità, consentirebbe al giudice penale di "entrare" all'interno della discrezionalità amministrativa e di spingersi fino al merito della "scelta" espressamente rimessa all'autonoma determinazione dell'amministrazione pubblica, preposta alla cura dell'interesse pubblico di riferimento.

Il rischio di un'ingerenza troppo ampia del sindacato del giudice sull'esercizio del potere amministrativo è, probabilmente, il motivo che ha ispirato la riforma anche con riguardo all'ulteriore novità, relativa al tipo di potere esercitato dai pubblici funzionari.

La nuova formula dell'art. 323 c.p. specifica che rilevano, ai fini della punibilità, solo le regole di condotta «dalle quali non residuino margini di discrezionalità». E bene, il riferimento alla discrezionalità amministrativa, così formulato, non può che portare alla mente il già richiamato art. 31 comma 3, c.p.a., norma relativa al silenzio inadempimento che apre al giudice il sindacato sulla fondatezza della pretesa, a condizione che l'attività sia vincolata o che non residuino ulteriori margini di discrezionalità.

Quest'ultima, infatti, si caratterizza per la scelta insindacabile della pubblica amministrazione tra più soluzioni tutte astrattamente valide ed idonee al perseguimento del pubblico interesse³⁰, sottratte nel merito al sindacato del giudice, al contrario dell'attività vincolata in cui non è possibile scorgere il momento "volitivo" della p.a., posto che il fine pubblico e le modalità di esercizio del potere sono predeterminate a monte dal legislatore.

disciplina urbanistico-edilizia vigente'. Dall'espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una 'violazione di legge', rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 cod. pen.". Di conseguenza "seguendo questa elaborazione giurisprudenziale" ha concluso la Corte "deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001) (...), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la 'violazione di legge', quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche a seguito della modifica normativa".

³⁰ Sul punto F. CARINGELLA, che la definisce come la "Facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato", pg. 977 e ss.

Orbene, ad una prima analisi della riforma ed in considerazione degli ancora scarsi casi pratici analizzati, il riferimento così netto compiuto dal legislatore alla discrezionalità amministrativa potrebbe essere sintomatico della volontà di scardinare quegli orientamenti secondo cui sarebbe configurabile il reato di abuso di ufficio (anche) nelle ipotesi di eccesso di potere, vizio di legittimità tipico del potere discrezionale, quando tale potere sia esercitato in maniera difforme rispetto alle finalità per cui è attribuito e, pertanto, in modo "non funzionale" al pubblico interesse (vizio conosciuto anche come sviamento di potere rispetto al fine tipico predeterminato).

L'eccesso di potere ricorre, allora, quando i pubblici funzionari esercitino il proprio potere discrezionale per finalità differenti rispetto a quelle assegnate dalla legge, finalità prettamente personali ed egoistiche, che integrano proprio la condotta tipica punita dall'art. 323 c.p.

Storicamente l'eccesso di potere ha costituito il grimaldello attraverso cui consentire lo sconfinamento del sindacato del giudice dai vizi di legittimità al merito amministrativo, proprio per la linea sottile che differenzia la scelta discrezionale della p.a. da quella opportunistica; e bene, a tal riguardo, la giurisprudenza più recente ha precisato che l'ammissibile sindacato sull'eccesso di potere non deve (non può) tradursi in una valutazione "sull'opportunità e la scelta dell'atto (...) o nella volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione (...)"³¹

Ricondurre l'ipotesi di abuso di ufficio all'interno della figura dell'eccesso di potere porta con sé il rischio di un'invasione del potere giudiziario nelle scelte discrezionali della p.a. e nella stessa attività amministrativa.

Da ciò deriva la limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, quando si trovi ad agire in un contesto caratterizzato da un potere discrezionale che richiede, necessariamente, una scelta derivante dal bilanciamento di interessi contrapposti, sempre nell'ottica del perseguimento dei fini prescritti dalla legge.

Le SS.UU. 1146 del 2020, sul punto, hanno precisato che la discrezionalità richiamata nella nuova formulazione del preceitto ingloba anche quella c.d. tecnica, che si caratterizza non già per la scelta riservata alla p.a. tra soluzioni tutte ragionevolmente valide, quanto nell'applicazione di regole tecniche e specialistiche che conducono ad un risultato per sua natura opinabile e non predeterminabile; regole tecniche il più delle volte individuate da specifiche leggi

³¹ Cass. Civ., Sez. Un., 24 maggio 2019, n. 14264.

e regolamenti, tanto che non è possibile parlare di una vera e propria “autonoma scelta di merito”, come nel caso della discrezionalità c.d. pura.

Sicchè sembrerebbe illogico, alla luce dei parametri di buon andamento ed imparzialità, escludere l’abuso di ufficio nelle ipotesi in cui il pubblico funzionario violi tali regole specialistiche, per il solo fatto che si tratti formalmente di attività discrezionale.

Ciò nonostante, gli stessi Ermellini fanno salvi i casi in cui la discrezionalità *“trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici, laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito, oppure si sostanziano nell’alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell’inoservanza dell’obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi”*.

È chiaro il riferimento alla figura dello sviamento di potere, che si configura quando la p.a., pur nell’esercizio di attività discrezionale, ecceda i limiti fissati a monte dal legislatore, che si sostanziano nel funzionale esercizio del potere, da indirizzare esclusivamente verso il perseguimento del pubblico interesse.³²

Ne consegue allora che, pur tenuto conto della clausola di salvezza introdotta dalla Riforma con riguardo alla discrezionalità amministrativa, non appare logico, né tanto meno ragionevole, escludere a monte il sindacato del giudice penale sull’esercizio dei poteri pubblici, quando questi siano esercitati in maniera difforme da quanto prescritto, in contrasto con il buon andamento e l’imparzialità della pubblica amministrazione.

La discrezionalità amministrativa sarà, pertanto, sindacabile quando comporti uno sviamento di potere o quando il suo esercizio violi l’obbligo di astensione imposto al pubblico ufficiale in presenza di un conflitto di interessi; ipotesi, quest’ultima, non toccata dalla riforma e che conserva la sua penale rilevanza, ancorché ad essa sia sotteso un potere discrezionale.

Del resto, l’attribuzione di una facoltà o di un diritto da parte dell’ordinamento trova il proprio limite principale nelle modalità in cui questo viene esercitato; discrezionalità non può risolversi in abuso perché, in tal caso, non risulterebbero opportunamente tutelati (ed anzi, messi in pericoli) i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice.

³² Sul punto, tra gli altri, M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d’ufficio*, cit., p. 35 ss.; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell’abuso d’ufficio per eccesso di potere*, in *La modifica dell’abuso d’ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di AA.VV., coordinato da A.A. Dalia, M. Ferraioli, Giuffrè, 1997, p. 70 ss.

In questo modo, inoltre, lo stesso obiettivo della Riforma resterebbe vanificato, poiché perderebbe il *prius logico* di ogni intervento normativo, quale il rispetto del principio di legalità.

La nuova disposizione normativa, nella parte in cui fa riferimento alla discrezionalità amministrativa, sottraendone il sindacato al giudice penale, farebbe allora riferimento alle ipotesi di "cattivo uso del potere", inteso come violazione dei limiti interni sulle modalità di esercizio e, come tale, insindacabile. Come è noto, invece, la Riforma non ha inciso sulla seconda parte di condotta punita dalla norma, che continua ad avere rilevanza penale e che riguarda la mancata astensione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto" o "negli altri casi prescritti"; pertanto, quando il pubblico ufficiale procura intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto omettendo di astenersi nei casi prescritti dalla norma, la sua condotta continua – anche dopo la riforma della norma – a ricoprire rilevanza penale e a soggiacere alla pena all'uopo prevista.

Dunque, l'abuso di ufficio penalmente rilevante consiste – oggi – nelle ipotesi appena descritte di omessa astensione in presenza di un obbligo in tal senso e nella violazione di una specifica ed espressa regola di condotta, dalla quale non residuino margini di discrezionalità; non rileverà più – almeno secondo l'interpretazione puramente letterale della norma - la violazione dei generici doveri incombenti sulla p.a. nell'esercizio delle proprie funzioni, individuati nel buon andamento e nell'imparzialità.³³

5. Profili intertemporali.

La nuova formulazione della fattispecie di abuso di ufficio ha, dunque, un ambito applicativo più ristretto rispetto a quello previgente ed integra un'ipotesi di parziale *abolitio criminis* in relazione ai fatti commessi in violazione di norme di regolamento, di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse e di regole di condotta che lascino residuare margini di discrezionalità, restando invece intatte le modalità alternative della condotta, non attinte dalla riforma.

Ne consegue che, qualora il fatto – commesso prima della modifica -risulti già contestato come "omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un

³³ Cfr. G.L.GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis* in Sistema Penale, 2 dicembre 2020.

prossimo congiunto”, non essendosi verificata – per tale parte – nessuna *abolitio criminis*, non troverà applicazione il disposto dell’art. 2 co. 2 c.p.

La stessa Cassazione, nella pronuncia più volte richiamata, ha invece confermato l’*abolitio criminis* parziale per quelle classi di condotta, intervenute prima della Riforma, che si risolvano nella violazione di regolamenti o di norme di legge generali ed astratte o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, nei termini prima precisati.

Si applicherà pertanto il disposto normativo dell’art. 2 co.2 c.p. che impone, per i casi già giudicati e per i quali sia intervenuta sentenza di condanna, la cessazione dell’esecuzione e degli effetti penali.

Nel caso di procedimenti pendenti in fase di indagine sarà necessaria l’archiviazione, mentre in quelli ancora *sub judice* dovrà necessariamente intervenire una pronuncia assolutoria perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

La revoca del giudicato, ex art. 673 cod. proc. pen., ad opera del giudice dell’esecuzione, impone una verifica concreta e puntuale sull’effettiva abolizione di quella condotta per la quale è intervenuta condanna; occorrerà verificare, cioè, se il pubblico funzionario, nell’esercizio delle proprie funzioni, nel procurare intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o nell’arrecare ad altri un danno ingiusto, abbia violato una norma non specifica, regolamentare o che lasci residuare margini di discrezionalità.

Il compito dell’interprete si rivela piuttosto arduo tanto che, secondo alcuni, ben si potrebbe ricondurre le condotte già giudicate all’interno della norma come Riformata, valorizzando la parte non interessata dall’intervento normativo, quale “l’omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto” o, ancor più generale, “gli altri casi prescritti”.³⁴

In questo modo anche la violazione di norme a contenuto generale o dalle quali residuino margini di discrezionalità potrebbe ritenersi ancora rientrante nella fattispecie dell’art. 323 c.p., all’indomani della Riforma.³⁵

³⁴ Come osserva correttamente Tullio Padovani: “*la fattispecie alternativa, costituita dalla violazione dell’obbligo di astensione, non è mutata né punto né poco, e continua placidamente a investire anche (e soprattutto!) l’esercizio della discrezionalità amministrativa*”, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso di ufficio* in Giurisprudenza Penale, 28 luglio 2020.

³⁵ Sul punto cfr. Cass. pen., Sez. fer., Sent. 17 novembre 2020 (ud. 25 agosto 2020), n. 32174. I Giudici hanno espressamente affermato che “*siffatta modifica, seppure di grande impatto ove non dovessero intervenire ulteriori modifiche in sede di conversione, e sebbene medio tempore abbia notevolmente ristretto l’ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d’ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell’art. 2, comma 2 cod. pen., non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della*

Si paventa cioè la possibilità, nemmeno troppo remota, di un'interpretazione estensiva della locuzione "altri casi prescritti", così da ricomprendervi tutte le classi di condotta che, per effetto della riforma, hanno perduto rilevanza penale; orientamento seguito tanto in dottrina³⁶, quanto a livello giurisprudenziale; la Cassazione, con la sentenza n. 32174 del 2020 (che rappresenta una delle prime pronunce post riforma) sembrerebbe inaugurare una tendenza volta ad "arginare" gli stringenti limiti della nuova formulazione dell'art. 323 c.p., facendo rientrare all'interno delle segmento "altri casi prescritti" – rispetto ai quali "non è pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge", anche quelle violazioni riguardanti "altre fonti normative extrapenali, che prescrivano lo stesso obbligo di astensione".

Con la modifica dell'art. 323 c.p., inoltre, si profila la questione relativa ad una possibile "riespansione" di fattispecie incriminatrici preesistenti le quali, per effetto della clausola di sussidiarietà «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato» posta in apertura dell'art. 323 c.p., rimanevano in quest'ultima assorbite.

Il riferimento è, in particolare, alla fattispecie di omissione o rifiuto in atti di ufficio, contemplata dall'art. 328 c.p. che, a seguito del restringimento della più grave fattispecie di abuso di ufficio, potrebbe ora interessare le condotte prima sussumibili esclusivamente all'interno dell'art. 323 c.p.

Occorre premettere, a riguardo, che per giurisprudenza consolidata il reato di abuso di ufficio è realizzabile anche in forma omissiva, qualora (prima della Riforma, si intende) il potere omesso fosse stato esplicitamente attribuito all'agente pubblico da una norma di legge o regolamentare.³⁷

violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione".

³⁶ V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *Discrimen*, 14 settembre 2020.

³⁷ Cfr. Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, "Il delitto di abuso d'atti d'ufficio può essere integrato anche attraverso una condotta meramente omissiva, rimanendo in tal caso assorbito il concorrente reato di omissione d'atti d'ufficio in forza della clausola di consunzione contenuta nell'art. 323, comma primo, c.p."

A fronte della commissione in forma omissiva del reato di abuso di ufficio, la fattispecie meno grave di cui all'art. 328 c.p. restava in quella assorbita, per effetto della clausola di riserva posta in apertura dell'art. 323 c.p.³⁸

Dopo l'intervento riformatore del 2020, il restringimento dell'area di rilevanza dell'abuso d'ufficio e la sensibile riduzione delle condotte penalmente rilevanti potrebbero allora portare ad uno speculare ampliamento del raggio di azione dell'art. 328 c.p.

È necessario, però, precisare che tale eventualità potrebbe profilarsi solo per quei fatti posti in essere dopo la modifica dell'abuso di ufficio, posta l'eterogeneità tra le due norme incriminatrici, in omaggio al principio di legalità euro-unitario, sub specie di necessaria prevedibilità degli effetti penali.

Altra fattispecie che dalla modifica dell'art. 323 c.p. potrebbe vedere sensibilmente ampliato il proprio campo di applicazione è quella contemplata nell'art. 314 a tenore del quale "*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblicato servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropri, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi*".

La condotta distrattiva, nell'ipotesi del peculato, si caratterizzerebbe per la finalità dell'agente che è quella di soddisfacimento di fini meramente privatistici, attuata mediante la sottrazione del bene e la perdita definitiva dello stesso da parte della p.a.; ricorrerebbe invece, secondo l'orientamento più diffuso, l'ipotesi di abuso di ufficio qualora il p.u., pur utilizzando il bene per finalità puramente personali ed egoistiche, non realizzerebbe una materiale sottrazione dello stesso al patrimonio statale ma se ne servirebbe con modalità che esulano dai fini preposti all'adempimento del proprio ufficio.³⁹

Tale ipotesi appare simile alla fattispecie autonoma di peculato, contenuta nel secondo comma art. 314, la quale sarebbe l'unica idonea a poter trovare applicazione dopo la parziale abolizione di determinate condotte contemplate nell'art. 323 c.p.

³⁸ T. PADOVANI, *op.cit.*

³⁹ Da ultimo, Cass. Sez. VI, 23 settembre 2020, n. 27910: "L'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente, mentre integra il più grave reato di peculato nel caso in cui l'atto di destinazione sia compiuto in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione di mera copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali".

A tenore della norma ricorre l'ipotesi di peculato d'uso quando "*il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita*"; pertanto, quando il bene sia utilizzato con finalità diverse da quelle prescritte, che realizzino un danno al patrimonio pubblico e non sia però sottratto definitivamente alla pubblica amministrazione (*id est* uso momentaneo), le condotte prima punibili ai sensi dell'art. 323 c.p. potrebbero rientrare nell'art. 314 co. 2 c.p.⁴⁰

Ulteriore questione problematica sorta all'indomani della riforma, riguarda la possibilità per il giudice di revocare i giudicati intervenuti ante riforma per quelle condotte che non rivestono più rilevanza penale; si tratta di comprendere, cioè, se sia possibile riaprire i giudicati di condanna per quei fatti relativi, ad esempio, a violazioni di regolamenti o di norme da cui residuino margini di discrezionalità in capo alla p.a.

Il giudice dell'esecuzione sarà, pertanto, tenuto a verificare se il fatto per cui è stata pronunciata sentenza di condanna rientri effettivamente tra le ipotesi oggetto di *abolitio criminis* parziale ad opera della riforma o se quella condotta attenga ancora all'area del penalmente rilevante (omessa astensione in caso di interesse proprio o di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti).

In quest'ultimo caso, anche tenuto conto delle SS.UU. Gatto del 2014 che estendono i poteri di accertamento del giudice dell'esecuzione, questo potrebbe respingere la richiesta di revoca della sentenza di condanna; in caso contrario, verrebbe in rilievo una parziale *abolitio criminis* per le condotte già giudicate, cui consegue la revoca da parte del giudice dell'esecuzione, ex art. 673 c.p.p., delle pronunce di condanna e la rimozione dei relativi effetti.⁴¹

La possibilità che trovino applicazione, riespandendosi, le preesistenti figure di rifiuto di atti di ufficio ex art. 328 o del peculato d'uso ex art. 314 c.p. opera solo *pro futuro*, per tutte quelle condotte – cioè – astrattamente riconducibili all'ipotesi di abuso di ufficio, secondo la formulazione antecedente della norma.

6. Conclusioni.

Dalla disamina svolta emerge la risalente e continua insofferenza verso le ampie maglie dell'art. 323 c.p., determinata dalla divergenza tra la legalità offerta dalla norma e la legalità raggiunta all'esito dell'applicazione in concreto.

⁴⁰ M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 29 luglio 2020, pg.142 e ss.

La riprova è data dalla dissonanza dell'elevatissimo numero di procedimenti avviati per condotte abusive e quelli conclusi con una condanna in tal senso.

Si ritiene che, stante il complesso momento storico, con le annesse difficoltà economiche per l'intero Paese, si apprezza lo sforzo del Legislatore nel consentire un'attenuazione della pretesa punitiva per il funzionario pubblico, al quale deve essere consentito di svolgere la propria funzione con maggiore serenità, garantendo il principio del buon andamento della p.a.

Non può, tuttavia, sottacersi il timore che l'attuale configurazione del reato di abuso d'ufficio possa comportare l'impunità per una serie di condotte poste in essere dai pubblici funzionari, con conseguenti danni all'erario.

La novella legislativa, pertanto, pare essere inadeguata e del tutto priva di un'efficacia deterrente rispetto alle condotte abusive creando delle zone franche – il merito amministrativo – sottratte al vaglio giurisdizionale.

Il giudice penale non deve e non può arrestare la sua indagine entro i limiti della legittimità dell'atto amministrativo bensì è tenuto ad analizzare ogni profilo di scelta dell'attività svolta dal p.u.

È evidente che l'intervento giurisdizionale si renda necessario proprio laddove vi è una scelta di merito dell'agente funzionalizzata al raggiungimento di un fine di natura personale in cui si concretizza l'illecito penale. Invero, l'illegittimità dell'atto – sebbene sia sintomatica di una condotta *contra ius* – non ne esaurisce la sostanza in quanto è necessaria una distorsione del potere del p.u. finalizzata per scopi estranei all'attività istituzionale.

Parimenti, anche quando a seguito dell'accertamento giurisdizionale l'atto – sotto il profilo formale – appare legale, emerge che le scelte discrezionali invece siano state effettuate con scopi illeciti (per arrecare un vantaggio a sé o a un terzo), finendo con il rendere evidente che l'atto è il frutto di uno sviamento del potere penalmente sanzionabile.

Le prime applicazioni pratiche della Riforma dimostrano come l'interprete si sia orientato nel senso di non azzerare gli sforzi punitivi compiuti nel corso degli anni, sfociati in sentenze di condanna (seppur in numero ridotto, come evidenziato) anche per condotte illegittime poste in essere in violazione di norme che si trovino "al confine" tra violazione di legge o di regolamenti.

Vi sono norme, cioè, in cui la rilevanza legislativa non sia ravvisabile *ictu oculi* ma possa essere apprezzata solo in via indiretta.

A tali norme non può allora negarsi idonea rilevanza ad integrare il requisito della violazione di legge, nel senso richiesto dalla norma.

È quanto è accaduto nel caso esaminato da Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 novembre 2020, già richiamata nel testo del presente contributo, che rappresenta una delle prime pronunce all'indomani della Riforma.

Nel caso posto al vaglio della Corte si discuteva sull'attualità della rilevanza penale della condotta consistita nel rilascio di un Permesso di costruire in violazione del piano regolatore comunale e degli altri strumenti urbanistici.

Ebbene, nel caso di specie i Giudici, soffermandosi sull'interpretazione della nozione di "violazione di legge", hanno ritenuto che "*il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra una violazione di legge*", rientrante nella condotta di abuso di ufficio, così come riformata.

L'inosservanza delle prescrizioni del piano regolatore, qualificato non già come regolamento ma come atto amministrativo generale, è stata ricondotta dai giudici a "presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica", alla quale occorre fare riferimento per ritenere integrato il requisito della violazione di legge.

Dunque, se è vero che per raggiungere dei risultati idonei ad evitare un'eccessiva sovrapposizione tra piani differenti – giurisdizionale e amministrativo – si auspica non solo un ulteriore intervento legislativo di riforma delle fattispecie incriminatrici inerenti all'intero sistema dei reati contro la p.a., quanto una ridefinizione degli scopi istituzionali per cui è conferito il potere, tale da consentire all'interprete maggior determinatezza nell'individuazione delle condotte abusive, non può tacersi circa lo sforzo compiuto da quest'ultimo nell'applicazione concreta della norma.

Ad un restringimento delle maglie della fattispecie dell'abuso di ufficio compiuto dal legislatore, la giurisprudenza pare rispondere – almeno nelle prime pronunce analizzate – con un'interpretazione estensiva della norma, così da evitare che l'eliminazione della violazione dei regolamenti dal novero delle fonti di responsabilità penale (in uno alla delimitazione in relazione al tipo di attività esercitata), possa portare, quale conseguenza intollerabile ed irragionevole, un vuoto di tutela incolmabile rispetto a beni giuridici di rango costituzionale, individuati dall'art. 97 Cost. nel buon andamento e nell'imparzialità amministrativa.

Diffamazione su Facebook: la prova logica sulla provenienza di un post è condizione sufficiente ai fini di condanna.

di Pierluigi ZARRA*

SOMMARIO: 1. La diffamazione aggravata a mezzo Facebook e l'individuazione dell'indirizzo IP e dei file di log. 2. La casistica giurisprudenziale precedente. 3. La diffamazione su base indiziaria. Riflessioni conclusive.

ABSTRACT: *The present contribution focuses on the most recent case law on the subject of defamation on Facebook, with specific reference to the new dimension of the burden of proof. In particular, the Supreme Court has deemed sufficient, for the purposes of the integration of the crime in question, in the aggravated form, the logical evidence that the post, published on the personal profile of the offender, can be attributed to him, regardless of the procedure of verification of log files and IP address, prerogatives that have always been attributed to the investigative power of the State Police, Postal and Communications Section, so that the absence of a complaint for identity theft, the failure to distance himself from the statements made and other circumstances are congruent elements to attribute the authorship of the defamatory communication.*

1. La diffamazione aggravata a mezzo Facebook e l'individuazione dell'indirizzo IP e dei file di log.

La Suprema Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata su una vicenda di particolare rilievo, in materia di diffamazione aggravata, a mezzo *Facebook*, ai sensi dell'art. 595, comma 3, c.p.

La decisione, che qui si annota, risulta meritevole dell'attenzione del lettore, specie per aver costituito un nuovo orientamento, dominante, in giurisprudenza in tema di attività investigativa informatica.

Orbene, la sentenza, depositata il 21 giugno 2021, n. 24212, si segnala nella parte in cui la ricorrente sosteneva l'erronea applicazione della fattispecie di cui all'art. 595, comma 3 c.p., vizio nella motivazione, nonché violazione dei criteri

* Dottorando in Scienze giuridiche – curriculum Diritto penale – presso l'Università degli Studi di Foggia, già specializzato in professioni legali presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"..\

di valutazione della prova, asserendo che fosse stata omessa qualsiasi attività d'indagine tanto sull'indirizzo IP quanto sui file di log.

Occorre primariamente indicare che l'*Internet Protocol address* è costituito da un numero del datagramma che individua, in modo univoco, il dispositivo utilizzato, il quale è collegato, a sua volta, ad una rete informatica.

I *file di log*, di contro, contengono altri elementi indispensabili ai fini probatori e, prima ancora investigativi, ovvero i tempi e gli orari dell'avvenuta connessione alla rete informatica, ove è collegato il dispositivo, e gli URL, sequenza di caratteri che identifica l'indirizzo di una risorsa informatica.

Con la sentenza in oggetto, la Corte di Cassazione torna a confrontarsi con una tematica assai complessa, tanto da giustificare mutamenti in seno al suo stesso consolidato orientamento.

È pacifico considerare che le piattaforme *social* siano qualificate quali luoghi aperti al pubblico; pertanto, qualsiasi uso illecito e improprio che, dunque, travalica oggettivamente il diritto della libera espressione del proprio pensiero - riconosciuto ad ogni individuo dalla stessa Costituzione e, di conseguenza, con riverberi nella stessa disciplina penalistica, all'art. 51 c.p., esercizio di un proprio diritto, segnatamente diritto di cronaca/critica - costituisce arbitrio, ingiustificato e, pertanto, sanzionabile penalmente.

A tal proposito, è ormai noto che la giurisprudenza di legittimità sia concorde nel ritenere che la comunicazione avente contenuto diffamatorio - avvenuta attraverso il proprio profilo *Facebook*, pubblicato sulla propria bacheca – costituisce condotta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 595 c.p., nella forma aggravata di cui al comma 3, dal momento che, per la natura stessa della piattaforma adoperata, il *post* contenente la diffamazione è visualizzabile da tutti coloro che hanno accesso al profilo¹, proprio perché l'offesa si realizza mediante l'uso di un qualsiasi mezzo di pubblicità, differente dalla stampa, ma, in ogni modo, potenzialmente congruo a raggiungere un numero indefinito, quantitativamente apprezzabile, di persone che vengono a conoscenza del contenuto offensivo della reputazione altrui².

A riprova di ciò, urge considerare che la pubblicazione di contenuti social costituisce una forma di comunicazione, per l'appunto, pubblica; in questo modo,

¹ Cass. pen., 8 giugno 2015, n. 24431.

² Recentemente, Corte d'Appello Trento, 12 febbraio 2021, n. 19.

la diffamazione aggravata potrà dirsi configurata anche nel caso in cui sia o non sia presente il destinatario delle espressioni denigranti³

2. La casistica giurisprudenziale precedente.

Avendo preliminarmente fornito tutti gli elementi essenziali per la trattazione e per ben compendiare la materia oggetto di analisi, occorre analizzare quali siano gli orientamenti interpretativi che si sono susseguiti in tema di diffamazione aggravata, a mezzo Facebook.

La *vexata quaestio*, che sovente si pone, ha riguardo al percorso d'accertamento in ordine alla provenienza del post diffamatorio, con specifico riferimento al processo coinvolgente l'attività d'investigazione sugli indirizzi IP e i file di log. Segnatamente, il problema attiene all'ipotesi in cui l'atto criminoso si sia realizzato in una bacheca virtuale che sia utilizzata da più utenti.

In particolare, giova rammentare che la corrente ermeneutica precedente⁴ stabiliva che per aversi penale responsabilità, per i reati di natura informatica, fosse necessario rintracciare l'indirizzo IP di provenienza e accettare luogo, data e ora dei tempi di connessione, fornita mediante i c.d. file di log, senza i quali non sarebbe possibile addebitare il fatto di reato all'indagato.

È ben chiaro che l'individuazione del reo deve obbligatoriamente superare il vaglio di prova fornito dai predetti *file di log*, i quali possono essere rilasciati esclusivamente dall'*internet provider*.

In questo caso, l'Autorità giudiziaria, servendosi della competenza esclusiva della Polizia di Stato, sezione Postale e delle Comunicazioni, emette un decreto volto ad acquisire i *file di log*, potendo così individuare agevolmente l'intestatario del contratto di connessione, atteso che si tratta di una constatazione oggettiva, ineludibile, per l'accertamento dell'identità digitale.

Laddove i suindicati file non vengano forniti e qualora le prove informatiche, indicate in precedenza, abbiano dimostrato che l'indirizzo IP in oggetto sia intestato ad altro profilo *internet*, non sarà possibile procedere al rinvio al giudizio; tuttavia, l'imputato andrà, conseguentemente, assolto, per violazione del criterio legale sulla valutazione delle prove, ai sensi dell'art. 192 c.p.p., atteso che gli indizi posti a sorreggere l'accusa non possono esser ritenuti convergenti, concordanti e precisi.

³ V. PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, Milano, 2020, 8 ss. Sulla questione in generale, C. CRESCIOLI, *Profilo penale della creazione di un falso profilo facebook a scopo diffamatorio*, in *Diritto di internet*, 2020, 703.

⁴ Ci si riferisce a Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 5352.

Tale pronuncia, dunque, pone in evidenza come anche se gli indizi possano ritenersi stringenti e convergenti, seppur apparentemente, utili a individuare il responsabile del reato contestato, vi sia un presupposto indispensabile e ineludibile per giungere ad una corretta definizione del procedimento penale e, quindi, ad una condanna; ciò risiede, invero, nell'individuare, con certezza, la provenienza del messaggio diffamatorio, solo con l'accertamento dell'indirizzo IP.

3. La diffamazione su base indiziaria. Riflessioni conclusive.

La più recente giurisprudenza in materia⁵, che in questa sede s'intende, seppur brevemente, commentare, sostiene che in assenza di dettagliati accertamenti sull'effettiva provenienza del post oggetto di diffamazione per il tramite dell'indirizzo IP e dell'utenza telefonica, intestata all'indagato, è possibile attribuire la penale responsabilità su base puramente indiziaria, qualora venga riscontrata piena convergenza, pluralità, precisione di elementi essenziali, quali il movente, l'oggetto su cui verte la pubblicazione offensiva, il rapporto interpersonale tra i soggetti coinvolti, la corrispondenza fra la bacheca virtuale - ove si è consumata la diffamazione - e il nome utilizzato sulla medesima piattaforma *social*, oltre a ciò, anche l'assenza di una denuncia per furto d'identità.

In merito a quest'ultimo elemento, si asserisce che la provenienza di un *post* dal profilo di un utente che omette di denunciare l'eventuale uso illecito da parte di terzi o un furto d'identità digitale corrisponde tanto a criteri logici quanto a massime esperienziali condivise, per cui, in questi casi, devono ritenersi provenienti dal soggetto al cui nome era stata effettuata la registrazione.

In considerazione di tali premesse e in riferimento a quanto emerso nella decisione che qui si argomenta, la Corte di Cassazione conclude in ordine alla riferibilità del fatto all'imputata, giacché, sebbene non siano stati effettuati accertamenti precisi sulla linea telefonica adoperata per la connessione *internet*, emergono elementi convergenti, precisi, chiari e concordanti tali da definire quale sia l'origine del *post Facebook*, ove è indicato il nome dell'imputata, l'assenza di una denuncia per furto d'identità, il non aver preso le distanze dalle dichiarazioni effettuate e altre circostanze secondo cui il contenuto della pubblicazione riportavano fatti della vita privata della parte lesa.

Da ultimo, a nostro sommesso avviso, la *ratio* sottesa alla decisione in commento troverebbe vigore nell'esigenza di rendere più agevole, nonché celere, la

⁵ Cass. pen., Sez. V, 21 giugno 2021, n. 24212.

risoluzione di procedimenti penali in materia di diffamazione tramite *Facebook*⁶, in seguito alle difficoltà riscontrate dalla Polizia giudiziaria nel momento in cui entra in contatto con l'*internet provider* su autorizzazione, mediante decreto, dell'Autorità giudiziaria, sicché risulta procedura lunga e assai complessa recuperare i file di log.

Sebbene la necessità di facilitare il processo investigativo costituisce un presupposto fondamentale per le finalità di giustizia, occorre considerare che l'accertamento della responsabilità penale non può ridursi all'esclusiva valutazione di elementi mediante cui sia possibile pervenire alla riferibilità della diffamazione su base indiziaria; ciò ridonda, invero, con le prerogative del dogma di colpevolezza e del sintagma che caratterizza il processo penale, ovvero "oltre ogni ragionevole dubbio", dal momento che, in questo caso, si preferisce una forma sicuramente più tenue, in termini di certezza, che, di contro, caratterizza, il sistema degli illeciti amministrativi, con la formula "più probabile che non" che, dunque, si dimostra distante dai cardini tradizionali della materia penale, tanto processuale, quanto sostanziale.

⁶ Sia consentito, infine, il rinvio a P. ZARRA, *L'evoluzione applicativa della diffamazione via e-mail nell'era dello Smart-working*, in *Rivista Diritto di internet*, 2021, 4.

Le ragioni della previsione normativa della pena

di Marta FIORETTI*

SOMMARIO: **1.** Premessa sull'evoluzione storica della pena. **2.** L'odierna funzione della sanzione punitiva. **3.** Il significato della rieducazione. **4.** Conclusione.

1. Premessa sull'evoluzione storica della pena.

Il termine pena deriva dal latino *poena*, e dal greco *ποινή*, al cui utilizzo si ricorre, sin dai tempi antichi, per indicare il suo carattere primigenio di “sofferenza”, in quanto “castigo”.

Questa sua natura ancestrale ci viene testimoniata dalla Roma Arcaica, civiltà nella quale ebbe una funzione esclusivamente vendicativa. Più esattamente vi era il diritto della persona lesa da un fatto delittuoso, o della famiglia di questo, di procedere direttamente egli stessi alla persecuzione del crimine, al fine di “compensare” il sopruso subito. Eppure, nonostante l'esercizio di tale diritto si compisse chiaramente in condotte reattive, espressione di una liberazione da istinti ed impulsi, piuttosto che di una reale esigenza difensiva, la “vendetta privata” incontrò un vasto consenso non solo nella Roma delle origini, ma in ogni luogo del mondo antico.

Il tramonto di questo uso della sanzione punitiva si realizzò nel momento in cui il suo impiego divenne non più una sola necessità del singolo. Pertanto, nella storica opera “Dei delitti e delle pene”, il famigerato giurista italiano Cesare Beccaria ci racconta come le leggi siano divenute “le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla: essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità”¹. Questa visione beccariana, contraddistinta da un'adesione alla teoria contrattualistica del diritto, venne indirettamente sostenuta anche da Hyman Gross, in *A Theory of Criminal Justice* (1979), secondo il quale nel momento in cui più persone si riuniscono per formare una società regolata dalla legge, in diretta conseguenza, si definisce tra loro un accordo che impone a

* Dottoressa in Giurisprudenza, Praticante Avvocato.

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Ventiduesima Edizione, a cura di S. Rodotà, Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2018, p. 37.

detta comunità di punire i crimini che si compiono al suo interno. E poiché quest'ultima si assume tale obbligo di protezione, ella esige che, in cambio, i suoi membri le cedano il diritto di rispondere autonomamente al danno subito, in quanto ora debbono affidarsi al potere.

Tutto ciò, seppur in termini diversi, è rinvenibile anche nell'elaborazione filosofica del pensatore britannico Thomas Hobbes (1588-1679) secondo il quale la nostra società deriva da un patto tra individui che decidono di vivere insieme, delegando le proprie libertà ad un'autorità superiore che li comanda, in cambio di sicurezza².

È importante sottolineare come si tratti di argomenti che conservano la loro attualità poiché oggi dare un senso alla sanzione punitiva significa spiegare la *ratio*, e dunque la validità, del potere coercitivo dello Stato. Ed, ad ogni buon conto, la pena ed il diritto penale scoprono la loro ragione d'essere nella difesa sociale che si compie mediante il rispetto della persona umana e delle prerogative di tutela previste dall'ordinamento stesso verso manifestazione efferate di delitto.

2. L'odierna funzione della sanzione punitiva.

Nell'Europa Occidentale quasi tutti gli ordinamenti hanno attribuito alla pena un carattere polifunzionale, ma non tutti sono in accordo su quale sia quella prevalente. Ad esempio, in Inghilterra, il *Criminal Justice Act* (2003) nella parte 12, capitolo 1 (rubricato "General Provisions about Sentencing") sezione n. 142, nell'individuare le finalità della condanna posiziona il "*reform and rehabilitation of offenders*" solamente al terzo posto, dopo la punizione dell'autore del reato e la riduzione del crimine³. Si tratta di una visione (e di una disattenzione) che viene confermata dal Comitato *Wolfenden* nel Rapporto sui *Homosexual Offences and Prostitution* (1957) in cui manca un riferimento alla personalità del condannato avendo questo sostenuto, nel paragrafo 13, che la funzione del diritto penale è preservare l'ordine pubblico e la decenza, proteggere il cittadino da ciò che è offensivo o dannoso e fornire sufficienti garanzie contro lo

² Sul punto cfr. T. HOBBES, *Il Leviatano*, 1651.

³ Testo letterale della normativa di riferimento: "Any court dealing with an offender in respect of his offence must have regard to the following purposes of sentencing: (a) the punishment of offenders, (b) the reduction of crime (including its reduction by deterrence), (c) the reform and rehabilitation of offenders, (d) the protection of the public, and (e) the making of reparation by offenders to persons affected by their offences. (...)".

sfruttamento o la corruzione degli altri, in particolare, di coloro che sono in condizione di vulnerabilità⁴.

Diversamente, nell'ordinamento italiano la pena consiste sì in una sofferenza che viene minacciata dal legislatore quale necessario avvenimento che si origina in conseguenza dell'illecito, ma essa diviene un "trattamento individuale" per il reo in forza della recentemente evoluzione della prevenzione generale che mira ad oltrepassare i limiti propri del puro effetto d'intimidazione, promuovendo componenti di tipo educativo (in tal caso si parla di prevenzione generale c.d. positiva). Più esattamente la comminatoria legislativa della pena, oltre ad una efficacia deterrente, (ovvero ad una funzione di prevenzione mediante persuasione⁵), ha una utilità pedagogica di accreditamento dei valori tutelati attraverso "la stigmatizzazione dei comportamenti criminosi, favorendo l'astensione spontanea dei comportamenti inosservanti"⁶. Sicché la sanzione non viene più a rappresentare un cieco atto vendicativo ma, piuttosto, un atto ragionato e ragionevole.

I reati, dunque, hanno ad oggetto uno specifico contenuto di disvalore "che costituisce la ragione sostanziale per cui l'ordinamento, ritenendolo indesiderabile e socialmente dannoso, si risolve a ricorrere alla sanzione penale"⁷. E tale disvalore rappresenta la causa⁸ per la quale viene prevista la sanzione, essendo quest'ultima diretta, anzitutto, all'affermazione di un valore positivo che l'azione o l'omissione criminosa pregiudica.

In effetti, la concatenazione sussistente tra la commissione di un determinato fatto e l'applicazione della correlativa sanzione qualifica il rapporto antitetico sussistente tra quel fatto e i valori dell'ordinamento che si assumono essere stati lesi. Pertanto l'inflizione della punizione esprime la disapprovazione della società

⁴ Il testo letterale: "*In this field, its function, as we see it is to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive or injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, official or economic dependence*".

⁵ La funzione di prevenzione mediante persuasione deve essere distinta sulla base dei destinatari dell'opera di persuasione ovvero a seconda che l'effetto sia diretto nei confronti dello stesso soggetto che subisce la sanzione (e in tal caso si parla di prevenzione c.d. "speciale") oppure nei confronti dell'intera generalità dei consociati (ipotesi di prevenzione c.d. "generale").

⁶ F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Sesta Edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2016, p. 18.

⁷ F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Sesta Edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2016, p. 61.

⁸ Anche detta "ragione sostanziale" (Palazzo, 2016).

per la condotta del criminale e riafferma i valori che il diritto penale è progettato per sostenere.

La successiva applicazione nei confronti dell'autore costituisce una fase irrinunciabile per poter attribuire alla minaccia della pena efficacia intimidativa⁹. Tuttavia, a tal proposito, occorre sottolineare come il principio di legalità non termina nell'obbligo di comminare una determinata pena nel momento in cui viene commesso un reato poiché esso non comporta che il sistema repressivo non possa compiere, nel caso concreto, una selezione delle condotte delittuose meritevoli di essere perseguitate. Il giudice, per questo motivo, non dovrebbe irrogare una data pena se dal suo impiego potrebbero originarsi più danni di quelli nascenti dal reato.

A questo riguardo si riferiscono l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789), nella parte in cui afferma che "La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie", come anche il lavoro di C. Beccaria nel quale egli sostenne un'idea utilitaristica in forza della quale la legge avrebbe il dovere di prevedere solamente una pena la cui severità fosse la minima necessaria per il conseguimento della sua destinazione: l'utilità sociale. Ed in tale prospettiva, la depenalizzazione viene a costituire lo strumento che realizza un bilanciamento tra il principio della legalità e l'opportunità della repressione.

Invero, nel nostro ordinamento il reato non consiste in una sterile costruzione, frutto di un insieme di rigorose formule tecniche, ma, piuttosto, in una ragionata sintesi tra dogmi e valori costituzionali, non essendo possibile "ridurre la turbolenta attività degli uomini ad un ordine geometrico"¹⁰ senza sostanza¹¹.

Tanto ciò è vero anche a livello internazionale, infatti è pacifco considerare come l'identificazione del reato dipenda in larga parte dai fattori politici e sociali propri del paese a cui si riferisce¹².

In questa misura il diritto penale viene ad essere un riflesso della moralità sociale poiché i fatti che esso sanziona costituiscono una minaccia per i valori fondamentali su cui si fonda la comunità di riferimento. Sicché per elaborare una politica repressiva occorre, in ogni caso, prima comprendere l'identità

⁹ In effetti, se la pena non venisse successivamente effettivamente eseguita, la minaccia perderebbe di credibilità.

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Ventiduesima Edizione, a cura di S. Rodotà, Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2018, p. 108.

¹¹ Pertanto, il reato, così inteso, non diviene un "vestito incolore" che il disvalore deve necessariamente indossare, *pro forma*, nel diritto positivo.

¹² Sul punto vi è L. FARMER in *The Oxford Companion to Law*, a cura di P. CANE e J. MONAGHAN, Oxford, Oxford University Press, 2008.

dell'ordinamento in cui ci si proiettata: conoscerne i valori e gli orientamenti culturali. Siffatta acquisizione permette di analizzare le possibili cause delle condotte vessatorie, al fine di predisporre adeguate misure di prevenzione, e di ragionare su una, possibile ed eventuale, corresponsabilità di tali elementi nella produzione delle condotte delittuose.

Peraltro, il nostro sistema di giustizia penale viene ad essere caratterizzato da una serie di principi garantistici che hanno il compito di orientare il legislatore su ciò che può essere lecitamente previsto come reato. Qui si inserisce il c.d. principio di offensività, il quale respinge la censurabilità di tutti quegli accadimenti manchevoli un effettivo pregiudizio. In tal senso, i summenzionati principi di garanzia vengono ad essere segnalatori di ciò che rappresenta elemento di disvalore e, in diretta conseguenza, anche su ciò che costituisce l'oggetto della tutela. La pena¹³ deve obbligatoriamente ispirarsi a detti capisaldi, e non a convincimenti "arbitrariamente addotti da un interprete politicamente orientato"¹⁴.

Inoltre, affinché una data pena venga riconosciuta ed accettata dalla generalità dei consociati, occorre che sappia rappresentare la funzione sociale del diritto ovvero apportare contributo positivo alla comunità.

In effetti, il fine principale della previsione normativa dei reati, e della correlativa sanzione, è quello di "avvicinare" la generalità indistinta dei consociali ai valori violati dai fatti delittuosi ovvero a rinvigorire la loro approvazione. Sicché la legge lavorerebbe non solo per vietare la commissione di un fatto, ma per cambiarne la percezione: momento imprescindibile se si tiene conto che "È meglio prevenire i delitti che punirgli. Questo è il fine principale d'ogni buona legislazione"¹⁵.

Di conseguenza, la chiave di volta per una efficiente politica repressiva è rappresentata dall'affermazione di una cultura organizzativa che porti una maggiore consapevolezza della gravità e delle conseguenze che hanno, non solo a livello individuale, determinate condotte.

Le funzioni di prevenzione della pena fanno leva su meccanismi psichici di condizionamento. E nel nostro ordinamento vi sono consolidate conoscenze empiriche e scientifiche sulla possibilità di determinare positivamente il comportamento dei consociati. Qui si insidia quell'articolato processo formativo atto a far acquistare consapevolezza circa le conseguenze relative alla

¹³ Ovvero la sua individuazione, applicazione ed esecuzione.

¹⁴ A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

¹⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Venticinquesima Edizione, a cura di S. Rodotà, Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2018, p. 108.

commissione di determinate condotte, sia attive che omissive, per la salvaguardia del benessere individuale e collettivo.

Tuttavia, occorre sottolineare che gli scopi della prevenzione sono sì nel summenzionato effetto pedagogico, consistente nell'affermazione simbolica dei valori negati dal reato, ma la vera funzione imprescindibile della pena risiede nell'intento rieducativo del reo. Tale fine viene costituzionalmente garantito dal comma 3 dell'art. 27 della Carta secondo il quale le pene "devono tendere alla rieducazione del condannato"¹⁶, dettato non eludibile. Non a caso viene attribuita alla responsabilità penale, ai sensi del comma 1, art. 27 Cost., il carattere della personalità¹⁷, il quale comporta che per la commissione di una fattispecie criminosa vi sia la responsabilità del solo il soggetto agente, autore del fatto dannoso.

Sicché la rieducazione diviene, necessariamente, uno strumento che influenza la fisionomia del sistema repressivo.

3. Il significato della rieducazione.

Il senso della rieducazione non si manifesta unicamente nell'insegnamento dei valori della società a chi li abbia oltraggiati, ma risiede, piuttosto, nella loro interiorizzazione.

Per maggior chiarezza possiamo osservare la concessione della libertà condizionale *ex art. 176 c.p.* la quale soggiace alla sussistenza, nella fattispecie storica in riferimento, di determinati presupposti oggettivi e soggettivi. Tra questi ultimi, qui di nostro maggior interesse, vi è il sicuro ravvedimento del condannato. Dunque, durante l'esecuzione della sanzione detentiva, il reo, al fine di potersi vedere il rilascio dell'istituto in commento, deve tenere un atteggiamento che sia tale da far ritenere che il suo pentimento sia certo. È importante sottolineare che, a tal riguardo, è pacifica l'irrilevanza della mera buona condotta fine a sé stessa, essendo necessaria la presenza di un sincero ravvedimento, rilevato a seguito di una valutazione caleidoscopica della sua personalità¹⁸. Più esattamente viene richiesto l'abbandono delle motivazioni che lo avevano persuaso all'adozione di scelte criminali, il ripudio dei disvalori sui

¹⁶ Non è solamente la nostra Carta Costituzionale a riconoscere ed ad esaltare il valore (ri)educativo della pena: a titolo esemplificativo è possibile richiamare il primo periodo del comma 2, art. 25 della Costituzione Spagnola (1978) secondo il quale "Le pene limitative della libertà e le misure di sicurezza dovranno tendere alla rieducazione...".

¹⁷ "La responsabilità penale è personale" (comma 1, art. 27 Cost.).

¹⁸ Da questa riflessione è possibile affermare come la pena venga ad essere proporzionata non tanto alla gravità del fatto commesso, quanto alla personalità del reo.

quali si basavano tali scelte e l'acquisto di un nuovo senso di responsabilizzazione rispetto alle proprie determinazioni. Pertanto, si ritiene imprescindibile che il condannato riconosca effettivamente la lesione che il fatto da lui commesso ha causato ai valori etico-sociali dell'ordinamento e che faccia propri i principi che prima poco conosceva oppure che gli erano negletti¹⁹.

Tale finalità, in forza del dettato costituzionale *ex art. 27*, diviene così fondamentale per l'ordinamento tanto da evolversi negli anni, sino a divenire un diritto imprescindibile del condannato. A tal proposito la Corte Costituzionale, con sentenza n. 204 del 1974, ha statuito che la pretesa punitiva dello Stato nei confronti dell'autore di un fatto illecito non è immodificabile, ma deve essere messa in discussione e riesaminata nel corso del tempo al fine di verificare se la pena abbia assolto al suo fine rieducativo. In particolare, la Corte nella suddetta sentenza afferma che:

"Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale".²⁰

Ciò risulta essere decisivo per il bilanciamento tra "legalità" ed "opportunità" della repressione²¹, il cui equilibrio trova effettività nella valutazione che il giudice fa del caso concreto.

4. Conclusione.

Avendo la pena stessa una funzione "ben distinta, del castigo", come sostenuto anche dal giurista Francesco Cornelutti, essa deve essere intesa non come meccanismo per il quale chi ha violato la legge deve semplicemente essere punito, ma come figura grazie alla quale il reo ha il diritto, assicuratogli dal proprio Stato, di scegliere per il futuro una vita nuova.

Il fine rieducativo della pena consiste in una delle più grandi conquiste dello stato di diritto a cui nessuna società deve mai rinunciare poiché esso fa sì che la sanzione sia comunque in perfetta armonia con la dignità umana.

¹⁹ È opportuno sottolineare come tale valutazione debba essere compiuta esclusivamente con riferimento al periodo di esecuzione delle pena essendo del tutto irrilevante se ciò avvenga al di fuori di tale rapporto.

²⁰ Corte cost., sentenza n. 204/1974.

²¹ Codice penale, «Collana Le fonti del diritto Italiano», a cura di T. Padovani, Giuffrè Editore, 1997, pp. 809 e ss.

In conclusione appare possibile sostenere che il diritto penale è inscindibilmente legato all'etica²² da cui trae origine l'idea rieducativa che, secondo Luciano Eusebi, è "l'unico riferimento il quale dia sicuro rilievo nella riflessione sulla pena al destino dell'uomo che delinque, imponendo che questi continui a essere considerato, non solo formalmente, membro della società"²³. E' in questo che si compie l'umanizzazione del diritto penale e, conseguentemente, della pena.

²² A tal proposito A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 17: "Il diritto è etica formalizzata. Perciò la incriminazione di un fatto non avviene a caso, ma secondo le linee di una certa concezione del mondo".

²³ L. EUSEBI, *Dibattiti sulla teoria della pena e "mediazione"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 1997, pp. 811 e ss.

Il ruolo dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali della pubblica amministrazione

di Gennaro DEZIO*

SOMMARIO: **1.**Premessa. **2.**Intelligenze artificiali e pubblica amministrazione. **3.** Il ruolo dei funzionari pubblici. **4.** Brevi conclusioni.

ABSTRACT: *The development of digital technologies, artificial intelligence and algorithms will prove to be of extraordinary importance in the modernization of the administrative organization. However, this must take place in compliance with procedural guarantees and ensuring full protection for the interests of citizens.*

1. Premessa.

La tematica concernente le intelligenze artificiali, con le relative problematiche connesse agli specifici profili applicativi, è oggetto di una crescente attenzione all'interno del dibattito scientifico per le evidenti implicazioni che l'utilizzo delle stesse è in grado di produrre con riferimento ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche¹, al funzionamento del mercato, e, in via generale, rispetto all'architettura stessa dello Stato ed al bilanciamento tra libertà individuali e autorità².

È del tutto evidente come, in tale quadro, emerga la necessità di assicurare che l'irreversibilità dello sviluppo tecnologico, che da strumento volto a coadiuvare e potenziare le capacità umane potrà col tempo, in parte, sostituirle, non vada a detimento delle fondamentali esigenze di tutela individuali e collettive e che, anzi, costituisca occasione per immaginare un ancor più solido argine di tutela dei diritti fondamentali³.

Tale cambio di paradigma, ancora in corso, con il passaggio da un'informatica

* Abilitato all'esercizio della professione forense e cultore della materia in Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in Federalism.it (<http://www.federalismi.it>), Numero 3/2019, 6 febbraio 2019, pp. 1-23

² V. CAPUTI JAMBRENGHI, Uffici ed impiegati pubblici dallo Statuto albertino alla Costituzione nei centocinquanta anni di Unità d'Italia (veduta di scorcio), in Giustamm.it, 2011.

³ A. PAJINO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F. PATTI, O. POLLICINO, et al. AI: Profili giuridici intelligenza artificiale: Criticità emergenti e sfide per il giurista, Biolaw Journal, 2019.

“servente-deduttiva”, strumentale alla decisione umana, ad un’informatica “predittiva”, idonea a prendere decisioni al posto dell’uomo⁴ è, probabilmente, il culmine di un processo evolutivo che trasformerà profondamente le pubbliche amministrazioni e l’agire delle stesse. Se da un lato la possibilità di “affidare” i processi decisionali⁵ ed i relativi provvedimenti ad intelligenze artificiali ed algoritmi potrebbe soddisfare quelle esigenze di speditezza e semplificazione dell’azione amministrativa, mai pienamente realizzate, dall’altro è opportuno evidenziare i limiti di questo nuovo approccio in mancanza, per il momento, sia a livello nazionale che europeo, di un omogeneo quadro regolatorio che disciplini puntualmente la materia⁶.

2. Intelligenze artificiali e pubblica amministrazione.

In un mondo sempre più interconnesso, gioco-forza costretto, negli ultimi due anni, a ricorrere, in modo massivo, alla comunicazione a distanza, le nuove tecnologie digitali hanno finito, ancor più, per permeare ogni ambito della vita individuale e sociale⁷.

Ed in questa che è stata definita “quarta rivoluzione industriale”⁸ anche la pubblica amministrazione, così come i suoi stessi processi decisionali, sono stati interessati, ed in prospettiva rivoluzionati, dal ruolo assunto dalle intelligenze artificiali e dall’impiego di *big data* e di tecnologie di *cloud computing*. Tali sistemi, che utilizzano componenti software e hardware, algoritmi⁹, sono chiamati a raggiungere specifici obiettivi assegnati in seguito all’analisi ed all’elaborazione dei dati a disposizione¹⁰. E, ciò, anche approntando soluzioni a o assumendo decisioni, prima spettanti all’intelligenza umana¹¹, volte a dare

⁴ A. L. RUM, Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell’intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A., *ildirittoamministrativo.it*, 13 maggio 2021.

⁵ Sul tema della decisione P. OTRANTO, Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.A., in *Federalismi*, n. 2/2018.

⁶ G. PINOTTI, Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali. *Labour & Law Issues*, 7(1), I.77-I.95, 2021.

⁷ A. SOLA, Utilizzo di big data nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy, in *medialaws.eu*, 24 dicembre 2020.

⁸ Si v., tra gli altri, G.E. VIGEVANI, C. MELZI D’ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell’informazione e dei media*, Torino, 2019.

⁹ L’algoritmo può essere definito come un insieme preciso di istruzioni o regole, o come una serie metodica di passaggi che possono essere utilizzati per fare calcoli, risolvere problemi e prendere decisioni.

¹⁰ L. RODIO, Brevi riflessioni sul funzionamento e potenzialità dell’intelligenza artificiale in ambito giudiziario, in *Amministrazione in cammino*, 21 ottobre 2020.

¹¹ D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, op. cit.

risposta ai bisogni ed alle necessità emergenti in molteplici ambiti di riferimento. Lo sviluppo e l'implementazione delle tecnologie considerate e, unitamente, l'utilizzo degli algoritmi, non solo in ottica conoscitiva ma anche decisionale, paiono poter rappresentare l'inizio di una fase di profondo rinnovamento per la pubblica amministrazione, aprendo a prospettive di automatizzazione del relativo processo decisionale, per lungo tempo inimmaginabili¹². Il rinnovamento in parola, del resto, non attiene, ormai, alla mera sostituzione dei tradizionali strumenti cartacei con quelli digitali: in primo luogo, attraverso le nuove tecnologie, la P.A. dispone di un rinnovato strumentario idoneo a garantire una più semplice, ordinata ed efficiente gestione dello sconfinato patrimonio di dati a sua disposizione, facilitando conseguentemente l'accesso ai servizi da essa erogati, con evidente beneficio per l'effettività dei diritti dei cittadini/utenti e delle imprese¹³. Il cambiamento considerato, tuttavia, riguarda la stessa organizzazione della P.A., la struttura e l'essenza del procedimento amministrativo, anche con riguardo all'imputabilità delle decisioni prese all'esito dello stesso che, quando attribuite ad una Intelligenza Artificiale, verrebbero a configurarsi come espressione di un potere "discrezionale"¹⁴. Posto che, in via generale, la digitalizzazione della pubblica amministrazione costituisce un principio dell'azione amministrativa, *ex art. 3bis l. n. 241/1990*, finalizzato al miglioramento della stessa, così come poi espressamente riconosciuto anche dall'*art. 12 d.lgs. n. 82/2005*¹⁵, e che, come specificato anche all'interno del Codice dell'Amministrazione Digitale, dall'uso delle ICT potrebbero scaturire effetti positivi in punto di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, assurgendo le stesse a garanzia dell'effettività dei diritti di cittadini e imprese, non vi è attualmente, nel nostro quadro ordinamentale, una norma generale che preveda l'impiego di sistemi di AI nell'adozione di atti amministrativi, disciplinandone le relative modalità¹⁶. È stata quindi in primo luogo la giurisprudenza, a delineare un perimetro di

¹² M. FALCONE, La data science come nuovo sapere dei funzionari pubblici, *Papers Convegno AIPDA 2019*, in www.aipda.it

¹³ M. D'ANGELOSANTE, La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La Tecnificazione*, Firenze, 2016.

¹⁴ Cfr. F. DONATI, Intelligenza Artificiale e giustizia, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 415.

¹⁵ A. SOLA, Utilizzo di big data nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy, *op. cit.*

¹⁶ P. OTRANTO, Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità, in *Federalismi.it*, 10 marzo 2021.

regole e necessarie garanzie grazie alle quali potesse ritenersi legittimo l'utilizzo da parte della P.A. degli algoritmi e dei principali strumenti di Intelligenza Artificiale¹⁷. Posto che, ormai da tempo, sia la dottrina sia la stessa giurisprudenza non hanno mancato di rilevare come l'atto risultante da processi di elaborazione elettronica presenti indubbi vantaggi in termini di osservanza della legge, di prevenzione della corruzione, di completezza dell'istruttoria e di riduzione di rischi di disparità di trattamento, allo stato attuale può ritenersi pacifico escludere che l'intelligenza artificiale possa sostituire completamente quella umana, in particolar modo ove si tratti di attività amministrativa discrezionale.

Diverso discorso può farsi relativamente agli atti c.d. a bassa discrezionalità per i quali, invece, si ritiene che la decisione possa essere demandata a strumenti tecnologici e, analogamente, anche per gli atti a discrezionalità tecnica in riferimento ai quali si ritiene possa essere ammissibile provvedere mediante una decisione¹⁸ affidata all'automazione, visto che, in tali casi, il carattere discrezionale si fonda su un giudizio tecnico e non su un bilanciamento di contrapposti interessi¹⁹.

All'emersione di un primo orientamento, piuttosto restrittivo, di cui è espressione la sentenza TAR Lazio n. 10964/2019²⁰ con la quale i giudici amministrativi chiarivano che la funzione servente da attribuire alle procedure informatiche fa sì che queste abbiano carattere strumentale e meramente ausiliario nell'ambito del procedimento amministrativo e, di conseguenza, mai sostitutivo dell'attività dell'uomo, fa seguito poi un atteggiamento di maggiore apertura da parte della giurisprudenza.

Ed infatti il CDS, con la sentenza n. 2270/2019, chiarisce che fermo restando il rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento, la possibilità di pervenire ad una decisione all'esito di una procedura informatica è da ritenersi conforme ai canoni di efficienza ed economicità (art. 1 l. 241/90) e quindi di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), con innegabili vantaggi in punto di riduzione dei tempi procedurali e di imparzialità della decisione algoritmica²¹.

¹⁷ G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, op. cit.

¹⁹ A. L. RUM, *Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A.*, op. cit.

²¹ Sul punto si v., Si v. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto pubblico*, 1/2019.

In riferimento all'attività vincolata procedono, poi, i giudici amministrativi sancendo i limiti all'utilizzo della decisione automatizzata ed i principi che invece governano la regola algoritmica, la quale:

- ha piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica e, per tale ragione, è subordinata ai principi generali dell'attività amministrativa;
- non può lasciare spazi di applicazione discrezionale, ma deve ragionevolmente prevedere una soluzione per tutti i casi possibili;
- non può prescindere da un ruolo *ex ante* di mediazione e composizione di interessi da parte della p.a., anche per mezzo di costanti aggiornamenti dell'algoritmo;

- deve contemplare la possibilità che sia il giudice a valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti.

In definitiva, l'algoritmo deve essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico e, conseguentemente deve essere conoscibile (per quanto riguarda autori, procedimento di elaborazione e decisionale) al fine di poter accertarne la conformità alla legge ed ai fini previsti dalla pubblica amministrazione.

Deve, inoltre, poter essere sopposto al sindacato giurisdizionale a tutela delle esigenze di garanzia della sfera giuridica del cittadino. In seguito, il Consiglio di Stato con le tre sentenze gemelle 8472, 8473 e 8474 del 2019²² (e successivamente con la n.881 del 2020) ha fondamentalmente confermato quanto statuito con la pronuncia analizzata in precedenza.

Vi è di più.

Infatti, secondo i giudici amministrativi è possibile estendere anche all'attività discrezionale della P.A. la possibilità di utilizzare la decisione algoritmica al fine di ottenere, anche negli ambiti applicativi di questa, i medesimi vantaggi in termini di efficienza e neutralità: ciò tuttavia dovrà avvenire nel rispetto della completa e previa conoscibilità, a monte, del modulo utilizzato e dei criteri applicati con riguardo alla decisione algoritmica, garantendo che la decisione sia imputata all'organo titolare del potere che deve poter verificare di logicità e legittimità della scelta operata dall'algoritmo.

Il CdS, inoltre, pone l'accento sui principi derivanti dal diritto eurounitario rilevanti in materia: il riferimento è innanzitutto ai principi di conoscibilità e comprensibilità, sulla base dei quali cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed a ricevere informazioni

significative sulla logica utilizzata. Segue, poi, il principio di non esclusività della decisione algoritmica: dovrà cioè sempre essere previsto, nel processo decisionale, un apporto umano idoneo a controllare, validare ovvero inficiare la decisione algoritmica²³. Infine, il CdS rileva che, in base al considerando n. 71 del Regolamento 679/2016, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure appropriate per la profilazione, garantendo misure tecniche e organizzative adeguate che assicurino la correzione di quei fattori da cui possano scaturire dati inesatti, limitando al massimo, nel contempo, il rischio di errori al fine di garantire la sicurezza dei dati personali ed evitare qualsivoglia effetto discriminatorio²⁴.

3. Il ruolo dei funzionari pubblici.

Le più recenti evoluzioni tecnologiche e lo sviluppo delle intelligenze artificiali rappresentano senza dubbio una conquista per le amministrazioni pubbliche. Parimenti, ad oggi, è da escludersi la possibilità di sostituire con algoritmi la figura del responsabile del procedimento.²⁵

Lo stesso²⁶, diversamente, potrà beneficiare dei vantaggi offerti dall'amministrazione digitale algoritmica²⁷ così da svolgere con maggiore celerità e precisione la fase istruttoria, riducendo quindi tempi e margini di errore senza però il procedimento possa prescindere dalle sue competenze²⁸. L'algoritmo, insomma, sebbene impiegato nell'ambito della gestione ed elaborazione di dati e informazioni, non potrà spingersi fino a valutare gli esiti della fase istruttoria e/o a prendere la decisione autonomamente in modo autonomo ed

²³ A. L. RUM, Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A., op. cit.

²⁴ In base alla razza, origine etnica, opinioni politiche, religione o convinzioni personali, appartenenza ad un sindacato, salute o orientamento sessuale.

²⁵ D.U. GALETTA, La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?, in Ciberspazio e Diritto, n. 3/2018.

²⁶ Sul punto, si v., *ex multis* F. PATRONI GRIFFI, La l. 7 agosto 1990, n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento: partecipazione procedimentale, in Il Foro it., 1993, fasc. 2, 65 ss., M. OCCHIENA, Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l'amministrazione, in Verso un'amministrazione responsabile, Giuffrè, 2005, 245 ss.; S. USAI, Il responsabile del procedimento amministrativo, Maggioli, 2014.

²⁷ Sul punto, si v., A. SIMONCINI, Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale, Giappichelli, Torino, 2020.

²⁸ C. BENETAZZO, Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione, in www.federalismi.it, 27 maggio 2020

indipendente

²⁹

Il ruolo operativo svolto dal funzionario preposto si differenzierà, quindi, in base al tipo di tecnologia adoperata, consistendo in una forma di controllo esterno in presenza di procedure pienamente automatizzate o di vera e propria attività decisoria, seppur coadiuvata nella fase istruttoria dalla AI, in riferimento alle procedure più complesse

³⁰

In tale contesto, al fine di beneficiare appieno dei vantaggi offerti dallo sviluppo delle tecnologie digitali e delle intelligenze artificiali non solo bisognerà dotare la P.A. di idonee infrastrutture digitali e adeguati strumenti tecnologici, ma, ancor di più, rafforzare le competenze digitali delle amministrazioni attraverso professionalità competenti, capaci di comprenderne a fondo i diversi meccanismi di funzionamento ed i relativi risultati nell'ambito del processo decisionale pubblico

³¹

In tal senso è auspicabile un organico riassetto delle professionalità della p.a. che sia idoneo a sviluppare coerentemente la già manifestata volontà legislativa³² di verificare il fabbisogno assunzionale delle amministrazioni e di provvedere ad assumere figure esperte, idonee a gestire tale nuova fase di riorganizzazione amministrativa

³³

Il tratto peculiare, fortemente specialistico, delle tecnologie in esame non può prescindere dall'apporto di competenze altamente specializzate idonee a ben padroneggiare la nuova dimensione della gestione del patrimonio informativo e dei processi decisionali. La necessità di un approccio di tipo prettamente manageriali ai dati a disposizione rende fondamentale la previsione di specifiche figure, *i.e.* quella del *data scientist*, che si facciano portatrici, all'interno dell'organizzazione amministrativa³⁴, di nuove conoscenze tecniche che vadano a integrarsi con il tradizionale sapere tradizionali giuridico, economico, statistico, informatico ed ingegneristico.

Tale ultimo profilo professionale si dovrà occupare della progettazione di algoritmi e delle connesse architetture di dati, avendo al contempo una preparazione giuridica basilare ed una cognizione del funzionamento della

²⁹ D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, op. cit.

³⁰ G. PINOTTI, Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali, op. cit.

³¹ M. FALCONE, La data science come nuovo sapere dei funzionari pubblici, op. cit.

³² Si v. ad es. la legge 7 agosto 2015, n. 124 e la legge 19 giugno 2019, n. 56.

³³ Sul punto si v., tra gli altri, A. PIOGGIA, L'organizzazione e le nuove tecnologie, in F. MERLONI (a cura di), Introduzione all'egovernment, Giappichelli, Torino, 2005.

³⁴ Sul punto si v., G. VESPERINI, L'organizzazione, in S. CASSESE (a cura di) Istituzioni di diritto amministrativo, Giuffrè, 2012.

macchina amministrativa. Indispensabile si rivelerà una proficua e continua interazione con gli altri funzionari e con i dirigenti di riferimento, al fine di realizzare sinergie idonee a promuovere l'ottimale funzionamento degli algoritmi e la corretta interpretazione dei risultati ottenuti. Siffatto circuito, soprattutto, dovrà garantire che tali meccanismi operativi con le conseguenti risultanze siano utilizzate all'interno di un quadro che assicuri la tutela dei diritti ritenuti meritevoli di protezione dal nostro ordinamento. Appare evidente, quindi, che per un proficuo svolgimento dell'attività amministrativa non solo bisognerà investire risorse su un rinnovamento e su un rafforzamento del sapere tecnico ma anche su un nuovo approccio alla cultura manageriale pubblica, che dovrà ben padroneggiare le nuove tecnologie, le nuove dinamiche da esse previste, il patrimonio di dati ed l'apporto conoscitivo prodotto dalle loro elaborazioni³⁵.

4. Brevi conclusioni.

In assenza di un quadro regolatorio, nazionale e sovranazionale, che disciplini interamente le procedure decisionali automatizzate della p.a., l'elaborazione giurisprudenziale è intervenuta per fissare quegli indispensabili paletti che evitino abusi o di condotte arbitrarie delle amministrazioni ai danni dei cittadini destinatari dei provvedimenti amministrativi emanati col contributo dell'intelligenza artificiale³⁶. Solo così e solo approntando un chiaro apparato di regole giuridiche, in concreto ed anche nella percezione dei cittadini/utenti, l'uso dell'Intelligenza Artificiale e delle ICT assurerà a contributo fondamentale al perseguitamento dell'interesse pubblico in termini di buona amministrazione e sviluppo sostenibile.

Concludendo, al fine di garantire la piena funzionalità del circuito, occorrerà che all'interno della pubblica amministrazione si garantisca la presenza di figure professionali con competenze specifiche, orientando a tal fine i fabbisogni assunzionali e le politiche di riqualificazione del personale in servizio, a vantaggio, di nuovo, del buon andamento della p.a. e, conseguentemente, della competitività del sistema-Paese³⁷.

³⁵ M. FALCONE, La data science come nuovo sapere dei funzionari pubblici, op. cit.

³⁶ A. L. RUM, Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A., op. cit.

³⁷ A. SOLA, Utilizzo di big data nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy, op. cit.